

A arbitragem internacional de protecção
de investimentos e a dupla nacionalidade:
dois pode ser igual a zero?

International arbitration for the safeguard
of investments and double nationality:
two can equal zero?

TIAGO DUARTE

VOL. 6 Nº 2 DEZEMBRO 2019

WWW.E-PUBLICA.PT



COM O APOIO DE:

FCT Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

ISSN 2183-184x

A ARBITRAGEM INTERNACIONAL DE PROTECÇÃO DE INVESTIMENTOS E A DUPLA NACIONALIDADE: DOIS PODE SER IGUAL A ZERO?

INTERNATIONAL ARBITRATION FOR THE SAFEGUARD OF INVESTMENTS AND DOUBLE NATIONALITY: TWO CAN EQUAL ZERO?

TIAGO DUARTE
PLMJ Advogados, SP, RL,
Avenida Fontes Pereira de Melo 43,
1050-119 Lisboa - Portugal
tiago.duarte@plmj.pt

Resumo: A determinação da nacionalidade do investidor é um dos elementos mais importantes para a verificação da jurisdição dos tribunais arbitrais nas arbitragens de proteção de investimentos.

Nas arbitragens baseadas em BIT (bilateral investment treaties) o investidor que inicia a arbitragem tem de demonstrar que está protegido pelo BIT que pretende invocar, pelo que terá de possuir a nacionalidade do Estado parte nesse mesmo BIT, que não seja o Estado onde o investimento foi realizado.

A jurisprudência tem considerado irrelevante o facto de o investidor poder ter outras nacionalidades, para além da nacionalidade do Estado parte no BIT, desvalorizando igualmente o facto de essa nacionalidade não ser a nacionalidade dominante do investidor. Tudo se complica no caso de o investidor possuir igualmente a nacionalidade do Estado onde o investimento foi realizado. Nesse caso o investidor não poderá iniciar uma arbitragem com base no ICSID tendo em conta que a Convenção de Washington veda essa possibilidade. Já no caso de arbitragens ad hoc tudo dependerá da interpretação do BIT em concreto, o que tem levado a uma flutuação jurisprudencial, seja porque os BIT são diferentes, seja porque tem havido diferentes abordagens jurisprudenciais quanto à relevância da nacionalidade dominante.

Palavras chave: ICSID; Dupla nacionalidade; Arbitragem de Investimentos; Jurisdição *ratione personae*.

Sumário:

- I. Introdução
- II. A (ir)relevância da nacionalidade dominante, em caso de dupla nacionalidade
- III. A (ir)relevância da nacionalidade do host State, em caso de dupla nacionalidade Nas arbitragens do ICSID
- Nas arbitragens ad hoc
- IV. Conclusão

Abstract: The assessment of the investor's nationality is of utmost relevance to determine the arbitral tribunal's jurisdiction in Investor-State Arbitration. In treaty-based arbitration the investor must give evidence that is protected by

the BIT, which means that he must have the nationality of the State party to the BIT that is not the host State. The case law considers irrelevant the fact that the investor possesses another nationality besides the nationality of the State party to the BIT and considers also irrelevant the fact that the invoked nationality is not the dominant one. Things get more serious if the investor has also the nationality of the host State (double nationality). In this scenario the investor cannot launch an ICSID arbitration against the host State because the Washington Convention forbids it. The possibility of an ad hoc arbitration is subject to the interpretation of the applicable BIT which has led to an unstable case law both because the BITs are not all equal and because different tribunals have analyzed the dominant nationality doctrine in different ways.

Key words: ICSID; double nationality; Investor-State Arbitration; jurisdiction *ratione personae*.

Summary:

I. Introduction

II. The (ir)relevance of the dominant nationality in double nationality cases

III. The (ir)relevance of the host State's nationality in double nationality cases

ICSID Arbitrations

Ad hoc Arbitrations

IV. Conclusion

I. Introdução

Os tratados internacionais de protecção de investimentos, mais conhecidos como *bilateral investment treaties* (BIT), têm-se multiplicado nas últimas décadas, sendo usados pelos Estados como forma de promover e proteger os investimentos transfronteiriços. Assim, nesses BIT, cada Estado assegura aos investidores, nacionais do outro Estado parte no BIT, que decidam investir no seu território, um conjunto de direitos, como seja o direito a um *fair and equitable treatment*. Mais ainda, nesse mesmo BIT, os Estados dão antecipadamente o seu consentimento para que se o investidor do outro Estado entender que algum desses direitos contidos no BIT foi desrespeitado, este possa iniciar uma arbitragem internacional contra o Estado em cujo território o investimento foi realizado.

Nestas arbitragens internacionais de protecção de investimentos, baseadas no consentimento prestado pelo Estado através do BIT, a questão da nacionalidade do investidor é uma questão determinante na avaliação da jurisdição – *ratione personae* – do tribunal arbitral, já que o consentimento para a arbitragem foi dado pelo Estado em cujo território o investimento foi efectuado, apenas relativamente aos investidores que sejam nacionais do outro Estado parte no BIT.

Assim, torna-se fundamental apurar se o investidor que pretende iniciar uma arbitragem contra o Estado em cujo território investiu (*host State*), pode ser considerado um investidor protegido por esse mesmo BIT, por se integrar na definição de investidor contida no BIT que quer invocar na arbitragem. Normalmente, o conceito de investidor previsto no BIT remete para o conceito de nacional, nos termos da legislação interna do Estado da nacionalidade do investidor (*home State*), sendo que, enquanto o conceito de nacional é um conceito que cabe a cada Estado definir, o conceito de investidor dependerá do que as partes acordarem no BIT, estando porém sujeito, no caso de arbitragens de acordo com o *International Centre for the Settlement of Investment Disputes* (ICSID), aos *outer limits* impostos pela Convenção de Washington, em que se exige que um investidor seja nacional de um Estado parte na referida Convenção ¹.

Não obstante a determinação da nacionalidade de um investidor possa não ser tarefa simples, como demonstra o caso *Soufraki*, que continua a ser o *leading case* no que respeita à determinação dos poderes do tribunal arbitral na avaliação

1. Sobre a definição de nacional e a definição de investidor, vejam-se, por exemplo, os dois casos *Tenaris S.A. e Talta Lda v. Venezuela* (arb/11/26 e arb/12/23) em que o autor deste texto actuou como *Legal Expert* sobre a interpretação do conceito de investidor no BIT entre Portugal e a Venezuela, sustentando uma interpretação que veio a ser acolhido por ambos os Tribunais arbitrais. Na doutrina, veja-se, por exemplo, Anthony Sinclair, *Nationality of Individual Investors in ICSID Arbitration*, *International Arbitration Law Review*, vol. 7, 2004, pág. 191 e segs. E, do mesmo autor, *Nationality Requirements for Investors in ICSID Arbitration – The award in Soufraki v. The United Arab Emirates*, *Transnational Dispute Management*, vol. 1, n.º 4, 2004. Walid Ben Hamida, *La notion d'investisseur: les nouveaux défis de l'accès des personnes physiques au CIRDI*, *Gazette du Palais*, n.º 6 Nov/Dez 2007, pág. 3871 e segs. Christoph Schreuer, *Criteria to determine Investor Nationality (natural persons)*, *Building International Investment Law – The first 50 years of ICSID*, 2016, pág. 153.

da nacionalidade do investidor, onde a questão se começa a complicar é no caso de o investidor ter duas ou mais nacionalidades ².

Nesta situação será preciso verificar se se deve privilegiar ou não aquela que é a nacionalidade dominante ou efectiva do investidor, bem como apurar se alguma das nacionalidades do investidor é a do Estado em cujo território o investimento foi realizado e contra o qual o investidor pretende iniciar a arbitragem.

Como se verá, o modo como os tribunais arbitrais têm vindo a decidir estes casos não é unânime e fica a sensação que, neste domínio, como em tantos outros, a última palavra ainda não foi pronunciada, o que, só por si, justifica o presente estudo.

II. A (ir)relevância da nacionalidade dominante, em caso de dupla nacionalidade

Por vezes os Estados, quando confrontados com arbitragens apresentadas por investidores com dupla nacionalidade, invocam que o tribunal arbitral deveria recusar ter jurisdição *ratione personae*, nos casos em que a nacionalidade do investidor, que permite o recurso a determinado BIT e aos direitos aí consagrados, não é, alegadamente, a nacionalidade dominante e efectiva desse mesmo investidor.

A verdade, porém, é que, até agora, a questão da nacionalidade dominante ou efectiva (ou do *genuine link*) do investidor não tem merecido acolhimento na arbitragem de investimentos, à qual não tem sido aplicada a chamada *doutrina Nottebohm*, relativa à decisão do Tribunal Internacional de Justiça, de 6 de Abril de 1955 ³. Com efeito, no âmbito da arbitragem de investimentos, e num caso

2. *Soufraki v. Emirados Árabes Unidos*, decisão sobre a jurisdição, de 7 Julho de 2004. Sobre o facto de a análise da nacionalidade de um investidor dever ser realizada à luz do direito local, veja-se a decisão sobre a jurisdição do caso *Siag v. Egipto*, de 11 de Abril de 2007, parágrafo 143, quando o tribunal afirma que “*it is well established that the domestic laws of each Contracting State determine nationality. This has been accepted in ICSID practice*”.

3. Neste caso, decidido pelo Tribunal Internacional de Justiça, estava em causa saber se o Liechtenstein podia exercer protecção diplomática em representação do senhor Nottebohm. Com efeito, apesar de o senhor Nottebohm ter adquirido a nacionalidade do Liechtenstein, a sua nacionalidade originária era alemã. Ora, segundo a Guatemala, que tinha prendido o senhor Nottebohm e expropriado os seus bens, quem poderia exercer a protecção diplomática era apenas o Estado relativamente ao qual a sua nacionalidade fosse dominante, que, alegadamente, seria a nacionalidade alemã. O tribunal concordou com esta tese e, como tal, entendeu que o Liechtenstein não poderia representar o senhor Nottebohm, por não ter este um *genuine link* com esse Estado. Sobre esta temática, Cornel Marian, *Who is afraid of Nottebohm? Reconciling the ICSID nationality Requirement for natural Persons with Nottebohm's “Effective nationality” Test*, *Journal of International Arbitration*, n.º 28, vol. 4, 2011, pág. 313 e segs. Segundo este autor, a aplicação da “*doutrina Nottebohm*” para a arbitragem de investimentos iria dificultar o acesso dos investidores individuais à arbitragem, já que, para lá de terem de provar a sua nacionalidade, teriam ainda de provar que a mesma nacionalidade era “efectiva”. Contra esta visão e defendendo a relevância da nacionalidade efectiva, veja-se o voto de vencido de Orrego Vicuña, no caso *Siag v. Egipto*, decisão sobre a Jurisdição, de 11 de Abril de 2007.

em que estava em apreciação uma situação de alegada falta de *genuine link* do investidor com o Estado da nacionalidade invocada, o tribunal não deu razão aos argumentos do *host State*, tendo entendido que “*there is no room in ICSID proceedings for a test of effective nationality in an assessment of jurisdiction, such being exclusively governed by provisions of Article 25 of the ICSID Convention*”⁴.

Também no caso *Olgúin v. Paraguai*, a questão da nacionalidade dominante foi suscitada pelo *host State*, mas sem sucesso. Nesse caso, o investidor tinha a nacionalidade americana e peruana, tendo iniciado uma arbitragem contra o Paraguai com base no BIT celebrado entre o Perú e o Paraguai. Segundo o Paraguai, em cujo território tinha sido realizado o investimento, a nacionalidade dominante do investidor era a americana e não a peruana, pois era naquele Estado que o investidor residia, sendo que, de acordo com a legislação peruana, em caso de dupla nacionalidade seria relevante a do local de residência. Confrontado com esta situação, o tribunal arbitral recusou aplicar o critério da “*dominant nationality*”, tendo concluído que “*the effectiveness of his Peruvian nationality is enough to determine that he cannot be excluded from the provisions for protection under the BIT*”⁵.

Aqui chegados, pode concluir-se que a jurisprudência tem, até agora, rejeitado apreciar os casos de dupla nacionalidade (quando nenhuma delas é a do *host State*) à luz do critério da nacionalidade dominante, considerando suficiente que o investidor tenha a nacionalidade do Estado parte no BIT, ainda que possa ter outras nacionalidades e mesmo que alguma dessas outras nacionalidades seja a dominante.

A questão muda, no entanto, de figura, no caso de uma das nacionalidades do investidor (para além da nacionalidade do “*home State*”) ser, também, a nacionalidade do “*host State*”, ou seja do Estado em cujo território o investimento foi realizado e contra quem o investidor pretende iniciar uma arbitragem. Com

4. *Siag v. Egipto*, sentença 1 de junho 2009 pará. 473. A questão tinha já sido analisada, com maior detalhe, na decisão sobre a jurisdição, 11 de abril 2007 pará. 174 e segs. No mesmo sentido, veja-se o caso *Micula v. Roménia*, Decisão sobre a Jurisdição, 24 de setembro 2008 pará. 99 e segs. onde o tribunal considerou que o chamado “*genuine link test*”, no sentido de saber com que Estado o investidor tinha um laço mais efetivo, não seria aplicável *in casu*, tendo em conta que as partes no BIT não tinha acrescentado esse requisito na definição de investidor, considerando apenas o critério da nacionalidade, de acordo com o direito interno do Estado da nacionalidade, sem referências adicionais ao facto de a nacionalidade ser ou não “*efectiva*”. Neste caso, os investidores tinham renunciado à nacionalidade romena e adquirido a nacionalidade sueca, tendo iniciado uma arbitragem contra a Roménia com base no BIT entre a Suécia e a Roménia. Apesar disso, a Roménia alegou que, de um ponto de vista do direito internacional, aqueles investidores deveriam continuar a ser considerados nacionais da Roménia, pois era com esse Estado que mantinham uma relação mais próxima, o que não foi aceite por parte do Tribunal, sobretudo tendo em consideração que os investidores já não eram cidadãos da Roménia à luz da legislação romena.

5. *Olgúin v. Paraguai*, sentença de 26 de Julho de 2001, parágrafos 60-62. Sobre estas questões, Katia Yannaca-Small, *Who is entitled to claim? – The definition of nationality in investment arbitration*, *Arbitration Under International Investment Agreements – a Guide to the Key issues*, 2018, pág. 223 e segs.

efeito, sendo nacional do Estado contra o qual quer iniciar uma arbitragem, coloca-se a questão de saber se esse investidor pode ser considerado um investidor estrangeiro.

III . A (ir)relevância da nacionalidade do *host State*, em caso de dupla nacionalidade

a) *Nas arbitragens do ICSID*

Tendo em conta os objectivos da Convenção de Washington, que criou o ICSID, no sentido de ajudar a promover e proteger os investimentos internacionais realizados por investidores, com a nacionalidade de um Estado parte na referida Convenção, no território de outro Estado parte na mesma Convenção, é sem surpresa que se verifica que o referido ICSID não está disponível para arbitragens iniciadas por investidores que tenham (também) a nacionalidade do *host State*, já que, nesses casos, estariam a demandar perante um tribunal arbitral o seu próprio Estado, do qual são também nacionais.

Esta exclusão foi muito debatida durante as negociações e a preparação da Convenção de Washington, não constando tal exclusão na versão inicial da mesma, mas acabando por ficar consagrada no art. 25.º, onde se pode ler que, “*nacional de outro Estado Contratante significa: a) qualquer pessoa singular que tenha a nacionalidade de um Estado Contratante, outro que não o Estado parte no diferendo, à data em que as partes hajam consentido em submeter tal diferendo a conciliação ou arbitragem (...) à exclusão de qualquer pessoa que, em qualquer das datas referidas tivesse igualmente a nacionalidade do Estado Contratante parte no diferendo*”⁶.

Ainda assim, alguns investidores procuraram, sem sucesso, iniciar arbitragens no contexto do ICSID, mesmo tendo a nacionalidade do *host State*, invocando que não era essa a sua nacionalidade dominante e efectiva. Assim, no caso *Champion Trading v. Egipto*, o tribunal entendeu não ter jurisdição sobre investidores com dupla nacionalidade, em que uma delas era a do *host State*, considerando não ser aplicável às arbitragens no contexto da Convenção de Washington o princípio da nacionalidade efectiva, tal como o mesmo foi previsto no Tribunal Internacional de Justiça, designadamente no caso *Nottebohm*.

6. No *Preliminary Draft* da Convenção, esta proibição de que quem tenha a nacionalidade do *host state* (para além de ter outra nacionalidade) não pode demandar o *host state*, não vinha prevista, o que foi objeto de críticas. Uma das sugestões então apresentadas foi a de permitir que quem tivesse dupla nacionalidade (incluindo a do *host state*) pudesse demandar este Estado apenas se a outra nacionalidade fosse a “*nacionalidade efectiva*”. As várias sugestões apresentadas acabaram por ser todas rejeitadas, tendo ficado prevista a proibição de quem tenha dupla nacionalidade (onde se incluía a nacionalidade do *host state*) de demandar o *host state*. Para uma análise história desta questão, C.F. Amerasinghe, *Jurisdiction Ratione personae under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and nationals of other States*, *The British Yearbook of International Law*, 1974-1975, 1977, pág. 250 e segs. e Christoph Schreuer, *The ICSID Convention – A commentary*, 2009, pág. 271.

Com efeito, o tribunal não aceitou a alegação dos investidores, que defendiam que, “*under international public law, even if a person might technically be considered to be a dual national, an international tribunal, dealing with the question of the nationality of a party in an investment dispute under the Convention, must look to the real and effective nationality and that this real and effective nationality of all individual Claimants was that of the United States and of the United States only*”⁷. Segundo o tribunal, “*According to the ordinary meaning of the terms of the Convention (Article 25 (2)(a)) dual nationals are excluded from invoking the protection under the Convention against the host country of the investment of which they are also a national*”⁸.

Do mesmo modo, também Christoph Schreuer reconhece que, “*the Convention states categorically that the individual investor, to be eligible for party status, must not be a national of the host State. Thus, even persons who possess the nationality of another Contracting State are excluded if they possess the host State’s nationality concurrently*”⁹.

Neste caso, o que pode acontecer é que o investidor renuncie à nacionalidade do *host state* antes de aceitar a oferta de arbitragem contida num BIT e de iniciar a arbitragem, já que é nessas datas (e não na data da realização do investimento) que é relevante verificar qual a nacionalidade do investidor, segundo o art. 25.º da Convenção de Washington. Foi isso mesmo que sucedeu, por exemplo, no caso *Victor Pey Casado v. Chile*, em que o investidor renunciou à nacionalidade chilena, o que lhe permitiu iniciar uma arbitragem contra o Chile, numa altura em que já não era cidadão chileno¹⁰.

Não se colocando, assim, o problema da dupla nacionalidade no caso de arbitragens do ICSID, coloca-se o mesmo no caso de arbitragens *ad hoc*, face às quais não seja aplicável a Convenção de Washington¹¹.

b) Nas arbitragens ad hoc

Em muitos BIT, os Estados dão ao investidor a opção de recorrer a uma arbitragem do ICSID ou a a uma arbitragem *ad hoc*, sempre que estes pretendam iniciar uma arbitragem por alegada violação, por parte do *host State*, dos direitos consagrados no BIT.

Ora, nas arbitragens *ad hoc*, em que a Convenção de Washington não é aplicável, valem apenas as regras previstas no BIT celebrado entre os Estados ou, para

7. *Champion Trading v. Egipto*, Decisão sobre a Jurisdição, 21 de outubro 2003, 3.4.1 e segs

8. *Champion Trading v. Egipto*, Decisão sobre a Jurisdição, 21 outubro 2003 3.4.1.

9. Christoph Schreuer, *The ICSID Convention – A commentary*, 2009, pág. 274.

10. *Victor Pey Casado v. Chile*, sentença de 8 de maio de 2008, parágrafos 314 a 322.

11. Javier Garcia Olmedo, *Claims by Dual Nationals under Investment Treaties: Are Investors Entitled to Sue Their Own States?* *Journal of International Dispute Settlement*, 2017, vol. 8, pág. 695 e segs.

alguns autores, também os princípios gerais do direito internacional público¹², o que tem levado a uma aumento da incerteza quanto à admissibilidade de os investidores que tenham (também) a nacionalidade do *host State* poderem demandar arbitrariamente esse Estado, nos casos em que os BIT não contenham uma proibição expressa quanto a essa possibilidade.

Na doutrina, Zachary Douglas defende, quanto à possível relevância do critério da “*nacionalidade dominante*”, no caso de arbitragens *ad hoc*, que um investidor que tenha a nacionalidade do *home State*, mas também a do *host State*, apenas poderá iniciar uma arbitragem contra o *host State* (no caso de o BIT não ter regras específicas sobre essa situação) no caso de ter uma ligação maior com o *home state* do que com o *host state*, a ponto de se considerar aquela a sua nacionalidade dominante.

Assim, para este autor, “*so long as the nationality of the adopted country [Estado que tem o BIT com o home State] is the dominant of the two in the sense that the individual maintains stronger personal links to that country rather than to the country of birth [que seria o Estado onde havia realizado o investimento e que queria demandar arbitrariamente], then there is no overriding consideration of principle that should prevent such an individual from investing in the country of birth with reliance upon a relevant investment treaty*”¹³.

A posição deste autor não tinha sido, porém, seguida pela jurisprudência, até ao recente caso *Heemsen v. Venezuela*, que será analisado adiante. Com efeito, o primeiro caso em que um tribunal arbitral permitiu a um investidor com dupla nacionalidade – sendo uma delas a do *host State* – iniciar uma arbitragem baseada num BIT contra o *host State*, foi o caso *Garcia Armas v. Venezuela*¹⁴.

Nesse caso, o tribunal entendeu que os BIT são um “*instrumento especial*,

12. Javier Garcia Olmedo, *Claims by Dual Nationals under Investment Treaties: Are Investors Entitled to Sue Their Own States?* Journal of International Dispute Settlement, 2017, vol. 8, pág. 695 e segs.

13. Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, 2009, pág. 321. No mesmo sentido, M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 2017, pág. 380 considera que “*problems of dual nationality often arise and are usually settled through the application of the traditional principles of international law. The principle of dominant or effective nationality is the determinative criterion of nationality in these circumstances*” O autor não avança, no entanto, com exemplos de tribunais arbitrais que tenham seguido este critério no contexto de arbitragens de protecção de investimentos baseadas em BIT.

14. *Garcia Armas v. Venezuela*, Decisão sobre a Jurisdição, de 15 de dezembro 2014. Seguindo esta jurisprudência, veja-se, também, posteriormente, o caso *Bahgat v. Egipto*, Decisão sobre a Jurisdição de 30 de Novembro de 2017. Note-se, no entanto, que ambas as decisões mereceram votos de vencido por parte de um dos membros de cada um dos tribunais arbitrais. No caso *Garcia Armas v. Venezuela*, decisão sobre a jurisdição, de 15 de Dezembro de 2014, o tribunal referiu (parágrafo 192 e 193) que “*resulta obvio que, por voluntad de las Partes, las disposiciones del Reglamento CNUDMI son las únicas aplicables a esta controversia. También lo es que en ellas no existe ninguna restricción para que una parte que tenga simultáneamente la nacionalidad de ambos Estados (del inversor y del receptor), invoque la protección del APPRI [BIT] contra alguno de esos Estados. El Tribunal considera necesario enfatizar que la exclusión de los dobles nacionales establecida en el artículo 25(2) del Convenio CIADI [ICSID] no es aplicable a este procedimiento*”.

*vigente únicamente entre las partes que lo celebran, que no está sujeto a la aplicación del derecho internacional consuetudinario. Cada TBI [BIT] es un instrumento individual, redactado según el interés de sus signatarios, como Estados soberanos, en el momento de su celebración”*¹⁵. Assim, concluiu o tribunal no sentido de que, “*los TBIs constituyen lex specialis entre las partes que los celebran y así deben considerarse cuando se interpretan sus respectivos términos y condiciones para determinar los efectos de estos instrumentos sobre sus suscriptores”*¹⁶.

O tribunal entendeu igualmente que não era de aplicar, *in casu*, a teoria da nacionalidade dominante ou efectiva, tendo afastado “*el argumento de la Demandada sobre la aplicación del principio de nacionalidad efectiva y dominante en la interpretación y aplicación de los TBIs en general y, particularmente, del APPRI [BIT].”*¹⁷, tendo acrescentado que o facto de, quer a Venezuela, quer a Espanha terem tratado especificamente a questão dos investidores com dupla nacionalidade noutros BIT, o que não sucedia no BIT celebrado entre ambos os Estados, significava que não tinham querido afastar a jurisdição do tribunal sobre investidores com dupla nacionalidade, mesmo se uma delas era a do *host State*¹⁸.

O tribunal considerou, finalmente, ser “*irrelevante la caracterización que efectúa Venezuela de la nacionalidad española de los Demandantes como “meramente formal”*. A los fines del APPRI, es suficiente con que posean la nacionalidad española. Su texto no impone ninguna limitación a los dobles nacionales y no resulta posible privar de efectos a la nacionalidad otorgada libremente por un Estado y aceptada como válida por el otro.”¹⁹

Quanto à data relevante para o apuramento da nacionalidade dos investidores, o tribunal afastou o argumento do *Host State*, no sentido de que “*ni el señor García Armas ni la señora García Gruber tenían la nacionalidad española en las fechas en las que perfeccionaron sus inversiones en las Compañías, y, por lo tanto, esas inversiones no estarían protegidas por el Tratado”*²⁰.

Com efeito, o tribunal defendeu (com um voto de vencido) que “*la mayoría del Tribunal no considera relevante, para los efectos de la presente Decisión sobre Jurisdicción, inquirir cuál era la nacionalidad de los Demandantes en las fechas*

15. Garcia Armas v. Venezuela, Decisão sobre a Jurisdição, de 15 de dezembro 2014, parágrafo 154.

16. Garcia Armas v. Venezuela, Decisão sobre a Jurisdição, de 15 de dezembro 2014, parágrafo 158.

17. Garcia Armas v. Venezuela, Decisão sobre a Jurisdição, de 15 de dezembro 2014, parágrafo 174.

18. Garcia Armas v. Venezuela, Decisão sobre a Jurisdição, de 15 de dezembro 2014, parágrafo 181 e segs.

19. Garcia Armas v. Venezuela, Decisão sobre a Jurisdição, de 15 de dezembro 2014, parágrafo 200.

20. Garcia Armas v. Venezuela, Decisão sobre a Jurisdição, de 15 de dezembro 2014, parágrafo 212.

*en las que efectuaron sus inversiones en Venezuela, por cuanto esas fechas no constituyen un factor determinante para decidir sobre la aplicación del APPRI. Efectivamente, los momentos relevantes para poder invocar la protección del APPRI son: (a) la fecha en la que ocurrió la alegada violación (en este caso, las Medidas); y (b) la fecha en la cual se inicia el procedimiento arbitral, tendiente a solucionar la controversia entre el inversor y el Estado receptor de la inversión resultado de la alegada violación”*²¹. Mais adiante, acrescentou ainda, em resumo, que “*la nacionalidad del inversor debe verificarse al tiempo en el que otorga su consentimiento o al inicio del arbitraje, y no al momento de realización de la inversión cuya protección se pretende.*”²²

Esta decisão veio a ser anulada pelos tribunais franceses (sede da arbitragem, por não se tratar de arbitragem do ICSID²³) precisamente por causa da data do apuramento da nacionalidade do investidor. Com efeito, a *Cour d’Appel* de Paris entendeu que para beneficiarem do BIT celebrado entre Espanha e a Venezuela os investidores tinham de ter a nacionalidade espanhola na data em que realizaram os investimentos na Venezuela, o que não tinha ficado provado²⁴.

A questão da dupla nacionalidade, envolvendo a nacionalidade do *host State* voltou a ser discutida no caso *Cem Cenzig Uzan v. Turquia*, em que o investidor tinha apenas a nacionalidade turca quando decidiu investir na Turquia, tendo adquirido, apenas posteriormente, o estatuto de residência permanente em França e iniciando, algum tempo depois, uma arbitragem contra a Turquia, ao abrigo desse estatuto de residente permanente num estado-membro do *European Charter Treaty* (que é um *Multilateral Investment Treaty* que, ao contrário que vulgarmente ocorre nos BIT, estende a possibilidade de recurso à arbitragem a investidores que tenham residência permanente num dos Estados-Membros, como é o caso de França).

O tribunal começou por considerar – citando com concordância a posição do tribunal do caso *Garcia Armas v. Venezuela* – que “*it is not necessary to turn to customary international law in determining the meaning of “Investor” in Article 1(7)(a)(i) and whether an Investor can sue a Contracting Party of which they are a national. The Tribunal considers the ECT to be a lex specialis. The Tribunal takes note of the decision of Serafin Garcia Armas and Karina Garcia v. Venezuela*”²⁵.

21. *Garcia Armas v. Venezuela*, Decisão sobre a Jurisdição, de 15 de dezembro 2014, parágrafo 212.

22. *Garcia Armas v. Venezuela*, Decisão sobre a Jurisdição, de 15 de dezembro 2014, parágrafo 217.

23. Decisão da *Cour d’Appel* de Paris de 25 de Abril de 2017. Note-se que enquanto as decisões arbitrais emitidas no âmbito do ICSID não estão sujeitas a anulação pelos tribunais estaduais, mas apenas pela intervenção de um *ad hoc committee* formado no âmbito da própria Convenção de Washington e com base em fundamentos muito limitados, já as decisões arbitrais *ad hoc*, como era o caso da decisão do caso *Garcia Armas v. Venezuela*, podem ser anuladas pelo tribunal judicial da sede da arbitragem que, naquele caso, era Paris.

24. Esta decisão da *Cour d’Appel* veio a ser anulada pela *Cour de Cassation*, através de decisão de 13 de Fevereiro de 2019, que devolveu o assunto à *Cour d’Appel*, com o argumento de que este não poderia ter anulado apenas parcialmente a sentença arbitral com esse fundamento, antes devendo ter ocorrido uma anulação total da decisão arbitral, por estar em causa a (falta de) jurisdição do tribunal arbitral.

25. *Cem Cenzig Uzan v. Turquia*, sentença sobre objecções preliminares, 20 de Abril de

Segundo o tribunal, “*it is not necessary in the present instance to investigate the content of customary international law on this issue. Even though Article 26(6) of the ECT states that the issues in dispute shall be decided «in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law» this cannot be taken to mean that rules of customary international law are capable of overriding the clear text of the ECT, assuming it to exist*”²⁶.

Por outro lado, o tribunal arbitral considerou que a mudança superveniente de residência, só por si, não tornava internacional um investimento que, quando foi realizado, era estritamente nacional, salvo se estivessem em causa investimentos também supervenientes, ou seja, realizados quando o investidor já tinha residência permanente em França, o que não era o caso. Em consequência, o tribunal considerou não ter competência *ratione personae* para decidir o litígio, por entender que o investidor (na data em que realizou o investimento) não se encontrava protegido pela cláusula arbitral contida no ECT, por não ser nacional, nem residente permanente, em qualquer um dos Estados parte no ECT²⁷.

Mais complexa foi a análise que o tribunal arbitral que decidiu o caso Rawat v. República das Maurícias teve de efectuar até concluir não ter jurisdição *ratione personae*, por o Senhor Rawat ser também nacional da República das Maurícias, contra a qual tinha iniciado uma arbitragem *ad hoc*.

O tribunal começou a sua análise no sentido de apurar se o BIT entre a França e as Maurícias se aplicaria aos investimentos do Senhor Rawat, tendo em conta a dupla nacionalidade deste. No que respeita à nacionalidade, o tribunal bastou-se com a conclusão de que “*Rawat is a French national, and was a french national long before this dispute arose and he commenced arbitration*”²⁸. O tribunal deixou, assim, por decidir a questão de saber qual a data em que um investidor tem de provar ser nacional do *Home State*²⁹. Este ponto tem revelado, como se viu, alguma dose de incerteza, já que, enquanto o art. 25.º da Convenção de Washington esclarece quais as datas relevantes em relação às quais o investidor deve provar a sua nacionalidade, nas arbitragens *ad hoc* não existe uma identificação dessas datas, tudo dependendo do acordo das partes firmado no BIT que, normalmente, também não fornece essa informação de modo claro e inequívoco.

O tribunal arbitral, depois de assumir que o Senhor Rawat tinha dupla nacionalidade (sem inquirir desde quando é que essa situação existia), deparou-se com a questão de saber se o BIT protegia, ou não, os casos em que o

2016, parágrafo 141.

26. Cem Cenzig Uzan v. Turquia, sentença sobre objecções preliminares, 20 de Abril de 2016, parágrafo 144.

27. Cem Cenzig Uzan v. Turquia, sentença sobre objecções preliminares, 20 de Abril de 2016, parágrafo 145 e segs.

28. Dawood Rawat v. República das Maurícias, sentença sobre a jurisdição, 6 de Abril 2018, parágrafo 165.

29. Segundo o Tribunal (parágrafo 165, nota de rodapé 148) “*the tribunal need not resolve the Partie’s dispute as to whether Rawat also had to be a French national before he made the relevant investments in Mauritius, in light of our dismissal of his claims on other grounds*”.

investidor tem a nacionalidade do *home State*, mas também do *host State*. O tribunal começou logo por afastar a aplicabilidade do conceito de “*dominant and effective nationality*”, próprio do Direito Internacional Público, às arbitragens de investimentos, tendo em conta a ausência desse conceito no BIT aplicável.

Assim, o tribunal, depois de concluir que o senhor Rawat tinha (também) a nacionalidade francesa, começou por concordar com o investidor, no sentido de que o BIT não excluía explicitamente os cidadãos com dupla nacionalidade de invocarem a protecção do referido BIT, não competindo ao tribunal acrescentar ou incluir restrições às cláusulas previstas no BIT, que não tivessem sido incluídas pelas partes contratantes.

Ainda assim, o tribunal entendeu que a interpretação de um tratado internacional, como é o BIT, teria de ser efectuada de acordo com as regras previstas no art. 31(1) da Convenção de Viena, que exige que a interpretação das normas seja feita integrando essas mesmas normas no seu “contexto”. O tribunal chamou, assim, à colação o art. 9.º do BIT que, segundo o tribunal, “*directs all French and Mauritian “ressortissants” who enter into investment contracts with the other state to arbitrate disputes with the host state under the ICSID Convention*”³⁰.

Ora, como já se viu, nos termos do art. 25.º n.º 2 da Convenção de Washington, é considerado como sendo um “*national of another Contracting State*” qualquer pessoa, singular ou colectiva, sendo que esse conceito “*does not include any person who (...) also had the nationality of the Contracting State party to the dispute*”.

Segundo o tribunal, de acordo com o BIT, uma vez que os investidores franceses que invistam nas Maurícias devem celebrar contratos de investimentos que contenham cláusulas de arbitragem do ICSID e o ICSID não permite arbitragens envolvendo investidores com dupla nacionalidade, isso significaria que o conceito de investidor previsto no BIT – lido no seu contexto – não abrangeria os investidores com dupla nacionalidade, sempre que fosse a do *host State*.

É que, para o tribunal, caso contrário, haveria uma contradição no BIT, pois este estava a impor a determinados investidores (também àqueles com dupla nacionalidade) que incluíssem nos contratos de investimento uma cláusula do ICSID que, depois, em caso de litígio, estes não poderiam utilizar, precisamente por causa dessa dupla nacionalidade. Em suma, o tribunal entendeu que, “*by incorporating a mandatory reference to the ICSID Convention in the notion of “ressortissant” through Article 9 of the BIT, France and Mauritius have implicitly, but necessarily, excluded French-Mauritian dual nationals from the scope of application of the BIT*”³¹.

Em aditamento desta conclusão, o tribunal considerou que, se no contexto do

30. Dawood Rawat v. República das Maurícias, sentença sobre a jurisdição, 6 de Abril 2018, parágrafo 174.

31. Dawood Rawat v. República das Maurícias, sentença sobre a jurisdição, 6 de Abril 2018, parágrafo 179.

art. 9.º do BIT, o termo *ressortissant* devia ser interpretado como excluindo os investidores com dupla nacionalidade, já que estes não poderiam incluir nos contratos uma cláusula arbitral remetendo para o ICSID, então essa interpretação do conceito de *ressortissant* teria de valer para todas as cláusulas do BIT, em que essa palavra fosse usada, o que, em consequência, levaria à exclusão dos investidores com dupla nacionalidade da protecção de todo o BIT.

Esta decisão do Tribunal tem de ser entendida atendendo à especificidade daquele BIT, que não continha uma cláusula de *dispute settlement*, através da qual os Estados dessem o seu consentimento para que os investidores pudessem iniciar um arbitragem contra o *host State*. Bem ao invés, o que se previa era que os investidores e os Estados incluíssem uma cláusula de recurso à arbitragem do ICSID nos contratos que viessem a celebrar.

Acontece que o que o investidor (com dupla nacionalidade) fez foi iniciar uma arbitragem *ad hoc* contra o *host State* (do qual era também nacional) ao abrigo da cláusula de *Dispute Settlement* prevista noutro BIT que o investidor pretendeu “importar” através do recurso à *Most Favoured Nation Clause* existente no BIT entre França e as Maurícias³².

A posição do tribunal é passível de algumas reservas, podendo ser considerada excessiva. Com efeito, não parece que a mera obrigação de os investidores celebrarem contratos com o *host State* e aí incluírem uma cláusula arbitral do ICSID possa, por si só, ser um elemento decisivo para interpretar o conceito de investidor previsto no BIT.

Com efeito, é dificilmente aceitável que uma cláusula do BIT (que determina a celebração de contratos entre o Estado e o investidor, com inclusão de uma cláusula arbitral do ICSID), que foi naturalmente desenhada para dar uma protecção extra ao investidor, obrigando o Estado a aceitar o recurso à arbitragem, possa ser usada contra o próprio investidor, sobretudo na eventualidade de o investidor poder recorrer à arbitragem fora do contexto do ICSID, como era a intenção do *Claimant*.

32. Uma *MFN clause* (*most favoured nation clause*) é uma cláusula que se encontra em vários BIT e através da qual os Estados garantem aos investidores abrangidos por esse BIT que os direitos que lhes são atribuídos por esse BIT (*basic BIT*) não serão menos favoráveis do que os direitos que esse mesmo Estado conceda a investidores de outros Estados terceiros, com os quais tenha igualmente celebrado outro BIT (*third party BIT*). Isto significa que um investidor que esteja ao abrigo de um BIT que contenha uma *MFN clause* poderá “importar” uma cláusula existente noutro BIT, celebrado pelo *host State* (neste caso, as Maurícias) celebrado com outro Estado terceiro (neste caso a Finlândia), e que seja mais favorável para o investidor do que as cláusulas existentes no BIT que lhe é directamente aplicável. Apesar disso, os tribunais arbitrais não têm aceitado a utilização da *MFN clause* para importar o consentimento para arbitragem que não exista no *basic BIT*, que era o que o investidor pretendia aparentemente fazer. Para uma discussão recente dessa temática veja-se, por exemplo, o caso *Venezuela US, SRL v. Venezuela*, sentença sobre a jurisdição, de 26 de julho de 2016, parágrafo 100 e segs., bem como o voto de vencido do árbitro Marcelo Kohen incluído nessa decisão. Também sobre este tema, veja-se ainda o “*Final Report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation clause*” adoptado pela *International Law Commission* em 2015.

Na verdade, só se o tribunal tivesse decidido (mas não decidiu) que o investidor não poderia recorrer a *investor-state arbitration* fora do universo do ICSID, porque a *MFN clause* não estava disponível para importar uma cláusula de *dispute settlement* existente no BIT entre as Maurícias e a Finlândia é que poderia ter decidido que, sendo o recurso à arbitragem (contratual) do ICSID o único modo de resolução de litígios previsto no BIT e não sendo permitida a arbitragem do ICSID a cidadãos com dupla nacionalidade, então o conceito de investidor não poderia incluir os duplos nacionais, por uma questão de coerência e de efeito útil.

Mas a verdade é que se se aceitasse a *MFN clause* – algo que o tribunal não chegou a decidir – como pretendia o investidor, sempre se poderia dizer que o conceito de investidor poderia permitir o recurso a *investor-state arbitration* também para duplos nacionais, que estariam apenas limitados a não iniciar arbitragens (contratuais) do ICSID, podendo (devendo) optar por arbitragens *ad hoc*, como, de resto, o investidor fez.

A questão do recurso a arbitragens de investimentos por parte de investidores com dupla nacionalidade, em que uma delas era a do *host State*, voltou a colocar-se no caso *Balantines v. República Dominicana*, onde o tribunal arbitral considerou não ter jurisdição para decidir o litígio, tendo em conta a dupla nacionalidade do senhor Balantines, com base no facto de a nacionalidade dominante e efectiva do investidor ser a mesma do *host State* ³³.

Acontece que, nesse caso, a utilização do conceito da nacionalidade dominante e efectiva, que tem sido rejeitada pelos tribunais arbitrais, era uma exigência do próprio tratado de protecção de investimentos (*in casu* o CAFTA-DR, que é um tratado multilateral de livre comércio e protecção de investimentos entre alguns Estados da América) que previa que, em casos de investidores com dupla nacionalidade, se deveria tomar em consideração apenas e só a nacionalidade dominante e efectiva do investidor.

Assim, nos termos do art. 10.28 do DR – CAFTA, podia ler-se que “*a natural person who is a dual national shall be deemed to be exclusively a national of the State of his or her dominant and effective nationality*”, o que levou o tribunal a analisar qual a nacionalidade dominante e efectiva dos investidores, nos momentos considerados relevantes (ou seja, na data da alegada violação do investimento e na data do início da arbitragem) e a concluir que, após a realização do investimento na República Dominicana, a nacionalidade do *host State* tinha passado a ser a nacionalidade dominante e efectiva dos investidores, o que era contestado por estes ³⁴.

33. Michael Balantine and Lisa Balantine v. República Dominicana, sentença de 3 de setembro de 2019.

34. Michael Balantine and Lisa Balantine v. República Dominicana, sentença de 3 de setembro de 2019, parágrafo 597 e segs.

Com efeito, segundo o tribunal, “*while this Tribunal cannot deny the fact that during the relevant period, the Claimants maintained connections to the United States and this also seems natural from the fact that they were born and lived in that country for the majority of their lives, in this Tribunal’s opinion, during the relevant period the Dominican nationality was effective and took precedence over the American nationality*”³⁵.

Finalmente, foi no recente caso Heemsen v. Venezuela que, pela primeira vez, um tribunal arbitral invocou – sem que tal fosse uma obrigação prevista no BIT – o conceito de nacionalidade dominante e efectiva para apurar qual a nacionalidade relevante, num caso em que o investidor possuía dupla nacionalidade, sendo uma delas a do *host State* contra o qual tinha iniciado uma arbitragem, invocando a sua outra nacionalidade.

Neste caso o Tribunal recusou ter jurisdição *ratione personae*, por considerar que a nacionalidade dominante e efectiva dos investidores era a nacionalidade do *host State*, apesar de os mesmos terem também a nacionalidade alemã, que havia sido invocada para acederem à protecção do BIT celebrado entre a Alemanha e a Venezuela, o que o Tribunal desconsiderou, por entender não ser essa a nacionalidade dominante e efectiva dos investidores³⁶.

Segundo o Tribunal, “*aplicando por analogia el derecho internacional contemporáneo de la protección diplomática al arbitraje de inversiones, se tendría que considerar que solo podrá reclamar el doble nacional que sea más extranjero que nacional, esto es, el inversor cuya nacionalidad dominante y efectiva no es la del Estado en contra del cual reclama*”.³⁷ Esta posição do tribunal é tanto mais significativa quanto foi tomada, usando as palavras do tribunal, “*ex abundante cautela*”, uma vez que o tribunal já tinha anteriormente decidido não ter jurisdição *ratione voluntatis* para decidir o litígio, razão pela qual poderia ter evitado tomar posição sobre esta *vexata quaestio* relativa à questão da dupla nacionalidade dos investidores³⁸.

Para enquadrar a sua decisão, o tribunal começou por indicar que “*el hecho de que las Partes Contratantes hayan elegido el CIADI como principal foro*

35. Michael Balantine and Lisa Balantine v. República Dominicana, sentença de 3 de setembro de 2019, parágrafo 597. Os investidores iniciaram, entretanto, no dia 3 de Dezembro de 2019, uma acção de recurso desta decisão junto dos tribunais judiciais dos Estados Unidos (sede da arbitragem) precisamente por discordarem do modo como o Tribunal considerou (com um voto de vencido) que a nacionalidade dominante e efectiva dos referidos investidores era a da República Dominicana (*host State*) e não a dos Estados Unidos da América.

36. Enrique Heemsen e Jorge Hemmsen v. Venezuela, decisão sobre a jurisdição, 29 de Outubro de 2019. Com efeito, ao contrário do que havia sido afirmado por tribunais anteriores, com seja no caso Rawat ou García Armas, o tribunal, neste caso, considerou (parágrafo 440) que “*el tribunal es de la opinión que, en materia de inversiones internacionales, en caso de silencio del Tratado [BIT], la aplicación de los principios generales del derecho internacional conduce a la aplicación del principio de la nacionalidad dominante y efectiva*”.

37. Enrique Heemsen e Jorge Hemmsen v. Venezuela, decisão sobre a jurisdição, 29 de Outubro de 2019, parágrafo 443.

38. Enrique Heemsen e Jorge Hemmsen v. Venezuela, decisão sobre a jurisdição, 29 de Outubro de 2019, parágrafo 411.

*de resolución de las controversias que surgieran del Tratado permite concluir que no ha sido la intención de las Partes Contratantes otorgar protección a los dobles nacionales.”*³⁹

Passando para a análise do BIT, e uma vez que a Convenção de Washington não era aplicável ao caso em apreço, tendo o investidor recorrido à arbitragem *ad hoc*, o tribunal reconheceu que “*si bien es cierto que la definición de “nacional” del artículo 1(3)(a) del Tratado [BIT] no excluye expresamente la protección a los dobles nacionales de los dos Estados parte del Tratado, tampoco los incluye expresamente*”,⁴⁰. Para o tribunal, a questão de saber se o BIT protege ou não os investidores com dupla nacionalidade, sendo uma delas a do *host state* devia ser considerada uma questão prévia face à questão de saber qual o modo de resolução de litígios a que o investidor vai recorrer (arbitragem do ICSID ou arbitragem *ad hoc*). Com efeito, para o tribunal, a palavra “nacional”, prevista no BIT não podia ter um significado, no caso de o investidor recorrer ao ICSID e outro significado, no caso de o investidor recorrer a arbitragem *ad hoc*.

Assim, para o tribunal “*la cuestión de si el Tratado protege o no a los dobles nacionales, decisión que pertenece exclusivamente a los Estados soberanos que negociaron y firmaron el Tratado, no puede depender del resultado de la negociación entre el inversor de turno y el Estado demandado años después. En efecto, son solo Venezuela y Alemania los que pueden determinar las condiciones de aplicación del Tratado y así lo han hecho al elegir los términos adoptados. Sostener lo contrario, implicaría asumir que el Tratado contiene una definición distinta del término “nacional” dependiendo del eventual foro al cual se somete la disputa por acuerdo de partes a la disputa y por parte de los Estados Contratantes*”⁴¹.

Por outro lado, o tribunal entendeu que “*el Tratado [o BIT], en tanto que tratado internacional, debe ser interpretado a la luz de los principios generales del derecho internacional*”⁴². E, neste seguimento, concluiu, de modo inovador face à jurisprudência existente relativa à arbitragem de investimentos, que, “*en materia de inversiones internacionales, en caso de silencio del Tratado [BIT], la aplicación de los principios generales del derecho internacional conduce a la aplicación del principio de la nacionalidad dominante y efectiva*”⁴³.

Ora, tendo o tribunal concluído que a nacionalidade dominante e efectiva dos investidores era a do *host State* e não a nacionalidade alemã, considerou não ter jurisdição *ratione personae* para decidir o litígio.

39. Enrique Heemsen e Jorge Hemmsen v. Venezuela, decisão sobre a jurisdição, 29 de Outubro de 2019, parágrafo 413.

40. Enrique Heemsen e Jorge Hemmsen v. Venezuela, decisão sobre a jurisdição, 29 de Outubro de 2019, parágrafo 414.

41. Enrique Heemsen e Jorge Hemmsen v. Venezuela, decisão sobre a jurisdição, 29 de Outubro de 2019, parágrafo 419.

42. Enrique Heemsen e Jorge Hemmsen v. Venezuela, decisão sobre a jurisdição, 29 de Outubro de 2019, parágrafo 421.

43. Enrique Heemsen e Jorge Hemmsen v. Venezuela, Laudo de Jurisdicción, 29 de Outubro de 2019, parágrafo 440.

III. Conclusão

A análise da evolução jurisprudencial e da diferença de regimes entre as arbitragens do ICSID e as arbitragens *ad hoc* no que respeita à apreciação da questão relativa à dupla nacionalidade, permite retirar algumas conclusões relevantes.

Em primeiro lugar, acentua a importância de um prudente e preventivo *treaty planning*. Com efeito, a análise relativa à existência e ao conteúdo de um BIT que possa ser aplicável ao investimento que está em vias de ser realizado deve fazer parte de uma *due diligence* que um putativo investidor faça antes de tomar a decisão de investir num determinado Estado. Na verdade, bastaria que os investidores com dupla nacionalidade – sendo uma delas a do *host State* – tivessem criado uma empresa da qual fossem accionistas, em vez de investirem diretamente, na qualidade de cidadãos, para poder, mais tarde, ser essa empresa a assumir o papel de *Claimant* numa eventual arbitragem contra o *host State*, no caso de este Estado violar o BIT celebrado com o estado da nacionalidade dessa mesma empresa. Isso mesmo ficou, de resto, demonstrado no caso Tokios Tokelés v. Ucrânia e naqueles que o seguiram ⁴⁴.

Em segundo lugar, acentua a importância de se lerem cuidadosamente todas as cláusulas do BIT potencialmente aplicável, já que as decisões dos tribunais são tomadas tendo em conta todas as particularidades dos BIT, interpretando-o no seu contexto e não apenas no seguimento de tendências gerais. Com efeito, as generalizações são muito perigosas (também) na arbitragem de investimentos, não se podendo afirmar, em geral, e apesar da decisão do caso *García Armas v. Venezuela* ou do caso *Baghat v. Egipto*, que nas arbitragens *ad hoc* é sempre possível que o *Claimant* tenha também a nacionalidade do *host State*, pois essa proibição apenas se encontra expressamente prevista no art. 25.º da Convenção de Washington. Do mesmo, também não se pode afirmar, de modo geral, que nas arbitragens de investimentos os tribunais não aplicam o conceito de “*nacionalidade dominante e efectiva*”, como ficou patente no recente caso *Heemsen v. Venezuela*.

As decisões arbitrais encontram-se fundamentadas, na maior parte dos casos, por pequenos detalhes, que podem fazer (e fazem) toda a diferença, razão pela qual é fundamental que os investidores procedam a uma análise jurídica aprofundada dos BIT potencialmente aplicáveis antes da realização dos investimentos, planeando atempadamente os seus investimentos, de modo a evitarem acusações de abuso de direito, no caso de virem a proceder a alterações da nacionalidade do investidor, para jurisdições mais favoráveis ou para empresas detidas pelos investidores individuais, numa altura em que o litígio com o *host State* já se iniciou ou já era *foreseeable* ⁴⁵.

44. Tokios Tokelés v. Ucrânia, decisão sobre a jurisdição, de 29 de Abril de 2004.

45. Sobre este tema veja-se, Jorun Baumgartner, *Treaty Shopping in International Investment Law*, 2016 e Duncan Watson e Tom Brebner, *Nationality Planning and Abuse of Process: A Coherent Framework*, ICSID Review, vol. 33, n.º 1, 2018. Na jurisprudência, veja-se o caso Philip Morris v. Australia, sentença sobre a jurisdição de 17 de Dezembro de 2015 e René

Finalmente, a análise da jurisprudência, e o facto de, até ao momento, não haver uma *jurisprudence constante* quanto a estes temas relativos à dupla nacionalidade dos investidores, mostra que a sedimentação dos conceitos neste domínio ainda não se encontra adquirida e estabilizada, o que dificulta a antecipação sobre qual das diversas linhas jurisprudenciais seguidas (nomeadamente na dicotomia entre a abordagem do caso Garcia Armas face à abordagem do caso Heemsen) se afirmará no futuro como *trendsetter* ⁴⁶.

Tiago Duarte

Doutor em Direito

Sócio da PLMJ – Advogados, SP, RL

Professor de *International Investment Arbitration* na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

Rose Levy and Gramcitel S.A. v. República do Perú, Sentença de 9 de Janeiro de 2015.

46. Sobre a questão da “construção” de uma *jurisprudence constante* na arbitragem de investimentos, veja-se Abdulqawi Ahmed Yusuf & Guled Yusuf, *Precedent & Jurisprudence Constante*, Building International Investment Law – The first 50 years of ICSID, 2016, pág. 71 e segs.