

# O STANDARD DO FAIR AND EQUITABLE TREATMENT NA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS\*

## THE STANDARD OF FAIR AND EQUITABLE TREATMENT IN THE INTERNATIONAL PROTECTION OF FOREIGN INVESTMENT

Tayrê Balzan Schneider\*\*

### RESUMO

Este artigo tem por finalidade analisar a aplicação do *standard do fair and equitable treatment* (FET) na proteção internacional de investimentos estrangeiros. O FET referente a um tratamento justo e equitativo aos investimentos é o princípio mais importantes dentro da proteção internacional de investimentos. Esse princípio possui termos vagos que permitem uma ampla aplicação, surgindo, portanto, a controvérsia do seu âmbito de delimitação. Assim, as decisões sobre o standard são significativas para saber como está sendo aplicado o FET, já que devido a indefinição do princípio, os tribunais baseiam a utilização do FET por meio de outras decisões. Dessa forma, por meio da análise dos principais casos, é possível observar que a evolução do princípio é de que a diferenciação do FET nas diversas formas de escrita é uma diferenciação pouco prática e material.

**Palavras-chave:** Proteção. Investimentos Estrangeiros. Standard. Fair and Equitable Treatment.

### ABSTRACT

This article has the purpose to analyze the application of the standard of fair and equitable treatment (FET) in the international protection of foreign investment. The FET is the most important principles in international law. This principle has vague terms that allow a broad and undefined interpretation, thus arising the controversy of its scope of delimitation. Therefore, the decisions about the standard are significant to observe the application of the FET, as the principle is not clearly defined, the tribunals apply the FET based upon other decisions. So, it is possible to notice the evolution of the standard to conclude that the different forms of writing the FET is an unpractical differentiation.

**Key words:** Protection. Foreign Investment. Standard. Fair and Equitable Treatment.

---

\* Artigo apresentado como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – e aprovado, com grau máximo, pela banca examinadora composta pelos professores Gabriela Wallau Rodrigues (orientadora), Elias Grossmann e Gustavo Oliveira de Lima Pereira, em 29 de novembro de 2018.

\*\* Acadêmica de Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: tayrebalzan@gmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

O princípio do *fair and equitable treatment* é o principal *standard* de proteção e um dos princípios mais levantados e mais relevante nas disputas arbitrais de investimentos. A sua interpretação se torna relevante principalmente diante da possível limitação das medidas do Estado referentes aos investidores estrangeiros.

No entanto, o fato do FET ser recorrentemente utilizado em diversos tratados bilaterais de investimentos (BIT) acarreta, de maneira geral, diversas incertezas do modo e amplitude de sua aplicação. Assim, os tribunais arbitrais acabam por se basear em outras decisões para ter uma base da aplicação do princípio. Por isso, por meio das decisões, se tem uma delimitação mais direta do princípio e de como ele está sendo utilizado e decidido, a fim de proporcionar uma definição mais clara.

Dessa forma, esse artigo abordará a proteção internacional dos investimentos estrangeiros, determinando sua origem e importância para os investimentos. Dentro do escopo da proteção oportunizada ao investidor, esse artigo também irá tratar sobre o FET, um dos princípios mais importantes desse âmbito. Como foco principal, estará a análise da controvérsia do *standard* nas diferentes formas de aplicação, dentro do escopo do direito costumeiro, do direito internacional ou como cláusula autônoma.

Assim, para a análise do *standard*, serão expostas as decisões dos principais casos que trazem a controvérsia da delimitação do princípio, uma vez que o FET por ser um termo vago, é recorrentemente e preponderantemente definido pelas decisões dos tribunais. Tais decisões abrangerão a descrição geral do fato, com cerne nas justificativas trazidas pelo tribunal sobre a abrangência da aplicação do princípio.

## 2 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

O investidor está exposto a vários riscos quando investe diretamente em outro país,<sup>1</sup> já que um investimento estrangeiro abrange uma relação de longo prazo entre o investidor e o Estado hospedeiro.<sup>2</sup> Assim, sendo uma situação de longo prazo, o investidor está exposto a riscos com os quais deverá arcar. Partindo dos pressupostos das divergências de interesses entre as partes – desenvolvimento da economia interna pelo Estado e conquista de novos mercados pelo investidor estrangeiro visando o maior lucro –, as regras internacionais relativas aos investimentos surgiram como uma forma de conciliar os interesses do investidor e do Estado receptor.<sup>3</sup>

A relação financeira entre o investidor e o Estado expõe o primeiro a uma situação de vulnerabilidade diante do país hospedeiro que possui regras,

---

<sup>1</sup> MOURA, Alexandre C. F. Elementos de Direito Do Investimento Estrangeiro e as Cláusulas de Estabilização. **SSRN Electronic Journal**, Coimbra, v. 12, 2013. p. 5.

<sup>2</sup> DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 3.

<sup>3</sup> DIAS, Bernadete de Figueiredo. A Abordagem do Direito ao Desenvolvimento nos Tratados sobre Investimentos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Org.). **Direito Internacional e Desenvolvimento**. Barueri: Manoele, 2005. p. 253- 270. p. 257.

cultura, impostos e outras especificidades desconhecidas.<sup>4</sup> Desse modo, a proteção ao investidor se qualifica como uma compensação aos atos do Estado hospedeiro que podem ter influência no investimento.<sup>5</sup> A questão da proteção está também interligada com certo grau de desigualdade envolvendo o investidor e o Estado. Dessa forma, a proteção internacional de investimentos estrangeiros representa uma alternativa de amenizar esses riscos e atua como uma forma de atrair investimentos ao país hospedeiro e proteger o investidor contra atos abusivos ou discriminatórios do país receptor.

Como uma maneira de equalizar a relação entre o investidor e o Estado, foi estabelecido um sistema de proteção aos investimentos estrangeiros. Dentre as possibilidades de proteção, as mais importantes são a obrigação do Estado em respeitar esse tipo de investimento no âmbito do direito internacional, a expropriação apenas em casos previstos legalmente, as cláusulas de arbitragem e a proteção diplomática do país de origem do investimento.<sup>6</sup>

O investimento estrangeiro estabelecido refere-se ao investimento estrangeiro direto, que é um dos meios de movimentação de capital mais importante na esfera global. Ele pode ser definido como uma relação de longo prazo com o investidor e o Estado hospedeiro do investimento, tendo o investidor o objetivo e interesse de exercer controle e certa influência sobre a outra economia a qual está inserido o investimento.<sup>7</sup>

A proteção ao investimento estrangeiro teve variável evolução em decorrer do tempo. Primeiramente com uma ideia geral de permissão do investimento estrangeiro, com proteção de seus direitos básicos (séc. XVI final do séc. XIX). Sequencialmente (final do séc. XIX até final da Segunda Guerra Mundial) é possível observar uma tentativa de definição dos padrões mínimos internacionais que deveriam ser adotados. Após a Segunda Guerra Mundial e o processo de descolonização e a independência das colônias, esses novos países estavam também à procura de soberania e independência econômica.<sup>8</sup>

Além disso, os países recém-criados tinham políticas nacionalistas que contrastavam com os interesses dos investidores estrangeiros, gerando controvérsias entre os Estados.<sup>9</sup> Com esse panorama, houve o advento dos

---

<sup>4</sup> HORN, Norbert; Stefan Michael Kröll (eds). **Arbitrating Foreign Investment Disputes. Procedural and Substantive Legal Aspects**. Nebraska: Kluwer Law International, 2004. p. 7.

<sup>5</sup> ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **Compagnie Générale des Eaux/Vivendi Universal v Argentine Republic**, 2000. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0206.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2018.

<sup>6</sup> HORN, Norbert; Stefan Michael Kröll (eds), **Arbitrating Foreign Investment Disputes. Procedural and Substantive Legal Aspects**. Nebraska: Kluwer Law International, 2004. p. 8.

<sup>7</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **World Investment Report 2005: Transnational Corporations and the Internationalization of R&D**, Nova York e Geneva, 2005. p. 297. Disponível em: <[https://unctad.org/en/Docs/wir2005\\_en.pdf](https://unctad.org/en/Docs/wir2005_en.pdf)>. Acesso em: 17 dez. 2018.

<sup>8</sup> DIAS, Bernadete de Figueiredo. A Abordagem do Direito ao Desenvolvimento nos Tratados sobre Investimentos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Org.). **Direito Internacional e Desenvolvimento**. Barueri: Manoele, 2005. p. 253- 270. p. 256.

<sup>9</sup> FERNANDES, Érika Capella; FIORATI, Jete Jane. Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil: uma análise comparada. **Revista de informação legislativa**: RIL, v. 52, n. 208, p. 247-276, 2015. p. 248. Disponível em:

tratados bilaterais de investimentos<sup>10</sup> e o conseqüente aumento das disputas acerca do tratamento adotado aos investidores.

Assim, como uma forma de estabelecer um ambiente estável, imparcial e um regime jurídico executável aos investidores estrangeiros, foram criados diversos acordos multilaterais - Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA) e o Mercosul – e também acordos bilaterais.<sup>11</sup> Os acordos internacionais de investimentos (All) são a forma principal de direito público internacional que estipulam a proteção e promoção ao investimento estrangeiro,<sup>12</sup> sendo os tratados bilaterais de investimentos (BIT) os mais recorrentes dentro da categoria de All.

Os BITs são acordos entre países estrangeiros que fornecem certas proteções ao investimento.<sup>13</sup> Esses acordos tiveram também o objetivo de estimular investidores, diante de um cenário pouco propício e exigente no âmbito do direito interno no Estado receptor do investimento. Dessa forma, os investidores passaram a exigir a celebração desses acordos como requisito para investir.<sup>14</sup>

O sistema de proteção ao investimento estrangeiro foi então ajustado conforme os anseios dos países exportadores, já que os mesmos precisavam de garantia e proteção em relação ao seu investimento e transação financeira, sendo o BIT a principal forma criada para a proteção aos investimentos realizados pelo investidor. Conseqüentemente, a proliferação de BITs demonstra o aumento de investimentos estrangeiros e a evolução de um *standard* de tratamento.

Os BITs possuem cláusulas similares de proteção como consequência de terem a mesma origem, a qual se refere a minuta da Convenção de Proteção de Propriedade Estrangeira (OCDE). Dentre os padrões de tratamento mais comumente utilizados estão presentes o tratamento nacional, o tratamento da nação mais favorecida, além do *fair and equitable treatment*. Além disso, eles frequentemente estabelecem o uso da arbitragem para a resolução de conflitos que possam surgir decorrentes da quebra de alguma cláusula, como uma alternativa para evitar um risco político decorrente de uma corte nacional.<sup>15</sup>

---

<[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ril\\_v52\\_n208\\_p247](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ril_v52_n208_p247)>. Acesso em: 12 dez. 2018.

<sup>10</sup> NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís, **Law and Practice of Investment Treaties**. Nova York: Kluwer Law International, 2009. p.22.

<sup>11</sup> BORN, Gary, B. **International Arbitration: Law and Practice**. Nova York: Kluwer Law International, 2012. p. 412.

<sup>12</sup> NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís, **Law and Practice of Investment Treaties**. Nova York: Kluwer Law International, 2009. p.1.

<sup>13</sup> HALABI, Sam. Efficient Contracting between Foreign Investors and Host States: Evidence from Stabilization Clauses. **Northwestern Journal of International Law and Business**, Illinois, v. 30, p. 261-312, 2011. p. 263.

<sup>14</sup> DIAS, Bernadete de Figueiredo. A Abordagem do Direito ao Desenvolvimento nos Tratados sobre Investimentos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Org.). **Direito Internacional e Desenvolvimento**. Barueri: Manoele, 2005. p. 253- 270. p. 259.

<sup>15</sup> PALMA, Maria João. A proteção do Investimento Estrangeiro pela União Europeia. **Análise Europeia - Revista da Associação Portuguesa de Estudos Europeus**. Lisboa, 2016. p. 126. Disponível em: <[http://www.apeeuropeus.com/uploads/6/6/3/7/66379879/palma\\_maria\\_joao\\_\\_2016\\_.pdf](http://www.apeeuropeus.com/uploads/6/6/3/7/66379879/palma_maria_joao__2016_.pdf)>. Acesso em: 07 out. 2018.

No âmbito da proteção de investimentos, o mínimo *standard* de tratamento (*Internacional Minimum Standard – IMS*) relacionado ao investidor teve repercussão com a afirmação da existência de um mínimo *standard* de proteção dentro do direito internacional,<sup>16</sup> com divergências ainda atuais sobre a sua abrangência. No mesmo sentido, ao admitir o investimento, o Estado receptor será submetido a um tratamento mínimo quando o direito costumeiro é o único presente.<sup>17</sup>

O direito internacional costumeiro<sup>18</sup> também é relevante para a interpretação de acordos de investimentos,<sup>19</sup> e pode ser utilizado para preencher lacunas das cláusulas do tratado/acordo, seja para definir termos ou texto incerto ou para a interpretação de maneira geral.<sup>20</sup> Em muitos acordos, a utilização da interpretação pelo direito costumeiro é estabelecida no próprio tratado.

O *fair and equitable treatment* é o princípio mais importante dentro do escopo de proteção internacional de investimentos estrangeiros.<sup>21</sup> Dessa forma, o FET é recorrentemente inserido em cláusulas dos BITs. Dentre os princípios de proteção presentes nos acordos bilaterais de investimentos, a aplicação do FET é relacionada à interpretação do tratado e da cláusula que está estabelecida o mesmo. O princípio é utilizado como uma maneira de restringir ações arbitrárias, discriminatórias e abusivas do Estado hospedeiro do investimento, tendo como consequência a controvérsia da sua aplicação, abrangência e limitação dos atos estatais em um investimento.<sup>22</sup>

O FET é introduzido em muitos tratados bilaterais de investimentos, incluindo o artigo 11015 (1) do NAFTA e no artigo 10 (1) do Tratado da Carta de Energia (ECT). No entanto, a sua recorrente inserção é contrastada com a sua falta de clareza, tornando-se um termo vago de difícil aplicação e delimitação devido a sua indefinição.<sup>23</sup> Essa falta de clareza<sup>24</sup> pode ser

---

<sup>16</sup> NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís, **Law and Practice of Investment Treaties**. Nova York: Kluwer Law International, 2009. p.11.

<sup>17</sup> DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 158.

<sup>18</sup> Direito internacional costumeiro pode ser definido como uma prática recorrente entre os Estados juntamente com a presença de um senso de obrigação legal - *opinio juris*- (GAUKRODGER, D. Addressing the balance of interests in investment treaties: The limitation of fair and equitable treatment provisions to the minimum standard of treatment under customary international law. **OECD Working Papers on International Investment**, Paris, 2017. p. 16. Disponível em: <<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/0a62034b-en.pdf?expires=1545075881&id=id&accname=guest&checksum=3902972E5F8EF0AD0ACA8CC421A2C509>>. Acesso em: 17 dez. 2018).

<sup>19</sup> SCHILL, Stephan W. **International investment law and comparative public law**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 184

<sup>20</sup> ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. Libya**, 1977. p. 32.

<sup>21</sup> DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 125.

<sup>22</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. Fair and equitable treatment. **United Nations Series on issues in International Investment Agreements**. Nova York e Geneva, 2012. p.1. Disponível em: <[https://unctad.org/en/Docs/unctadaddiaeia2011d5\\_en.pdf](https://unctad.org/en/Docs/unctadaddiaeia2011d5_en.pdf)>. Acesso em: 17 dez. 2018.

<sup>23</sup> SCHILL, Stephan W. **International investment law and comparative public law**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 151.

<sup>24</sup> MUCHLINSKI, Peter. **Multinational enterprises and the law**. 2. ed, Oxford University Press, 2007. p. 89.

considerada em decorrência da variedade de formas com que o mesmo é estabelecido nos tratados, do seu próprio significado resultar de termos abrangentes como justo e equitativo, do significado do *standard* depender de cada caso concreto e a decisão de um tribunal não é vinculativa aos outros.<sup>25</sup> Em decorrência da sua inexactidão e termos vagos, o FET pode acarretar uma ampliação exacerbada e ter uma conseqüente aplicação excessiva como forma de controle de atos estatais.

Assim, para a interpretação do FET, não há uniformização entre os tribunais de como se deve dar essa interpretação. Frequentemente, os tribunais, de forma adicional, utilizam a Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados<sup>26</sup> para fundamentar a interpretação do FET. De acordo com o artigo 31 da Convenção, é estabelecido que o tratado deve ser interpretado em boa-fé e de acordo com o seu objetivo e propósito.

Para a interpretação do princípio, há tribunais que descrevem os fatos do caso e os classificam como violação ao FET.<sup>27</sup> De outra forma, há tribunais que primeiramente definem o princípio, classificam os fatos e chegam à conclusão se tais fatos seriam uma violação ou não.<sup>28</sup> Porém, ambos os métodos não permitem um o campo normativo claro de aplicação.<sup>29</sup> Assim, a maioria dos tribunais aplica este princípio por meio das decisões de outros tribunais.<sup>30</sup>

O fato de tal princípio ter uma abordagem ampla dependeria de uma análise aprofundada de caso a caso para delimitar a sua limitação e incidência.<sup>31</sup> Além disso, o significado e interpretação do FET podem ser diferentes entre os tratados, já que se deve observar as palavras utilizadas no tratado, o contexto da sua inserção, as negociações e outros meios que indiquem a intenção das partes em relação ao princípio.<sup>32</sup> Por isso, destaca-se a importância de observar em que fundamentos e requisitos se baseiam a sua aplicação.

Um dos primeiros casos significativos a trazer uma definição e conseqüente violação do FET foi *Metalclad Corporation v. United Mexican*

---

<sup>25</sup> KALICKI, Jean; MEDEIROS, Suzana. Fair, Equitable and Ambiguous: What Is *Fair and equitable treatment* in International Investment Law? **ICSID Review**, v. 22, n. 1, p. 24–54, 2007. p. 26.

<sup>26</sup> A Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados foi concluída em 1969.

<sup>27</sup> ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **Mondev International Ltd. v. United States of America**, 2002. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1076.pdf>> Acesso em: 07 out. 2018.

<sup>28</sup> UNCITRAL, **SD Myres Inc v United Mexican States**, 2000. Disponível em <<https://www.italaw.com/cases/969>> Acesso em: 07 out. 2018.

<sup>29</sup> SCHILL, Stephan W. **International investment law and comparative public law**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p.156.

<sup>30</sup> ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **Waste management Inc v United Mexican States**, 2004. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0900.pdf>> Acesso em: 07 out. 2018.

<sup>31</sup> DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p.128.

<sup>32</sup> ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. International Investment Law: A Changing Landscape. **OECD Working Papers on International Investment**. 2005. p. 75. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/40077165.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2018.

*States*<sup>33</sup>. Tal caso é recorrentemente citado para justificar a aplicação do *fair and equitable treatment*. Trata-se da empresa Metalclad, que iria construir em outro país um depositário de resíduos tóxicos. A empresa observou todas as medidas para estar conforme a legislação vigente e acreditou que de fato estava. No entanto, apesar de ter a autorização para a construção do aterro, o município local cassou a autorização para o seu funcionamento, baseado em justificada no âmbito ambiental.

Dessa forma, o Tribunal Arbitral considerou o ocorrido como uma violação ao FET, uma vez que o Estado faltou com a necessidade de ser transparente com o investidor. O princípio da transparência, subprincípio derivado do FET, seria a ideia de que todos os requerimentos legais a fim de influenciar o investimento devem ser possíveis de serem conhecidos pelo investidor. Tal escopo não deveria ter espaço para incertezas. Assim, no presente caso, se alguma autoridade do Estado teria tido informação da mudança de algum requerimento, é dever dele informar ao investidor para que possa se adequar. Portanto, houve violação do FET em razão da não observância do princípio da transparência.

Destarte, por meio das decisões dos tribunais, se teve uma evolução do entendimento do princípio no qual essas decisões são usadas para basear o escopo de aplicação do mesmo. Nesse caso, uma análise das jurisprudências sobre a determinação do FET possibilita uma melhor definição de como ele está sendo utilizado e baseado em quais requisitos.

### **3 CONTROVÉRSIAS SOBRE O STANDARD APLICÁVEL AO PRINCÍPIO DO FAIR AND EQUITABLE TREATMENT A INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS**

A inserção do FET nos BITs tem gerado discussão sobre o seu escopo de interpretação. Isso ocorre uma vez que este é geralmente redigido de três formas diferentes nos BIT: ligado ao padrão mínimo do direito internacional costumeiro, ao direito internacional ou como uma cláusula autônoma.

#### **3.1 FET LIGADO AO PADRÃO MÍNIMO DO DIREITO INTERNACIONAL COSTUMEIRO**

Na evolução do padrão de tratamentos na relação de investimentos, tendo como escopo a interpretação do FET em relação à aplicação do mínimo *standard* de tratamento internacional, o caso *Neer v. United Mexican States*<sup>34</sup> é dos principais casos citados. Há controvérsia se tal interpretação seria de acordo com as primeiras interpretações do FET, - *Neer case* - ou de acordo com as interpretações mais recentes relacionando o FET ao direito

---

<sup>33</sup> ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **Metalclad Corporation v. United Mexican States**, 2000. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>> Acesso em: 19 out. 2018.

<sup>34</sup> UNITED NATIONS. **Report of International Arbitral Awards: L.F.H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States**: 15 out. 1926. USA, 2006, p. 60-66. Disponível em: <[http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_IV/60-66.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/60-66.pdf)>. Acesso em: 17 dez. 2018.

costumeiro.<sup>35</sup> Um *link* do mesmo com interpretação de acordo com o mínimo *standard* serviria para limitar a interpretação do mesmo.

Dentre o mínimo *standard* do direito internacional costumeiro, o FET é considerado parte integrante dos elementos que asseguram aos investidores determinado nível de tratamento. Em caso de determinada ação que ir abaixo desse nível, esse ato deverá ser responsabilizado pelo Estado.<sup>36</sup> Ainda, o mínimo *standard* de tratamento seria violado quando a conduta do Estado seria arbitrária, manifestamente injusta, discriminatória ou envolveria a ausência do devido processo legal,<sup>37</sup> sendo que neste caso o princípio dentro do mínimo tratamento ou dentro do direito costumeiro teriam praticamente a mesma consequência de limitação.

O padrão mínimo do direito internacional costumeiro restringiria a aplicação do FET, já que as únicas obrigações impostas ao Estado seriam aquelas reconhecidas como normas no âmbito do direito costumeiro internacional<sup>38</sup>. Assim, diante da recorrente condenação pelos Estados pela quebra do princípio, há uma tendência dos novos acordos limitarem-no ao mínimo *standard* de tratamento dentro do escopo do direito costumeiro.

A interpretação sob a perspectiva do mínimo *standard* do direito internacional costumeiro serviria para vincular os árbitros a uma decisão e análise do FET por meio do que é decidido sobre o princípio no direito internacional costumeiro. Para Schreuer<sup>39</sup>, seria forçado de concluir que quem escreveu a cláusula como “*fair and equitable treatment*” iria querer que a mesma significasse “mínimo *standard* do direito internacional costumeiro”.

---

<sup>35</sup> ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **Mondev International Ltd. v. United States of America**, 2002. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1076.pdf>> Acesso em: 07 out. 2018.

<sup>36</sup> ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Fair and equitable treatment Standard in International Investment Law. **Working Papers on International Investment**, 2004. p. 8. Disponível em: <[https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004\\_3.pdf](https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_3.pdf)>. Acesso em: 17 dez. 2018.

<sup>37</sup> INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **Waste Management, Inc. v. The United Mexican States**, 2004, § 98. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0900.pdf>> Acesso em: 18 out. 2018.; UNCITRAL, **SD Myres Inc v United Mexican States**, 2000. Disponível em <<https://www.italaw.com/cases/969> > Acesso em: 01.06.2018. ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **Mondev International v United States of America**, 2002, § 116. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1076.pdf>> Acesso em: 17 out. 2018. ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **ADF Group v United States of America**, 2003, § 179. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0009.pdf>> Acesso em: 17 out. 2018. ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America**, 2003. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0470.pdf>> Acesso em: 18 out. 2018.

<sup>38</sup> ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT Fair and equitable treatment Standard in International Investment Law. **OECD Working Papers on International Investment**, 2004. p. 6. Disponível em: <[https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004\\_3.pdf](https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_3.pdf)>. Acesso em: 17 dez. 2018.

<sup>39</sup> SCHREUER, Christoph. Fair and equitable treatment. In: DOLZER, Rudolf. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 125-135. p. 129.



### 3.2 FET LIGADO AO DIREITO INTERNACIONAL

O FET, com referência ao direito internacional, tem a intenção de vincular o intérprete a usar princípios do direito internacional, incluindo os princípios do direito costumeiro internacional.<sup>40</sup> A interpretação no âmbito do direito internacional daria uma margem maior de interpretação desse princípio e seria equivalente a ele sem uma qualificação direta.<sup>41</sup>

O *standard* relacionado ao direito internacional é mencionado em inúmeros BITs. No entanto, acordos como o Tratado Norte-Americano de Livre Comércio, *The US Free Trade Agreements* e os comentários da *OECD Draft Convention* não fazem tal referência.<sup>42</sup> Nesse caso, a interpretação do FET teria consequência similar com o FET ligado a uma cláusula autônoma: interpretação do princípio de forma mais abrangente.

### 3.3 FET LIGADO A UMA CLÁUSULA AUTÔNOMA

O FET sem definição direta ao direito internacional seria considerado uma cláusula autônoma independente e que superaria o entendimento restrito do direito internacional costumeiro.<sup>43</sup> Dentro desse escopo, o Tribunal de acordo com a sua própria interpretação diante das circunstâncias do caso definiria o significado do *fair and equitable treatment*. Nessa situação, o FET teria uma natureza ampla e não deveria ser redefinido e restrito pelo mínimo *standard* de tratamento.<sup>44</sup>

Na evolução da interpretação do princípio, há decisões arbitrais<sup>45</sup> e entendimento doutrinário<sup>46</sup> pela consideração de que sua interpretação como

---

<sup>40</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. Fair and equitable treatment. **United Nations Series on issues in International Investment Agreements**. Nova York e Geneva, 2012. p. 22. Disponível em: <[https://unctad.org/en/Docs/unctadidaeia2011d5\\_en.pdf](https://unctad.org/en/Docs/unctadidaeia2011d5_en.pdf)>. Acesso em: 17 dez. 2018.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>42</sup> ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Fair and equitable treatment Standard in International Investment Law. **OECD Working Papers on International Investment**, 2004. p. 10. Disponível em: <[https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004\\_3.pdf](https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_3.pdf)>. Acesso em: 17 dez. 2018.

<sup>43</sup> DOLZER, Rudolf; STEVENS, Margrete. **Bilateral investment treaties**. Kluwer Academic Publishers, 1995. p. 60. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. Fair and equitable treatment. United Nations Series on issues in International Investment Agreements. Nova York e Geneva, 2012. Disponível em: <[https://unctad.org/en/Docs/unctadidaeia2011d5\\_en.pdf](https://unctad.org/en/Docs/unctadidaeia2011d5_en.pdf)>. Acesso em: 17 dez. 2018. p. 21. MANN, F. A. **British Treaties for the Promotion and Protection of Investments**. British Yearbook of International Law, v. 52, n. 1, 1982. p. 241–54. VASCIANNIE, Stephen. **The Fair and equitable treatment Standard in International Investment Law and Practice**, British Yearbook of International Law, v. 70, p. 99-164. 2000. MUCHLINSKI, Peter. **Multinational enterprises and the law**. 2. ed, Oxford University Press, 2007.

<sup>44</sup> MCLACHLAN, C.; Shore, L; WEINIGER, M., **International Investment Arbitration: Substantive Principles**. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2007. p. 354.

<sup>45</sup> UNCITRAL. United Nations Commission on International Trade Law. **Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic**, 2006, § 291. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>> Acesso em: 06 out. 2018. ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **Azurix Corp. v. Argentine Republic**, 2006, § 361. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0061.pdf>>

um *standard* de tratamento autônomo ou equivalente ao direito costumeiro internacional seria uma diferença menos aparente do que parece e essa diferença seria apenas teórica e não material. Assim, apesar de ter entendimentos no sentido de que o FET não deveria ser interpretado como uma referência ao mínimo *standard* de tratamento,<sup>47</sup> atualmente o entendimento é pela consideração de que o FET seria uma cláusula autônoma idêntica ao mínimo *standard* do direito costumeiro.<sup>48</sup> Dessa forma, ele não seria materialmente diferente do mínimo *standard* de tratamento dentro do direito costumeiro, sendo uma diferenciação mais teórica que prática.<sup>49</sup>

#### 4 ANÁLISE DE CASOS: A APLICAÇÃO DO STANDARD DO FAIR AND EQUITABLE TREATMENT PELOS TRIBUNAIS

A recorrência e importância do princípio do *fair and equitable treatment* em reivindicações relacionadas à proteção de investimentos, combinada com a utilização de outros casos para fundamentar a incidência do princípio (devido a sua falta de clareza), justifica a necessidade de uma análise dos casos recorrentemente citados para poder identificar a aplicação do FET. Assim, os doze casos seguintes foram relatados por serem os principais casos recorrentemente citados para justificar o escopo de aplicação do princípio.

##### 4.1 NEER V. UNITED MEXICAN STATES<sup>50</sup>

O caso *L.F.H Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States*, julgado em 1926, é um dos casos mais citados para justificar a incidência, ou não do FET. Apesar de o caso não se tratar diretamente sobre investimentos estrangeiros, ele é indicado para justificar a questão do tratamento e ações que o Estado deveria ter praticado em relação a outrem (padrão mínimo de

---

Acesso em: 06 out. 2018. ICSID, **Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka**, 2012. § 419. Disponível em <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0728.pdf>> Acesso em: 07 out. 2018. ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **SAUR International SA v. Republic of Argentina, Decision on Jurisdiction and Liability**, 2014, § 491-494. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3190.pdf>> Acesso em: 19 out. 2018.

<sup>46</sup> GOURGOURINIS, Anastasios. Reviewing the administration of domestic regulation in WTO and investment law: the international minimum *standard* as 'one *standard* to rule them all'?. In: BAETENS, Freya. **Investment law within international law: integrationist perspectives**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 322.

<sup>47</sup> LAVIEC, Jean-Pierre. **Protection et promotion des investissements: étude de droit international économique**. Paris: Presses universitaires de France, 1985. p. 94.

<sup>48</sup> GAUKRODGER, D. Addressing the balance of interests in investment treaties: The limitation of fair and equitable treatment provisions to the minimum standard of treatment under customary international law. **OECD Working Papers on International Investment**, Paris, 2017. p. 16. Disponível em: <<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/0a62034b-en.pdf?expires=1545075881&id=id&accname=guest&checksum=3902972E5F8EF0AD0ACA8CC421A2C509>>. Acesso em: 17 dez. 2018.

<sup>49</sup> GAZZINI, Tarcisio. The Role of Customary International Law in the Field of Foreign Investment". **The Journal of World Investment & Trade**, v. 8, n. 5, 2007. p. 698-701.

<sup>50</sup> UNITED NATIONS. **Report of International Arbitral Awards: L.F.H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States**: 15 out. 1926. USA, 2006, p. 60-66. Disponível em: <[http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_IV/60-66.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/60-66.pdf)>. Acesso em: 17 dez. 2018.

tratamento). Assim, por ser recorrentemente citado em julgados para fundamentar o âmbito de aplicação FET, este é um caso de significativa relevância para analisar a incidência e a evolução do princípio.

O caso cuida-se de reivindicação do Estado americano contra o Estado mexicano, pela ocorrência de um homicídio de um cidadão americano em solo mexicano. Os Estados Unidos, em nome da esposa e filha do homem assassinado, requererem indenização pelos danos sofridos em decorrência da falta de diligências das autoridades do México para resolver o caso. A parte alega negação de justiça e incompetência das autoridades mexicanas para adotar medidas para punir os autores do crime.

O Tribunal decidiu que, para ter ocorrido uma violação ao padrão mínimo internacional, o Estado hospedeiro teria de ter se comportado de uma maneira ultrajante, de má-fé, em negligência com as suas obrigações, de uma forma grosseiramente contraditória. Dessa maneira, uma violação ao padrão mínimo internacional de tratamento aos “alienígenas” seria apenas em casos graves de violação dos deveres das partes. No entanto, esse entendimento de que o FET só seria aplicado em casos extremos de violação foi superado e sofreu significativa evolução.

#### 4.2 GENIN V. THE REPUBLIC OF ESTONIA<sup>51</sup>

Em *Genin v. The Republic of Estonia*, julgado em 2001, trata-se de disputa relativa à compra de uma filial do banco do Estado hospedeiro do investimento, a qual teria sido fornecido valores discrepantes do balanço patrimonial ao banco comprador (investidor). Além disso, posteriormente, o Estado revogou as licenças de funcionamento do banco do investidor por alegações de falta de cumprimento de certos requisitos. De acordo com o BIT, “as partes devem cumprir o princípio do *fair and equitable treatment* e nenhum investimento deve ser tratado de uma forma menos favorável do que o requerido pelo direito internacional”.

O Tribunal entendeu que, pelo motivo do princípio não ser claro, o FET deve ser interpretado como mínimo *standard*. A quebra desse *standard* iria exigir um elevado descumprimento das suas obrigações, um ato que seria expressivamente abaixo do requerido pelo direito internacional ou até má-fé. Dessa forma, pelas circunstâncias do caso, o Tribunal concluiu que os atos realizados pelo Estado foram razoavelmente motivados e, por isso, não foi verificada uma violação do FET.

O caso estabelece um entendimento similar e congruente com o caso *Neer*, em que o princípio do FET seria amplo e pouco claro, devendo a interpretação ser de acordo com o mínimo *standard* de tratamento, em que só seria considerada uma quebra ao princípio se os atos do Estado fossem grosseiramente uma violação aos seus deveres. No entanto, casos posteriores evidenciam uma evolução do entendimento do princípio e revelam uma modificação desse entendimento.

---

<sup>51</sup> ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and S.A. Baltoil v The Republic of Estonia**, 2001, § 367. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0359.pdf>> Acesso em: 16 out. 2018.

#### 4.3 MONDEV INTERNATIONAL V. UNITED STATES OF AMERICA<sup>52</sup>

Em *Mondev International v United States of America*, julgado em 2002, a requerente alega perdas sofridas em decorrência de decisão da Suprema Corte de Massachusetts, que seria incompatível com o direito internacional. Sobre a aplicação do FET, o Tribunal sustentou que a falta de clareza do FET não significaria o uso discricionário e subjetivo por parte do Tribunal, uma vez o mesmo estaria condicionado pelo mínimo *standard* estabelecido pela prática do Estado e pela jurisprudência de tribunais arbitrais.

Com uma interpretação diferente em relação à evolução do FET, o Tribunal sustentou que o caso *Neer* e outras decisões arbitrais datadas também de 1920 possuem conceitos diferentes do direito internacional. O tratamento aos investimentos estrangeiros no âmbito do direito internacional não permaneceu o mesmo; ao contrário, teve significativa evolução e mudança. Assim, a interpretação do FET baseada em casos como o *Neer*, não é a mesma que deve ser feita baseada na realidade atual. Entende-se que o que seria injusto e desequilibrado não precisaria se equivaler a algo ultrajante e notório, nem necessariamente estar agindo de má-fé para ter uma violação ao FET.

#### 4.4 ADF GROUP V. UNITED STATES OF AMERICA<sup>53</sup>

Em *ADF Group v United States of America*, julgado em 2003, a requerente reivindica indenização decorrente de uma lei federal e regulamentos que impuseram o uso de determinado material produzido apenas internamente no país. Em relação à interpretação do FET, foi estabelecido que o mínimo *standard* de tratamento e o direito costumeiro internacional não estão parados no tempo e que eles continuam a se desenvolver.

O Tribunal referiu o caso *Mondev* para também afirmar que o *fair and equitable treatment* deve ser aplicado baseado na prática estatal, na jurisprudência judicial ou arbitral ou em outras fontes do direito costumeiro ou internacional. Assim, em ambos os casos, os Tribunais sustentaram a sua não vinculação com o que foi decidido no *Neer*, e que a violação do princípio não estaria anexada à um tratamento que fosse afrontoso.

---

<sup>52</sup> ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **Mondev International v United States of America**, 2002, § 116. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1076.pdf>> Acesso em: 17 out. 2018.

<sup>53</sup> ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **ADF Group v United States of America**, 2003, § 179. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0009.pdf>> Acesso em: 14 dez. 2018.

#### 4.5 TECMED V. THE UNITED MEXICAN STATES<sup>54</sup>

No caso *Tecmed*, julgado em 2003, há discussão sobre a recusa do governo em renovar as licenças de um aterro construído pelo investidor. O Tribunal sustentou que o investidor espera que o Estado mantenha atos consistentes, livre de ambiguidade e de maneira transparente. O Estado hospedeiro teria falhado em cumprir com esses padrões de condutas em respeito ao investidor e ao seu investimento realizado, portanto, evidenciando atos desconformes com o princípio do *fair and equitable treatment*.

Em relação ao *standard*, o BIT estabelecia a aplicação de acordo com o direito internacional, o Tribunal decidiu que o FET descrito no BIT seria o resultado de uma interpretação autônoma, levando também em consideração o artigo 31(1) da Convenção de Viena. Ainda, foi estabelecido que se esse não fosse o âmbito de aplicação do princípio, o acordo seria privado a da sua interpretação semântica ou praticabilidade, com o risco de ser contrário à intenção das partes.

#### 4.6 AZURIX CORP. V. ARGENTINE REPUBLIC<sup>55</sup>

O FET é estabelecido em diversos BITs<sup>56</sup> na forma:

Investment shall at all times be accorded *fair and equitable treatment*, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than required by international law shall in no case be accorded treatment less than required by international law.

Essa exata provisão estava presente no caso *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, julgado em 2006. O investimento realizado era referente ao fornecimento de água potável e sistema de esgoto. O investidor alega que o Estado, diante de atos e omissões, como a falta de finalização de certos serviços de obras e a não aplicação do regime de tarifas teria adotado medidas expropriatórias e violado obrigações do BIT, como o FET. O investidor argumenta que o fato do BIT não estabelecer uma definição do que seria um “tratamento justo e equitativo” significa que essa interpretação deve ser baseada no tratamento mínimo do direito internacional ou como uma cláusula autônoma, mas não como IMS. No entanto, para o Estado hospedeiro do investimento, o *standard* do FET faria parte do padrão mínimo internacional.

O Tribunal sustentou que esta cláusula permite que o FET seja interpretado de maneira mais elevada do que outros *standards* do direito internacional. Complementou, ainda, que esta conclusão feita pela análise

---

<sup>54</sup> ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States**, 2003. § 155. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>> Acesso em: 07 out. 2018.

<sup>55</sup> ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **Azurix Corp. v. Argentine Republic**, 2006. § 361. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0061.pdf>> Acesso em: 06 out. 2018.

<sup>56</sup> SCHREUER, Christoph. Fair and equitable treatment. p. 129. In: DOLZER, Rudolf; **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 125-135. p. 125.

textual da cláusula não teria influência material para a aplicação do FET aos fatos do caso. Assim, considera que diante da evolução jurisprudencial, o mínimo requerido pelo princípio seria materialmente similar ao requerido pelo direito internacional costumeiro. A resposta para a questão de que o FET seria adicional ou não ao mínimo requerido pelo direito internacional seria substancialmente a mesma.

#### 4.7 CMS GAS TRANSMISSION COMPANY V. ARGENTINE REPUBLIC<sup>57</sup>

Em *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, decidido em 2005, o investidor requer que o Estado suspenda o ajuste na tarifa de transporte de gás que teve interferência em seu investimento. Nesse caso, o BIT também estabelecia que o FET não deveria ter interpretação abaixo do direito internacional. O investidor alegou que o Estado violou o FET, já que não agiu com proteção e segurança ao investimento por não assegurar estabilidade e previsibilidade no âmbito do investimento. O Estado argumentou que o *standard* é bastante vago para poder identificar o seu significado, por isso ele é um princípio geral que também seria encontrado nas leis domésticas do Estado, não sendo, portanto diferente do requerido no padrão mínimo internacional.

Para o Tribunal, a necessidade de medidas previsíveis e estáveis faria parte do *standard* e a boa-fé não seria um requisito indispensável para a quebra do FET. Este seria mais amplo do que o requerido pelo direito costumeiro internacional e pelo padrão mínimo do direito internacional costumeiro. Decidiu-se, então, que a controvérsia de que o *standard* seria mais amplo ou que seria igual ao requerido pelo padrão mínimo internacional pode ter influência em certas disputas, mas que nesse caso tal diferenciação não seria relevante. No presente caso, o FET e sua relação com o princípio da estabilidade e previsibilidade das medidas que podem influenciar no investimento não seria diferente do requerido pelo padrão mínimo do direito internacional costumeiro e da evolução do direito costumeiro.

#### 4.8 OCCIDENTAL EXPLORATION AND PRODUCTION COMPANY V. THE REPUBLIC OF ECUADOR<sup>58</sup>

No caso *Occidental v. The Republic of Ecuador*, julgado em 2004, o investimento é referente à exploração e produção de petróleo. A lide se desenvolveu diante da negativa do Estado de reembolso de tarifas pagas pela empresa. Nesse caso, o BIT também estabeleceu que as partes devessem observar o FET, e em nenhum caso ser interpretado menos do que o requerido pelo direito internacional. O investidor alega que ao revogar medidas que influenciavam no investimento e que faziam parte do planejamento das atividades da empresa, verificou-se uma quebra das legítimas expectativas do

---

<sup>57</sup> ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic**, 2005. § 284. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>> Acesso em: 07 out. 2018.

<sup>58</sup> LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION ADMINISTERED. **Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador**, 2004. § 190. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0571.pdf>> Acesso em: 06 out. 2018.

investidor. O Estado, ao contrário, alega que tais medidas não faziam parte das expectativas e que, além disso, o investidor não pode considerar que todas as suas expectativas vão ser cumpridas.

O Tribunal concluiu que o *standard* não seria diferente das obrigações advindas do direito internacional em referência à estabilidade e previsibilidade dos atos estatais. Reconhece, ainda, a existência da controvérsia de que o *standard* poderia demandar mais do que o requerido no direito costumeiro internacional, no entanto, nesse caso, a questão seria apenas para estabelecer a questão da estabilidade e previsibilidade das medidas adotadas pelo Estado.

#### 4.9 SALUKA INVESTMENTS B.V. V. THE CZECH REPUBLIC<sup>59</sup>

Em *Saluka*, decidido em 2006, a lide é referente a fatos decorrentes da privatização do setor bancário tcheco, anteriormente centralizado durante o período comunista. O investidor alega que o Estado receptor do investimento, de acordo com as suas obrigações advindas do BIT, agiu de maneira inconsistente. Ainda, alega que foi privado do seu investimento e que o mesmo não foi tratado de forma justa e equitativo.

As partes discordaram acerca da apreciação do FET e sua aplicação, já que a definição dos limites do princípio teria relevância para a determinação e valoração da conduta do Estado. O requerente sustentou que o FET é autônomo e, uma vez que não tem uma qualificação direta, deveria ser interpretado de maneira ampla. A parte contrária alegou que o *standard* deveria ser interpretado de acordo com o padrão mínimo internacional costumeiro. O Tribunal concluiu que o *standard* é autônomo e que deve ser interpretado baseado no objetivo do tratado. O investidor que está protegido pelo tratado, não esperaria uma conduta do Estado que não seja transparente, inconsistente ou discriminatória. Dessa forma, ao aplicar o *standard* o Tribunal teria que levar em consideração todas as circunstâncias relevantes.

Além disso, o Tribunal afirmou que a proteção das legítimas expectativas faz parte do FET e seria o elemento dominante do princípio. Essas expectativas do investidor devem ser alisadas em conjunto também com a boa-fé, devido processo legal e a não discriminação. Essas expectativas não devem ser subjetivas, ao contrário, devem ter nível de razoabilidade e legitimidade em face das circunstâncias. Destarte, com base no princípio do FET, o Estado nunca deve desconsiderar os princípios do devido processo legal e deve garantir ao investidor proteção contra atos coercitivos de seus próprios atos regulamentários.

---

<sup>59</sup> UNCITRAL. United Nations Commission on International Trade Law. **Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic**, 2006. § 291. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>> Acesso em: 06 out. 2018.

#### 4.10 DUKE ENERGY ELECTROQUIL PARTNERS & ELECTROQUIL S.A. V. REPUBLIC OF ECUADOR<sup>60</sup>

No caso *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, julgado em 2008, a questão em discussão é sobre determinados pagamentos que deveriam ser feitos pelo Estado hospedeiro. O investidor alega que seria dever do Estado manter condutas transparentes e de acordo com as legítimas expectativas. Contudo, o requerido alega que manteve uma conduta transparente e estável.

Primeiramente, antes de decidir sobre a quebra ou não do FET, o Tribunal discutiu a natureza do *standard*. Foi estabelecido que a definição do *standard* como autônomo é irrelevante e já estaria superada pelas últimas decisões da mesma câmara arbitral. Foi também determinado que a linguagem do FET no tratado seria uma base e não uma limitação, em que o *standard* do tratado e diante o padrão mínimo internacional costumeiro seriam substancialmente similares e essencialmente os mesmos. Em relação ao conteúdo, a estabilidade das leis ambientais foi diretamente ligada com as legítimas expectativas do investidor como parte do FET.

#### 4.11 RUMELI TELEKOM AND TELSIM MOBIL V. REPUBLIC OF KAZAKHSTAN<sup>61</sup>

Nos casos em que se verifica a lide sobre a aplicação do *fair and equitable treatment*, é possível observar que geralmente o Estado sustenta que o FET ocasiona uma obrigação não superior ao padrão mínimo internacional. Essa sustentação tem o objetivo de fazer com que o FET seja interpretado de maneira mais restrita do que os outros *standards*. Nesse sentido, no caso *Rumeli Telekom and Telsim Mobil v Republic of Kazakhstan*, decidido em 2008, o investidor e o Estado possuíam uma *joint venture* de empresas de comunicações. O investidor alegou que o Estado teria orquestrado conjuntamente com acionistas locais, a expulsão do investidor da empresa. Assim, a discussão se deu em torno da alegação do requerente de que o Estado teria violado as regras do direito internacional e terminado o contrato de investimentos de maneira equivocada.

Em relação do FET, o Tribunal afirmou que o *standard* abrangeria outros princípios concretos, como o dever de manter condutas transparentes, agir de boa-fé, respeitar o devido processo legal, não agir de maneira arbitrária, discriminatória ou injusta e respeitar as legítimas expectativas do investido. Para o Estado, o conceito do FET não traria obrigação diante do mínimo *standard* internacional. No entanto, o Tribunal decidiu que essa diferenciação seria mais teórica do que real, e que o princípio do *fair and equitable treatment* não seria materialmente diferente do padrão mínimo do direito internacional

---

<sup>60</sup> ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador**, 2008. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0256.pdf>> Acesso em: 07 out. 2018.

<sup>61</sup> ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **Rumeli Telekom and Telsim Mobil v Republic of Kazakhstan**, 2008. § 611. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0728.pdf>> Acesso em: 07 out. 2018



costumeiro. Ao fim, verificou-se que teve uma quebra do FET, uma vez que não teve transparência e o devido processo legal foi injusto.

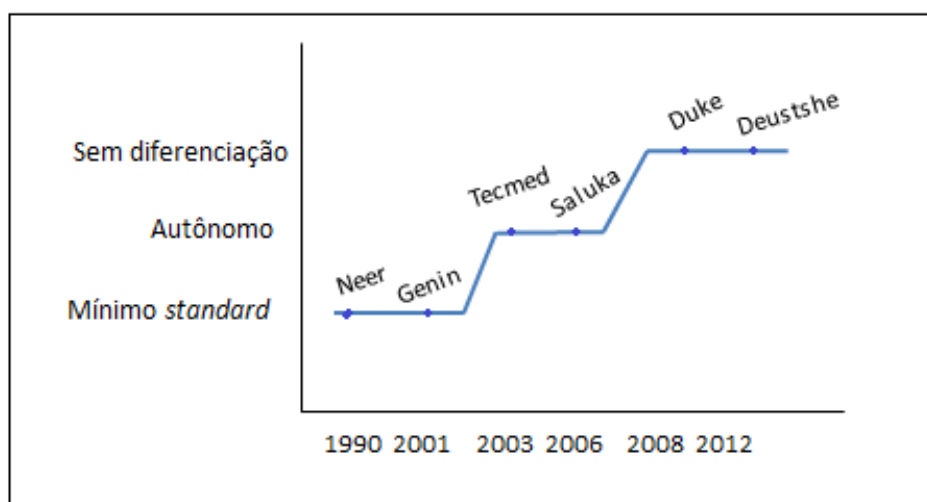
#### 4.12 DEUTSCHE BANK AG V. DEMOCRATIC SOCIALIST REPUBLIC OF SRI LANKA<sup>62</sup>

Em *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, julgado em 2012, a disputa teve origem em um contrato de Hedge de petróleo. Trata-se de alegação de quebra do FET, em que a requerente sustenta que o FET referido no BIT é um *standard* autônomo e que para existir uma ligação do princípio ao padrão mínimo internacional do direito costumeiro, as partes deveriam ter expressado essa intenção no BIT. No entanto, a requerida alegou que o FET deve ser interpretado primeiramente pelos termos do *standard* no tratado e posteriormente com base no conteúdo do *standard* do direito internacional costumeiro, sendo que o limite do FET é elevado, devendo ser aplicado apenas em condutas extremas.

O Tribunal decidiu que, pela leitura do BIT, o FET deve ser interpretado como autônomo e também reconheceu que o *standard* estabelecido no tratado não é materialmente diferente do padrão mínimo internacional do direito costumeiro. O FET abrangeria os princípios da transparência, da proteção das legítimas expectativas, boa-fé e devido processo legal. Com base nesses princípios e nas circunstâncias do caso, o Tribunal analisou se a conduta do Estado estava conforme as obrigações advindas do princípio ou não.

É possível observar a partir dos julgados que o *standard* do FET teve considerável evolução e que atualmente os Tribunais têm interpretado basicamente pela inexistência prática entre essas diferenciações. No gráfico a seguir, é possível verificar a evolução do princípio:

Gráfico 1- Evolução do *standard* do *fair and equitable treatment*



Fonte: A autora (2018)

<sup>62</sup> ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka**, 2012. § 419. Disponível em <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1272.pdf>> Acesso em: 07 out. 2018.

## 5 CONCLUSÃO

O *Fair and Equitable Treatment* é um princípio de grande relevância dentro da proteção internacional de investimentos estrangeiros, sendo frequentemente invocado nos litígios envolvendo arbitragem de investimentos. No entanto, o FET é tratado de forma vaga, o que dificulta a compreensão de sua amplitude e abrangência. Essa noção é importante tanto para o Estado como para o investidor. Para o Estado, o interesse seria em saber quais medidas suas poderiam ser consideradas quebra do FET. Já para o investidor, teria relevância o conhecimento da definição do FET para poder averiguar as ações ou omissões dos atos Estatais.

O *standard* do *fair and equitable treatment* possui significativa evolução. O primeiro significado geral do FET, com o caso *Neer*, em que o FET só seria cabível em casos extremos dentro do mínimo *standard* de tratamento, atualmente já foi superado por um uso mais generalizado do princípio.

Dessa forma, hodiernamente os Tribunais têm entendido que o fato do princípio vir vinculado ao mínimo *standard* do direito costumeiro, ao direito internacional ou como cláusula autônoma não faria diferença. A definição do FET e a tentativa de limitá-lo vinculando ao padrão mínimo internacional costumeiro parece não possuir eficácia, uma vez que os Tribunais tendem a decidir que o princípio é cabível e posteriormente analisam os fatos concretos do caso para decidir se teve quebra do *fair and equitable treatment* ou não. Assim, essa ausência de diferenciação prática dos padrões se traduz em uma forma de maior proteção ao investidor, para não restringir a aplicação do princípio.

## REFERÊNCIAS

BORN, Gary B. **International Arbitration: Law and Practice**. Nova York: Kluwer Law International, 2012.

DIAS, Bernadete de Figueiredo. A Abordagem do Direito ao Desenvolvimento nos Tratados sobre Investimentos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Org.). **Direito Internacional e Desenvolvimento**. Barueri: Manoele, 2005. p. 253-270.

DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

DOLZER, Rudolf; STEVENS, Margrete. **Bilateral investment treaties**. Kluwer Academic Publishers, 1995.

FERNANDES, Érika Capella; FIORATI, Jete Jane. Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil: uma análise comparada. **Revista de informação**

**legislativa:** RIL, v. 52, n. 208, p. 247-276, 2015. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ril\\_v52\\_n208\\_p247](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ril_v52_n208_p247)>. Acesso em: 12 dez. 2018.

GAUKRODGER, D. Addressing the balance of interests in investment treaties: The limitation of fair and equitable treatment provisions to the minimum standard of treatment under customary international law. **OECD Working Papers on International Investment**, Paris, 2017. Disponível em: <<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/0a62034b-en.pdf?expires=1545075881&id=id&accname=guest&checksum=3902972E5F8EF0AD0ACA8CC421A2C509>>. Acesso em: 17 dez. 2018.

GAZZINI, Tarcisio. The Role of Customary International Law in the Field of Foreign Investment. **The Journal of World Investment & Trade**, v. 8, n. 5, p. 691–715, 2007.

GOURGOURINIS, Anastasios. Reviewing the administration of domestic regulation in WTO and investment law: the international minimum standard as ‘one standard to rule them all’? In: BAETENS, Freya. **Investment law within international law: integrationist perspectives**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

HALABI, Sam. Efficient Contracting between Foreign Investors and Host States: Evidence from Stabilization Clauses. **Northwestern Journal of International Law and Business**, Illinois, v. 30, p. 261-312, 2011.

HORN, Norbert; Stefan Michael Kröll (eds). **Arbitrating Foreign Investment Disputes. Procedural and Substantive Legal Aspects**. Nebraska: Kluwer Law International, 2004.

ICSID. **Compagnie Générale des Eaux/Vivendi Universal v Argentine Republic**, 2000. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0206.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2018.

ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **Azurix Corp. v. Argentine Republic**, 2006, § 361. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0061.pdf>> Acesso em: 06 out. 2018.

ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. Libya** 19 jan. 1977. Disponível em: <[https://www.translex.org/261700/\\_/texaco-overseas-petroleum-company-v-the-government-of-the-libyan-arab-republic-yca-1979-at-177-et-seq/](https://www.translex.org/261700/_/texaco-overseas-petroleum-company-v-the-government-of-the-libyan-arab-republic-yca-1979-at-177-et-seq/)>. Acesso em: 06 out. 2018.

ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **Metalclad Corporation v. United Mexican States**, 2000. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>> Acesso em: 18 mai. 2018.

ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **Mondev International Ltd. v. United States of America**, 2002. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1076.pdf>> Acesso em: 07 out. 2018.

ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States**, § 155. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>> Acesso em: 07 out. 2018.

ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **Waste management Inc v United Mexican States**, 2004. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0900.pdf>> Acesso em: 07 out. 2018

ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic**, 2005. § 284. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>> Acesso em: 07 out. 2018.

ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador**, 2008. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0256.pdf>> Acesso em: 06 out. 2018.

ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka**, 2012. § 419.

Disponível em <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0728.pdf>> Acesso em: 07 out. 2018.

ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and S.A. Baltoil v The Republic of Estonia**, 2001. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0359.pdf>> Acesso em: 16 out. 2018.

ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **ADF Group v United States of America**, 2003. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0009.pdf>> Acesso em: 17 out. 2018

ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **Mondev International v United States of America**, 2002. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1076.pdf>> Acesso em: 17 out. 2018.

ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America**, 2003. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/casedocuments/ita0470.pdf>> Acesso em: 18 out. 2018.

ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **SAUR International SA v. Republic of Argentina, Decision on Jurisdiction and Liability**, 2014. § 491-494. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3190.pdf>> Acesso em: 19 out. 2018

KALICKI, Jean; MEDEIROS, Suzana, Fair. Equitable and Ambiguous: What Is Fair and equitable treatment in International Investment Law? **ICSID Review**, v. 22, n. 1, p. 24–54, 2007.

LAVIEC, Jean-Pierre. **Protection et promotion des investissements: étude de droit international économique**. Paris: Presses universitaires de France, 1985.

LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION ADMINISTERED. **Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador**, 2004, § 190. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0571.pdf.pdf>> Acesso em: 06 out. 2018.

MANN, F. A. British Treaties for the Promotion and Protection of Investments. **British Yearbook of International Law**, v. 52, n. 1, p. 241–54, 1982.

MCLACHLAN, C.; Shore, L; Weiniger, M. **International Investment Arbitration: Substantive Principles**. Oxford: Oxford University Press, 2. ed, 2007.

MOURA, Alexandre C. F. Elementos de Direito Do Investimento Estrangeiro e as Cláusulas de Estabilização. **SSRN Electronic Journal**, Coimbra, v. 12, 2013. Disponível em: <[http://centrodireitointernacional.com.br/static/revistaeletronica/volume12/arquivos\\_pdf/sumario/Artigo\\_Alexandre\\_Moura.pdf](http://centrodireitointernacional.com.br/static/revistaeletronica/volume12/arquivos_pdf/sumario/Artigo_Alexandre_Moura.pdf) >. Acesso em: 07 out. 2018.

MUHLINSKI, Peter. **Multinational enterprises and the law**. 2. ed. Oxford University Press, 2007.

NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Luís. **Law and Practice of Investment Treaties**. Nova York: Kluwer Law International, 2009.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Fair and equitable treatment Standard in International Investment Law. **OECD Working Papers on International Investment**, 2004. Disponível em: <[https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004\\_3.pdf](https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_3.pdf)>. Acesso em: 17 dez. 2018.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. International Investment Law: A Changing Landscape. **OECD Working Papers on International Investment**, 2005. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/40077165.pdf>> Acesso em: 07 out. 2018.

PALMA, Maria João. A proteção do Investimento Estrangeiro pela União Europeia. **Análise Europeia - Revista da Associação Portuguesa de Estudos Europeus**. Lisboa, 2016. Disponível em: <[http://www.apeeuropeus.com/uploads/6/6/3/7/66379879/palma\\_maria\\_joao\\_\\_2016\\_.pdf](http://www.apeeuropeus.com/uploads/6/6/3/7/66379879/palma_maria_joao__2016_.pdf)>. Acesso em: 07 out. 2018.

SCHILL, Stephan W. **International investment law and comparative public law**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

SCHREUER, Christoph. Fair and equitable treatment. In: DOLZER, Rudolf. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 125-135.

UNCITRAL. United Nations Commission on International Trade Law. **Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic**, 2006, § 291. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>> Acesso em: 06 out. 2018.

UNCITRAL. United Nations Commission on International Trade Law. **SD Myres Inc v United Mexican States**, 2000. Disponível em <<https://www.italaw.com/cases/969>> Acesso em: 01.06.2018.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. Fair and equitable treatment. **Series on issues in International Investment Agreements**, Nova York e Geneva, 2012. Disponível em: <[https://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5\\_en.pdf](https://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf)>. Acesso em: 17 dez. 2018.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **World Investment Report 2005: Transnational Corporations and the Internationalization of R&D**, Nova York e Geneva, 2005. Disponível em: <[https://unctad.org/en/Docs/wir2005\\_en.pdf](https://unctad.org/en/Docs/wir2005_en.pdf)>. Acesso em: 17 dez. 2018.

UNITED NATIONS. **Report of International Arbitral Awards: L.F.H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States: 15 out. 1926. USA**, 2006, p. 60-66. Disponível em: <[http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_IV/60-66.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/60-66.pdf)>. Acesso em: 17 dez. 2018.

VASCIANNIE, Stephen. The Fair and equitable treatment Standard in International Investment Law and Practice, **British Yearbook of International Law**, v. 70, p. 99-164, 2000.