

OS PRINCIPAIS PADRÕES DE PROTEÇÃO AO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO APLICADOS EM ARBITRAGENS DO SISTEMA ICSID E SUA COMPATIBILIDADE COM O DIREITO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito à obtenção
do grau de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais da Faculdade de
Direito da Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul.

Autor: Guilherme Baptista Schwartzmann

Orientador: Prof. Guilherme Pederneiras Jaeger

Porto Alegre

2013

RESUMO

O estudo analisa a compatibilidade dos principais padrões de tratamento ao investimento estrangeiro consolidados pelo direito internacional, bem como a sua aplicação em arbitragens de investimento com foro no *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID), com a legislação atinente ao tema no Brasil. O trabalho mostra a razoável adequação da legislação brasileira aos padrões citados. Assim, a ratificação de tratados bilaterais de investimento e da Convenção de Washington se apresentam como alternativas úteis diante da falta de proteção vivenciada pelos investimentos de empresas brasileiras no exterior e da necessidade de estimular o investimento estrangeiro em obras de infraestrutura no Brasil.

Palavras-chave: Padrões de proteção ao investimento. ICSID. Arbitragem internacional.

ABSTRACT

The research verifies the compatibility of the main standards of protection found in international investment agreements, as well as its interpretation on ICSID investment tribunals, with Brazilian investment law. The study shows a reasonable adequacy between them. Therefore the ratification of international investment agreements and the Washington Convention are useful

alternatives to protect Brazilian investments abroad and to stimulate foreign direct investment in infrastructure projects in Brazil.

Key-words: Standards of protection. International Investment law. ICSID. International Arbitration. Brazil.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem o objetivo de analisar a compatibilidade dos principais padrões de tratamento ao investimento estrangeiro consolidados pelo direito internacional, bem como a sua aplicação em arbitragens de investimento com foro na *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID), com a legislação atinente ao tema no Brasil, visando, assim, aferir quanto a viabilidade de uma eventual ratificação pelo país da Convenção de Washington.

O tema é atual visto que o Brasil encontra-se em situação de destaque no cenário internacional econômico, sendo o principal destino de capital estrangeiro na América do Sul e, também, o 14^o maior exportador de capitais do mundo¹, estando presente em uma gama de investimentos no exterior cada vez mais variada.

Ressalta-se que no plano internacional, a tradição pátria sempre foi a de utilizar a proteção diplomática para resolver questões relacionadas a ameaças ou violações a interesses econômicos de empresas nacionais. Entretanto, com o crescente volume de investimentos brasileiros no exterior, a vulnerabilidade desta política começa a ser exposta, por exemplo, nas situações vivenciadas recentemente por investimentos brasileiros no Equador² e na Bolívia.³

¹ Segundo a CEPAL, o Brasil é destino de 41% do investimento direto estrangeiro realizado na América Latina e Caribe. Em 2012, o investimento estrangeiro direto no país chegou ao valor de 65.272.000.000 dólares, enquanto que o investimento brasileiro no exterior foi de 7.555.000.000 dólares (CEPAL. *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe*, 2012. Santiago del Chile: Publicación de las Naciones Unidas, 2013. Disponível em: <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/5/49845/LaInversionExtranjeraD2012.pdf>>. Acesso em 15 out. 2013.

² EQUADOR decreta segundo default da dívida externa. *Valor Econômico*, São Paulo, 13 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/arquivo/612769/equador-decreta-segundo-default-da-divida-externa>>. Acesso em: 20 out. 2013.

³ PETROBRÁS não dobrará o governo boliviano, avisa novo ministro de Hidrocarbonetos da gestão Morales. *Valor Online*, São Paulo, 19 ago. 2006. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/arquivo/517273/petrobras-nao-dobrara-o-governo-boliviano-avisa-novo-ministro-de-hidrocarbonetos-da-gestao-morales>>. Acesso em: 20 out. 2013.

Mesmo tendo assinado na última década catorze Tratados Bilaterais de Investimentos (TBI's),⁴ o Brasil não ratificou nenhum deles. Portanto, da mesma maneira que os investidores brasileiros não gozam de alguma proteção diferenciada ao atuarem no exterior, os investidores estrangeiros não enxergam no país garantias plenas quanto à proteção dos seus interesses.

À época da desistência em ratificar os TBI's, alegaram-se problemas vinculados ao regime de compensação de expropriações, à aplicação da arbitragem internacional e à remessa dos lucros, bem como a baixa necessidade de investimentos estrangeiros na economia.⁵ Dessa forma, a pesquisa foi realizada igualmente no sentido de averiguar se os direitos assegurados nos TBI's e se a utilização da arbitragem internacional na ICSID são razões de incompatibilidade com a legislação e a realidade brasileiras.

O presente trabalho foi estruturado em três capítulos: o primeiro apresenta uma exposição e conceituação dos principais padrões de tratamento ao investimento estrangeiro no direito internacional dos investimentos. O segundo capítulo analisa a aplicação dos padrões tratados no primeiro capítulo pela jurisprudência arbitral da ICSID, tendo como enfoque os casos de maior debate doutrinário. O terceiro capítulo, aborda as ferramentas disponíveis pelo investidor estrangeiro em solo brasileiro, discorrendo sobre a legislação vigente quanto à transferência e registro dos investimentos, bem como sobre o acesso do estrangeiro ao judiciário. Por fim, analisa a legislação brasileira concernente à expropriação, aos novos modelos de contratos administrativos e o princípio da boa-fé no direito nacional.

1 OS PRINCIPAIS PADRÕES DE PROTEÇÃO AO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NO DIREITO INTERNACIONAL

Para criar um clima favorável ao investimento estrangeiro, e, também, proteger os investidores domésticos internacionalmente, muitos Estados ratificaram

⁴ SCANDIUCCI FILHO, Jose Gilberto. The Brazilian Experience with Bilateral Investment Agreements: A Note. *UNCTAD Expert Meeting on Development Implications of International Investment Rule Making*. 28-29 jun. 2007, p. 3.

⁵ WALD, Arnoldo. Uma nova visão dos tratados de proteção ao investimento e da arbitragem internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, n. 21, p. 12, abr.-jun. 2009.

tratados bilaterais e multilaterais de investimento, bem como implementaram leis específicas relacionadas ao investimento estrangeiro.⁶

Em escala global, diversas organizações internacionais⁷ tentaram sem sucesso estabelecer instrumentos multilaterais contendo obrigações substantivas relacionadas ao tratamento de investidores estrangeiros. Ressalta-se, todavia, a proliferação de acordos regionais e bilaterais com o objetivo de promover e proteger investimentos estrangeiros, como os Acordos de Lomé, o Tratado de Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA) e o Tratado da Carta de Energia.⁸

Nesse contexto, uma das únicas convenções que continua a gozar de amplo apoio entre países desenvolvidos e em desenvolvimento mundialmente é a de Washington, que embora não contenha obrigações substantivas atinentes ao tratamento do investimento estrangeiro, dispõe de um foro internacional para a solução de controvérsias entre investidores e estados.⁹

Assim, uma das características excepcionais do direito internacional de investimentos é o papel central que os tratados bilaterais de investimento (TBI's) desempenham. Nos mais de 2.600 TBI's, bem como em acordos regionais, são encontrados os padrões mínimos de tratamento ao investidor.¹⁰ Embora exista alguma variação na nomenclatura, merecem destaque os padrões de tratamento justo e equitativo, a nação mais favorecida, o tratamento nacional e a proteção contra a expropriação ilegal, os quais serão explanados a seguir.

1.1 NAÇÃO MAIS FAVORECIDA

Ao contrário de outros exemplos de institutos de proteção ao investimento, as cláusulas de nação mais favorecida não refletem nem fazem referência ao direito

⁶ LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KROLL, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 762.

⁷ A Carta de Havana de 1948 para a Organização Internacional do Comércio, o Projeto de Convenção da Proteção de Propriedade Estrangeira de 1967 da OECD e, recentemente a negociação do Acordo Multilateral de Investimento da OECD em 1998.

⁸ SASSE, Jan Peter. *An economic analysis of bilateral investment treaties*. Hamburg: Gabler Research: Ökonomische Analyse des Rechts, 2011, p. 44.

⁹ SCHILL, Stephan W. *The multilateralization of international investment law*. Cambridge: Cambridge International Press, 2009, Pos. 1008 de 6827.

¹⁰ HIRSCH, Moshe. *Sources of international investment law. Bjorklund and Reinisch, International Investment and Soft Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2012, p. 9.

consuetudinário internacional.¹¹ Utilizadas na época colonial pelas potências imperiais europeias como meio de assegurar a equivalência de condições no comércio, colocando seus mercadores em igual competitividade na exploração dos recursos provenientes de países em desenvolvimento, as cláusulas da nação mais favorecida ocupam um espaço de distinção na história dos tratados internacionais.¹² Foram reproduzidas no Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio de 1947 (GATT), tornando a cláusula um dos pilares do sistema multilateral de comércio¹³.

Conforme citado por MAUPIN¹⁴, a Corte Internacional de Justiça teve a oportunidade de examinar um conjunto de tratados desse tipo, entre as Grandes Potências, acerca de suas relações no Marrocos no Caso Concernente aos Direitos de Nacionais dos Estados Unidos no Marrocos. A Corte chegou a conclusão que a intenção das cláusulas da nação mais favorecida era estabelecer e manter em todo o tempo uma igualdade fundamental sem discriminação entre todos os países interessados.

Durante os trabalhos da *International Law Commission*,¹⁵ sob os auspícios da ONU, foi discutido o Projeto de Artigos sobre as Cláusulas de Nação Mais Favorecida de 1978. Embora o referido Projeto não tenha se tornado um tratado e, conseqüentemente, não seja vinculante, ele codificou a definição e as regras operacionais da cláusula MFN¹⁶. Adotou-se, também, conforme sublinha PAPANINSKIS¹⁷, o requisito da semelhança, o princípio *ejusdem generis*, pelo qual somente questões vinculadas à mesma matéria ou categoria de assunto poderiam

¹¹ PAPANINSKIS, Martins. *MFN Clauses and International Dispute Settlement: Moving beyond and?*. *ICSID Review [0258-3690]*, Oxford, v. 26, n. 2, p. 11, 2011. Disponível em: <<http://icsidreview.oxfordjournals.org/content/26/2/14.full.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

¹² MAUPIN, Julie A. *MFN - based Jurisdiction in Investor – State Arbitration: is there any hope for a consistent approach?*. *Journal of International Economic Law*, v. 14, n. 1, p. 157, 2011.

¹³ ACORDO GERAL SOBRE TARIFAS ADUANEIRAS E COMÉRCIO 1947 (GATT 47). *Texto do Acordo Geral. Genebra, 1947*. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/arquivo/secex/omc/acordos/gatt47port.pdf>>. Acesso em 26 ago. 2013.

¹⁴ MAUPIN, op. cit., p. 158.

¹⁵ HOUDE, Marie-France. *International Investment Law: a changing landscape*. OECD, 2005. p. 138. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/40077165.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2013.

¹⁶ RADI, Yannick. *The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the 'Trojan Horse'*. *The European Journal of International Law*, v. 18 n. 4, p. 758, 2007. Disponível em: <<http://ejil.oxfordjournals.org/content/18/4/757.full.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2013.

¹⁷ PAPANINSKIS, Martins. *MFN Clauses and International Dispute Settlement: Moving beyond and?*. *ICSID Review [0258-3690]*, Oxford, v. 26, n. 2, p. 22, 2011. Disponível em: <<http://icsidreview.oxfordjournals.org/content/26/2/14.full.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

ser atraídas por uma cláusula MFN.

No emblemático caso *Ambatielos*, envolvendo o Estado grego e o britânico, a Comissão de Arbitragem a cargo da revisão do caso esclareceu a aplicação do instituto:

A cláusula da nação mais favorecida pode atrair somente questões pertencentes à mesma categoria de assunto àquela que a cláusula se relaciona.” No que diz respeito às especificidades do caso, sustentou que: “... é verdade que a ‘administração da justiça’, quando vista isoladamente é uma matéria diferente de ‘comércio e navegação’, mas, quando vista em conexão com a proteção dos direitos de comerciantes, não é necessariamente assim. A proteção dos direitos dos comerciantes encontra naturalmente um lugar entre as matérias tratadas por Tratados de comércio e navegação. (...) Destarte, não pode ser dito que a administração da justiça, na medida que se refere à proteção destes direitos, deva, necessariamente, ser excluída da aplicação da cláusula da nação mais favorecida, quando a última incluir ‘todas as questões relacionadas ao comércio e navegação’.¹⁸

No contexto dos investimentos, conforme explica ZIEGLER¹⁹, um cláusula de tratamento de nação mais favorecida *per se* implica obrigações internacionais e direitos não só entre os Estados Contratantes do tratado internacional que a incorpora (frequentemente referida como ‘tratado básico’), mas também entre estes Estados Contratantes e outros Estados (referidos como ‘tratado de terceiro país’), em virtude de tratados internacionais diferentes. A cobertura material da cláusula é, então, aberta ao conteúdo de futuros tratados e à prática estatal, os quais não podem ser previstos plenamente quando da conclusão do tratado básico.

Destarte, para NEWCOMBE e PARADELL²⁰, na medida em que a cláusula permite que um investidor, ou investimentos, exija os benefícios que o mesmo Estado concede a investidores, ou investimentos, de uma terceira parte, a cláusula da nação mais favorecida multilateraliza as proteções ao investimento, criando uma rede integrada de Acordos Internacionais de Investimento.

¹⁸ UNITED NATIONS. *Documents of the twenty-second session including the report of the Commission to the General Assembly. Yearbook of the International Law Commission*, v. 2, 1970. p. 211. Disponível em: <[http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1970_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1970_v2_e.pdf)>. Acesso em: 27 ago. 2013.

¹⁹ ZIEGLER, Andreas R. *Is the MFN principle in international investment Law ripe for multilateralization or codification?.* Bjorklund and Reinisch, *International Investment and Soft Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2012, p. 239.

²⁰ NEWCOMBE, Andrew Paul; PARADELL, Lluís. *Law and practice of investment treaties: standards of treatment*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, p. 197.

Segundo DOLZER e SCHREUER²¹, sendo um padrão relativo, uma cláusula NMF tem seu alcance e escopo subordinados à conduta de um estado em particular. A cláusula pode não ter significado prático algum se o estado em questão falhar em garantir qualquer benefício relevante para uma terceira parte. Entretanto, tão logo o Estado conceder um benefício relevante, este é automaticamente estendido ao beneficiário da cláusula NMF. Isso, conforme ZIEGLER,²² pode gerar o chamado “efeito *carona*” (*free-rider*), pois uma parte pode se beneficiar de uma melhora feita somente pela outra parte sem ter que melhorar seus próprios padrões internos.

SCHILL²³ ressalta que a inclusão de cláusulas de nação mais favorecida em TBI's tende a reduzir a margem de manobra para especificidades em relações bilaterais de investimento, além de minar o entendimento dos TBI's como instrumento de barganhas *quid pro quo*. Ao invés de limitar os TBI's a instrumentos de bilateralismo, as cláusulas NMF os transformam em instrumento de multilateralismo nas relações internacionais de investimento. As cláusulas NMF, portanto, servem como base para a multilateralização das relações bilaterais de investimento.

1.2 TRATAMENTO JUSTO E EQUITATIVO (FET)

O padrão de tratamento justo e equitativo (*fair and equitable treatment*) é um elemento chave na proteção do investimento estrangeiro. Presente na maioria dos Tratados Bilaterais de Investimento, seu emprego visa proteger o investidor contra condutas arbitrárias, discriminatórias ou abusivas por parte dos Estados-receptores.²⁴

Ao contrário de proteções como a cláusula da nação mais favorecida, o padrão definido como “justo e equitativo” consiste em um padrão absoluto e incontestável. Com a recente explosão de disputas vinculadas a tratados de

²¹ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 316.

²² ZIEGLER, Andreas R. *Is the MFN principle in international investment Law ripe for multilateralization or codification?*. Bjorklund and Reinisch, *International Investment and Soft Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2012, p. 241.

²³ SCHILL, Stephan W. *The multilateralization of international investment law*. Cambridge: Cambridge International Press, 2009. Pos. 1630 de 6827.

²⁴ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and Equitable Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*. New York e Geneva: United Nations, 2012, v. 2, p. 5. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2013.

investimento, este vem sendo invocado mais do que qualquer outro padrão de proteção.²⁵ Na visão de MCLACHLAN, SHORE e WEINGER,²⁶ o tratamento justo e equitativo emergiu das sombras do direito sobre investimentos para se tornar uma ferramenta crucial na aferição da adequabilidade dos sistemas judiciais e administrativos dos Estados-receptores.

Sua origem remete aos acordos econômicos internacionais do pós-guerra, como a Carta de Havana para Organização Internacional do Comércio (1948), o Acordo Econômico de Bogotá (1948) e os Tratados de Amizade, Comércio e Navegação americanos dos anos 50.²⁷ A sua consolidação se deu sob os auspícios da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD, da sigla em inglês), cujo projeto de Convenção sobre a Proteção da Propriedade Estrangeira,²⁸ em 1967, embora não tenha entrado em vigor, teve um efeito decisivo nos acordos de investimento bilaterais entre países importadores de capital e países exportadores de capital, a partir dos anos 70.²⁹ O instituto se encontra presente no Tratado da Associação de Nações do Sudeste Asiático (ASEAN, da sigla em inglês),³⁰ no Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA),³¹ no Protocolo de Colônia para a Proteção Recíproca de Investimentos no MERCOSUL³² e no Tratado da Carta de Energia.³³

A relação entre o padrão de tratamento justo e equitativo e o “padrão mínimo”

²⁵ SASSE, Jan Peter. *An economic analysis of bilateral investment treaties*. Hamburg: Gabler Research: Ökonomische Analyse des Rechts, 2011, p. 51.

²⁶ MCLACHLAN, Campbell; SHORE, Lawrence; WEINGER, Matthew. *International investment arbitration, substantive principles*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 201.

²⁷ TUDOR, Loana. *The fair and equitable treatment standard of the international law of foreign investment*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 45.

²⁸ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*, 1967. Disponível em: <<http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

²⁹ BRONFMAN, Marcela Klein. *Fair and Equitable Treatment: an evolving standard*. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. Heidelberg, v. 10, p. 616, 2006. Disponível em: <http://www.mpil.de/files/pdf3/mpunyb_15_marcela_iii.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2013.

³⁰ ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS. *Treaty*. Disponível em: <<http://www.aseansec.org/6910.html>>. Acesso em 22 ago. 2013.

³¹ NORTH AMERICAN FREE TRADE AGREEMENT. *Article 1105*. Disponível em: <<http://www.sice.oas.org/trade/nafta/chap-111.asp>>. Acesso em: 22 ago. 2013.

³² PROTOCOLO de Colônia para a Proteção Recíproca de Investimentos no MERCOSUL. Colônia do Sacramento, 17 de janeiro de 1994. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/relinter/mercosul/coloni-p.asp>>. Acesso em 18 ago. 2013.

³³ ENERGY CHARTER TREATY. *Article 10*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:069:0026:0090:PT:PDF>>. Acesso em 22 ago. 2013.

é muito discutida na doutrina internacional.³⁴ No projeto da Convenção sobre a Proteção da Propriedade Estrangeira da OECD referiu-se que o padrão de tratamento justo e equitativo estaria em conformidade de efeito com um ‘padrão mínimo’ parte do direito consuetudinário internacional.³⁵

O artigo 1105 do NAFTA, tratando do “padrão mínimo de tratamento”, dispõe que cada Parte se “compromete em conceder a todos investimentos de investidores da outra Parte tratamento de acordo com o direito internacional, incluindo tratamento justo e equitativo e proteção total e segurança.”³⁶ Diante das diferentes interpretações por tribunais arbitrais em respeito ao significado e objetivo do padrão de tratamento justo e equitativo contido no artigo 1105, a Comissão de Livre Comércio do NAFTA clarificou que o conceito de “tratamento justo e equitativo” não requer tratamento em adição ou além do que é exigido pelo direito consuetudinário internacional ao padrão de tratamento mínimo de estrangeiros.³⁷

O “padrão mínimo” de tratamento, ou o “padrão moral de tratamento para países civilizados”,³⁸ é uma regra do direito consuetudinário internacional que governa o tratamento de estrangeiros, concedendo-lhes um conjunto de direitos básicos os quais os Estados devem garantir, a despeito de sua legislação doméstica e prática. A violação desta regra gera responsabilidade internacional.³⁹

O exemplo clássico de padrão mínimo de tratamento no direito consuetudinário internacional encontra-se no caso *Neer v. México*,⁴⁰ em 1926, no qual a Comissão de Reivindicações Gerais EUA/México entendeu que, para se

³⁴ HAMIDA, Walid Ben. Droit des investissements et ordre substantiel. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 131, abr.-jun. 2012.

³⁵ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*, 1967. p. 9. Disponível em: <<http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

³⁶ NORTH AMERICAN FREE TRADE AGREEMENT. *Article 1105: Minimum Standard of Treatment Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security*. Disponível em: <<https://www.nafta-sec-alena.org/Default.aspx?tabid=97&language=en-US>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

³⁷ STONE, Jacob. *Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard, and the International Law of Investment*. *Leiden Journal of International Law*, Cambridge, v. 25, n. 1, p. 83, 2012.

³⁸ BRONWILIE, Ian. *Principles of international law*. 7. ed. rev. amp. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 525.

³⁹ BRONFMAN, Marcela Klein. *Fair and Equitable Treatment: an evolving standard*. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. Heidelberg, v. 10, p. 623, 2006. Disponível em: <http://www.mpil.de/files/pdf3/mpunyb_15_marcela_iii.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2013.

⁴⁰ UNITED NATIONS. *Reports of International Arbitral Awards: L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States*, 15 October 1926. v. 4. New York: United Nations, 2006. Disponível em: <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/60-66.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2013.

constatar uma violação do mesmo, o comportamento do Estado deve se caracterizar como “um absurdo, má-fé, uma negligência de dever ou ação governamental insuficiente, tão longe de padrões internacionais que todo e qualquer homem sensato e imparcial poderia prontamente reconhecer sua insuficiência”.

Já o “padrão de tratamento justo e equitativo”, segundo a UNCTAD⁴¹, é uma regra absoluta de proteção, aplicável a investimentos em uma dada situação, sem referência ao nível de tratamento concedido a outros investimentos ou instituições pelo País-receptor. Assim, os governos são impossibilitados de resistir a demandas fundadas nessa regra, sob a alegação, por exemplo, que o tratamento concedido não é diferente daquele vivenciado por seus cidadãos ou por outros investidores internacionais operando em sua economia.⁴²

Entre os que comungam do conceito que o FET é um instituto autônomo ao “padrão mínimo de tratamento” está MANN⁴³. O autor entende que o termo “tratamento justo e equitativo” visa uma conduta que vai muito além do nível mínimo e concede uma proteção em maior extensão, consoante um padrão muito mais objetivo do que qualquer outra definição.

Nesse sentido, para DOLZER e SCHREUER⁴⁴, a vinculação do FET a outros padrões não é cabível na interpretação de tratados. Se as partes do tratado desejassem fazer referência ao direito consuetudinário internacional é de se supor que a fariam expressamente.

MCLACHLAN, SHORE e WEINGER⁴⁵ consideram que a proteção legal concedida pela garantia de um tratamento justo e equitativo não pode ser compreendida sem a concepção da função própria do direito internacional na avaliação dos níveis de justiça alcançados por sistemas nacionais legais e administrativos. Assim, entendem que o padrão de tratamento justo e equitativo

⁴¹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and Equitable Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*. New York e Geneva: United Nations, 2012, v. 2, p. 7. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/unctadaddiaea2011d5_eni.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2013.

⁴² TUDOR, Ioana. *The fair and equitable treatment standard of the international law of foreign investment*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 144.

⁴³ MANN, F. A. Notes, British Treaties for the promotion and protection of investments. *British Yearbook of International Law*, Oxford, v. 52, n. 1, p. 244, 1981. Disponível em: <<http://bybil.oxfordjournals.org/content/52/1/241.full.pdf+html>>. Acesso em: 22 de ago. 2013.

⁴⁴ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 238.

⁴⁵ MCLACHLAN, Campbell; SHORE, Lawrence; WEINGER, Matthew. *International investment arbitration, substantive principles*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 204.

engloba os requisitos mínimos do Estado de Direito.

MELO⁴⁶ explica que, embora os TBI's não definam precisamente o significado do instituto, ações governamentais que não garantam (i) a estabilidade, previsibilidade e consistência do sistema legal; (ii) a proteção das expectativas legítimas dos investidores; (iii) devido processo legal e administrativo; (iv) transparência, bem como medidas que não sejam (v) racionais e proporcionais, são susceptíveis de serem uma violação do FET. Por dividirem o objetivo de assegurar o tratamento justo e equitativo, estas obrigações são similares e podem ter características coincidentes.⁴⁷

1.3 TRATAMENTO NACIONAL

As cláusulas de tratamento nacional estão no centro e no repertório padrão dos Tratados Bilaterais de Investimento. Elas têm o intuito de oferecer igualdade de condições entre o investidor estrangeiro e o competidor local.⁴⁸ Seu emprego é importante haja vista que um certo nível de discriminação no tratamento dos estrangeiros é, geralmente, permitido pelo direito consuetudinário internacional.⁴⁹

O tratamento nacional é definido pela UNCTAD⁵⁰ como um princípio pelo qual o país-receptor estende a investidores internacionais tratamento tão favorável quanto o tratamento acordado aos investidores domésticos em semelhantes circunstâncias. Assim, como bem especifica SCHLEE,⁵¹ trata-se de um padrão relativo, já que faz referência ao tratamento concedido pela lei de determinado Estado a seus nacionais, em razão do qual o conteúdo do princípio não pode ser determinado *a priori*, nem em termos absolutos.

⁴⁶ MELO, Leonardo de Campos. Introdução às arbitragens de investimento perante o sistema ICSID. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 34, n. 9, p. 73, jul.-set. 2012.

⁴⁷ STONE, Jacob. *Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard, and the International Law of Investment*. *Leiden Journal of International Law*, v. 25, p. 93, 2012.

⁴⁸ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 307.

⁴⁹ MCLACHLAN, Campbell; SHORE, Lawrence; WEINGER, Matthew. *International investment arbitration, substantive principles*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 213.

⁵⁰ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *National Treatment: UNCTAD Series on issues in International Investment Agreements*. New York and Geneva: United Nations, 1999, p. 11. Disponível em: <<http://unctad.org/en/Docs/psiteiitd11v4.en.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2013.

⁵¹ SCHLEE, Paula C. *Padrões de tratamento do estrangeiro e sua propriedade em matéria de investimento: análise da jurisprudência do ICSID*. DeCITA, direito do comércio internacional: temas e atualidades. 3. ed. jul. 2005, p. 84.

Portanto, o conteúdo do tratamento concedido ao investidor varia de acordo com o tratamento estabelecido pela legislação nacional do país receptor do investimento.⁵² DOLZER e SCHREUER⁵³ afirmam serem necessários três passos para determinar se o tratamento nacional foi respeitado. Primeiro, é preciso averiguar se o investidor estrangeiro e o investidor doméstico se encontram em um cenário comparável (ou em circunstâncias semelhantes); ato contínuo, se o tratamento acordado ao investidor estrangeiro é tão favorável quanto ao tratamento acordado ao investidor doméstico; e, por fim, no caso que o tratamento for menos favorável, verificar se a diferenciação foi justificada.

A aplicação do tratamento nacional só traz benefícios em situações que os nacionais dos países forem tratados de forma adequada. TIETJE e SIPIORSKI⁵⁴ mencionam que o antigo tratado entre a Alemanha e a União Soviética não incluiu esta disposição, pois, indiscutivelmente, os investidores alemães não tinham interesse em serem tratados da mesma maneira que os investidores soviéticos no seu mercado.

No âmbito dos TBIs que incluem a cláusula, a maioria limita a sua aplicação à fase pós-investimento, ou seja, apenas após a sua admissão no território do país-receptor, não se aplicando o tratamento nacional na fase de entrada e estabelecimento do investimento estrangeiro.⁵⁵ A UNCTAD⁵⁶ divide o tratamento nacional pós-estabelecimento em: tratamento nacional pós-estabelecimento limitado com forte controle do país-receptor e tratamento nacional pós-estabelecimento total.

A primeira abordagem preserva a mais forte discricção do país-receptor, ao mesmo tempo que oferece tratamento nacional a investimentos estrangeiros e/ou investidores no estágio pós-entrada. Tem sido usada por países-receptores que desejam oferecer um nível de tratamento nacional sem limitar seus poderes regulatórios em demasia. Um exemplo de tratado com cláusula com estas

⁵² FONSECA, Karla Closs. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 97.

⁵³ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 309.

⁵⁴ TIETJE, Christiam; SIPIORSKI. *The evolution of investment protection based on public international law treaties: lessons to be learned*. Bjorklund and Reinisch, *International Investment and Soft Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2012, p. 232.

⁵⁵ FONSECA, op. cit., p. 101.

⁵⁶ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *International Investment Agreements: key issues*. New York e Geneva: United Nations, 2004, v. 1, p. 88. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/iteiit200410_en.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2013.

características é o TBI entre a Indonésia e a Dinamarca, de 1968.⁵⁷

A segunda abordagem oferece um padrão mais alto de tratamento nacional para o investidor estrangeiro, limitando o poder discricionário do país-receptor de tratar investidores nacionais e estrangeiros diferentemente. Exemplo desta abordagem é o Protocolo sobre Promoção e Proteção de Investimentos Provenientes de Estados Não Partes do MERCOSUL⁵⁸:

Existem ainda acordos bilaterais que adotam cláusulas de tratamento nacional estendidas à fase de pré-estabelecimento do investimento.⁵⁹ Este modelo, conhecido como “liberalização completa”, segundo MUCHLINSKI e GÓMEZ-PALACIO⁶⁰, oferece o melhor acesso a mercados, recursos, e oportunidades para empresas multinacionais e outros investidores estrangeiros interessados nas vantagens locais do país-receptor. Entretanto, acordos que adotam esse modelo também lançam mão de uma lista negativa de setores excepcionados. Ressalta-se, igualmente, que uma vez aberto em um acordo, o respectivo setor da economia não poderá voltar ao nível de controle prévio.

Esta abordagem é corrente na prática do NAFTA em Acordos de Livre Comércio com disposições relacionadas ao investimento e em acordos bilaterais de investimento firmados pelos Estados Unidos e pelo Canadá. Nesse sentido, o art. 3º, I do TBI EUA-Uruguai⁶¹, firmado em 2004, dispõe:

Artigo 3º Tratamento Nacional

1. Cada Parte deve acordar aos investidores da outra Parte tratamento não menos favorável do acordado, em circunstâncias semelhantes, ao seus próprios investidores em respeito ao estabelecimento, aquisição,

⁵⁷ “Neither Contracting Party shall in its territory impose on the activities of enterprises in which such approved investments are made by nationals or corporations of the other Contracting Party conditions which are less favourable than those imposed in its territory on activities in connection with any similar enterprises owned by nationals or corporations of the other Contracting Party or nationals or corporations of third countries”.

⁵⁸ PROTOCOLO sobre Promoção e Proteção de Investimentos Provenientes de Estados não Partes do MERCOSUL. Buenos Aires, 05 de agosto de 1994. Disponível em: <http://www.sice.oas.org/trad_e/mrcsrs/decisions/dec1194e.asp>. Acesso em: 17 ago. 2013.

⁵⁹ SCHLEE, Paula C. *Padrões de tratamento do estrangeiro e sua propriedade em matéria de investimento: análise da jurisprudência do ICSID*. DeCITA, direito do comércio internacional: temas e atualidades. 3. ed. jul. 2005, p. 86.

⁶⁰ MUCHLINSKY, Peter; GÓMEZ-PALACIO, Ignacio. *Admission and establishment*. The Oxford Handbook of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 242.

⁶¹ TREATY between the United States of America and The Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 2004. Disponível em: <http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/bit/asset_upload_file748_9005.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2013.

expansão, direção, conduta, operação, e venda ou outra disposição de investimentos no seu território.

Na parte anexa ao referido tratado, o princípio do tratamento nacional é sujeito ao direito do Estado-receptor de excluir certos setores do alcance do investimento estrangeiro. O Uruguai, por exemplo, fez reservas quanto ao monopólio estatal no setores energético, distribuição de água, comunicações básicas e importação e refino de combustíveis.⁶²

Outra alternativa é o modelo híbrido do Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS) da Organização Mundial do Comércio (OMC)⁶³. Baseia-se num sistema de “listagem positiva”. O direito ao tratamento nacional existirá quando um membro do GATS comprometer-se especificamente quanto ao acesso do mercado sob o artigo XVI do GATS. Assim, em setores nos quais o membro assumir compromissos de acesso, fica-lhe proibido de impor as limitações listadas ao fornecimento de serviços, a menos que especifique expressamente que retém tais limitações. Estas limitações incluem, por exemplo, medidas que poderiam afetar o acesso por via de investimento direto.

Portanto, como sublinha SCHLEE⁶⁴, no GATS, a obrigação de tratamento nacional na fase de pré-estabelecimento não é uma obrigação geral aplicável ao comércio de serviços em todos os setores e por todos os Membros, mas um compromisso específico que se aplica somente em setores inscritos na lista de compromissos de um Membro.

MUCHLINSKY e GÓMEZ-PALACIO⁶⁵ ressaltam que a abordagem “estilo GATS” com listagem positiva contrasta com o modelo de listagem negativa do NAFTA. Existe um debate contínuo sobre qual abordagem seria melhor. Países comprometidos com liberalizações progressivas arguem que um comprometimento positivo com a liberalização, junto a uma “lista negativa” de exceções, é mais provável de resultar na liberalização de fato da entrada e no estabelecimento de

⁶² TREATY between the United States of America and The Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 2004, p. 4. Anexo II Disponível em: <http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/bit/asset_upload_file748_9005.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2013.

⁶³ SCHLEE, Paula C. *Padrões de tratamento do estrangeiro e sua propriedade em matéria de investimento: análise da jurisprudência do ICSID*. DeCITA, direito do comércio internacional: temas e atualidades. 3. ed. jul. 2005, p. 86.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 87.

⁶⁵ MUCHLINSKY, Peter; GÓMEZ-PALACIO, Ignacio. *Admission and establishment*. The Oxford Handbook of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 245.

condições. Por outro lado, países em desenvolvimento, em particular, são favoráveis ao modelo “estilo GATS”, pois o mesmo permite um processo mais gradual e cuidadoso de liberalização, cujo modelo de “lista negativa” não permite, pois este requer uma determinação anterior sobre quais setores devam ser excluídos das pressões da competição aberta com investidores estrangeiros.

1.4 EXPROPRIAÇÃO

A proteção a investidores estrangeiros contra expropriações não compensadas é uma das principais garantias encontradas em acordos internacionais sobre investimento.⁶⁶ A situação clássica sempre foi a apreensão patente de ativos de um investidor estrangeiro por parte do Estado-receptor durante a implementação de um programa geral de reforma ou através de atos escancarados destituindo o investidor de seus ativos sem compensação.⁶⁷

DOLZER e SCHREUER⁶⁸ ressaltam que a expropriação é a mais severa forma de interferência à propriedade. Todas as expectativas do investidor são destruídas quando o investimento é tomado sem a compensação adequada. Conforme a lição de REINISCH⁶⁹, a noção do que constituiria de fato uma expropriação é extensa, podendo tomar diferentes formas como amplas nacionalizações, confiscos punitivos, expropriações progressivas e indiretas.

Nessa senda, BROWNLIE⁷⁰ explica que, embora o processo seja comumente chamado de expropriação, ele pode ser referido de outras formas. Se for considerado ilícito e não houver compensação, têm-se o “confisco”. Já expropriação de um ou mais recursos nacionais importantes, como parte de um programa geral de reforma econômica e social, é genericamente descrita como “nacionalização” ou

⁶⁶ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Expropriation. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. New York and Geneva: United Nations, 2012. p. XI. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d7_en.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2013.

⁶⁷ MCLACHLAN, Campbell; SHORE, Lawrence; WEINGER, Matthew. *International investment arbitration, substantive principles*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 265.

⁶⁸ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 197.

⁶⁹ REINISCH, August. *Is expropriation ripe for codification? The example of the non-discrimination requirement for lawful expropriations*. Bjorklund and Reinisch, *International Investment and Soft Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2012, p. 276.

⁷⁰ BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. Oxford: Oxford University Press. 7. ed. 2008, p. 532.

“socialização”.

Os árbitros divergem sobre o papel desempenhado pela motivação da medida expropriatória. HAMIDA⁷¹ sublinha que, para os adeptos da Teoria do Efeito, para que uma medida seja equiparada a uma expropriação, é suficiente apenas a demonstração da desapropriação ou da privação do investimento, enquanto que, para outros, esta mera constatação não basta. Deve-se, após constatar a privação ou restrição, determinar se a mesma foi motivada por um interesse legítimo (proteção ao meio-ambiente ou à saúde pública, por exemplo). Se assim o for, esta será considerada como uma medida adotada dentro do âmbito do poder soberano de regulamentação do Estado, sob a justificativa do interesse público.

Não obstante sua aparição cada vez mais rara no direito internacional, a expropriação direta ainda se mostra presente em países como a Bolívia, Equador e a Venezuela. O falecido presidente venezuelano, Hugo Chávez, iniciou, em 2006, um programa para nacionalizar e expropriar empresas multinacionais em todos os setores economicamente estratégicos do país.⁷²

Tanto as nacionalizações quanto as expropriações, se diretas, envolvem a transferência do título e/ou apreensão física direta de propriedade. Entretanto, algumas medidas intermediárias também podem levar a apropriações que podem destruir permanentemente o valor econômico do investimento ou privar maldosamente o proprietário da sua habilidade de administrar, usar ou controlar seu bem. Essas medidas são categorizadas como expropriações indiretas. Medidas regulatórias como, por exemplo, atos estatais em interesse público, não irão normalmente ensejar compensação, mesmo que possam ter os mesmos efeitos que uma expropriação indireta.⁷³

O modo mais frequente de expropriação atualmente é o indireto. Embora deixe o título do investidor intocado, ele o priva da possibilidade de utilizar o investimento de maneira significativa. O modelo americano de Tratado Bilateral de Investimento explica o instituto:

⁷¹ HAMIDA, Walid Ben. *Droit des Investissements et Ordre Substantiel*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 133, abr.-jun. 2012.

⁷² KIFFER, Laurence. BITs, ICSID Convention in Latin America: the rebirth of hostile policies. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 32, n. 9, p. 24, jan.-mar. 2012.

⁷³ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Expropriation*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. New York and Geneva: United Nations, 2012. p. 6. Disponível em <http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d7_en.pdf>. Acesso em: 01 set. 2013.

4. A segunda situação abordada pelo Artigo 6 (Expropriação e Compensação)(1) é a expropriação indireta, quando uma ação ou série de ações de uma Parte tenha um efeito equivalente a expropriação direta sem a transferência formal do título ou apreensão definitiva.

(a) A determinação se uma ação ou série de ações de uma Parte, em uma situação factual específica, constitui uma expropriação indireta, requer uma análise caso-a-caso baseada em fatos, levando em conta, entre outros fatores: (i) o impacto econômico da ação governamental, mesmo que o fato da ação ou série de ações levadas a cabo por uma Parte tenha um efeito negativo no valor econômico de um investimento, não estabeleça, por si só, que uma expropriação indireta tenha ocorrido; (ii) a extensão na qual a ação governamental interfere com expectativas nítidas e razoáveis do investimento; e (iii) o caráter da ação governamental.

(b) Exceto em raras circunstâncias, ações regulatórias não-discriminatórias de uma Parte projetadas e aplicadas para proteger objetivos de bem-estar público, como saúde pública, segurança, e o meio-ambiente, não constituirão expropriações indiretas.⁷⁴ [tradução nossa].

NEWCOMBE e PARADELL⁷⁵ sustentam que a qualificação de uma medida como expropriação indireta requer uma análise caso-a-caso e uma consideração cuidadosa da letra do tratado na qual consta. Deve ser demonstrado que a medida resultou em uma privação substancial e que as expectativas legítimas do investidor foram frustradas.

DOLZER e SCHREUER⁷⁶ sublinham que a linha que separa os conceitos de expropriação indireta das medidas regulamentárias governamentais não-compensáveis não foi ainda sistematicamente articulada. a imprecisão dos contornos desses conceitos. REINISCH⁷⁷ ressalta que os tribunais lidando com arbitragens de investimento tem contribuído consideravelmente para a definição da expropriação indireta, desenvolvendo uma abordagem mais restritiva sobre quais medidas estatais podem constituir uma expropriação. Constata que as medidas afetantes aos interesses de proprietários tem que ter certa severidade, não sendo meramente efêmeras, para equipararem-se à expropriação indireta.

Embora não exista ainda um consenso a respeito das regras de compensação no direito internacional, quase todos os TBI's e tratados multilaterais de investimento contém disposições específicas sobre padrões de compensação. A

⁷⁴ UNITED STATES OF AMERICA. 2012 Model Bilateral Investment Treaty. Disponível em: <<http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2013.

⁷⁵ NEWCOMBE, Andrew Paul; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: standards of treatment*. Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2009, p. 343.

⁷⁶ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 201.

⁷⁷ REINISCH, August. *Expropriation*. The Oxford Handbook of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 282.

maioria segue a “fórmula de Hull” que requer que a compensação seja “imediate, adequada e efetiva”.⁷⁸

Segundo a UNCTAD⁷⁹, a grande maioria dos TBI’s permite que os Estados expropriem investimentos desde que as ações sigam o critério seguinte:

- (a) por interesse público;
- (b) de forma não discriminatória;
- (c) em respeito ao devido processo legal;
- (d) diante do pagamento de compensação.

Tendo sido realizada a conceituação das principais modalidades de proteção substantiva previstas em tratados de investimento, passaremos a seguir à análise da interpretação das mesmas nas arbitragens de investimento realizadas no ICSID.

2 A APLICAÇÃO DOS PADRÕES DE PROTEÇÃO AO INVESTIMENTO NA JURISPRUDÊNCIA DA ICSID

2.1 O SISTEMA ICSID

Criado sob os auspícios do Banco Mundial em 1965, a Convenção para a Solução de Controvérsias Relacionadas a Investimentos entre Estados e nacionais de outros Estados, a “Convenção de Washington”, consiste no principal instrumento de incentivo e proteção a investimentos. No âmbito desta convenção, nasceu o Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas as Investimentos,⁸⁰ o ICSID. O ICSID é uma das poucas instituições arbitrais do mundo com jurisdição especializada.⁸¹

O objetivo do ICSID é estabelecer um foro neutro para a resolução de

⁷⁸ MCLACHLAN, Campbell; SHORE, Lawrence; WEINGER, Matthew. *International investment arbitration, substantive principles*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 317.

⁷⁹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Expropriation. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. New York and Geneva: United Nations, 2012. p. 27. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/unctadidaeia2011d7_en.pdf>. Acesso em: 01 set. 2013.

⁸⁰ *International Centre for Settlement of Investment Disputes*.

⁸¹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Requirements Ratione Materiae. Dispute settlement: International Centre for Settlement of Investment Disputes*. New York and Geneva: United Nations, 2003, p. 7.

disputas entre Estados e investidores estrangeiros. Enquanto que disputas comerciais entre partes privadas são normalmente resolvidas por cortes nacionais ou painéis arbitrais, e disputas de caráter econômico entre Estados podem se enquadrar na jurisdição da Corte Internacional de Justiça ou outros sistemas de resolução de litígios, o ICSID foi estabelecido para dirimir controvérsias de caráter híbrido relacionadas a investimentos.⁸²

Assim, o ICSID atua como administrador de procedimentos de arbitragem e de conciliação. As suas funções consistem no registro de disputas, comunicações processuais e eventuais nomeações de árbitros e de membros dos Comitês *ad hoc* de apreciação de recursos contra sentenças arbitrais. O centro, portanto, não analisa o mérito das disputas, e sim presta auxílio na sua condução. Trata-se de um sistema arbitral autossuficiente e independente a ser utilizado pelos Estados-contratantes e seus nacionais.⁸³

A UNCTAD⁸⁴ aponta inúmeras vantagens às arbitragens instauradas no sistema do ICSID. Por exemplo, cuida de um acesso direto a uma forma de resolução de conflitos internacionais, não restringindo o investidor às cortes nacionais do Estado-receptor. Ademais, liberta os investidores da vontade do seu Estado originário de exercer proteção diplomática em seu favor. Outrossim, os mecanismos de cumprimento de sentença expressos na Convenção tornam altamente provável a eficácia dos provimentos estabelecidos.⁸⁵

O órgão das Nações Unidas ainda ressalta que a segurança legal para os investidores atrai o capital estrangeiro, criando um “clima favorável ao investimento”. Neste aspecto, a mera disponibilidade de um remédio efetivo, como a arbitragem ICSID, tende a ser crucial para um maior respeito às regras de investimento internamente.

Sublinha-se o fato que as arbitragens ICSID devem ter como partes,

⁸² Ibidem, p. 7.

⁸³ MELO, Leonardo de Campos. Introdução às arbitragens de investimento perante o sistema ICSID. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 34, n. 9, p. 59, jul.-set. 2012.

⁸⁴ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Selecting the appropriate forum. Dispute settlement*: International Centre for Settlement of Investment Disputes. New York and Geneva: United Nations, 2004, p. 17.

⁸⁵ Art. 54 (1) da Convenção de Washington: Cada Estado Contratante reconhecerá a obrigatoriedade da sentença dada em conformidade com a presente Convenção e assegurará a execução no seu território das obrigações pecuniárias impostas por essa sentença como se fosse uma decisão final de um tribunal desse Estado. O Estado Contratante que tenha uma constituição federal poderá dar execução à sentença por intermédio dos seus tribunais federais e providenciar para que estes considerem tal sentença como decisão final dos tribunais de um dos Estados federados.

obrigatoriamente, um Estado-contratante e um investidor, este consistindo de pessoa física ou jurídica de outro Estado-contratante. É vedada aos investidores utilizar o Sistema ICSID para acionar o seu próprio Estado-contratante.⁸⁶

Por fim, a ratificação da Convenção de Washington não implica o consentimento automático à jurisdição do ICSID. É preciso, ainda, que em toda e qualquer hipótese, que o Estado-receptor e o investidor tenham manifestado consentimento inequívoco à sua jurisdição por meio de (i) contratos de investimento, (ii) leis internas relativas a investimentos ou (iii) tratados bilaterais de investimento ou tratados multilaterais.⁸⁷

Nestes instrumentos estão presentes os padrões de proteção ao investimento estrangeiro acordados entre as partes. A grande maioria das arbitragens de investimento invoca violações a estas proteções específicas, as quais já foram conceituados no primeiro capítulo do presente trabalho. Destarte, a seguir será analisada a aplicação desses padrões de tratamento nas arbitragens do Sistema ICSID e, no capítulo seguinte, far-se-á um exame da situação vivenciada pelos investidores estrangeiros em solo brasileiro.

2.2 TRATAMENTO JUSTO E EQUITATIVO

O foco das arbitragens de investimento envolvendo questões concernentes ao padrão de tratamento justo e equitativo tem estado, atualmente, nas responsabilidades do Estado-receptor em sua conduta em relação ao investidor estrangeiro. Assim, a questão que se põe, no ensinamento de MUCHLINSKY⁸⁸, é se, em nível internacional e observando padrões comumente aceitos de administração de justiça, um tribunal pode concluir, à luz de todos fatos disponíveis, que uma decisão de uma corte local impugnada junto ao Sistema ICSID fora claramente imprópria e indigna, tendo como resultado a sujeição do investimento a um tratamento injusto e não equitativo.

⁸⁶ MELO, op. cit., p. 62.

⁸⁷ LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KROLL, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 763.

⁸⁸ MUCHLINSKY, Peter. *Policy issues*. The Oxford Handbook of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 24.

Na lição de DOLZER⁸⁹, a definição mais completa foi proferida no caso julgado pela ICSID *Tecmed v Mexico*, o qual tratava da retirada de uma licença de um aterro de lixo tóxico. O Tribunal decidiu que teria que interpretar o conceito de tratamento justo e equitativo de maneira autônoma, levando em consideração seu contexto no tratado, o direito internacional e o princípio da boa-fé⁹⁰.

O Tribunal Arbitral da ICSID do caso *Vivendi v Argentina* não encontrou nenhuma evidência para limitar o tratamento justo e equitativo a um padrão mínimo internacional. Tal interpretação iria contra o texto original do TBI Argentina-França que requereria tratamento consoante a princípios do direito internacional, os quais exigiriam uma leitura mais ampla, considerando uma gama maior de princípios.⁹¹

Destaca-se, outrossim, a questão levantada pela Argentina, no caso *CMS v. Argentina*, e parcialmente reconhecida pelos Árbitros do tribunal arbitral constituído no âmbito do ICSID: Seria a definição de padrão de tratamento justo e equitativo muito vaga a ponto de criar uma obrigação legal? O Tribunal Arbitral decidiu que a preocupação argentina não é inteiramente sem mérito e deve ser considerada.⁹²

A despeito de raríssimas interpretações contrárias, a jurisprudência da ICSID divide o rompimento do padrão de tratamento justo e equitativo em duas categorias amplas: (i) denegação de justiça nas cortes locais e (ii) comportamento administrativo hostil, consubstanciado pela falha em respeitar expectativas legítimas do investidor e a não-observância do devido processo legal administrativo.

2.2.1 Denegação de justiça em cortes locais

⁸⁹ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 246.

⁹⁰ ICSID. *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A v. Estados Unidos Mexicanos*. Caso No. ARB (AF)/00/2. p. 54. Disponível em: <<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0855.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2013.

⁹¹ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 241.

⁹² ICSID. *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, 2005. 44 ILm 1205. p. 80. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC504_En&caseId=C4>. Acesso em: 30 set. 2013.

Na sentença arbitral do caso *Azinian v. Mexico*⁹³ os Árbitros estabeleceram os ingredientes necessários para uma alegação válida de denegação de justiça. Assim, a denegação de justiça pode derivar da: (a) da recusa das cortes locais em receber uma ação; (b) de um atraso injustificado; (c) de uma administração da justiça seriamente inadequada; e (d) da existência de um claro e malicioso erro de aplicação da lei.

Em *Mondev International Limited v. United States of America* o tribunal fez referência aos requisitos formulados no caso *Azinian v. Mexico*, aceitando que poderia existir uma violação ao padrão por um erro claro e malicioso na aplicação da lei. Entretanto, não seria possível a revisão do mérito da decisão local.⁹⁴

No caso *Loewen Group, Inc and Raymond L. Loewen v. United States of America*, o Lowen Group, Inc,⁹⁵ uma companhia canadense envolvida com a indústria funerária, e o seu antigo Presidente e CEO, Raymond Lowen, iniciaram um procedimento arbitral contra os Estados Unidos da América, alegando que os EUA eram responsáveis, sob o NAFTA, por danos resultantes da sentença de um Júri contra a companhia numa corte do estado do Mississippi.

O Tribunal Arbitral ressaltou que o julgamento inteiro (nas cortes locais), e o seu resultado, teria sido claramente impróprio e indigno, incompatível com os padrões mínimos do direito internacional e o com o tratamento justo e equitativo. Entretanto, a conduta da Corte no julgamento não teria levado a uma violação do “tratamento justo e equitativo” por parte dos Estados Unidos, pois não fora estabelecido que os EUA falharam em razoavelmente disponibilizar remédios processuais adequados aos requerentes, como, por exemplo, a possibilidade de apelação. O Tribunal concluiu que Loewen falhou em demonstrar que esses remédios, em particular o recurso à Suprema Corte dos EUA, não foram razoavelmente disponibilizados pela estrutura judiciária local.

⁹³ ICSID. *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States*, 1999. 5 ICSID Rep 269. p. 29. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC544_En&casId=C156>. Acesso em: 15 set. 2013.

⁹⁴ ICSID. *Mondev International Ltd v United States of America*, 2002. 7 ICSID Rep 421. p. 45. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1076.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2013.

⁹⁵ ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Fair and Equitable Treatment in International Investment Law. *Working Papers on International Investment*, n. 3, p. 18, 2004.

2.2.2 Comportamento administrativo hostil

É possível fazer distinção dentro da jurisprudência arbitral do ICSID de alguns tipos de condutas estatais impróprias e desonrosas que constituiriam uma violação do padrão de tratamento justo e equitativo. Assim, podem existir ofensas ao padrão pela (i) falha em respeitar as expectativas legítimas do investidor e pela (ii) não observância do devido processo legal administrativo, seja por discriminação, falta de transparência, coerção e assédio por oficiais do Estado e má-fé.

2.2.2.1 falha em respeitar expectativas legítimas do investidor

Para McLACHLAN, WEINGER e SHORE⁹⁶, a definição mais abrangente do que seriam “expectativas legítimas” à luz do princípio do tratamento justo e equitativo em investimentos foi dada pelo Tribunal no caso *Tecmed v. Mexico*, a saber:

Como parte de tais expectativas, o investidor conta com a garantia que o Estado-receptor do investimento terá uma conduta coerente, desprovida de ambiguidades e transparente em suas relações com o investidor estrangeiro, de maneira que este possa conhecer antecipadamente, para planejar suas atividades, não somente as normas ou regulamentações que regerão tais atividades, mas também as políticas perseguidas por tal normativa e as práticas diretivas administrativas que lhe sejam relevantes.⁹⁷ [tradução nossa].

Alguns casos seguiram esta abordagem. Conforme relata a UNCTAD,⁹⁸ em *CMS v. Argentina*, o tribunal entendeu que o padrão de tratamento justo e equitativo incluiria o requisito de uma “estrutura estável para o investimento”. Ao alcançar esta conclusão, o tribunal se debruçou sobre o preâmbulo do TBI Argentina-Estados Unidos aplicável, o qual dispunha explicitamente que o “tratamento justo e equitativo do investimento é desejável para manter uma estrutura estável de investimento”. No mérito, o tribunal sustentou que as medidas emergenciais tomadas pela Argentina no despertar da crise do Peso de 2000-2002 importaram em violação do padrão de

⁹⁶ MCLACHLAN, Campbell; SHORE, Lawrence; WEINGER, Matthew. *International investment arbitration, substantive principles*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 235.

⁹⁷ ICSID. *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A v. Estados Unidos Mexicanos*. Caso No. ARB (AF)/00/2. p. 54. Disponível em: <<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0855.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2013.

⁹⁸ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and Equitable Treatment. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. New York and Geneva: United Nations, 2012, p. 66.

tratamento justo e equitativo, na medida em que desmantelaram o regime de garantias de tarifa que tinha originariamente induzido o investidor a investir, minando, desta forma, qualquer estrutura estável de investimento⁹⁹.

Notavelmente, o tribunal ignorou as razões que levaram à conduta argentina, considerando-as irrelevantes para a determinação da ocorrência da violação: “Mesmo assumindo que o Requerido foi guiado pelas melhores intenções, as quais o Tribunal não tem razão alguma em duvidar, existe uma violação objetiva (do padrão de tratamento justo e equitativo)”.¹⁰⁰

A responsabilidade do investidor em fazer sua própria verificação das condições as quais seu investimento pode estar exposto também já foi considerada em arbitragens de investimento. No caso *MTD v. Chile*¹⁰¹, por exemplo, a requerente malaia, uma empreiteira especializada em desenvolvimento urbano, alegou sem sucesso que o padrão de tratamento justo e equitativo teria sido violado pelo governo do Chile, pois a Comissão de Investimento Estrangeiro do país teria autorizado um grande empreendimento imobiliário da empreiteira, apesar do mesmo ser contrário à regulamentação do planejamento urbano local. O Juízo Arbitral ressaltou que os TBI's não são um seguro contra o risco de negócios e que a Requerente deveria arcar com as consequências das suas próprias ações.

2.2.2.2 Não observância do devido processo legal administrativo (*Due Process in Administrative Decision-Making*)

Uma vez analisada a questão da falha em respeitar as expectativas legítimas do investidor, que é a vertente daquilo que se compreende como “tratamento administrativo hostil”, é possível avançar para a segunda questão: a não observância do devido processo legal administrativo. Em relação ao tratamento de investidores pela prática administrativa, os laudos arbitrais têm reconhecido um dever geral por parte das autoridades regulatórias em acordar o devido processo ao

⁹⁹ ICSID. *CMS Gas Transmission Company v. La República Argentina*, 2005. Caso No. ARB/01/8. p. 87. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC504_Sp&caselId=C4>. Acesso em: 30 set. 2013.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 88.

¹⁰¹ ICSID. *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S. A. v. Republico of Chile*, 2004. Case No. ARB/01/7. p. 61. Disponível em: <http://italaw.com/documents/MTD-Award_000.pdf>. Acesso em: 14 out. 2013.

investidor estrangeiro.¹⁰² Assim, os casos têm girado em torno de temas como discriminação, transparência, uso do poder para propósitos impróprios, inconsistência, coerção e assédio por oficiais do Estado, e má-fé, os quais serão tratados individualmente nos itens a seguir.

2.2.2.2.1 Discriminação

É importante frisar que esse tipo de “discriminação” não se confunde com os princípios do tratamento nacional e nação mais favorecida, mas, sim, de discriminação pura no plano interno administrativo.

Um caso que tratou do tema da discriminação na atividade decisória administrativa é *S D Myers v. Canadá*,¹⁰³ no qual uma empresa americana envolvida na atividade de processamento de lixo tóxico se viu afetada por uma proibição do Estado canadense ao movimento transfronteiriço do material. A empresa estaria impedida de transportar o material do território canadense até a usina de processamento da empresa, situada em território americano. O Tribunal Arbitral decidiu que a proibição de exportação era arbitrária e discriminatória contra não nacionais.

2.2.2.2.2 Falta de transparência

Vários Tribunais têm considerado a transparência e o diálogo com o Estado como parte das expectativas legítimas do investidor. Transparência não é um fim em si mesma, significa alcançar melhor governança e evitar condutas arbitrárias e discriminatórias.¹⁰⁴

¹⁰² MCLACHLAN, Campbell; SHORE, Lawrence; WEINGER, Matthew. *International investment arbitration, substantive principles*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 239.

¹⁰³ Ressalta-se que se trata de arbitragem AD HOC com as regras da UNCITRAL, mas o raciocínio dos árbitros considerou profundamente a jurisprudência de casos do ICSID. UNCITRAL. *S. D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, 2002. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0752.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2013.

¹⁰⁴ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and Equitable Treatment. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. New York and Geneva: United Nations, 2012, p. 72.

A questão da transparência teve um papel central no caso *Metalclad v. México*,¹⁰⁵ que envolveu a concessão licenças de construção e operação de uma estação de processamento e aterro de lixo, licenças essas concedidas nas esferas federais, estaduais e municipais do Estado mexicano. O investidor, certo que detinha todas as licenças necessárias, foi surpreendido pela recusa de uma prefeitura em lhe conceder uma licença de construção. Assim, alegou, em sede de arbitragem, a falta de transparência do processo. O Tribunal, baseando-se na referência à transparência presente na declaração introdutória de princípios do NAFTA,¹⁰⁶ entendeu que inclui-se à transparência “a ideia que todo requerimento legal pertinente ao efeito de iniciar, completar ou operar de maneira exitosa investimentos realizados, ou que se tenha intenção de realizar sob o amparo do Tratado, deveriam ser de fácil conhecimento de todos os investidores afetados da outra Parte”.¹⁰⁷

Já no caso *Genin v. Estônia*,¹⁰⁸ tratando da revogação abrupta da licença de um banco pelo Banco da Estônia, o Tribunal reconheceu a presença de inúmeros aspectos contrários à prática comum bancária e regulatória, entretanto considerou que os fatos não alcançariam um nível de denegação do devido processo capaz de gerar uma violação ao TBI ou aos princípios de direito internacional nele consagrados.

2.2.2.2.3 Uso do poder para propósitos impróprios

Outra categoria de violação ao devido processo em matéria administrativa é a do uso do poder para propósitos impróprios. No caso *Tecmed v. México*,¹⁰⁹ a conduta da agência de meio-ambiente mexicana foi impugnada. O Tribunal Arbitral sustentou que o investidor detinha uma justa expectativa que os poderes da agência

¹⁰⁵ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 254.

¹⁰⁶ TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE. *Preamble*. Disponível em: <<http://www.nafta-sec-alena.org/Default.aspx?tabid=184&ctl=SectionView&mid=1591&sid=b5b817ee-c48a-4dda-b8d9-c4564e34ac4b&language=es-MX>>. Acesso em: 22 ago. 2013.

¹⁰⁷ ICSID. *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, 2000. Case No. ARB(AF)/97/1. p. 24. para. 76. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC542_Sp&caselId=C155>. Acesso em: 25 set. 2013.

¹⁰⁸ ICSID. *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. And A.S Baltoil v. The Republic of Estonia*, 2001. Case No. ARB/99/2. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC592_En&caselId=C178>. Acesso em: 26 ago. 2013.

¹⁰⁹ ICSID. *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A v. The United Mexican States*, 2003. Case No ARB (AF)/00/2. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CaseSRH&actionVal=showDoc&docId=DC602_En&caselId=C186>. Acesso em: 05 out. 2013.

seriam utilizados em prol do propósito da lei, entretanto, ao invés disso, a agência os utilizava para lidar com problemas políticos relacionados ao empreendimento da empresa.

2.2.2.2.4 Inconsistência

A inconsistência da conduta entre diferentes instituições estatais foi uma das questões debatidas no já citado caso *MTD v. Chile*.¹¹⁰ O tema é intimamente ligado à transparência, consubstanciado pelo tratamento variável conforme a instituição do Estado, ora encorajando e aprovando determinado investimento, ora negando licenças.¹¹¹ O Tribunal salientou no caso a “inconstância na ação de dois braços do mesmo Governo *vis-à-vis* o mesmo investidor, mesmo quando o ordenamento jurídico do país dispunha de mecanismos de coordenação”.

2.2.2.2.5 Coerção e assédio por oficiais do Estado

Uma falha no tratamento do investidor mais séria ocorre quando o indivíduo é submetido à coerção e assédio por oficiais do Estado.¹¹² Em *Pope & Talbot v. Canadá*,¹¹³ o investidor diante da imposição pelo Estado de quotas para exportação de madeira conífera, entrou com um requerimento junto à SLD (*Canada's Softwood Lumber Division*), uma agência reguladora do governo, alegando que teria recebido quotas menores do que teria direito.

Ato contínuo, a SLD lançou uma investigação (*verification review*) contra o investidor de forma agressiva e confrontante,¹¹⁴ levando o investidor a instituir um procedimento arbitral junto ao ICSID. O Tribunal Arbitral decidiu que as ações da agência reguladora foram ameaçadoras e deturpadas, opressivas e confrontantes, e, portanto, uma violação ao padrão de tratamento justo e equitativo.

¹¹⁰ ICSID. *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S. A. v. Republico of Chile*, 2004. Case No. ARB/01/7. p. 56. Disponível em: <http://italaw.com/documents/MTD-Award_000.pdf>. Acesso em: 14 out. 2013.

¹¹¹ MCLACHLAN, Campbell; SHORE, Lawrence; WEINGER, Matthew. *International investment arbitration, substantive principles*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 242.

¹¹² *Ibidem*, p. 242.

¹¹³ ICSID. *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*, 2002. 7 ICSID Rep 43. Disponível em: <<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0686.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2013.

¹¹⁴ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 263.

2.2.2.2.6 Má-fé

Os Tribunais Arbitrais de Investimento têm confirmado que a boa-fé é inerente ao tratamento justo e equitativo¹¹⁵. O tribunal no caso *Tecmed*¹¹⁶ reconheceu que “o comprometimento ao tratamento justo e equitativo... é uma expressão e parte do princípio da *bona fide* reconhecido no direito internacional...”.

Em *Waste Management inc v. Mexico* o Tribunal Arbitral, reconhecendo que a obrigação de agir em boa-fé seria inerente ao padrão de tratamento justo e equitativo presente no art. 1105 do NAFTA,¹¹⁷ alegou que:

Uma combinação intencional de várias agências governamentais injustificada para derrotar os propósitos de um acordo de investimentos constituiria uma violação do artigo 1105(1). A obrigação básica do Estado nos termos do artigo 1105(1) é de agir em boa-fé e forma, e não deliberadamente delimitar-se a destruir ou frustrar o investimento por meios impróprios.¹¹⁸

2.2.3 Recentes abordagens mais cautelosas ao “tratamento justo e equitativo”

Percebe-se uma tendência em matéria de arbitragens de investimento de maior cautela na aferição de possíveis violações ao padrão de tratamento justo e equitativo¹¹⁹. A ideia de balancear as expectativas legítimas dos investidores com os objetivos regulatórios dos Estado-receptores vem ganhando força desde o caso *Saluka v. Czech Republic*,¹²⁰ no qual o tribunal reconheceu o direito do Estado-receptor do investimento de aprovar uma legislação de interesse público, mesmo em

¹¹⁵ WEERAMANTRY, J Romesh. *Treaty Interpretation in Investment Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 116.

¹¹⁶ ICSID. *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A v. The United Mexican States*, 2003. Case No ARB (AF)/00/2. p. 61 Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=Case_sRH&actionVal=showDoc&docId=DC602_En&caselId=C186>. Acesso em: 05 out. 2013.

¹¹⁷ NAFTA. Article 1105: Minimum Standard of Treatment *Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security*. Disponível em: <<https://www.nafta-sec-alena.org/Default.aspx?tabid=97&language=en-US>>. Acesso em: 10 set. 2013.

¹¹⁸ ICSID. *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, 2004. Case No. ARB(AF)/00/3. p. 51. Disponível em: <<http://www.state.gov/documents/organization/34643.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2013.

¹¹⁹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and Equitable Treatment. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. New York and Geneva: United Nations, 2012, p. 74.

¹²⁰ Ressalta-se que se trata de arbitragem AD HOC com as regras da UNCITRAL, mas o raciocínio dos árbitros considerou profundamente a jurisprudência de casos do ICSID. (UNCITRAL. *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, 2006. Disponível em: <<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2013).

detrimento do investidor estrangeiro, desde que implementada pelo governo em boa-fé.

Ressalta-se, outrossim, os casos *Parkerings-Compagniet v. Lithuania*¹²¹ e *Continental Casualty v. Argentina*,¹²² que fortaleceram a ideia de que os Estados são intitulado a uma margem de tolerância na aplicação de medidas no contexto de transição ou grave crise econômica.

Por fim, sublinha-se a decisão do caso *Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. Argentine Republic*,¹²³ cujo Tribunal Arbitral reconheceu que Metalpar S.A. y Buen Aire S.A., companhias chilenas fundadas e radicadas nesse país vizinho à Argentina, não desconheciam os transtornos políticos e econômicos que a mesma havia experimentado no passado”, logo estariam aptos a prever o comportamento intervencionista do Estado argentino nas suas relações contratuais com clientes.

2.3 CLÁUSULA DE NAÇÃO MAIS FAVORECIDA

Segundo PAPANINSKIS¹²⁴, existem duas linhas de casos de arbitragem de investimentos no tocante à cláusula de tratamento de nação mais favorecida. A primeira é associada à decisão do caso *Maffezini v. Spain*, reconhecendo a aplicabilidade das cláusulas NMF a regramentos procedimentais, ignorando requisitos de esgotamento da jurisdição local antes de iniciar arbitragens de investimento; e a segunda, nascida da crítica a esta decisão, restringe esta aplicação, sendo representada pelas decisões dos casos *Salini Construttori v. Jordan* e *Plama Consortium v. Bulgaria*.

2.3.1 Laudos arbitrais contornando restrições de admissibilidade à solução de controvérsias no ICSID

¹²¹ ICSID. *Parkerings-Compagniet v. Lithuania*, 2007, ICSID Case No. ARB/05/8. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0619.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2013.

¹²² ICSID. *Continental Casualty v. Argentina*, 2008, ICSID Case No. ARB/03/09. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0228.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2013.

¹²³ ICSID. *Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. Argentine Republic*, 2008, ICSID Case No ARB/03/05. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0515.pdf>>. Acesso 11 set. 2013.

¹²⁴ PAPANINSKIS, Martins. *MFN Clauses and International Dispute Settlement: Moving beyond and?.* *ICSID Review [0258-3690]*, Oxford, v. 26, n. 2, p. 28, 2011. Disponível em: <<http://icsidreview.oxfordjournals.org/content/26/2/14.full.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

O Tribunal Arbitral do caso *Maffezini v. Spain* foi o primeiro a aplicar uma cláusula NMF para contornar restrições pré-arbitrais presentes em um TBI, utilizando tempos de espera mais curtos de um TBI entre um dos Estados contratantes e um terceiro Estado.¹²⁵

A Espanha contestou a jurisdição do Tribunal, uma vez que o Investidor não teria cumprido com o requisito de exaustão das cortes locais presente no TBI Argentina-Espanha. O Investidor admitiu que a disputa não teria sido intentada perante Cortes espanholas antes da submissão ao ICSID, mas arguiu que a cláusula NMF presente no TBI Argentina-Espanha o permitiria invocar a disposição mais célere à arbitragem da ICSID contida no TBI Chile-Espanha.¹²⁶ O artigo IV do TBI Argentina-Espanha dispõe:

Em todas as matérias regidas pelo presente Acordo, este tratamento não será menos favorável que o outorgado por cada Parte aos investimentos realizados em seu território por investidores de um terceiro país.¹²⁷ [tradução nossa].

O Tribunal Arbitral concluiu que os mecanismos de solução de controvérsias atuais seriam inexoravelmente relacionados à proteção de investidores estrangeiros¹²⁸, portanto invocáveis. A decisão fez ainda referências ao princípio *ejusdem generis*, devendo o tratado com o terceiro referir-se à mesma matéria do tratado básico, seja esta a proteção de investimentos ou a promoção do comércio¹²⁹.

O Tribunal reconheceu, entretanto, certos limites à aplicação da cláusula. Dessa forma, o beneficiário da cláusula não deve ter a possibilidade de ignorar as considerações de política pública que possam haver sido previstas pelas partes contratantes como condições fundamentais à aceitação do convênio que se trate.¹³⁰

¹²⁵ SCHILL, Stephan W. *The multilateralization of international investment law*. Cambridge: Cambridge International Press, 2009, Pos. 1908 de 6827.

¹²⁶ ICSID. *Maffezini v. The Kingdom of Spain*, 2000, ICSID Case No. ARB/97/7. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC565_En&caselId=C163>. Acesso em: 13 set. 2013.

¹²⁷ *ACUERDO para la Promocion y la Proteccion Reciproca de Inversiones entre la Republica Argentina y el Reino de España*. Buenos Aires, 03 de outubro de 1991. Disponível em: <http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/ARG_Spain_s.pdf>. Acesso em: 15 set. 2013.

¹²⁸ ICSID. *Maffezini v. The Kingdom of Spain*, 2000, ICSID Case No. ARB/97/7. p. 21. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC565_En&caselId=C163>. Acesso em: 13 set. 2013.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 22.

¹³⁰ ICSID. *Maffezini v. The Kingdom of Spain*, 2000, ICSID Case No. ARB/97/7. p. 25. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC565_En&caselId=C163>. Acesso em: 13 set. 2013.

Esta abordagem foi seguida em casos semelhantes como *Siemens v. Argentina*, *Camuzzi v. Argentina* e *Gas Natural v. Argentina*.¹³¹

2.3.2 Laudos arbitrais restringindo a base jurisdicional das cláusulas NMF

A segunda linha de casos, encabeçada pelas decisões proferidas em *Salini v. Jordan* e *Plama Consortium v. Bulgaria*, não aceitou a ideia presente em *Maffezini*, que permite a tratados de base importarem disposições relacionadas à solução de controvérsias de tratados terceiros. Em vez de focar-se no objeto e propósito do tratado de base, esta linha dá mais consideração ao texto da cláusula NMF, não permitindo a importação de disposições de solução de disputas a menos que a linguagem específica do tratado de base deixe claro que a importação é permitida.¹³²

Em *Salini v. Jordan*, o tribunal rejeitou a alegação do investidor que, por meio da cláusula de nação mais favorecida do TBI Itália-Jordânia, poderia ser estabelecida jurisdição para o ICSID baseado em cláusulas de solução de conflitos incluídas em outros TBI's firmados pela Jordânia, como no TBI Jordânia-EUA. A cláusula dispunha o seguinte:

1 – Ambas partes Contratantes, dentro das fronteiras do seu próprio território, devem garantir aos investimentos realizados por investidores da outra Parte Contratante, e a renda por eles gerada, tratamento não menos favorável do que aquele acordado aos investimentos, e a renda por eles gerada, realizados por seus próprios nacionais ou investidores de outros Estados Terceiros.¹³³ [tradução nossa].

O Tribunal Arbitral sublinhou o fato das circunstâncias serem diferentes e da cláusula mencionada não conter referências a “todos os direitos” contidos no acordo, nem a “todas as matérias” objeto do acordo, como no caso *Maffezini*.¹³⁴ O Tribunal

¹³¹ ICSID. *Siemens v. Argentina*, 2004, ICSID No. ARB/02/8. p. 42. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0789.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2013.

¹³² WEERAMANTRY, J Romesh. *Treaty Interpretation in Investment Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 249.

¹³³ AGREEMENT Between the Government of the Hashemite Kingdom of Jordan and the Government of the Italian Republic on the Promotion and Protection of Investments. Amman, 21 de Julho de 1996. Article 3. Disponível em: <http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/italy_jordan.pdf>. Acesso em: 02 out. 2013.

¹³⁴ ICSID. *Salini Costruttori S.p. A and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, 2004. ICSID Case No. ARB/02/13. p. 39. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0735.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2013.

Arbitral expressou preocupação com o raciocínio apresentado na sentença arbitral do caso *Maffezini*, alertando para o risco de “treaty shopping”.

Entretanto, a maior rejeição ao posicionamento do caso *Maffezini* veio com *Plama Consortium v. Bulgaria*. Nele o investidor buscou aumentar o escopo da jurisdição do TBI base, o qual se limitava a controvérsias relacionadas a compensação no caso de expropriação, através da referência a um terceiro TBI que continha uma cláusula de solução de conflitos aberta a outros tipos de demandas.¹³⁵ O Tribunal rejeitou o argumento, enfatizando que o acordo para arbitrar precisaria ser claro e inequívoco, não bastando uma mera incorporação por referência.

2.3.3 Posicionamento doutrinário frente às duas linhas jurisprudenciais

Existem opiniões diversas sobre as duas linhas decisórias estabelecidas pelos casos *Maffezini*, *Salini* e *Plama*. Para ACCONCI¹³⁶ a abordagem absolutamente negativa adotada pelo tribunal em *Plama* não estaria de acordo com o conceito de padrão tratamento da nação mais favorecida como fonte de direito internacional, além de não estar em linha com as tendências atuais do direito internacional dos investimentos. Assim como SCHILL¹³⁷, ressalta que no contexto hodierno de aumentar a liberalização, interdependência, e conseqüentemente a globalização, o destino deste padrão no direito internacional dos investimentos é tornar-se cada vez mais importante e extensivo.

Já McLACHLAN, SHORE e WEINIGER¹³⁸, consideram o discurso do Tribunal em *Plama* fortemente preferível àquele em *Maffezini*. Salientam que a jurisdição no direito internacional depende unicamente no consentimento. Ademais, apontam que o equilíbrio atingido nos tratados de investimento entre as várias opções de solução de controvérsias é amiúde sujeito a negociações cuidadosas entre as partes. Portanto, não se pode presumir que isso poderia ser rompido por um investidor

¹³⁵ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Most-Favoured-Nation Treatment*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. New York and Geneva: United Nations, 2010, p. 74.

¹³⁶ ACCONCI, Pia. *Most-Favoured-Nation Treatment*. The Oxford Handbook of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 402.

¹³⁷ SCHILL, Stephan W. *The multilateralization of international investment law*. Cambridge: Cambridge International Press, 2009, Pos. 1008 de 6827.

¹³⁸ MCLACHLAN, Campbell; SHORE, Lawrence; WEINGER, Matthew. *International investment arbitration, substantive principles*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 257.

selecionando a bel prazer opções encontradas em outros tratados, negociados entre outras partes e em outras circunstâncias

Em argumento mais ponderado, MAUPIN¹³⁹ considera que uma melhor abordagem navegaria entre estes dois extremos, utilizando-se o padrão “*weight of the arguments*”, preponderante na Corte Internacional de Justiça. Não requereria nem que o Tribunal se convencesse além de qualquer dúvida que os Estados Contratantes pretendiam consentir a uma jurisdição com base na cláusula NMF, nem que o Tribunal automaticamente exercesse jurisdição com base na cláusula NMF cada vez que as partes falhassem em expressamente a excluir.

2.4 EXPROPRIAÇÃO

O terceiro princípio a ser analisado à luz da jurisprudência da ICSID é o que trata das expropriações de investimentos estrangeiros. A dificuldade em determinar com precisão o significado de expropriação no direito internacional, muito pela generalidade de linguagem utilizada em documentos internacionais (como tratados de investimento multilaterais e bilaterais) e pela ampla fundamentação doutrinária, apareceu em muitas sentenças arbitrais.¹⁴⁰ Tratados de investimento não costumam definir o significado de expropriação, fazendo simplesmente, na maioria das vezes, referências a medidas governamentais que seriam “iguais” ou “equivalentes” à expropriação ou “*tantamount to expropriation*”.¹⁴¹

O caso *Metaclad Corp. v. Mexico*, segundo REINISCH¹⁴², tornou-se o exemplo clássico de interpretação do Art. 1110 do NAFTA e, conseqüentemente, da conceituação de expropriação. Nele, o Tribunal Arbitral reconheceu uma expropriação indireta resultante de uma recusa governamental em conceder uma licença necessária para a construção de um aterro de sanitário. A decisão foi lastreada na frustração de expectativas legítimas do investidor criadas pelo Estado-receptor para este resultado, conforme já mencionado acima. O investidor tinha sido

¹³⁹ MAUPIN, Julie A. *MFN - based Jurisdiction in Investor – State Arbitration: is there any hope for a consistent approach?*. *Journal of International Economic Law*, v. 14, n. 1, p. 187, 2011.

¹⁴⁰ MCLACHLAN, Campbell; SHORE, Lawrence; WEINGER, Matthew. *International investment arbitration, substantive principles*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 268.

¹⁴¹ NEWCOMBE, Andrew. The boundaries of regulatory expropriation in international law. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Oxford, v. 20, p. 22, n. 1, 2005.

¹⁴² REINISCH, August. *Expropriation*. The Oxford Handbook of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 455.

especificadamente assegurado pelo governo federal mexicano que o projeto para o aterro estava de acordo com todas as regulações ambientais e urbanas relevantes. Entretanto, foi surpreendido por ações locais e regionais denegando a concessão da licença e declarando a área em questão um parque nacional. Estas medidas foram qualificadas como expropriação indireta. O artigo 1110 do NAFTA dispõe:

Artigo 1110: Expropriação e compensação

Nenhuma das Partes poderá nacionalizar nem expropriar, direta ou indiretamente, um investimento de um investidor da outra Parte em seu território, nem adotar nenhuma medida equivalente à expropriação ou nacionalização deste investimento (expropriação), salvo que seja:

- (a) por causa de utilidade pública
- (b) sobre bases não discriminatórias
- (c) com apego ao princípio da legalidade e ao Artigo 1105(1); e
- (d) mediante indenização conforme os parágrafos 2 a 6 [tradução nossa].

No laudo arbitral, os árbitros expuseram o raciocínio da decisão, conceituando tanto a expropriação direta quanto a indireta através da interpretação do artigo, a saber:

Portanto, a expropriação nos termos do NAFTA inclui não só tomadas abertas, deliberadas e reconhecidas, tais como a apreensão definitiva ou formal ou a transferência obrigatória de título em favor do Estado receptor, mas também interferências acobertadas ou incidentais ao uso da propriedade com efeito de privar o proprietário, totalmente ou em parte considerável, do uso ou do benefício econômico razoavelmente esperado da propriedade mesmo que não necessariamente para o óbvio benefício do Estado receptor.¹⁴³ [tradução nossa].

No caso *Waste Management v. Mexico*, envolvendo a quebra de obrigações contratuais por parte da cidade mexicana de Acapulco no seu relacionamento com a empresa *Acaverde*, foi analisado se este comportamento culminara na expropriação do investimento do Requerente. O Tribunal Arbitral entendeu que as violações contratuais da Cidade destituíram o empreendimento do investidor de benefícios razoavelmente esperados, entretanto não constatou a ocorrência da expropriação do investimento, pelo fato de não ter havido expropriação dos ativos físicos do empreendimento, os quais teriam sido vendidos de maneira tranquila, e, também, pelo fato de o empreendimento nunca ter sofrido uma apreensão ou bloqueio de

¹⁴³ ICSID. *Metaclad Corporation v. The United Mexican States*, 2000. ICSID Case No. ARB(AF)/97/1. p. 18. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2013.

suas atividades. O Tribunal concluiu que a perda de benefícios ou expectativas não seria critério suficiente a ponto de equivaler a uma expropriação.¹⁴⁴

2.4.2 Condições sob as quais o Estado pode expropriar a propriedade estrangeira

As arbitragens de investimento em geral condicionam a legalidade da medida expropriatória a alguns requisitos como, por exemplo, a finalidade pública, a observância do devido processo legal, a não discriminação e o pagamento de compensação. Estes requisitos devem ser respeitados cumulativamente,¹⁴⁵ conforme os casos colacionados nos itens seguintes.

2.4.2.1 Interesse público

O Tribunal Arbitral no caso *ADC v. Hungary*¹⁴⁶ analisou o significado da expressão “interesse público” no TBI Chipre-Hungria. Decidiu-se que expressão requereria um interesse público genuíno, comprovado expressamente.

A Argentina alegou em sua defesa o “interesse público” em dois casos polêmicos. O caso *Vivendi v. Argentina*¹⁴⁷, envolveu uma concessão para a distribuição de água e tratamento de esgoto. Os Requerentes alegaram que o Estado argentino teria: modificado unilateralmente tarifas, utilizado o seu poder de fiscalização para despejar falsas acusações sobre os Requerentes, utilizado a mídia para gerar hostilidade contra os Requerentes, incitado os clientes dos Requerentes a não pagarem a conta e forçado os Requerentes a renegociar a concessão.

O Tribunal Arbitral rechaçou a justificativa de “interesse público” arguida pela Requerida. Ressaltou que se o interesse público automaticamente imunizasse a

¹⁴⁴ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Expropriation. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. New York and Geneva: United Nations, 2012. p. 65. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d7_en.pdf>. Acesso em: 01 set. 2013.

¹⁴⁵ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 198.

¹⁴⁶ ICSID. *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, 2006. ICSID Case No. ARB/03/16. p. 79. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC648_En&caselId=C231>. Acesso em: 02 out. 2013.

¹⁴⁷ ICSID. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S. A. v Argentine Republic*, 2007. ICSID Case No. ARB/97/3. p. 230. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/case-documents/ita0215.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2013.

medida de qualquer eivo expropriatório, nunca iriam-se haver apreensões compensáveis por interesse público.

No caso *Siemens v. Argentina*,¹⁴⁸ a disputa derivou da terminação de um contrato para a disponibilização de um sistema integral de informática. A medida foi tomada nos termos da Lei Emergencial, promulgada em 2000 em resposta à crise econômica, a qual deu poderes ao Presidente para renegociar contratos públicos. Em decisão criticada pela UNCTAD¹⁴⁹, o Tribunal enfrentou a questão entendendo ser evidente o interesse público vinculando a medida, entretanto o não pagamento da compensação foi tido com injustificado, caracterizando a expropriação¹⁵⁰.

2.4.2.2 Não-discriminação

A intenção e o efeito de uma decisão podem ser relevantes para estabelecer a ocorrência de uma expropriação.¹⁵¹ Entretanto, uma expropriação que afete um investidor estrangeiro não é discriminatória *per se*: ela deve ser baseada, ligada e justificada pela nacionalidade do investidor.¹⁵² Nesse sentido foram as decisões em *ADC v. Hungary*.¹⁵³ e *Eureko v. Poland*.¹⁵⁴

No caso *Methanex v. United States* discutiu-se o tema agregando que uma regulação não-discriminatória não pode ser considerada expropriatória ou compensável a menos que garantias específicas tenham sido dadas pelo governo

¹⁴⁸ ICSID. *Siemens A.G v The Argentine Republic*, 2007. ICSID case nº ARB/02/8. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2013.

¹⁴⁹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Expropriation. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. New York and Geneva: United Nations, 2012. p. 34. Disponível em http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d7_en.pdf>. Acesso em: 01 set. 2013.

¹⁵⁰ ICSID. *Siemens A.G v The Argentine Republic*, 2007. ICSID case nº ARB/02/8. p. 84. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2013.

¹⁵¹ REINISCH, August. *Expropriation*. The Oxford Handbook of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 450.

¹⁵² UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Expropriation. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. New York and Geneva: United Nations, 2012. p. 34. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d7_en.pdf>. Acesso em: 01 set. 2013.

¹⁵³ ICSID. *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, 2006. ICSID Case No. ARB/03/16. p. 80. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC648_En&caselId=C231>. Acesso em: 02 out. 2013.

¹⁵⁴ AD HOC. *Eureko B. V. v. Republic of Poland*, 2005. Disponível em: <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308_0.pdf>. Acesso em: 09 out. 2013.

regulador ao investidor estrangeiro putativo contemplando os investimentos que o governo iria excluir de tal regulação.¹⁵⁵

2.4.2.3 Observância do devido processo legal

O Tribunal Arbitral do caso *ADC v. Hungary* entendeu que o Estado-receptor teria falhado em demonstrar que as medidas expropriatórias tomadas em relação ao direito de operação de dois aeroportos teriam observado o devido processo legal. A Hungria teria falhado em conceder um procedimento efetivo e substancial para o investidor estrangeiro levantar suas reivindicações contra medidas privativas já tomadas ou na iminência de serem tomadas pelo Estado.¹⁵⁶

2.4.2.4 Compensação

O padrão de compensação para uma expropriação ser considerada legal é normalmente prescrito em tratados de investimento, seguindo, na maioria das vezes, a “fórmula Hull”, ou seja, necessita ser “imediato, adequado e efetivo”.¹⁵⁷ No recente caso *Burlington v. Ecuador*, o Estado realizou, entre outras coisas, a ocupação física dos campos de petróleo do investidor. Os árbitros consideraram a expropriação ilegal pela falta do pagamento de compensação nos termos da fórmula citada, bem como pelo fato que a mesma foi oferecida a outras companhias petrolíferas no momento de sua apropriação¹⁵⁸.

2.5 TRATAMENTO NACIONAL

¹⁵⁵ Ressalta-se que se trata de arbitragem AD HOC com as regras da UNCITRAL, mas o raciocínio dos árbitros considerou profundamente a jurisprudência de casos do ICSID. UNCITRAL. *Methanex v. United States*, 2005. part. IV, Chapter D – Page 4. Disponível em: <<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2013.

¹⁵⁶ ICSID. *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, 2006. ICSID Case No. ARB/03/16. p. 79. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC648_En&caseId=C231>. Acesso em: 02 out. 2013.

¹⁵⁷ MCLACHLAN, Campbell; SHORE, Lawrence; WEINGER, Matthew. *International investment arbitration, substantive principles*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 349.

¹⁵⁸ ICSID. *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, 2012. ICSID Case No. ARB/08/5. p. 180. Disponível em: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1094_0.pdf>. Acesso em: 30 set. 2013.

O último padrão de proteção ao investimento estrangeiro a ser analisado à luz da jurisprudência do ICSID é o “tratamento nacional”. Até agora, são poucos os laudos de arbitragens de investimento tratando do significado de tratamento nacional, sendo a arrebatadora maioria vinculada ao NAFTA. São raras as sentenças divulgadas ao público abordando o significado de “tratamento não menos favorável” fora do contexto GATT/OMC e NAFTA.¹⁵⁹

A interpretação da cláusula de tratamento nacional em arbitragens de investimento tem requerido atenção especial ao dito “comparador chave”, o investidor do Estado-receptor “em circunstâncias semelhantes”.¹⁶⁰ Esse entendimento encontra respaldo na jurisprudência dos mecanismos de solução de controvérsias do sistema multilateral de comércio GATT¹⁶¹ e da OMC¹⁶², incluindo, de forma extensiva, o termo “bens semelhantes”. As primeiras decisões da ICSID envolvendo o art. 1102 do NAFTA, *SD Myers v. Canada*, *Pope & Talbot Inv v. Canada* e *Feldman v. México*,¹⁶³ fizeram remissão a estes conceitos presentes no GATT.

Entretanto, a jurisprudência da ICSID sofreu mudanças a partir do caso *Methanex v. USA*.¹⁶⁴ O Tribunal Arbitral rejeitou a ideia da utilização da jurisprudência da OMC e a aplicação do GATT, mais precisamente do termo “bens semelhantes”, na interpretação do art. 1102 do NAFTA em arbitragens de investimento. Asseverou que se os Estados membros do NAFTA tivessem desejado fazer qualquer referência ao GATT neste ponto, eles o teriam feito no texto como fizeram em outras passagens¹⁶⁵. O artigo 1102 (3) do NAFTA dispõe:

¹⁵⁹ GRIERSON-WEILER, Todd J.; LAIRD, Ian. *Standards of Treatment*. The Oxford Handbook of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 290.

¹⁶⁰ MCLACHLAN, Campbell; SHORE, Lawrence; WEINGER, Matthew. *International investment arbitration, substantive principles*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 251.

¹⁶¹ ACORDO GERAL SOBRE TARIFAS ADUANEIRAS E COMÉRCIO 1947 (GATT 47). Texto do Acordo Geral. *Genebra*, 1947. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/arquivo/secex/omc/acordos/gatt47port.pdf>>.

Acesso em: 26 ago. 2013.

¹⁶² Organização Mundial do Comércio. (SCHLEE, Paula C. *Padrões de tratamento do estrangeiro e sua propriedade em matéria de investimento: análise da jurisprudência do ICSID*. DeCITA, direito do comércio internacional: temas e atualidades. 3. ed. jul. 2005, p. 88).

¹⁶³ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 314.

¹⁶⁴ UNCITRAL. *Methanex v. United States*, 2005. part. IV, Chapter D – Page 4. Disponível em: <<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2013.

¹⁶⁵ UNCITRAL. *Methanex v. United States*, 2005. part. IV, Chapter B – Page 14. Disponível em: <<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2013.

3. O tratamento acordado por uma Parte, sob os parágrafos 1 e 2, significa, em respeito a um estado ou província, tratamento não menos favorável que o mais favorável tratamento acordado, em circunstâncias similares, por aquele estado ou província a investidores, e investimentos de investidores, da Parte a qual formam parte integrante.¹⁶⁶ [tradução nossa].

Dessa forma, rejeitaram a transposição de disposições do comércio internacional de bens ao plano dos investimentos no NAFTA.¹⁶⁷ O art. 1102 (3) deveria ser interpretado de maneira autônoma, sendo lido nos seus próprios termos e não como se as palavras “quaisquer bens, diretamente concorrentes ou substituíveis” tivessem nele presentes.¹⁶⁸

Ressalta-se, todavia, que no caso subsequente, *Corn Products v. Mexico*, o tribunal voltou a ressaltar a importância dos conceitos do GATT para a interpretação do art. 1102 do NAFTA, considerando-os altamente relevantes.¹⁶⁹

Entretanto, recentemente, em um raro caso envolvendo tratamento nacional derivado de um TBI, o Tribunal Arbitral em *Bayindir v. Pakistan* guiou-se novamente pelo raciocínio desenvolvido em *Methanex*. A cláusula foi interpretada de maneira autônoma, independente de considerações provenientes de leis comerciais.¹⁷⁰

Comentando essa divergência de abordagens, McLACHLAN, SHORE e WEINIGER¹⁷¹ sublinham a tendência desta dualidade só aumentar e advogam por uma revisão das leis da OMC e do direito dos investimentos. Deixam em aberto a questão se os governos se disporiam a “revisitar” os dois regimes e decidir se a diferença de vocabulário reflete a disparidade de políticas que merecem ser tratados separadamente.

¹⁶⁶ 3. NAFTA. Artículo 1112(3): *El trato otorgado por una Parte, de conformidad con los párrafos 1 y 2, significa, respecto a un estado o una provincia un trato no menos favorable que el trato más favorable que ese estado o provincia otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas e inversiones de la Parte de la que forman parte integrante.* Disponível em: <http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/cap11_1.asp>. Acesso em: 07 out. 2013.

¹⁶⁷ UNCITRAL. *Methanex v. United States*, 2005. part. IV, Chapter B – Page 19. Disponível em: <<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2013.

¹⁶⁸ UNCITRAL. *Methanex v. United States*, 2005. part. IV, Chapter B – Page 19. Disponível em: <<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2013.

¹⁶⁹ ICSID. *Corn Products International v. The United Mexican States*, 2008. ICISD Case No. ARB(AF)/04/01. p. 56. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0244.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2013.

¹⁷⁰ ICSID. *Bayindir Insaat Ticaret Ve Sanayi A. S v. Islamic Republic of Pakistan*, 2009. ICSID Case No. ARB/03.29. p. 113. Disponível em: <<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0075.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2013.

¹⁷¹ MCLACHLAN, Campbell; SHORE, Lawrence; WEINGER, Matthew. *International investment arbitration, substantive principles*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 721.

Feita o exame da aplicação destes princípios de tratamento ao investimento estrangeiro na jurisprudência arbitral do ICSID, passa-se agora à análise, a partir do contexto de proteção ao investimento no Brasil, da viabilidade de uma eventual ratificação pelo país da Convenção de Washington. Neste caso, o pensamento acima trazido passaria a valer para investidores estrangeiros que mantêm aplicações financeiras em território brasileiro.

3 O BRASIL E O INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

3.1 A REGULAÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NO BRASIL

Para verificar se a interpretação dada aos padrões de tratamento substantivos pelo ICSID seria viável no Brasil e, com isso, se seria possível ao mesmo aderir à Convenção de Washington, é necessário primeiro informar brevemente o padrão de proteção ao investimento estrangeiro adotado pelo Brasil.

O Brasil editou em 3 de Setembro de 1962 a Lei 4.131¹⁷² disciplinando a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior. Cunhada de norma fundamental do investimento estrangeiro por MACHADO¹⁷³, estabelece igualdade de tratamento entre investidores estrangeiros e nacionais e proíbe qualquer discriminação não prevista por lei.¹⁷⁴

Analisando o impacto do referido dispositivo na confiança do investidor estrangeiro, REGO¹⁷⁵ entende que a teleologia da norma parece ser no sentido de evitar que o capital estrangeiro sofra restrições ao adentrar o Brasil, e não o sentido contrário, sendo-lhe permitido o estabelecimento de incentivos fiscais ou regulatórios. Outrossim, o tratamento nacional foi reafirmado nos artigos 78 da Lei

¹⁷² BRASIL. Lei nº 4.131, de 03 de setembro de 1962. Disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 27 set. 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4131.htm>. Acesso em: 09 out. 2013.

¹⁷³ MACHADO, Luis Fernando Corrêa da Silva. *Brasil e investimentos internacionais: os acordos sobre IED firmados pelo país*. Pelotas: Editora da UFPEL, 2005, p. 130.

¹⁷⁴ BRASIL. Lei nº 4.131, de 03 de setembro de 1962. Disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 27 set. 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4131.htm>. Acesso em: 09 out. 2013.

¹⁷⁵ REGO, Anna Lygia Costa. *Confiança & investimento estrangeiro: uma análise do ambiente jurídico brasileiro*. São Paulo: Singular, 2013, p. 231.

9.249/95¹⁷⁶ e 18 da Lei 9.249/95,¹⁷⁷ que asseguram tratamento fiscal idêntico aos residentes e não-residentes que investem no País.¹⁷⁸

Ademais, o Banco Central através da Circular nº 2.997/00 definiu o Investimento Estrangeiro Direto como:

[...] as participações, no capital social de empresas no País, pertencentes a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior, integralizadas ou adquiridas na forma da legislação em vigor, bem como o capital destacado de empresas estrangeiras autorizadas a operar no País.¹⁷⁹

REGO¹⁸⁰ observa que a definição de Investimento Estrangeiro Direto do Banco Central é mais abrangente do que a proposta pela OCDE, no sentido que não estabelece nenhum percentual mínimo de participação societária, ou período mínimo de permanência, para que seja o investimento seja assim considerado.

Destaca-se que os investimentos estrangeiros são sujeitos a Registro Declaratório Eletrônico (RDE), no módulo Investimento Estrangeiro Direto – IED, no Banco Central, conforme estabelece o art. 2º do 2º capítulo da Circular nº 3491/010 do Banco Central.

Neste contexto, a UNCTAD¹⁸¹ considera que o tratamento nacional é a base da relação oficial entre o Brasil e o Investimento Estrangeiro Direto. O Brasil aparenta não se ater à proveniência do capital uma vez investido, muito embora ainda restem algumas exceções ao tratamento nacional do ponto de vista financeiro, como por exemplo o art. 40 da Lei nº 4.131/62 e o art. 22 da Lei nº 4.728/65.

¹⁷⁶ Art. 78. Os residentes ou domiciliados no exterior sujeitam-se às mesmas normas de tributação pelo Imposto de Renda, previstas para os residentes ou domiciliados no país, em relação aos:
I - rendimentos decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa;
II - ganhos líquidos auferidos em operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas;
III - rendimentos obtidos em aplicações em fundos de renda fixa e de renda variável e em clubes de investimentos.

¹⁷⁷ Art. 18. O ganho de capital auferido por residente ou domiciliado no exterior será apurado e tributado de acordo com as regras aplicáveis aos residentes no País.

¹⁷⁸ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 67.

¹⁷⁹ BRASIL. Banco Central do Brasil. *Circular nº 3491 de 24 de março de 2010*. Altera o Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais (RMCCI). DF, 24 mar. 2010. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2010/pdf/circ_3491_v1_O.pdf>. Acesso em: 30 set. 2013.

¹⁸⁰ REGO, op. cit. p. 232.

¹⁸¹ UNITED NATIONS Conference on Trade and Development. *Investment Policy Review Brazil*. United Nations, 31 jan. 2005, p. 47.

3.2 ÁREAS DE ATUAÇÃO RESERVADA AOS BRASILEIROS OU EMPRESAS POR ESTES CONTROLADAS

Além das exceções ao tratamento nacional apresentadas no item acima, a Instrução Normativa nº 76/98 do Departamento Nacional de Indústria e Comércio¹⁸² traz em seu anexo os setores da economia brasileira sujeitos a algum tipo de impedimento ou restrição. Muito embora seja de grande valia para o estudo, a análise dos itens presentes no anexo à luz da legislação atual demonstra que houve mudanças naquele quadro restritivo.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro traz vedações a participação de capital estrangeiro na assistência à saúde¹⁸³, firmas de navegação de cabotagem¹⁸⁴, empresas jornalísticas e empresas de radiodifusão sonora e de sons e imagens^{185 186}, empresas de mineração e de energia hidráulica¹⁸⁷, sociedades anônimas¹⁸⁸, empresas aéreas nacionais¹⁸⁹ e empresas em faixa de fronteira¹⁹⁰.

¹⁸² BRASIL. Departamento Nacional de Registro de Comércio – DNRC Instrução Normativa nº 76, de 28 de dezembro de 98. Dispõe sobre o arquivamento de atos de empresas mercantis ou de cooperativas em que participem estrangeiros residentes e domiciliados no Brasil, pessoas físicas, brasileiras ou estrangeiras, residentes e domiciliadas no exterior e pessoas jurídicas com sede no exterior. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 04 jan. 1999. Disponível em: <<http://www.dnrc.gov.br/Legislacao/normativa/in76.htm>>. Acesso em: 10 out. 2013.

¹⁸³ BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 10 out. 2013.

¹⁸⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.784, de 20 de Novembro de 1940. Dispõe sobre as empresas de navegação de cabotagem. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 22 nov. 1940. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2784-20-novembro-1940-412778-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 out. 2013.

¹⁸⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Art. 222 *caput*, e parágrafo 1º.

¹⁸⁶ BRASIL. Lei nº 10.610, de 20 de dezembro de 2002. Dispõe sobre a participação de capital estrangeiro nas empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, conforme o § 4º do art. 222 da Constituição, altera os arts. 38 e 64 da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, o § 3º do art. 12 do Decreto-Lei nº 236, de 28 de fevereiro de 1967, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 23 dez. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10610.htm>. Acesso em: 11 out. 2013.

¹⁸⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Art. 176, § 1º.

¹⁸⁸ BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades de Ações. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 dez. 1976. Art. 251. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm>. Acesso em: 11 out. 2013.

¹⁸⁹ BRASIL. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 dez. 1986. art. 181, incisos I e II. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7565.htm>. Acesso em: 10 out. 2013.

¹⁹⁰ BRASIL. Decreto nº 85.064, de 26 de agosto de 1980. Regulamenta a Lei nº 6.634, de 2 de maio de 1979, que dispõe sobre a Faixa de Fronteira. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*,

3.3 A PROTEÇÃO AO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NO BRASIL

O Brasil, mesmo não tendo ratificado nenhum tratado bilateral de investimento, conta com um regime legal amplo de proteção de investimentos. Todavia, ao contrário do rol de princípios que foram analisados nos capítulos anteriores, a proteção brasileira parece estar um tanto esparsa na legislação.

Destarte, o exame do ordenamento jurídico brasileiro é capaz de demonstrar que aqueles princípios gerais e as normas comumente contidas nos TBI's asseguram, aos investidores, no plano internacional, direitos que já são garantidos internamente às pessoas físicas e jurídicas, nacionais e estrangeiras residentes no país.¹⁹¹

3.3.1 Direitos fundamentais e estrangeiros

Conforme discorre TESHIMA¹⁹², o investidor estrangeiro está em igualdade de condições com os nacionais na legislação interna atinente ao acesso a mecanismos de proteção, ou seja, recurso aos tribunais, pela via normal de um processo na justiça.

A Constituição Federal assegura no caput do art. 5º que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...”. Destarte, como ensina BRANCO¹⁹³, o respeito devido à dignidade de todos os homens não se excepciona pelo fator meramente circunstancial da nacionalidade.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu no sentido de reconhecer o direito de propriedade do estrangeiro no Brasil, independentemente da sua residência, e

Brasília, DF, 27 ago 1980. Arts. 10, 15 e §§, 17, 18 e 23 e §§. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D85064.htm>. Acesso em: 12 out. 2013.

¹⁹¹ WALD, Arnoldo. Uma nova visão dos tratados de proteção ao investimento e da arbitragem internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, n. 21, p. 21, abr.-jun. 2009.

¹⁹² TESHIMA, Márcia. *Investimentos no Mercosul e a sua proteção*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 124.

¹⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 350.

também reconheceu a legitimidade do estrangeiro ao mandado de segurança¹⁹⁴. Recentemente, o Pretório reafirmou o direito do réu estrangeiro ao devido processo legal.¹⁹⁵

Ademais, a Constituição Federal de 1988, consagrou no art. 1º a vigência do Estado de Direito¹⁹⁶, e também demarcou, segundo BARROSO¹⁹⁷, direitos e garantias privadas merecedores de proteção especial e a transparência na conduta da administração pública.

3.3.2 Garantia contra a expropriação

A tradição brasileira é forte no sentido de respeitar a propriedade privada, tendo sido o direito de propriedade garantido no inciso XXII do art. 5º da Constituição Federal. A legislação interna brasileira, segundo BAPTISTA¹⁹⁸, adotou a posição de exigir o “interesse público” para a expropriação, expressão paralela ao *public purpose* dos norte-americanos, de que se desdobrou mais recentemente a noção “interesse social”. O art. 5º, inciso XXVI da Constituição Federal dispõe:

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

Sobre o tema, MEDAUAR¹⁹⁹ explica que toda a atuação administrativa e todos os poderes e instrumentos dessa atuação justificam-se, em geral, pelo atendimento do interesse público, mas na desapropriação o interesse público se especifica na utilidade pública, necessidade pública ou interesse social.

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 33.919*. Relator: Min. Cândido Moreira Filho.

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 94.016. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 27 fev. 2009.

¹⁹⁶ “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito...”.

¹⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 68.

¹⁹⁸ BAPTISTA, op. cit. p. 96.

¹⁹⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 364.

Ressalta-se que a expropriação é regulamentada pelo Decreto-lei 3.365 de 1941²⁰⁰, o qual prevê no art. 5º os casos de utilidade pública.

O art. 7º do referido Decreto-lei prevê a efetivação da desapropriação mediante acordo ou processo judicial. A indenização prévia é disposta no art. 32, nos termos que “o pagamento do preço será prévio e em dinheiro” e o valor da compensação será estipulado após perícia técnica e avaliação dos bens expropriados, conforme o art. 14, o qual pode ser contestado pelo particular. Outrossim, dispõe o art. 27 sobre a necessária motivação da sentença expropriatória.

A jurisprudência tanto do Supremo Tribunal Federal²⁰¹ quanto do Superior Tribunal de Justiça²⁰² tem dado respaldo às garantias do particular em caso de desapropriação, reconhecendo o direito de propriedade e à compensação financeira.

Pelo exposto, afere-se que o ordenamento jurídico brasileiro já reconhece os direitos dos particulares relacionados a práticas expropriatórias, estando de acordo com o padrão de proteção internacional desenvolvido pela doutrina e jurisprudência do ICSID, explanado nos capítulos anteriores.

Merece destaque, todavia, o argumento de FILHO²⁰³ que cita a problemática estabelecida pelo requisito da Fórmula Hull em face da particularidade da legislação brasileira atinente à expropriação para fins de reforma agrária. O Art. 184 da Constituição Federal prevê a competência da União para desapropriar, por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos de reforma agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização seja definida em lei. Este alongamento do prazo compensatório, segundo o autor, seria uma exceção ao princípio da indenização “imediate, justa e efetiva” de Hull.

²⁰⁰ BRASIL. Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriação por utilidade pública. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, DF, 27 jul. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm>. Acesso em: 12 out. 2013.

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Extraordinário nº 134297 da Brasília, DF, 13 de junho de 1995. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 22 de ago. 1995. p. 670.

²⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial nº 867010/BA. Brasília, DF, 11 de março de 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 03 de abr. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=6396727&sReg=200702311040&sData=20091015&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 20 out. 2013.

²⁰³ SCANDIUCCI FILHO, Jose Gilberto. *The Brazilian Experience with Bilateral Investment Agreements: A Note. UNCTAD Expert Meeting on Development Implications of International Investment Rule Making*. 28-29 jun. 2007, p. 6.

3.3.3 Da possibilidade de arbitragem nos contratos com a administração pública

Uma das particularidades do Sistema ICSID é o seu caráter internacional neutro e foco exclusivo em litígios arbitrais entre Estados e particulares. Isso já foi empecilho para a ratificação pelo Brasil da Convenção de Washington, entretanto a evolução da arbitragem nos últimos vinte anos no país, decorrente da nova legislação, da ratificação da Convenção de Nova York e da jurisprudência consolidada do STF e do STJ, alterou esse quadro.²⁰⁴

Assim, desde o famoso “caso Lage”,²⁰⁵ no qual foi reconhecida a possibilidade da própria União resolver conflitos em sede de arbitragem, a jurisprudência brasileira²⁰⁶ vem aceitando a possibilidade de pessoas jurídicas de direito público e entidades por elas controladas firmarem cláusulas compromissórias e de se submeterem à arbitragem.^{207 208} O Superior Tribunal de Justiça decidiu recentemente:

A aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, quando presentes direitos patrimoniais disponíveis do Estado é fomentada pela lei específica, porquanto mais célere, consoante se colhe do artigo 23 da Lei 8987/95, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, e prevê em seu inciso XV, dentre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao “foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais.”²⁰⁹

Nesse contexto, oportuna é a lição de WALD: “Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público”.²¹⁰

Merece destaque, muito pelo modelo de contrato, a parceria público-privada. Disciplinada pela Lei Federal nº 11.079/04, na PPP, serviços e atividades que

²⁰⁴ WALD, Arnoldo. Uma nova visão dos tratados de proteção ao investimento e da arbitragem internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, n. 21, p. 20, abr.-jun. 2009.

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso de Habeas Corpus nº 52191. Brasília, DF, 15 de abril de 1974. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 28 jun. 1974. p. 4566.

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5206. Brasília, DF, 12 de dezembro de 2001. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 30 abr. 2004. p. 29.

²⁰⁷ WALD, op. cit., p. 20.

²⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 606345/RS da Segunda Turma, Brasília, DF, 17 de maio de 2007. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 08 jun. 2007. p. 240.

²⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira Contestada nº 4933 da Corte Especial, Brasília, DF, 05 de dezembro de 2011. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 19 dez. 2011. p. 160.

²¹⁰ WALD, Arnoldo. Da validade de convenção de arbitragem pactuada por sociedades de economia mista. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 5, n. 18, p. 418, out.-dez. 2002.

incumbem ao poder público, demandando elevado nível de investimento, são realizados por particulares, havendo repartição de encargos financeiros e riscos entre parceiro público e parceiro privado, mediante compromissos recíprocos por longo prazo.²¹¹

Conforme leciona OLIVEIRA²¹², os contratos de parceria público-privada no Brasil são reflexo da nova contratualização administrativa que tende a uma maior paridade entre a Administração e o particular. Nesse sentido, afirma:

[...] o vetor paridade das relações contratuais em ajustes que visem atingir tais desideratos parece ser a tônica da nova contratualização administrativa. Essa paridade é manifestada notadamente na fase pré-negocial (negociações preliminares) e na fase de formação dos contratos que correspondam a esse novo perfil, como é o caso da PPP. Também nas fases de execução e extinção destes contratos a tendência – em razão da própria noção de parceria – caminha para novas bases consensuais e paritárias, com a possibilidade de redução do feixe de poderes unilaterais pela Administração, até hoje largamente utilizados no transcurso das relações contratuais.²¹³

Ademais, sublinha-se o fato da referida lei dispor sobre a possibilidade de solução de controvérsias por meio da arbitragem, a saber:

Art. 11. O instrumento convocatório conterà minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3o e 4o do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

I – exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do art. 31 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993;

II – (VETADO)

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato. [grifos nossos].

Portanto, segundo TALAMI²¹⁴, poderiam ser objeto de arbitragem todas as questões que versem sobre interesses eminentemente patrimoniais.

Assim, conforme demonstrado, já existem os alicerces necessários para a proteção dos investimentos estrangeiros no ordenamento jurídico brasileiro. Não

²¹¹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 342.

²¹² OLIVEIRA, Gustavo Justivo de. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 84.

²¹³ *Ibidem*, p. 84.

²¹⁴ TALAMI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada. *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Forense, 2007, p. 12.

haveria, portanto, uma discriminação favorável ao investidor estrangeiro em relação ao nacional, que, em tese, pudesse violar o princípio da igualdade entre nacionais e estrangeiros, em benefício destes e em detrimento daqueles, no caso da ratificação de tratados de proteção de investimento.²¹⁵

3.3.4 Da boa-fé no direito brasileiro

Cumpre, finalmente, salientar a presença do instituto da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro. Como já foi referido nos capítulos anteriores, tal princípio é considerado pela doutrina e pela jurisprudência do ICSID como parte do padrão de tratamento “justo e equitativo”.

O Código Civil Brasileiro impõe no art. 422²¹⁶ a obrigação da observação dos princípios de probidade e boa-fé tanto na conclusão do contrato, quanto em sua execução. A boa-fé é dividida por MARTINS-COSTA²¹⁷, em subjetiva e objetiva. A boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de conduta fundada na lealdade, honestidade e na probidade, considerando os aspectos sociais de sua vivência. A boa-fé subjetiva está ligada à consciência individual da pessoa em agir conforme o direito, devendo o intérprete considerar a intenção da mesma e sua íntima convicção.

A boa-fé aplicada em arbitragens de investimento, consubstanciada no padrão de tratamento “justo e equitativo”, é a objetiva. Trata-se, segundo MARTINS-COSTA²¹⁸, “de modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto com honestidade, lealdade e probidade”. Esse é o entendimento consolidado da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.²¹⁹²²⁰

²¹⁵ WALD, Arnoldo. Uma nova visão dos tratados de proteção ao investimento e da arbitragem internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, n. 21, p. 20, abr.-jun. 2009.

²¹⁶ Art. 22. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

²¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 411.

²¹⁸ Ibidem, p. 411.

²¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 981750/MG. Brasília, DF, 13 de abril de 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 23 de abr. 2010.

²²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 830526/RJ. Brasília, DF, 03 de agosto de 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 29 out. 2009.

Dessa forma, observa-se que a abordagem do direito brasileiro ao princípio da boa-fé objetiva está em consonância com a doutrina internacional relacionada a investimentos, bem como a interpretação dada pela jurisprudência arbitral do ICSID. O desenvolvimento do instituto pelo direito brasileiro demonstra a importância dada às relações contratuais no país, tendo sido o mesmo implantado em dispositivo específico do Código Civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme explanado nos itens acima, o Brasil conta com uma estrutura normativa ampla no que diz respeito à proteção do investidor estrangeiro. Comparando os direitos dispensados aos investimentos estrangeiros no país com aqueles consolidados pelo direito internacional dos investimentos, constata-se que o ordenamento jurídico nacional alberga a maioria das proteções substantivas reconhecidas internacionalmente.

Reconhece-se, internamente, o tratamento nacional ao investidor estrangeiro com raras exceções. Outrossim, o judiciário brasileiro, apesar da notável letargia, é guiado por princípios consolidados constitucionalmente e através da jurisprudência, os quais oferecem um rol vasto de direitos e mecanismos de defesa contra eventuais abusos do Poder Público. Além disso, o país conta com um sistema financeiro desenvolvido e de fácil movimentação de capital, bem como modalidades contratuais administrativas favoráveis à participação de capital estrangeiro.

O cenário econômico brasileiro atual dá margem para uma reconsideração da política contrária à ratificação de tratados de proteção ao investimento e à Convenção de Washington. Esses últimos apresentam-se como alternativas viáveis e úteis aos interesses brasileiros, pois, com o crescimento da atuação de empresas brasileiras no exterior, surgiram, cada vez mais, situações demonstrando a vulnerabilidade dos investimentos nacionais em países com menor segurança jurídica. Os investidores brasileiros se veem à mercê dos mandos e desmandos de governos locais e de sistemas jurídicos parciais, tendo como única alternativa recorrer ao Estado brasileiro para o exercício da proteção diplomática.

Embora exista certa inconsistência nos julgados relativos a alguns temas, as arbitragens do Sistema ICSID tem optado por assegurar o cumprimento das

disposições contratadas pelas partes, o respeito ao investimento estrangeiro e a observância da boa-fé na relação Estado-investidor. A análise dos casos demonstra que as denúncias por parte dos investidores são profundamente analisadas pelos Tribunais Arbitrais, realizando-se o exame tanto da conduta do Estado-receptor quanto do Investidor.

Assim, o engajamento brasileiro em sistemas multilaterais de proteção ao investimento estrangeiro, como é o ICSID, demonstraria, internacionalmente, a preocupação e o interesse brasileiro em promover a segurança e a livre circulação do capital estrangeiro no país. Este fator ampliaria a confiança externa na economia brasileira, contribuindo ao grande esforço governamental que vem sendo feito para estimular o investimento estrangeiro em projetos de infraestrutura. Citam-se o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e o pré-sal, considerados prioritários para o desenvolvimento econômico e social brasileiro.