

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Investimento estrangeiro: o padrão de tratamento justo e equitativo e o papel da boa-fé**

**International investment: fair and equitable treatment standard and the role of good faith**

Fernando Santos Arenhart

# Sumário

<b>CRÔNICAS DE DIREITO INTERNACIONAL</b> .....	1
Julia Motte-Baumvol e Alice Rocha da Silva	
<b>BRAZILIAN TRADE POLICY IN HISTORICAL PERSPECTIVE: CONSTANT FEATURES, ERRATIC BEHAVIOR.</b> ..	11
Paulo Roberto de Almeida	
<b>ASPECTOS GEOPOLÍTICOS DO GATT E DA OMC</b> .....	28
José Fontoura Costa	
<b>A REGULAÇÃO INTERNACIONAL DOS SUBSÍDIOS AGRÍCOLAS: A CONTEMPORANEIDADE DO PARADIGMA REALISTA PARA A COMPREENSÃO DO SISTEMA DE COMÉRCIO AGRÍCOLA INTERNACIONAL VIGENTE</b> .....	43
Natália Fernanda Gomes	
<b>ACORDO TRIPS: ONE-SIZE-FITS-ALL?</b> .....	57
Tatianna Mello Pereira da Silva	
<b>É INTERESSANTE PARA O BRASIL ADERIR AO ACORDO SOBRE COMPRAS GOVERNAMENTAIS DA OMC?</b> .....	72
Clarissa Chagas Sanches Monassa e Aubrey de Oliveira Leonelli	
<b>A DEFESA COMERCIAL E A RESTRIÇÃO DA LIBERALIZAÇÃO E DA INTEGRAÇÃO COMERCIAL PELO AUMENTO DA ALÍQUOTA DE IPI DE VEÍCULOS IMPORTADOS NO BRASIL</b> .....	86
Ricardo Serrano Osorio e Clayton Couto	
<b>A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA</b> .....	97
Vinicius Marques de Carvalho e Paulo Burnier da Silveira	
<b>OS ACORDOS DE COMÉRCIO PARA ALÉM DAS PREFERÊNCIAS: UMA ANÁLISE DA REGULAMENTAÇÃO SOBRE OS “NOVOS TEMAS”</b> .....	105
Michelle Rattón Sanchez Badin e Lucas da Silva Taschetto	
<b>INTEGRAÇÃO ECONÔMICA NO MERCOSUL: OPINIÕES CONSULTIVAS E A DEMOCRATIZAÇÃO NO ACESSO AO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO</b> .....	128
Eduardo Biachi Gomes	
<b>“FUNDOS ABUTRES” VS. ESTADOS NACIONAIS: SOBERANIA E ATUAÇÃO DO TRIBUNAL INTERNACIONAL DO DIREITO DO MAR A PARTIR DO CASO DA FRAGATA LIBERTAD</b> .....	138
Alexandre Pereira da Silva e Mariana Yante Barrêto Pereira	
<b>INVESTIMENTO ESTRANGEIRO: O PADRÃO DE TRATAMENTO JUSTO E EQUITATIVO E O PAPEL DA BOA-FÉ</b> .....	154

Fernando Santos Arenhart

**A EMERGÊNCIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL COMO FERRAMENTA DE REGULAÇÃO TRANS-  
NACIONAL DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO ..... 171**

Andréa Rocha Postiga

**IS INVESTMENT ARBITRATION AN APPROPRIATE VENUE FOR ENVIRONMENTAL ISSUES? A LATIN AME-  
RICAN PERSPECTIVE. .... 195**

Nitish Monebhurrn

**A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO DE  
INTERNACIONALIDADE CONTRATUAL ..... 208**

Frederico E. Z. Glitz

**IMPACTO E INFLUÊNCIA DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE A LEI BRASILEIRA  
DE ARBITRAGEM ..... 219**

Jamile Bergamaschine Mata Diz e Clarissa Correa Neto Ribeiro

**A JURISPRUDÊNCIA NORTEAMERICANA E EUROPEIA SOBRE OS ACORDOS HORIZONTAIS E VERTICAIS:  
SUBSTRATO PARA ANÁLISE DA MATÉRIA NO BRASIL..... 232**

Daniel Amin Ferraz

# Investimento estrangeiro: o padrão de tratamento justo e equitativo e o papel da boa-fé

## International investment: fair and equitable treatment standard and the role of good faith\*

Fernando Santos Arenhart<sup>1</sup>

### RESUMO

A importância do investimento estrangeiro para a economia globalizada tem se refletido na multiplicidade de tratados que buscam protegê-lo através de determinados padrões de tratamento, dentre eles aquele denominado tratamento justo e equitativo (*fair and equitable treatment*). A importância deste trabalho está no fato de que, na tentativa de definir os contornos do padrão de tratamento justo e equitativo, tanto doutrina quanto jurisprudência acabam apenas tangenciando a ideia de boa-fé sem, todavia, estabelecerem claramente a relação entre ambos. O objetivo deste artigo é investigar mais a fundo esta relação, colocando-se a hipótese de que a boa-fé é uma característica do padrão de tratamento justo e equitativo, seja na forma de uma obrigação de proteger as expectativas básicas dos investidores criadas pelos tratados que regulam a matéria, seja como um princípio geral de direito internacional que direciona a interpretação e aplicação desse tipo de cláusula. O método utilizado foi o hipotético dedutivo, partindo-se do estudo doutrinário para a análise de decisões arbitrais relevantes. A conclusão a que se chega é que a exigência de um tratamento justo e equitativo nada mais é que a confirmação da obrigação de agir de acordo com a boa-fé, ou evitar o abuso e a arbitrariedade.

**Palavras-chave:** Investimento estrangeiro. Resolução de disputas. Níveis padrão de tratamento. Tratamento justo e equitativo. Boa-fé.

### ABSTRACT

The importance of foreign investment for the global economy has been reflected in the multiplicity of treaties which seek to protect it through certain standards of treatment, including one called fair and equitable treatment. The importance of this work lies in the fact that, in an attempt to define the contours of the fair and equitable treatment standard, both doctrine and jurisprudence end just surfacing the idea of good faith, without, however, clearly establish the relationship between them. The aim of this paper is to further investigate this relationship, placing the hypothesis that good faith is a standard feature of fair and equitable treatment, whether in the form of an obligation to protect the basic expectations of investors created by the treaty, whether as a general principle of international law that directs the interpretation and application of the standard. The method used was

<sup>1</sup> Advogado, inscrito na OAB/RS sob o n.º 56.377. Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (PPGD-UFRGS). Bolsista do CNPq. Email: fernandoarenhart@yahoo.com.br.

\* Recebido em 08/05/2013  
Aprovado em 13/05/2013

the hypothetical deductive, starting from the doctrinal study for the analysis of relevant arbitral decisions. The conclusion is that the requirement of a fair and equitable treatment is nothing more than a confirmation of the obligation to act in accordance with good faith, or prevent abuse and arbitrariness.

**Keywords:** International investment. Dispute resolution, Standards of treatment. Fair and equitable treatment. Good faith.

## 1. INTRODUÇÃO

Conforme coloca Sornarajah, poucas áreas do direito internacional incitam tantas controvérsias quanto aquela relacionada ao investimento estrangeiro.<sup>2</sup> As razões para tal são diversas, mas não é errado afirmar que, no âmbito do direito internacional, o tamanho da polêmica geralmente é proporcional à importância econômica do assunto.<sup>3</sup> Este é certamente o caso da regulação do investimento estrangeiro.

Se até o fim da Segunda Guerra Mundial a questão do investimento estava majoritariamente restrita ao âmbito interno dos Estados, o fenômeno da globalização iniciado a partir de então<sup>4</sup> foi responsável por um aumento fantástico no fluxo de capitais entre os países. A reconstrução da Europa destruída, liderada pelos Estados Unidos da América, demandou um volume enorme de recursos e mostrou ao mundo os efeitos positivos do investimento estrangeiro.

Como resultado desse processo, os Estados têm percebido que a atração de investimentos para os seus territórios é um elemento decisivo para o crescimento

econômico,<sup>5</sup> especialmente aqueles que, por si só, não conseguem gerar atividade econômica suficiente para sustentar um crescimento constante das suas economias. Por outro lado, diversos países necessitam de tal influxo de capitais para o fechamento de seus balanços de pagamentos.<sup>6</sup>

Por tais razões, o fluxo de investimentos entre os Estados tem crescido constantemente, e não raro muitos países têm estimulado a sua atração. Segundo dados do Banco Central do Brasil, entre os anos de 2007 e 2009, o país recebeu, a título de investimento estrangeiro direto, aproximadamente US\$ 108 bilhões, o que corresponde a um ingresso anual médio de aproximadamente US\$ 36 bilhões. Entre os anos de 2001 e 2006, tal média anual foi de aproximadamente US\$ 19,5 bilhões e, em 1996, o ingresso de investimento estrangeiro direto foi de pouco menos de US\$ 9,5 bilhões.<sup>7</sup>

Em se tratando de um fluxo, o investimento estrangeiro migra de locais onde o capital é mais abundante para locais onde ele é demandado. Enquanto a demanda é determinada pela necessidade que os países têm do influxo de capitais, analisando o lado da oferta, os investidores tomarão sua decisão de investir com base, dentre outros fatores (sendo o ganho um dos mais relevantes), no ambiente existente no Estado destinatário: se ele for seguro e estável, a probabilidade de realização do investimento cresce consideravelmente.

Nessa relação entre oferta e demanda, fica evidente a importância de assegurar aos investidores um determinado padrão de tratamento com o propósito de garantir-lhes a segurança esperada para a realização do investimento. Ocorre que a medida dessa proteção pode variar drasticamente dependendo dos interesses que se colocam em jogo.

Considerando que países desenvolvidos são historicamente exportadores de capital, e que são os países em de-

<sup>2</sup> SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The international law on foreign investment*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 1.

<sup>3</sup> Inegável a importância do investimento para o crescimento econômico. Se o grau de correlação entre ambos ainda é objeto de alguma discussão entre os economistas, não há como conceber qualquer modelo de crescimento econômico satisfatório que negligencie o capital físico e humano. John Maynard Keynes, um dos maiores economistas de todos os tempos, atribuía ao investimento um efeito multiplicador sobre o produto, destacando ainda a importância da intervenção do Estado para a sua promoção.

<sup>4</sup> Convém ressaltar que, apesar do processo de globalização ter diversas etapas e origens que remontam ao período mercantilista do século XV, o movimento referido neste trabalho é aquele mais recente, que tem início no pós Segunda Guerra Mundial.

<sup>5</sup> BRONFMAN, Marcela Klein. Fair and equitable treatment: an evolving standard. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Heidelberg, v. 10, p. 610, 2006.

<sup>6</sup> O resultado do balanço de pagamentos, de acordo com convenções contábeis deve ser sempre zero. Assim, problemas de déficit em conta corrente (composto por saldo comercial, saldo de serviços e transferências unilaterais) são contrabalanceados com superávits na conta capital (composta da entrada líquida de investimentos e créditos externos líquidos recebidos). Para maiores informações, ver SACHS, Jeffrey D.; LARRAIN, Felipe B. *Macroeconomia*. Trad. Sara R. Gedanke. São Paulo: Makron Books, 1998.

<sup>7</sup> BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Investimento estrangeiro direto*. Brasília, 2013.

envolvimento, em grande maioria, os que recebem esses investimentos, a questão da proteção acaba muitas vezes se transformando em um conflito de interesses: países desenvolvidos buscam a máxima proteção de seus investidores quando estes aplicam seus recursos em outros países; já os países receptores buscam garantir certo controle sobre tais investimentos, em prol de suas orientações políticas.<sup>8</sup>

Diego Lerner, ao buscar na doutrina os fatores que poderiam justificar essa dificuldade, destaca um deles:

[A] diferença de enfoque entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento no que tange aos investimentos internacionais, visto que, enquanto os países desenvolvidos costumam conceder substancial liberdade a seus cidadãos para a aplicação de recursos no exterior (e, portanto, necessitam garantir-lhes a maior segurança jurídica possível, inclusive no que tange aos seus investimentos de portfólio), os países em desenvolvimento buscam estabelecer uma distinção clara entre os investimentos estrangeiros que visam ao desenvolvimento do país receptor e aqueles investimentos meramente especulativos, que hodiernamente retornam ao seu país de origem no curto prazo.<sup>9</sup>

É nesse contexto que se estabelecem alguns padrões de tratamento do investimento estrangeiro, na tentativa de buscar garantir um equilíbrio entre os interesses envolvidos. O primeiro movimento em relação a tal regulação buscou garantir ao investimento estrangeiro um tratamento idêntico ao dispensado ao investidor residente no país.<sup>10</sup>

Todavia, como resultado do aumento do fluxo e da internacionalização dos capitais, e da complexidade desse conjunto normativo que regula a sociedade

internacional, houve a superação de certos padrões de tratamento. Segundo Marcela Bronfman, dois deles, denominados de “tratamento nacional” e “não discriminação”, têm se tornado insuficientes na tarefa de garantir a segurança exigida pelo investidor.<sup>11</sup>

É que o processo de globalização também foi responsável por uma significativa transformação no próprio direito. Segundo Marcelo Varella, o direito contemporâneo passa por um processo de transição, influenciado pela ampliação da complexidade dos direitos dos Estados e do direito internacional, e que tem como resultado a alteração da lógica normativa do direito internacional clássico.<sup>12</sup>

Nesse novo cenário do direito internacional, Varella cita cinco características principais:

- a) integração frequente entre os direitos nacionais, o direito de sistemas regionais de integração e o direito internacional;
- b) multiplicação de fontes normativas, além do Estado-nação;
- c) multiplicação de instâncias de solução de conflitos fora do Estado;
- d) inexistência de hierarquia formal entre as normas jurídicas ou entre as instâncias de solução de conflitos;
- e) acúmulo de lógicas distintas no direito nacional e internacional, cuja interação é impossível com os métodos tradicionais de solução de conflitos de normas ou de jurisdição.

É possível afirmar que o padrão de tratamento justo e equitativo, cláusula que tem sido adotada em inúmeros tratados que versam sobre o tratamento do investimento estrangeiro, representa de algum modo este novo cenário do direito internacional. A multiplicidade de fontes normativas e de instâncias de solução de conflitos, e a inexistência de uma hierarquia formal entre elas tem resultado em uma dificuldade na definição do verdadeiro sentido do *standard of fair and equitable treatment*.

Assim, o problema central quando se trata do padrão de tratamento justo e equitativo é a sua vagueza, eis que, apesar de muitos acordos conterem a cláusula do *fair and equitable treatment*, nenhum deles define precisamente o seu conteúdo. Schill resume bem a questão:

<sup>8</sup> Tal conflito de interesses é abordado utilizando-se a expressão “dicotomia Norte-Sul”, em uma referência clara ao embate entre países desenvolvidos (Norte) e países em desenvolvimento (Sul). Tal dicotomia, histórica, parece estar perdendo força, à medida que cresce o investimento em países desenvolvidos oriundos de países em desenvolvimento. Para maiores detalhes sobre o tema, vale conferir LERNER, Diego Fraga. *Os regimes jurídicos de proteção ao investimento estrangeiro direto: o papel desempenhado pelos países emergentes*. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

<sup>9</sup> LERNER, Diego Fraga. *Os regimes jurídicos de proteção ao investimento estrangeiro direto: o papel desempenhado pelos países emergentes*. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. p. 14.

<sup>10</sup> No caso do Brasil, o art. 2.º da Lei n.º 4.131, de 3 de setembro de 1962, ilustra bem o denominado “tratamento nacional” dispensado ao investimento estrangeiro: “Ao capital estrangeiro que se investir no País, será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas na presente lei”.

<sup>11</sup> BRONFMAN, Marcela Klein. Fair and equitable treatment: an evolving standard. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Heidelberg, v. 10, p. 611, 2006.

<sup>12</sup> VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 27.

*Fair and equitable treatment does not have a consolidated and conventional core meaning as such nor is there a definition of the standard that can be applied easily. So far it is only settled that fair and equitable treatment constitutes a standard that is independent from national legal order and is not limited to restricting bad faith conduct of host States. Apart from this very minimal concept, however, its exact normative content is contested, hardly substantiated by State practice, and impossible to narrow down by traditional means of interpretative syllogism.*<sup>13</sup>

Na tentativa de definir os contornos do padrão de tratamento justo e equitativo, tanto doutrina quanto jurisprudência acabam tangenciando a ideia de boa-fé, sem, todavia estabelecerem claramente a relação entre ambos. O presente artigo vai tratar justamente dessa relação entre tratamento justo e equitativo e boa-fé. A hipótese que se coloca é que a boa-fé é uma característica do *fair and equitable treatment*, seja na forma de uma obrigação de proteger as expectativas básicas dos investidores criadas pelos tratados que regulam a matéria, seja como um princípio geral do direito internacional que direciona a interpretação e aplicação desse tipo de cláusula.

Na primeira parte deste artigo, será abordada a importância dos níveis padrão de tratamento na regulação do investimento estrangeiro, e a relação deles com as fontes do direito internacional. Buscar-se-á, em especial, entender o padrão de tratamento justo e equitativo e toda a problemática que envolve a sua utilização. Na segunda parte, a investigação se debruçará sobre o princípio da boa-fé e sua relação com o direito internacional e a regulação do investimento estrangeiro. Além de abordar a ligação entre a boa-fé e o *standard* do tratamento justo e equitativo, serão analisadas algumas decisões arbitrais importantes para o entendimento dessa relação.

## 2. O FAIR AND EQUITABLE TREATMENT NO DIREITO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

<sup>13</sup> Em uma tradução livre, seria algo como: “Tratamento justo e equitativo não tem um significado consolidado e convencionalizado, assim como não há uma definição do padrão que pode ser facilmente aplicado. Até agora somente se concorda que o tratamento justo e equitativo constitui um padrão que é independente da ordem jurídica nacional e não se limita a restringir a conduta de má-fé dos Estados hospedeiros. À parte desse conceito mínimo, entretanto, o seu exato conteúdo normativo é contestado, dificilmente fundado pela prática do Estado, e impossível de ser restringido pelos meios tradicionais de silogismo interpretativo” (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment*: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. New York: United Nations, 2012. p. 3).

O direito internacional pode ser entendido como o conjunto de regras e princípios que regula a sociedade internacional. Além dos tratados (fonte convencional do direito internacional), outras fontes não convencionais se tornaram fundamentais para a compreensão da realidade do direito internacional, tais como os costumes, os princípios gerais do direito internacional, os atos unilaterais, os precedentes judiciais e a equidade.

Com relação ao investimento estrangeiro, apesar de diversas fontes convencionais tratarem do tema, é frequente a utilização de expressões que remetem a fontes não convencionais. Este é o caso dos chamados “níveis padrão de tratamento”: embora previstos nos tratados internacionais, a identificação do seu conteúdo não é possível sem levar em conta os costumes e os princípios gerais do direito internacional. Especialmente com relação ao padrão de tratamento objeto deste trabalho, a própria expressão exige o exame da equidade no âmbito do direito internacional.

O ponto de partida dos níveis padrão de tratamento do investimento estrangeiro é um breve exame de algumas das fontes do direito internacional, que servirá de fundamento para o estabelecimento da relação entre o *standard* do *fair and equitable treatment* e o papel da boa-fé no direito internacional.

### 2.1 Fontes do direito internacional, equidade e os níveis padrão de tratamento do investimento estrangeiro

Quando se trata das fontes do direito, está-se fatalmente buscando verificar de onde ele surge. Se no âmbito dos sistemas jurídicos nacionais a questão da origem do direito não demanda maiores discussões, no âmbito do direito internacional, a discussão é intensa, em razão das características peculiares desse sistema.

A despeito de alguma controvérsia, as fontes do direito internacional estão elencadas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ):<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Apesar do alcance relativo (eis que afeta apenas os Estados-partes), o art. 38 do Estatuto da CIJ é uma boa referência das fontes do direito internacional, eis que foi ratificado por grande parte dos Estados do mundo (193 atualmente). Conforme Accioly, Silva e Cassella: “Teve e tem papel sistematizador, para determinar o que sejam as fontes do direito internacional, o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Como toda a classificação, pode esta ensejar críticas. Ao lado das fontes enumeradas pelo Estatuto da CIJ, também serão considerados os atos emanados das organizações in-

Artigo 38. 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a) as *convenções internacionais*, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b) o *costume internacional*, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c) os *princípios gerais de direito* reconhecidos pelas Nações civilizadas;
- d) sob ressalva da disposição do art. 59, as *decisões judiciais* e a *doutrina* dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem.<sup>15</sup> (GRIFO NOSSO).

A fonte principal, por definição, é o tratado internacional. Quando tratamos da regulação do investimento estrangeiro, os níveis padrão de tratamento normalmente estão consubstanciados em cláusulas convencionais componentes de tratados bilaterais de investimento (*Bilateral Investments Treaties* – BITs).

Quanto aos costumes e aos princípios gerais de direito, há sempre a dificuldade de sua delimitação/identificação. Com relação ao costume, a Corte Internacional de Justiça teve oportunidade de exprimir seu entendimento a respeito no caso *Plataforma Continental do Mar do Norte*, em 1969,

[...] ao afirmar ser a base deste [costume] a prática reiterada, acompanhada da convicção quanto a ser obrigatória essa prática, em razão da existência de norma jurídica, em que “os estados devem ter consciência de se conformarem ao que equivale uma obrigação jurídica.”<sup>16</sup>

Machado Villela (apud Amorim) comenta: “[O costume internacional] É o acordo tácito dos Estados no sentido de aceitar uma norma obrigatória reguladora da sua conduta nas suas relações mútuas”. Amorim com-

---

ternacionais e os atos unilaterais dos estados como fontes do direito internacional. O art. 38 tem sido objeto de inúmeras críticas [...], mas sem dúvida, [...] esse texto exerceu influência considerável no direito positivo e sobre o desenvolvimento do direito internacional” (ACCIOLO, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 122-123).

<sup>15</sup> Redação de acordo com o Decreto n.º 19.841, de 22 de outubro de 1945, que promulgou a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte o Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

<sup>16</sup> ACCIOLO, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 129.

plementa afirmando que “[...] é a aceitação por parte de vários Estados, ou dois, ou mais Estados, da prática de um uso repisado não previsto nos tratados e aceita pelas partes interessadas sem qualquer discrepância”.<sup>17</sup>

Os padrões de tratamento, mesmo previstos em tratados internacionais, ao constituírem práticas reiteradas de proteção ao investimento estrangeiro, cuja observação se torna um dever de um determinado número de países, têm o potencial de se transformar em verdadeiros costumes internacionais.

Em relação aos princípios gerais do direito internacional, Varela afirma se tratarem de regras amplamente aceitas pela sociedade internacional, consolidadas por costumes internacionais. Tal consolidação, afirma o autor, “[...] pode ocorrer da repetição em tratados ou no uso em razões de julgamento comumente aplicadas nos tribunais nacionais e internacionais”.<sup>18</sup>

Segundo Din, Dailier e Pellet, só podem ser transpostos para a ordem jurídica internacional os princípios comuns aos diferentes sistemas jurídicos nacionais, sendo necessário e suficiente para tanto que um princípio interno se verifique na maior parte dos sistemas jurídicos compatíveis com as características fundamentais da ordem internacional.<sup>19</sup> Accioly, Silva e Casella lembram que, para o Comitê de Juristas que elaborou o Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, “[...] os princípios gerais do direito seriam aqueles aceitos pelos Estados *in foro domestico*”.<sup>20</sup>

Os padrões de tratamento, como será abordado adiante, visam garantir certo nível de proteção ao investimento estrangeiro dentro do Estado receptor. Para tanto, buscam eliminar a discriminação do investimento em razão de sua origem, vedando condutas arbitrárias e abusivas e garantindo um tratamento justo. Tais regras de vedação (ou de imposição de certos comportamentos) podem constituir princípios de direito, que, se observados na maior parte dos sistemas jurídicos, podem constituir um princípio geral de direito internacional.

---

<sup>17</sup> AMORIM, Edgar Carlos de. *Direito internacional privado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 21.

<sup>18</sup> VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 154.

<sup>19</sup> DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Tradução de Vítor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003. p. 358-359.

<sup>20</sup> ACCIOLO, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 150.



Já a equidade (*ex aequo et bono*), conceito abstrato, é um dos mais controvertidos no direito internacional.<sup>21</sup> Trata-se de meio supletivo que visa ao preenchimento de lacunas do direito positivo, tendo forte ligação com os conceitos de justiça e ética, e que não pode ser negligenciado dado o seu conteúdo valorativo.<sup>22</sup> Segundo Varella, a equidade não é propriamente uma fonte de direito, mas uma técnica de interpretação judicial.<sup>23</sup>

Segundo Dinh, Daillier e Pellet, a equidade seria uma “qualidade do direito” que impregna todas as normas do direito internacional, impondo-se na interpretação delas. Tal ponto de vista foi corroborado pela Corte Internacional de Justiça no caso *Plataforma Continental do Mar do Norte*: “Qualquer que seja o raciocínio jurídico do juiz, as suas decisões devem por definição ser justas, portanto, neste sentido, equitativas”.<sup>24</sup> Os referidos autores fazem uma interessante afirmação acerca da remissão do direito convencional para a equidade: “Não fazendo da equidade o motor da resolução de conflitos, os Estados preferem fazer dela um guia para a aplicação do direito”.<sup>25</sup>

Superado o exame das fontes, cumpre destacar os principais padrões de tratamento do investimento estrangeiro: cláusulas de tratamento nacional (*national treatment*), de nação mais favorecida (*most-favoured nation*), de tratamento justo e equitativo (*fair and equitable treatment*) e de proteção e segurança plenas (*full protection and security*).<sup>26</sup>

O padrão de tratamento nacional, como o próprio nome sugere, é a obrigação do Estado receptor do investimento de conceder aos investidores estrangeiros um tratamento não menos favorável do que aquele concedido aos seus nacionais. Trata-se de uma regra que

pretende gerar um ambiente de igualdade de oportunidades entre os investidores domésticos e estrangeiros. Lerner lembra manifestação da UNCTAD sobre o tema, em que afirma que esse padrão de tratamento garante ao investidor estrangeiro o mesmo tratamento dispensado aos nacionais no que diz respeito às regras de propriedade e ao controle de empresas no país receptor, ao acesso às cortes nacionais e também a linhas de crédito, em especial àquelas disponibilizadas por agências governamentais.<sup>27</sup>

Cumpre ressaltar que, para evitar uma interpretação que os impeça de conferir qualquer tipo de benefício aos seus nacionais (eis que seriam estendidos aos estrangeiros), alguns países passaram a estabelecer que o tratamento nacional somente será conferido caso a legislação interna do país não preveja de modo diverso, permitindo que legislem em favor do investimento doméstico sem violar o BIT que prevê o *standard*.

O *standard* do tratamento nacional tem o objetivo claro de evitar a discriminação em razão do local de origem do investimento, todavia não o protege contra medidas tomadas pelo Estado receptor e direcionadas a todo e a qualquer investimento realizado em seu território. Por tal razão, trata-se de uma proteção relativa, motivo pelo qual outras medidas de proteção passaram a ser inseridas nos BITs.

Esse é o caso da regra de tratamento de nação mais favorecida, que estipula que ao investimento estrangeiro será dado o tratamento mais favorável que eventualmente venha a ser conferido aos nacionais de um terceiro país ao investirem no mesmo Estado receptor.<sup>28</sup> O objetivo de tal padrão de tratamento é evitar que algum país não tome medidas que causem algum tipo de discriminação entre os países com os quais mantém acordos de investimento.

Todavia, Celso Lafer adverte que a adesão incondicional à regra do tratamento da nação mais favorecida

<sup>21</sup> ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 166-167.

<sup>22</sup> ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 168,170.

<sup>23</sup> VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 166.

<sup>24</sup> DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Tradução de Vítor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003. p. 364.

<sup>25</sup> DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Tradução de Vítor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003. p. 363.

<sup>26</sup> LERNER, Diego Fraga. *Os regimes jurídicos de proteção ao investimento estrangeiro direto: o papel desempenhado pelos países emergentes*. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. p. 52.

<sup>27</sup> LERNER, Diego Fraga. *Os regimes jurídicos de proteção ao investimento estrangeiro direto: o papel desempenhado pelos países emergentes*. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. p. 53.

<sup>28</sup> “To provide MFN treatment under investment agreements is generally understood to mean that an investor from a party to an agreement, or its investment, would be treated by the other party ‘no less favourably’ with respect to a given subject-matter than an investor from any third country, or its investment” (ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Most-favoured-nation treatment in international investment law. *Working Papers on International Investment*, [Paris], n. 2, p. 2, sep. 2004).

só convém realmente a economias suficientemente desenvolvidas para enfrentarem e sustentarem a competição internacional, pois exclui a possibilidade de um país estabelecer diferentes políticas para a proteção e para a promoção de investimentos oriundos de nações com as quais tenha uma maior cooperação econômica.<sup>29</sup>

Por fim, o *standard* da proteção e da segurança plenas é a garantia dada pelo Estado receptor do investimento de que terá todos os cuidados razoáveis para protegê-lo contra danos que possam ser causados por entes públicos ou privados. Todavia, seu conteúdo muitas vezes se confunde com o *standard* do tratamento justo e equitativo, conforme pode ser observado na leitura do Art. 1 (a) do *Draft Convention on the protection of foreign property*, elaborado pela OCDE em 1967:

*Each party shall at all times ensure fair and equitable treatment to the property of the nationals of other Parties. It shall accord within its territory the most constant protection and security to such property and shall not in any way impair the management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by unreasonable or discriminatory measures. The fact that certain nationals of any State are accorded treatment most favourable than that provided by this Convention shall not be regarded as discriminatory against nationals of a Party by reason only of the fact that such treatment is not accorded to the latter.*

## 2.2 O *standard* do tratamento justo e equitativo

Embora a maioria dos acordos visando à proteção do investimento estrangeiro exija que investimentos e investidores por eles tratados recebam um tratamento justo e equitativo, não há um acordo geral sobre o verdadeiro significado desse princípio.

A primeira aparição desse tipo de cláusula no contexto internacional ocorreu no artigo 11 da Carta de Havana para a criação da OIC, de 1948<sup>30</sup>:

2. A Organização pode, em colaboração com outras organizações intergovernamentais, tanto quanto for apropriado:

(a) fazer recomendações e promover acordos bilaterais ou multilaterais em medidas destinadas.

(i) *a assegurar o tratamento justo e equitativo para os empreendimentos, habilidades, capital, artes e tecnologia trazidas de um país-membro para outro.*

<sup>29</sup> LAFER, Celso. O GATT, a cláusula de nação mais favorecida e a América Latina. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 10, n. 3, p. 55, 1971.

<sup>30</sup> Tratava a cláusula de mera recomendação, sem qualquer força vinculante, o que foi agravado pelo fato de que alguns grandes países desenvolvidos não ratificaram a Carta de Havana.

Posteriormente, o Acordo Econômico de Bogotá (1948) e o Projeto de Convenção sobre Investimentos no Exterior proposto por Abs e Shawcross (1959) também contemplaram a cláusula do tratamento justo e equitativo.

Em 1967, a OCDE adotou a *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*, cujo art. 1 (a) assim dispunha: “[...] cada parte deve a todo momento assegurar um tratamento justo e equitativo à propriedade dos nacionais das demais partes”. Embora nunca aberta para assinaturas, a convenção da OCDE representava a visão coletiva da época e exerceu grande influência nas discussões sobre investimento estrangeiro. A importância desse documento é que foi usado pela maioria dos Países-membros da organização como a base para suas negociações de acordos de investimento internacional.<sup>31</sup>

No contexto multilateral, o *Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations*, de 1986, em seu art. 48, dizia que as empresas transnacionais deveriam receber tratamento justo e equitativo (e não discriminatório) das legislações, das regulações e das práticas administrativas dos países em que elas operassem. Em 1985 a *Convention establishing Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA)* especificou em seu art. 12 (d) que a agência deveria certificar-se que o tratamento justo e equitativo e a proteção legal do investimento existissem nos países hospedeiros interessados. Em 1992, o *World Bank Guidelines of Foreign Direct Investment* estipulou, em seu art. III (2) que “[...] cada Estado estenderá aos investimentos estabelecidos no seu território por nacionais de qualquer outro Estado o tratamento justo e equitativo de acordo com os padrões recomendados nas diretrizes”.

Em 1994, tal norma aparece em diversos tratados multilaterais no âmbito do MERCOSUL, COMESA

<sup>31</sup> O Projeto de Convenção da OCDE exerceu grande influência na formação dos acordos bilaterais de investimento (BITs). Recentemente, mesmo países que tradicionalmente se colocaram a favor do controle nacional sobre os investimentos estrangeiros (e que eram favoráveis ao uso da regra do “tratamento nacional”) acabaram incorporando em seus tratados a cláusula do tratamento justo e equitativo. Nessa posição se colocam inclusive os países latino americanos, que eram seguidores da chamada “Doutrina Calvo”. De acordo com essa doutrina, os países eram relutantes em aderir a tratados que poderiam resultar em transferência da jurisdição sobre disputas relativas à propriedade de estrangeiros no país das cortes domésticas para as cortes internacionais (ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Fair and equitable treatment standard in international investment law. *Working Papers on International Investment*, [Paris], n. 3, p. 5, sep. 2004.).

E NAFTA. Neste último, o art. 1105 (1) assim dispõe: “Cada parte concederá aos investimentos de investidores da outra parte um tratamento de acordo com o direito internacional, incluindo o tratamento justo e equitativo e a integral proteção e segurança”. Em 1998 o *Draft OECD Multilateral Agreement on Investment*, em seu preâmbulo, indicou que regimes de investimento justos, transparentes e previsíveis complementam e beneficiam o sistema de comércio mundial. Já no artigo referente ao tratamento geral dos investimentos ficou estipulado que:

Cada parte contratante deve conceder tratamento justo e equitativo e integral e constante proteção e segurança aos investimentos estrangeiros em seus territórios. Em nenhum caso deve uma parte contratante conceder tratamento menos favorável do que aquele requerido pelo direito internacional.

Para a UNCTAD, o padrão de tratamento justo e equitativo é um elemento chave nos acordos internacionais de investimento (ou *International Investment Agreements* – IIAs), a ponto de ter emergido como o fundamento mais invocado pelos investidores e de maior sucesso nas disputas sobre IIAs. Ocorre que, enquanto alguns acordos simplesmente afirmam que os investimentos devem receber tratamento justo e equitativo, outros qualificam tal afirmação mencionando as fontes dessa obrigação, seja o direito internacional, os costumes internacionais ou o padrão mínimo de tratamento dos estrangeiros decorrente do direito internacional consuetudinário. Na prática, a dificuldade se dá em verificar quais tipos de ações administrativas e governamentais efetivamente quebram o padrão de tratamento justo e equitativo a ponto de merecer uma compensação por parte do Estado ao investidor.<sup>32</sup> Para Muchlinski:

O conceito de tratamento justo e equitativo não é precisamente definido. Ele oferece o ponto de partida geral na formulação do argumento de que o investidor estrangeiro não tem sido bem tratado por razões de discriminação ou outra medida injusta tomada contra seus interesses. Isto é, portanto, um conceito que depende da interpretação de fatos específicos para o seu conteúdo. No máximo, pode ser dito que o conceito denota o princípio da não-discriminação e proporcionalidade no tratamento dos investidores estrangeiros.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment*: UNCTAD series on issues in international investment agreements II. New York: United Nations, 2012. p. 1-2.

<sup>33</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment*: UNCTAD series on issues in international investment agreements II. New York: United

Juillard sugere que a inclusão do padrão *fair and equitable* nos acordos sobre investimento promove um elemento básico auxiliar para a interpretação de outras provisões no acordo e para o preenchimento de lacunas no tratado. No seu entendimento, trata-se de um conceito impreciso<sup>34</sup> que deve ser progressivamente desenvolvido por meio do trabalho nos tribunais arbitrais.<sup>35</sup>

Sobre essa dificuldade de definir tal padrão de tratamento, interessante a manifestação da UNCTAD:

Tratamento justo e equitativo não tem um significado consolidado e convencionado, assim como não há uma definição do padrão que pode ser facilmente aplicado. Até agora somente se concorda que o tratamento justo e equitativo constitui um padrão que é independente da ordem jurídica nacional e não se limita a restringir a conduta de má-fé dos Estados hospedeiros. À parte desse conceito mínimo, entretanto, o seu exato conteúdo normativo é contestado, dificilmente fundado pela prática do Estado, e impossível de ser restringido pelos meios tradicionais de silogismo interpretativo.<sup>36</sup>

Mostra-se evidente a principal problemática envolvendo as cláusulas que exigem a dispensa de um tratamento justo e equitativo, qual seja, a dificuldade de definir o alcance e os limites de tal padrão.

No âmbito dos tribunais arbitrais competentes para apreciar a questão da aplicação das cláusulas FET, duas interpretações se destacam: a) o *fair and equitable treatment* seria uma cláusula ligada a um padrão mínimo de tratamento a ser dispensado pelo direito internacional; b) o *fair and equitable treatment* teria uma existência autônoma, cujo sentido é buscado na própria expressão.

Nations, 2012. p. 25.

<sup>34</sup> Existe a opinião de que a vagueza da expressão é intencional, dando assim aos árbitros a possibilidade de articular a gama de princípios necessários para o alcance do propósito do tratado em uma disputa particular. Todavia, isso pode ser um problema. Muitos governos se preocupam com tal vagueza, com o argumento de que quanto menos orientação é fornecida para os árbitros, maior a discricionariedade e mais próximo o processo se assemelha a decisões *ex aequo et bono*, isto é, baseadas nas noções de justiça e equidade dos árbitros (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment*: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. New York: United Nations, 2012. p. 2-3).

<sup>35</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment*: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. New York: United Nations, 2012. p. 25-26.

<sup>36</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment*: UNCTAD series on issues in international investment agreements II. New York: United Nations, 2012. p. 3.

Historicamente, o tratamento justo e equitativo surge como um padrão mínimo de tratamento a ser dispensado ao investimento estrangeiro. De acordo com essa visão, a interpretação e aplicação do *fair and equitable treatment* será mais restritiva, e apenas condutas caracterizadas como “chocantes” ou “escandalosas” seriam violadoras da cláusula FET (*high liability threshold*).<sup>37</sup>

Robinson, escrevendo da perspectiva dos países em desenvolvimento, afirma que o tratamento justo e equitativo é um clássico exemplo chamado “padrão internacional mínimo” exigido pelos países desenvolvidos para o tratamento do investimento estrangeiro.<sup>38</sup> De acordo com um estudo da UNCTAD, identificar o tratamento justo e equitativo com padrões mínimos internacionais significa ignorar o debate sobre a questão no âmbito do direito internacional. Isso porque, enquanto a ideia do padrão mínimo internacional tem forte suporte entre os países desenvolvidos, certo número de países em desenvolvimento tem tradicionalmente mantido reservas com relação a tal padrão ser parte do direito costumeiro internacional.<sup>39</sup>

Por outro lado, a visão de que o tratamento justo e equitativo teria uma existência autônoma permite uma interpretação e aplicação ampliada do padrão, de modo a incluir não só as condutas graves no rol daquelas violadoras da cláusula FET<sup>40</sup>. Tal interpretação extensiva evidentemente favorece os interesses dos investidores, pois consiste em uma maior proteção em face das condutas do Estado hospedeiro.

Juillard afirma que “justo e equitativo” é um princípio, e que este princípio é um princípio geral do direito internacional e que existe independentemente do suporte convencional que o expresse.<sup>41</sup> Para Mann, a expres-

são “*fair and equitable*” não é equivalente a um padrão mínimo de tratamento (*minimum standard*), pois seu sentido é mais amplo. Um tribunal não deve estar preocupado com um padrão mínimo, máximo ou médio, mas deve decidir se, de acordo com as circunstâncias, a conduta em questão é justa e equitativa ou injusta e iníqua. Para Dolzer e Stevens, o fato de que as partes dos BITs têm considerado necessário estipular tal padrão como uma obrigação expressa em vez de fazer referência ao direito internacional e por tal razão invocar um relativamente vago conceito tal qual o padrão mínimo é provavelmente a evidência de um padrão autossuficiente<sup>42</sup>.

Nas discussões acerca da interpretação do padrão de tratamento justo e equitativo, os tribunais arbitrais foram muito além da discussão sobre a relação entre tal padrão e o padrão mínimo definido pelo direito costumeiro internacional, identificando cinco elementos englobados neste padrão: a) obrigação de vigilância e proteção;<sup>43</sup> b) observância do devido processo, incluindo a não-negação de justiça e vedação à arbitrariedade<sup>44</sup>; c) transparência;<sup>45</sup> d) boa-fé;<sup>46</sup> e) elementos autônomos de justiça.<sup>47 48</sup>

AND DEVELOPMENT. Fair and equitable treatment standard in international investment law. *Working Papers on International Investment*, [Paris], n. 3, p. 19, sep. 2004.

<sup>42</sup> ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Fair and equitable treatment standard in international investment law. *Working Papers on International Investment*, [Paris], n. 3, p. 24, sep. 2004.

<sup>43</sup> Para garantir um tratamento justo e equitativo, o Estado hospedeiro deve tomar todas as medidas necessárias para garantir o pleno gozo de proteção e de segurança dos investimentos. A pergunta a fazer é se o Estado tomou as medidas devidas para proteger o investimento.

<sup>44</sup> A negativa de justiça engloba transgressões procedimentais (procedimentos impróprios) e substantivas (decisões injustas) das cortes. Em um sentido amplo, abrange todo o campo da responsabilidade do Estado, incluindo executivo, legislativo e judiciário; em um sentido estrito, está limitada à recusa de um Estado em garantir ao estrangeiro o acesso a suas cortes; em um sentido intermediário, refere-se à administração imprópria da justiça civil e criminal em relação a um estrangeiro.

<sup>45</sup> A exigência de transparência se relaciona com a ideia de que todos os requerimentos legais relevantes para o propósito de investir devem ser capazes de ser conhecidos e entendidos por todos os investidores.

<sup>46</sup> O tratamento justo e equitativo é aquele que respeita o princípio da boa-fé, sendo ele uma combinação dos seguintes elementos: respeito às expectativas básicas dos investidores, transparência e ausência de arbitrariedade.

<sup>47</sup> Entende-se o padrão de tratamento justo e equitativo como um elemento autônomo do direito internacional, e por tal razão seria inclusive prescindível a posituação de tal tratamento nos tratados para que ele fosse aplicável.

<sup>48</sup> ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Fair and equitable treatment standard in

<sup>37</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment*. UNCTAD series on issues in international investment agreements II. New York: United Nations, 2012. p. xiv.

<sup>38</sup> ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Fair and equitable treatment standard in international investment law. *Working Papers on International Investment*, [Paris], n. 3, p. 20, sep. 2004.

<sup>39</sup> ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Fair and equitable treatment standard in international investment law. *Working Papers on International Investment*, [Paris], n. 3, p. 25, sep. 2004.

<sup>40</sup> “[A]rbitral tribunals applying unqualified FET clauses have not limited themselves to the most serious breaches and have found violations of the FET standard where they considered the State’s conduct in question to be simply unfair towards the claimant” (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment*. UNCTAD series on issues in international investment agreements II. New York: United Nations, 2012. p. 13).

<sup>41</sup> ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION

Já a UNCTAD apresenta cinco conceitos ditos relevantes no contexto do *fair and equitable treatment*: a) proibição de manifesta arbitrariedade; b) proibição da negativa de justiça e desrespeito aos princípios fundamentais do devido processo legal; c) proibição de discriminação de qualquer tipo; d) proibição de tratamento abusivo dos investidores; e) proteção das legítimas expectativas dos investidores em relação a condutas do Estado.<sup>49</sup>

Não é necessário ir mais a fundo na prática arbitral para compreender que o exame de quais condutas que violam a cláusula do tratamento justo e equitativo passa por uma análise da caracterização ou não da boa-fé.

### 3. A BOA-FÉ COMO ELEMENTO INTEGRANTE DO FAIR AND EQUITABLE TREATMENT

O breve exame que se fez sobre o *standard* do tratamento justo e equitativo já indica a natureza de sua relação com o instituto da boa-fé no âmbito do direito internacional. A hipótese colocada – de que a boa-fé é elemento integrante do *fair and equitable treatment* – confirma-se especialmente quando se passa da análise teórica para uma revisão sobre a resolução das disputas envolvendo a questão do investimento estrangeiro.

Embora a boa-fé seja na essência um conceito subjetivo com estreitas ligações com valores tais como honestidade, lealdade, fidelidade, e represente ideais de justiça, é a sua dimensão objetiva que revela a sua importância dentro do processo de interpretação/aplicação das cláusulas convencionais que exigem a utilização de um padrão de tratamento justo e equitativo ao investimento.

Partindo da definição da boa-fé e do seu espaço dentro do direito internacional, será possível, por meio da análise de algumas decisões arbitrais sobre disputas em que se questiona a observância da cláusula FET, demonstrar que não existe tratamento justo e equitativo (independente de seu conteúdo específico) se a conduta do país hospedeiro não se pautar por uma objetiva boa-fé.

#### 3.1 A boa-fé no direito internacional

international investment law. *Working Papers on International Investment*, [Paris], n. 3, p. 26, sep. 2004.

<sup>49</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. New York: United Nations, 2012. p. 16.

Conforme coloca De Plácido e Silva:

Sempre se teve boa-fé no sentido de expressar a intenção pura, isenta de dolo ou engano, com que a pessoa realiza o negócio ou executa o ato, certa de que está agindo na conformidade do direito, consequentemente protegida pelos preceitos legais.<sup>50</sup>

O referido autor faz ainda a distinção entre a boa-fé objetiva e subjetiva:

Entre os princípios basilares do Código Civil de 2002 está o da boa-fé objetiva, como decorre do disposto em seu art. 187, indicando que se deve perquirir se o exercício dos direitos se faz com a boa-fé, que decorre do que objetivamente é demonstrado pelo agente, predominando sobre a boa-fé subjetiva, que é o estado de consciência do mesmo. Assim, o juiz deve perquirir, em cada caso, se a ação ou omissão do agente resultou de boa-fé pelo que objetivamente foi demonstrado.<sup>51</sup>

Ana Prata, autora portuguesa, explica da seguinte forma as duas acepções do termo:

Fundamentalmente, o termo usa-se em duas acepções. A boa fé é, em primeiro lugar, a consideração razoável e equilibrada dos interesses dos outros, a honestidade e a lealdade nos comportamentos e, designadamente, na celebração e execução dos negócios jurídicos. Neste sentido, a boa fé é um conceito indeterminado (ou uma cláusula geral de direito privado), cabendo ao julgador o seu preenchimento casuístico, de acordo com as circunstâncias do caso e as convicções historicamente dominantes em cada momento na sociedade. [...].

Mas a boa fé pode também ser a convicção errónea e não culposa da existência de um facto ou de um direito ou da validade de um negócio, a ignorância desculpável dos fundamentos de invalidade ou de um vício de um negócio [...].

A doutrina refere-se à boa fé objectiva (ou boa fé em sentido ético) para significar o primeiro dos sentidos anunciados, isto é, a boa fé como regra de conduta, designando por boa fé subjectiva (ou boa fé em sentido psicológico) a convicção em que se encontra o sujeito de que o seu comportamento é conforme o direito.<sup>52</sup>

Já o Black's Law Dictionary, situado no âmbito da *common law* norte-americana, assim se refere ao verbete *good faith*:

<sup>50</sup> SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico conciso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 120.

<sup>51</sup> SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico conciso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 120.

<sup>52</sup> PRATA, Ana. *Dicionário jurídico*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2008. v. 1. p. 214.

*The phrase 'good faith' is used in a variety of contexts, and its meaning varies somewhat with the context. Good faith performance or enforcement of a contract emphasizes faithfulness to an agreed common purpose and consistency with the justified expectations of the other party; it excludes a variety of types of conduct characterized as involving 'bad faith' because they violate community standards of decency, fairness or reasonableness. The appropriate remedy for a breach of the duty of good faith also varies with the circumstances. Restatement (Second) of Contracts § 205 cmt. a (1979).<sup>53</sup>*

Não obstante o sistema jurídico (*common law* ou *civil law*), a boa-fé, em seu aspecto objetivo, tem um sentido comum quando considerada no âmbito do direito contratual, que pode ser resumido em um dever de conduta a ser observado, de modo a evitar o oportunismo e garantir a cooperação entre as partes.

Anthony D'Amato, autor da área de direito internacional, afirma que o princípio da boa-fé exige das partes de uma transação que negociem honestamente e de modo justo entre si, que representem seus motivos e propósitos de forma honesta, e que se abstenham de obter vantagens injustas que possam resultar de uma interpretação literal e não desejada do acordo entre ambos. Segundo o autor, essas referências ao contexto e finalidade demonstram que a substância do princípio da boa-fé é a vedação de interpretações indesejadas e literais de palavras que possam resultar na obtenção de vantagem indevida de uma parte sobre a outra. Por fim, D'Amato relaciona o princípio da boa-fé com o desempenho geral das obrigações de um Estado perante o direito internacional, mencionando uma resolução da Assembleia Geral da ONU de 1970 intitulada "Declaração relativa aos princípios do direito internacional referentes às relações amistosas e à cooperação entre os Estados", na qual consta que todos os Estados devem submeter-se de boa-fé às obrigações que são suas em razão dos princípios reconhecidos do direito internacional.<sup>54</sup>

Embora nem todos os princípios jurídicos possam ser considerados princípios gerais de direito internacional, qualquer exemplificação desses certamente conterà, dentre outros, o princípio da boa-fé. O reconhecimento de um princípio geral do direito internacional é um

processo, e não um ato.<sup>55</sup> Nesse sentido, é forçoso dizer que, tanto a presença nos tratados como a sua utilização pelas cortes internacionais garantiram à boa-fé o status de princípio geral do direito internacional. Segundo Varella, a boa-fé é um daqueles princípios gerais do direito internacional comum a todos os ambientes jurídicos.<sup>56</sup>

O autor destaca ainda, dentre as regras básicas de interpretação dos tratados internacionais, que a observância do seu texto deve ser acompanhada de uma interpretação "[...] de forma a chegar a um resultado que represente a vontade dos Estados em cumpri-lo de boa-fé".<sup>57</sup> Nas palavras do autor:

O exercício da boa-fé depende de um *juízo de razoabilidade*. Considera-se razoável o direito decorrente de um tratado ou costume ou outra fonte de direito internacional, quando seu exercício é apropriado e necessário para se atingir a satisfação dos interesses que o direito pretende proteger. Deve ser ao mesmo tempo justo e equitativo para todas as partes e não pode ser interpretado de forma a garantir a uma das partes apenas uma vantagem injusta em relação às obrigações assumidas. O exercício não razoável de um direito deve ser considerado como incompatível ao princípio da boa-fé e, portanto, como uma violação ao tratado que gera do direito.<sup>58</sup>

Dinh, Daillier e Pellet, ao abordarem os princípios gerais de direito consagrados pela jurisprudência internacional, destacam a boa-fé como princípio relacionado ao conceito geral de direito.<sup>59</sup> Christina Voigt afirma ser a boa-fé um princípio fundamental, daqueles que fornecem os fundamentos para o sistema legal internacional.<sup>60</sup> Cita como exemplo o caso *Nuclear Test*, no qual a Corte Internacional de Justiça assim se manifestou:

*One basic principle governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith. Trust and confidence are inherent in international co-operation, in particular in an age when this co-operation in many fields is becoming increasingly essential.<sup>61</sup>*

<sup>53</sup> VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 155-156.

<sup>54</sup> VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 158.

<sup>55</sup> VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 126.

<sup>56</sup> VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 126.

<sup>57</sup> DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Trad. Vítor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003. p. 359.

<sup>58</sup> VOIGT, Christina. The role of general principles in international law and their relationship to treaty law. *Retfard: Nordic Journal of Law and Justice*, [S.l.], v. 31, n. 121, p. 12, 2008.

<sup>59</sup> ICJ Reports, 1974. p. 253.

<sup>53</sup> GARNER, Bryan A. *Black's law dictionary*. 8. ed. St. Paul, MN: West Thomson, 2004.

<sup>54</sup> D'AMATO, Anthony. Good faith. In: BERNHARDT, Rudolf; MACALISTER-SMITH, Peter (Ed.). *Encyclopedia of public international law*. Amsterdam: North Holland, 1992. v. 2. p. 599-600.

Ao abordarem o lugar dos princípios gerais no direito internacional, Dinj, Daillier e Pellet afirmam se tratar de uma “fonte ‘transitória’ e ‘recessiva’ do direito internacional” e que “[...] a sua repetida aplicação transforma-os em normas consuetudinárias”. Concluem alegando que os princípios não desaparecem, mas são mascarados por normas costumeiras tendo o mesmo conteúdo<sup>62</sup>. Destarte, além de constituir inegável princípio geral do direito internacional, a observância da boa-fé pode também ser considerada uma norma costumeira.

Se, como já referido, a equidade é uma qualidade do direito, cuja interpretação deve levar a um resultado justo, não há como negar também uma íntima ligação entre equidade e boa-fé. Se a equidade é um fim do direito, a boa-fé certamente constitui um dos meios para o seu atingimento<sup>63</sup>.

Maniruzzaman resume de forma brilhante a questão envolvendo a boa-fé e os padrões de tratamento do investimento estrangeiro:

*In international investment law, substantive standards of treatment (investment treaty provisions) such as fair and equitable treatment, full protection and security,*

*protection of legitimate expectation, transparency, non-discrimination, national treatment and most favoured national treatment, are considered fundamentally based on good faith, or manifestations or corollaries of good faith, but their content depends on the specific contexts in which they are applied. Here comes the crunch point when one asks: even if a state literally complies with the foregoing standards in respective cases, will it be always considered to have acted in good faith in its relationship to the other contracting party? Inversely, if a state acts in good faith to*

*comply with its non-investment international treaty obligations relating to human rights, the environment or climate change that may interfere with investors' rights,*

*will it be implicated in bad faith vis-à-vis the foreign investors? It is difficult to give any straightforward answers to these questions. The answers, however, may be found specifically in the contexts in which the notion of good faith is to be examined. In investment arbitration jurisprudence such a contextual extrapolation seems to be increasingly endorsed rather than the simple meaning attributed to a standard of treatment [...].<sup>64</sup>*

<sup>62</sup> DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Trad. Vítor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003. p. 360-361.

<sup>63</sup> Neste sentido, a Corte Internacional de Justiça entendeu que “[...] as partes têm a obrigação mútua de encetar negociações de boa-fé para chegarem à solução equitativa das suas divergências relativos aos direitos de pesca respectivos” (DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Trad. Vítor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003. p. 365).

<sup>64</sup> MANIRUZZAMAN, A. F. M. The concept of good faith in

Destarte, Maniruzzaman defende que os padrões de tratamento do investimento estrangeiro, para refletirem uma cooperação de boa-fé, precisam ser ponderados com diversos outros valores no caso concreto, tais como a proteção do meio ambiente, a proteção e promoção dos direitos humanos, o interesse público do Estado hospedeiro e a garantia de seu desenvolvimento econômico.<sup>65</sup>

### 3.2 A boa-fé na resolução de disputas sobre investimento estrangeiro

A íntima ligação entre o padrão de tratamento justo e equitativo e a boa-fé foi explorada nas seções precedentes: comportamentos que não observem o princípio da boa-fé implicam em uma violação à cláusula FET. Resta a necessidade de examinar alguns casos em que tal lógica foi aplicada.

#### 3.2.1 Tecmed S.A. vs. The United Mexican States

Neste caso, a empresa Tecmed havia realizado um investimento em terrenos, edifícios e outros bens de um aterro controlado de resíduos industriais perigosos. A demanda tinha como fundamento a recusa do INE (Instituto Nacional de Ecologia do México) em renovar a licença de operação do aterro, e a posterior exigência de seu fechamento.

A Tecmed alegou que a recusa constituía em uma expropriação do investimento e uma violação a vários artigos do BIT assinados entre Espanha e México, além da violação da própria lei mexicana. Tal conduta teria causado enormes prejuízos à empresa, seja em razão dos lucros cessantes, seja em razão da impossibilidade de recuperar o custo de aquisição do aterro e todo o investimento necessário para a sua operacionalização.

O fundamento jurídico da demanda era que a não renovação da licença violaria o padrão de tratamento justo e equitativo garantido pelo art. 4 (1) do BIT: “Each contracting party will guarantee in its territory, fair and equitable treatment, according to international law, for the investments made by investors of other contracting parties”.<sup>66</sup>

international investment disputes: the arbitrator's dilemma. *Amicus Curiae: Journal of the Society for Advanced Legal Studies*, London, n. 89, p. 17-18, spring, 2012.

<sup>65</sup> MANIRUZZAMAN, A. F. M. The concept of good faith in international investment disputes: the arbitrator's dilemma. *Amicus Curiae: Journal of the Society for Advanced Legal Studies*, London, issue 89, p. 17-18, spring, 2012.

<sup>66</sup> BRONFMAN, Marcela Klein. Fair and equitable treatment: an

A decisão proferida pelo tribunal foi que o padrão de tratamento justo e equitativo é uma expressão do princípio da boa-fé que está presente no direito internacional. Ação do INE frustrou expectativas legítimas da empresa, sendo que o instituto também não deu informações claras de modo a permitir à empresa a busca de uma maneira de manter a permissão ou orientar suas ações. O tratamento dispensado ao investimento deve ser consistente, livre de ambiguidade e transparente.<sup>67</sup>

### 3.2.2 MTD Equity and MTD Chile vs. Republic of Chile

Neste caso, a empresa MTD Equity, da Malásia, assinou um contrato com o Comitê de Investimentos Estrangeiros do Chile. A ideia por trás do investimento era o desenvolvimento de uma comunidade planejada nos subúrbios de Santiago, conforme um modelo existente na Malásia. Para tanto, a MTD Equity criou uma empresa no Chile, denominada MTD Chile S.A. Após a MTD aportar vários milhões de dólares, o processo

evolving standard. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. Heidelberg, v. 10, p. 637-638, 2006.

<sup>67</sup> The Arbitral Tribunal considers that this provision of the Agreement, in light of the good faith principle established by international law, requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment. The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor [...] The foreign investor also expects the host State to act consistently, i.e. without arbitrarily revoking any pre-existing decisions or permits issued by the State that were relied upon by the investor to assume its commitments as well as to plan and launch its commercial and business activities. The investor also expects the State to use the legal instruments that govern the actions of the investor or the investment in conformity with the function usually assigned to such instruments, and not to deprive the investor of its investment without the required compensation. In fact, failure by the host State to comply with such pattern of conduct with respect to the foreign investor or its investments affects the investor's ability to measure the treatment and protection awarded by the host State and to determine whether the actions of the host State conform to the fair and equitable treatment principle. Therefore, compliance by the host State with such pattern of conduct is closely related to the above-mentioned principle, to the actual chances of enforcing such principle, and to excluding the possibility that state action be characterized as arbitrary; i.e. as presenting insufficiencies that would be recognized '...by any reasonable and impartial man,' or, although not in violation of specific regulations, as being contrary to the law because: '...(it) shocks, or at least surprises a sense of juridical propriety (ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Fair and equitable treatment standard in international investment law. *Working Papers of International Investment*, [Paris], n. 3, p. 38-39, sep. 2004).

de investimento foi interrompido, devido à sua rejeição pelo Departamento de Habitação e Urbanismo chileno, que alegou um conflito com a política urbana de desenvolvimento existente. Apesar de solicitado pela empresa, as autoridades chilenas se recusaram a alterar o local de realização do projeto.

Ao ingressar com a causa, a MTD trouxe diversos argumentos, dentre eles o de quebra das previsões de tratamento justo e equitativo contidas no BIT firmado entre Malásia e Chile, ao criar e encorajar fortes expectativas de que o projeto objeto do investimento seria implementado em uma determinada localização (confirmada por meio de contrato), o que não veio a se concretizar por desaprovação do local.

Ao decidir, o Tribunal alegou que o padrão de tratamento justo e equitativo deve ser entendido de modo a efetivamente promover o investimento, e que seus termos, de conotação proativa (promover, criar, estimular), não combinavam com uma conduta apenas passiva do Estado. Reportando-se ao caso Tecmed, o Tribunal decidiu que o Chile violou o padrão de tratamento justo e equitativo ao criar e encorajar fortes expectativas que, depois, restaram frustradas. Como no caso Tecmed, houve comportamento ambíguo por parte do governo chileno, que não agiu de forma transparente e consistente.

O Tribunal também aceitou o argumento da MTD de violação da cláusula de nação mais favorável existente no art. 3 (1) do BIT existente entre os países,<sup>68</sup> cujos paradigmas foram BITs assinados pelo Chile com Croácia e Dinamarca.

### 3.2.3 Sempra Energy v. Argentina

Vandavelde, ao citar o caso envolvendo um tratado entre Estados Unidos e Argentina, aponta o entendimento do Tribunal, que se refere ao princípio da boa-fé como o farol que irá orientar o entendimento e a interpretação do tratamento justo e equitativo. Nesse caso, a Argentina havia se recusado a honrar os termos de um acordo de concessão assinado com o investidor. Nova-

<sup>68</sup> Investments made by investors of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party shall receive treatment which is fair and equitable, and not less favorable than that accorded to investments made by investors of any third State (BRONFMAN, Marcela Klein. Fair and equitable treatment: an evolving standard. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Heidelberg, v. 10, p. 639-640, 2006).



mente a base da decisão foi a quebra das expectativas básicas do investidor.<sup>69</sup>

### 3.2.4 Siemens v. Argentina

Nesse caso, a Argentina havia assinado um contrato com a Siemens para que a empresa contratada lhe prestasse serviços de tecnologia da informação. A natureza dos serviços exigia que o país firmasse acordo com as suas províncias. A impossibilidade de promover tais acordos em razão da estrutura do Estado foi a alegação para a suspensão do contrato. Ao apreciar a questão, o Tribunal entendeu que a falta de boa-fé da Argentina violou a doutrina do tratamento justo e equitativo: se o governo assina um contrato no qual uma das provisões críticas é a conclusão de acordos com as suas províncias, não pode este governo argumentar, *a posteriori*, que a estrutura do Estado impede a execução do contrato.<sup>70</sup>

## 4. CONCLUSÃO

O objetivo deste artigo foi abordar o padrão de tratamento justo e equitativo do investimento estrangeiro e a sua relação com o princípio da boa-fé. Primeiro houve um breve exame dos níveis padrão de tratamento e a relação deles com as fontes do direito internacional. Em seguida, buscou-se entender o padrão de tratamento justo e equitativo e os principais problemas que envolvem a sua aplicação. A partir do exame do papel da boa-fé no direito internacional, pôde-se estabelecer a ligação entre este princípio e o *standard* do tratamento justo e equitativo.

Conforme referido, a importância do investimento estrangeiro e a necessidade de sua regulação para garantir um grau mínimo de segurança jurídica redundou na proliferação de acordos de investimentos que preveem a adoção de um padrão de tratamento justo e equitativo.

Tal padrão de tratamento protege os investidores contra certas condutas arbitrárias, discriminatórias ou abusivas dos Estados hospedeiros, e, por tal razão,

tornou-se um elemento importante da regulação do investimento estrangeiro. Dada a grande variedade de acordos sobre investimentos que adota especificamente a cláusula do tratamento justo e equitativo, pode-se afirmar que a utilização de tal padrão não oferece qualquer resistência no direito internacional. Todavia, é um quase consenso que a formulação vaga e ampla da obrigação de tratamento justo e equitativo carrega um risco de excesso na sua aplicação. Nesse sentido, a controvérsia acerca do verdadeiro significado de tal regra de conduta, além de ampla, expõe a polaridade entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento.

Destarte, mais do que definir se o padrão de tratamento justo e equitativo se identifica com um padrão mínimo de tratamento do direito internacional, ou se sua existência é autônoma, o grande desafio é quais condutas que violam e quais não violam tal padrão. Não há como negar a importância da doutrina para a análise da matéria, entretanto é nos tribunais que os limites do *fair and equitable treatment* são estabelecidos.

Com relação à boa-fé, Maniruzzaman afirma que, em um alto nível de abstração, pode até haver certo entendimento de que este é um princípio moral reflexo de valores tais como honestidade, boa consciência, justiça, equidade, razoabilidade. Todavia, seu emprego causa uma grande divergência de opiniões, principalmente em razão de certa incerteza sobre a natureza do conceito, que gera uma imprevisibilidade no resultado de sua aplicação.<sup>71</sup>

A dificuldade de estipular uma definição clara do conteúdo da boa-fé é um problema do direito internacional como um todo e atinge particularmente disputas envolvendo investimentos. Colocando a questão da aplicação em um contexto particular da relação entre as partes de um contrato, Maniruzzaman afirma a este respeito que a boa-fé é um conceito estrutural baseado na cooperação como base filosófica.<sup>72</sup>

Tais apontamentos evidenciam uma grande similaridade entre o *standard* do *fair and equitable treatment* e o princípio da boa-fé: ambos ensejam uma dificuldade muito grande na definição de seu conteúdo; ambos po-

<sup>69</sup> VANDEVELDE, Kenneth J. A unified theory of fair and equitable treatment. *Journal of International Law and Politics*. [New York], v. 43, n. 1, p. 99, 2010.

<sup>70</sup> VANDEVELDE, Kenneth J. A unified theory of fair and equitable treatment. *Journal of International Law and Politics*. [New York], v. 43, n. 1, p. 99-100, 2010.

<sup>71</sup> VANDEVELDE, Kenneth J. A unified theory of fair and equitable treatment. *Journal of International Law and Politics*. [New York], v. 43, n. 1, p. 16, 2010.

<sup>72</sup> MANIRUZZAMAN, A. F. M. The concept of good faith in international investment disputes: the arbitrator's dilemma. *Amicus Curiae: Journal of the Society for Advanced Legal Studies*, London, issue 89, p. 16, spring 2012..

dem se confundir com variadas fontes do direito internacional (tratados, costumes, princípios gerais de direito); ambos demandam a utilização de critérios objetivos para identificar condutas violadoras de seus preceitos.

A par de tais semelhanças, é possível afirmar que, explícito em alguns casos e implícito em outros, a violação do padrão de tratamento justo e equitativo se confunde com a violação do princípio da boa-fé. Se a boa-fé não combina com condutas arbitrárias, oportunistas, desonestas e que desrespeitem expectativas legitimamente formuladas, então sua observância certamente é caminho para a justiça e para a equidade.

Portanto, fica demonstrado que a boa-fé é elemento constitutivo do padrão de tratamento justo e equitativo aplicado ao investimento estrangeiro, seja como um dever de conduta a ser observado pelo Estado hospedeiro, seja como um princípio geral do direito internacional que auxilia na interpretação da cláusula FET. Conforme afirma Mann, a exigência de um tratamento justo e equitativo nada mais é que a confirmação da obrigação de agir de acordo com a boa-fé, ou evitar o abuso e a arbitrariedade.<sup>73</sup>

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Investimento estrangeiro direto*. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.bc.gov.br/?INVED>>. Acesso em: 28 jan. 2013.

BRONFMAN, Marcela Klein. Fair and equitable treatment: an evolving standard. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Heidelberg, v. 10, p. 609-680, 2006.

CHENG, Tai-Heng, et al. Is the fair and equitable treatment standard fair and equitable? In: INTERNATIONAL LAW WEEKEND, 2006, New York. *Anais eletrônicos...* New York: Association of the Bar of the City of New York, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1259941>>. Acesso em: 25 out. 2012.

<sup>73</sup> ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Fair and equitable treatment standard in international investment law. *Working Papers on International Investment*, [Paris], n. 3, p. 24, sep. 2004.

D'AMATO, Anthony. Good faith. In: BERNHARDT, Rudolf; In: MACALISTER-SMITH, Peter (Ed.). *Encyclopedia of Public International Law*. Amsterdam: North Holland, 1992. v. 2. p. 599-601.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Tradução de Vítor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003.

DUMBERRY, Patrick. The quest to define "fair and equitable treatment" for investors under international law: the case of the NAFTA chapter 11 Pope & Talbot awards. *Journal of World Investment*, Geneva, v. 3, n. 4, p. 657-691, aug. 2002.

FLÜCKIGER, Alexandre. Why do we obey soft law? In: NAHRATH, Stéphane; VARONE, Frédéric (Ed.). *Rediscovering public law and public administration in comparative policy analysis: a tribute to Peter Knoepfel*. [Lausanne]: Haupt Verlag, 2009. p. 45-62.

GAMA JÚNIOR, Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft Law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GARNER, Bryan A. *Black's law dictionary*. 8. ed. St. Paul, MN: West Thomson, 2004.

HENCKELS, Caroline. Proportionality and the standard of review in fair and equitable treatment claims: balancing stability and consistency with the public interest. In: BIENNIAL GLOBAL CONFERENCE, 3., 2012, Singapore, *Anais eletrônicos...* London: Society of Economic Law, 2012. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2091474](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2091474)>. Acesso em: 25 out. 2012.

HILLGENBERG, Hartmut. A fresh look at soft law. *European Journal of International Law*, [Florence], v. 10, n. 3, p. 499-515, 1999.

INFANTE, Fábio Giorgi. *Aplicação da boa-fé na arbitragem internacional*. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

KINGSBURY, Benedict; SCHILL, Stephan W. Investor-State arbitration as governance: fair and equitable treatment, proportionality and the emerging global administrative law. *NYU School of Law Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, n. 09-46, sep. 2009.

LAFER, Celso. O GATT, a cláusula de nação mais favorecida e a América Latina. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 10, n. 3, p. 41-56, 1971.

- LERNER, Diego Fraga. *Os regimes jurídicos de proteção ao investimento estrangeiro direto: o papel desempenhado pelos países emergentes*. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.
- MANIRUZZAMAN, A. F. M. The concept of good faith in international investment disputes: the arbitrator's dilemma. *Amicus Curiae: Journal of the Society for Advanced Legal Studies*, London, n. 89, spring, 2012.
- MARTINS-COSTA, Judith H. *A boa fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MAYEDA, Graham. Playing fair: the meaning of fair and equitable treatment in bilateral investments treaties. *Journal of World Trade*, v. 41, n. 2, p. 273-291, 2007.
- NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft Law*. São Paulo: Atlas, 2005.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Fair and equitable treatment standard in international investment law. *Working Papers on International Investment*, [Paris], n. 3, sep. 2004.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Most-favoured-nation treatment in international investment law. *Working Papers on International Investment*, [Paris], n. 2, sep. 2004.
- PANIZZON, Marion. Good faith, fairness and due process in WTO dispute settlement practice: overvoing the positivism of international trade law. *Essays on the Future of the World Trade Organization*. Lausanne: Éditions Interuniversitaires Suisses, v. 2, jan. 2008.
- PANIZZON, Marion. Fairness, promptness, and effectiveness: how the openness of good faith limits the flexibility of the DSU. *Nordic Journal of International Law*, [Leiden], v. 77, n. 3, 2008.
- PRATA, Ana. *Dicionário jurídico*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2008. v. 1.
- SACHS, Jeffrey D.; LARRAIN, Felipe B. *Macroeconomia*. Tradução de Sara R. Gedanke. São Paulo: Makron Books, 1998.
- SCHLEE, Paula C. Padrões de tratamento do estrangeiro e sua propriedade em matéria de investimento: análise da jurisprudência do ICSID. In: KLOR, Adriana Dreyzin; ARROYO, Diego P. Fernández; PIMENTEL, Luiz Otávio (Dir.). *Investimento estrangeiro*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 82-105.
- SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico conciso*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The international law on foreign investment*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. New York: United Nations, 2012.
- VANDEVELDE, Kenneth J. A unified theory of fair and equitable treatment. *Journal of International Law and Politics*. [New York], v. 43, n. 1, p. 43-106, 2010.
- VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- VOIGT, Christina. The role of general principles in international law and their relationship to treaty law. *Retfærd: Nordic Journal of Law and Justice*, [S.l.], v. 31, n. 121, p. 3-25, 2008.
- YOST, Chris. A case review and analysis of the legitimate expectations principle as it applies within the fair and equitable treatment standard. *Australian National University College of Law Research Paper*, [Canberra], n. 09-01, [2009].

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico  
[www.rdi.uniceub.br](http://www.rdi.uniceub.br) ou [www.brazilianjournal.org](http://www.brazilianjournal.org).  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.