

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

BRUNA BRAGA LUZ OLIVEIRA

**EXPROPRIAÇÃO DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NA ARBITRAGEM
INTERNACIONAL: DIREITOS CONTRATUAIS COMO SUJEITOS À
EXPROPRIAÇÃO**

**PORTO ALEGRE
2019**

BRUNA BRAGA LUZ OLIVEIRA

**EXPROPRIAÇÃO DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NA ARBITRAGEM
INTERNACIONAL: DIREITOS CONTRATUAIS COMO SUJEITOS À
EXPROPRIAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Luis Renato Ferreira da Silva

PORTO ALEGRE
2019

BRUNA BRAGA LUZ OLIVEIRA

**EXPROPRIAÇÃO DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NA ARBITRAGEM
INTERNACIONAL: DIREITOS CONTRATUAIS COMO SUJEITOS À
EXPROPRIAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação da
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul como
requisito parcial para a obtenção do título
de Bacharela em Ciências Jurídicas e
Sociais.

Aprovado em: _____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Luis Renato Ferreira da Silva (Orientador)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Tula Wasendonck
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Fabiano Menke
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Rogério e Liliane, e ao meu irmão, José Henrique, pela educação, confiança e pelas reflexões que compartilhamos. Consigo olhar para além da graduação apesar da ansiedade da juventude, porque vocês me ensinam a não ter medo dos desafios da vida.

In memoriam, Vó Eva e Vô Guaraci. Carrego minha gratidão na mesma magnitude do amor incondicional que recebi.

Aos meus avós, Vó Iolanda e Vô Júlio e à minha grande família, obrigada por compartilhar das alegrias e tristezas deste período com tanto amor, e obrigada pela compreensão diante da minha ausência.

Às minhas cidadãs do mundo, Carolina, Constança, Letícia e Patrícia, obrigada pelos últimos 5 anos, pelo apoio e pela inspiração constante.

Às minhas amigas de infância, Maria Cristina, Melanie, Georgia, Estefany e Erika, obrigada pela caminhada conjunta durante esses anos.

Aos meus colegas e orientadores de FDI Arbitration Moot, obrigada pela amizade, pelos ensinamentos compartilhados e pela dedicação incomparável.

À UFRGS, obrigada pelos encontros proporcionados e pela educação gratuita e livre de preconceitos.

RESUMO

O presente trabalho trata sobre a proteção de investimento estrangeiro pelo direito internacional. Por meio de tratados bilaterais e multilaterais de investimento diversos Estados buscam promover garantias aos estrangeiros interessados em estabelecer operações em seu território. Esses tratados estabelecem deveres de tratamento e garantias aos particulares nacionais dos demais Estados signatários. No caso de violação dessas obrigações, a maioria dos tratados internacionais de investimentos estabelecem cláusulas compromissórias de arbitragem, para que os investidores possam trazer suas demandas a um tribunal arbitral. Por isso, a análise dos conceitos comuns a quase todos esses tratados se desenvolveu na prática arbitral. Unindo a doutrina de princípios de direito internacional de investimento com as conclusões dos especializados tribunais, pode-se estabelecer os principais critérios de tratamento exigidos dos Estados anfitriões, sendo eles, critérios de expropriação, tratamento justo e equitativo, ampla proteção e segurança, tratamento equivalente ao nacional, tratamento de Nação mais favorecida e proteção contra tratamento arbitrário e discriminatório. Após a descrição desses standards, a segunda parte do trabalho analisa as diferentes aplicações do conceito de expropriação de investimentos. O ato expropriatório clássico passa pela tomada da propriedade pelo Estado, mas essa espécie de interferência estatal desdobrou-se a ponto de a perda de performance contratual também ser regulada pelos critérios de expropriação. Por fim, analisou-se como os critérios de expropriação são aplicados pelos tribunais diante da legitimidade dos Estados para exercer atos soberanos em razão de interesse público.

Palavras-chave: Investimento estrangeiro direto. Arbitragem. Expropriação. Tratados bilaterais de investimento.

ABSTRACT

This paper deals with the protection of foreign investment under international law. Through bilateral and multilateral investment treaties, several states provide guarantees to foreigners interested in establishing operations in their territory. These treaties establish duties of treatment and guarantees to nationals of other signatory states. In the event of breach of these obligations, most international investment treaties establish arbitration clauses so that investors can bring their claims to an arbitral tribunal. Therefore, the analysis of the concepts common to almost all these treaties was developed in arbitral practice. By uniting the doctrine of principles of international investment law with the findings of the specialized tribunals, one can establish the main treatment criteria required of the host states, namely, criteria of expropriation, fair and equitable treatment, full protection and security, national treatment, most favored nation treatment and protection against arbitrary and discriminatory treatment. After the description of these standards, the second part of the paper analyzes the different applications of the concept of expropriation of investments. The classic expropriatory act involves the taking of property by the state, but this kind of state interference unfolded to the point that the loss of contractual performance was also regulated by the criteria of expropriation. Finally, this paper analyzes how the expropriation criteria are applied by the tribunals in view of the legitimacy of states to exercise sovereign acts for a public purpose.

Key words: Foreign direct investment. Arbitration. Expropriation. Bilateral investment treaties.

LISTA DE ABREVIATURAS

ASEAN	Associação das Nações do Sudeste Asiático
BIT	Bilateral Investment Treaty
FDI	Foreign direct investment
FET	Fair and Equitable Treatment
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
ICJ	International Court of Justice
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
MFN	Most-favoured-nation
OECD	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
WTO	World Trade Organization

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 REGIMES DE INCENTIVO AO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO	10
2.1 TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO	11
2.1.1 Fair and Equitable Treatment	12
2.1.2 Full Protection and Security	15
2.1.3 Proteção contra Tratamento Arbitrário e Discriminatório	18
2.1.4 Tratamento Nacional	21
2.1.5 Most-favoured-nation Clause	23
2.2 TRATADOS MULTILATERAIS	25
2.2.1 Energy Charter Treaty	26
2.2.2 Tratado Norte-Americano de Livre Comércio	27
2.2.3 ICSID	29
2.3 CONTRATOS ENTRE ESTADO E INVESTIDOR	31
3 EXPROPRIAÇÃO DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO	36
3.1 EXPROPRIAÇÃO DIRETA E INDIRETA	38
3.2 EXPROPRIAÇÃO DE DIREITOS CONTRATUAIS	40
3.3 DEVER DE COMPENSAÇÃO	46
3.4 CRITÉRIOS DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO	49
3.4.1 Proporcionalidade	49
3.4.2 Police Powers Doctrine	52
4 CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca apresentar os critérios de tratamento exigido de Estados receptores de investimentos estrangeiros. A preocupação com a proteção dos bens e ativos de estrangeiros não é recente, mas tomou forma de política pública pelos países na busca de reconstrução após a Segunda Guerra Mundial. Então, diversos Estados decidiram assumir compromissos de proteção dos nacionais uns dos outros que decidissem ao investirem em seus territórios.

Para conferir garantias de tratamento justo e proteção da propriedade privada aos particulares nacionais de outros países foram desenvolvidos Tratados Bilaterais de Investimento (BITs), assim como tratados de livre comércio. Esses instrumentos de direito internacional público contém, em sua maioria, artigos de resolução de conflitos entre Estado e Investidor com cláusulas compromissórias, dando origem aos primeiros casos de arbitragem de investimento.

Como uma quebra da tradicional barreira entre direito internacional público e direito internacional privado, a arbitragem de investimento surgiu para a resolução de controvérsias sobre a violação dos tratados de investimento. Da mesma forma que a arbitragem comercial pode apresentar às partes um procedimento mais eficiente, imparcial e confidencial, esses benefícios podem ser acessados por meio de uma cláusula arbitral oferecida pelo Estado anfitrião ao investidor afetado por ações ou omissões deste mesmo Estado.

A diferença elementar entre a arbitragem comercial e a arbitragem de investimento reside na relação jurídica com o poder público. Os valores pagos pelo Estado são provenientes das contribuições de seus cidadãos. Portanto, exige-se maior transparência e publicidade do procedimento.

No contexto da proteção de investimentos, os direitos e garantias são demandados perante tribunais arbitrais com base nos tratados internacionais de investimento. Em muitos casos, os tratados consolidam critérios de tratamento originários do direito internacional público como o devido processo legal, a não discriminação, o tratamento justo e equitativo e a proteção da propriedade privada.

A primeira parte desta monografia apresenta as principais garantias inseridas nos tratados de investimento. Já a segunda parte aborda a possibilidade de expropriação¹.

Pode-se dizer que a expropriação configura um ato exemplar de soberania estatal e, por isso, é destacada desde as primeiras demandas de investimento nos anos de 1980. Entretanto, o conceito de expropriação no direito internacional não permanece o mesmo. Em seus primórdios, a expropriação consistia na transferência da propriedade para o Estado em razão de interesse público e mediante indenização. Contudo, os tratados são mais abrangentes e protegem o investimento de atos do Estado anfitrião que tenham efeitos similares à expropriação, independentemente da transferência de propriedade.

A redação ampla dos tratados permitiu o surgimento de demandas em face da expropriação de investimentos que não eram vinculados a nenhum título de propriedade. Assim, o presente trabalho propõe-se a analisar quais são as principais violações julgadas pelos tribunais arbitrais e o desdobramento das hipóteses de expropriação: da tomada da propriedade ao prejuízo advindo da perda da performance contratual.

¹ Apesar da discussão doutrinária acerca da diferença conceitual de expropriação e desapropriação no Direito Brasileiro, para fins do presente trabalho os termos “expropriação” e “desapropriação” são considerados sinônimos (MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008).

2 REGIMES DE INCENTIVO AO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

Diferentes regimes de incentivo ao investimento estrangeiro já existiam antes da formação dos Estados-nação que hoje compõem o sistema político internacional². Contudo, os instrumentos criados no período pós Segunda Guerra Mundial foram a base para os regimes atuais de promoção de investimento, considerando o período de globalização iminente e, conseqüentemente, aumento do fluxo de capital e investimento internacionais³.

Segundo Salacuse, os esforços para reconstrução do continente europeu e o aquecimento da economia mundial deram origem a novas instituições baseadas em tratados de direito internacional como Fundo Monetário Internacional e o GATT, responsável pelo que se tornaria a Organização Mundial do Comércio. Além destes, a Convenção de Havana de 1948 foi uma iniciativa multilateral de incentivo ao comércio e investimento internacional que incluiu, ainda que de forma vaga, muitos dos critérios de tratamento a investimento estrangeiro constantes nos tratados atuais⁴. A Convenção, por exemplo, não estabelecia critérios objetivos contra discriminação e expropriação. Apesar dos esforços para a criação deste novo regime multilateral, o Tratado não foi ratificado pelos signatários por variados motivos, dentre eles especificidades de comércio exterior e resistência da classe investidora dos países ocidentais.

A necessidade de acordos entre Estados para facilitar o crescimento econômico, contudo, continuou a ser objeto de políticas públicas por parte dos países exportadores de capital. Assim, nos 50 anos seguintes, as fontes de direito internacional voltadas à proteção de investimento estrangeiro passaram de mera intenção para realidade⁵, mais especificamente por meio de tratados bilaterais de

² SALACUSE, Jeswald W. **The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 332-333.

³ SALACUSE, Jeswald W. **The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 338.

⁴ SALACUSE, Jeswald W. **The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 338-339.

⁵ SALACUSE, Jeswald W. **The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 339.

investimento, tratados multilaterais e contratos entre investidores estrangeiros e Estados-anfitriões⁶.

2.1 TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO

Tratados Bilaterais de Investimento (BITs) são a fonte mais importante de proteção a investimento estrangeiro no contexto internacional, sendo que países como Alemanha, Estados Unidos da América e China possuem mais de 500 BITs em vigor. O funcionamento destes tratados como incentivo a investimento se divide em duas frentes: (i) reciprocidade entre os países signatários e (ii) a relação com o investidor.

O primeiro BIT assinado e em vigor foi estabelecido entre a Alemanha e o Paquistão em 1959⁷ como iniciativa germânica pós-guerra para atrair investimento estrangeiro.

A reciprocidade entre os dois países signatários acompanha a forma de outros acordos internacionais entre Estados soberanos, ou seja, estabelecem entre si o compromisso desenvolvimento de relações comerciais e proteção dos nacionais de um país signatário no território do outro e vice e versa. Os investidores nacionais desses Estados não são sujeitos de direito internacional, portanto, não são parte dos BITs, mas a eles são conferidos direitos e tratamentos pelos signatários.

Os Estados assumem o compromisso de fornecimento de *standards* comuns de proteção aos investidores nacionais do outro Estado signatário, sendo eles geralmente, (a) proibição de expropriação sem interesse público e compensação⁸; (b) tratamento justo e equitativo; (c) proteção e segurança total; (d) garantia contra tratamento arbitrário e discriminatório; (e) tratamento igualitário ao nacional e não

⁶ O termo “Estado-anfitrião” é comumente usado na doutrina de Arbitragem de Investimento para se referir ao Estado que recebe investimento estrangeiro em seu território e está sujeito aos padrões estabelecidos pelo Direito Internacional e pelos Tratados Bilaterais de Investimento por ele ratificado.

⁷ UNITED NATIONS. **Treaty for the Promotion and Protection of Investments (with Protocol and exchange of notes)**. Germany and Pakistan. 25 nov. 1959. Disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280132bef>. Acesso em: 02 dez. 2019.

⁸ Item tratado no Capítulo 3.

menos do que garantido pelo Direito Internacional; e (f) tratamento da nação mais favorecida⁹.

2.1.1 Fair and Equitable Treatment

A cláusula de *fair and equitable treatment* (“FET”)¹⁰ tem sua origem em tratados de cooperação econômica conferindo o direito ao tratamento justo e equitativo aos nacionais, indivíduos ou companhias¹¹.

Apesar de seu conteúdo vago, FET passou a ser comum em diversos tratados e projetos de cooperação internacional durante o século XX, como *Havana Charter for an International Trade Organization* de 1948¹², *Organisation for Economic Co-operation and Development Draft Convention on the Protection of Foreign Property* de 1967¹³; e também em documentos mais recentes, como as Diretrizes de Tratamento a Investimento Estrangeiro Direto do Fundo Monetário Internacional

⁹ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 11-12; SALACUSE, Jeswald W. **The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 384.

¹⁰ “Modelo de Tratado Bilateral de Investimento dos Estados Unidos da América de 2012. Artigo 5: Padrão Mínimo de Tratamento. 1. Cada Parte concederá tratamento de investimentos cobertos de acordo com o direito internacional costumeiro, incluindo tratamento justo e equitativo e ampla proteção e segurança. 2. Para maior segurança, o parágrafo 1 prescreve o padrão mínimo de tratamento do estrangeiro para o direito internacional costumeiro como o padrão mínimo de tratamento a ser concedido aos investimentos cobertos. Os conceitos de “tratamento justo e equitativo” e “ampla proteção e segurança” não requerem tratamento além do que é exigido por essa norma e não criam direitos substantivos adicionais. A obrigação do parágrafo 1 de fornecer (a) “tratamento justo e equitativo” inclui a obrigação de não negar justiça em matéria criminal, civil, ou processos judiciais administrativos de acordo com o princípio do devido processo corporificado nos principais sistemas jurídicos do mundo; e (b) “ampla proteção e segurança” exige que cada Parte forneça o nível de proteção policial exigido pelo direito internacional costumeiro.” (USA. **2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty**. 2012. Disponível em: <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019. Tradução livre).

¹¹ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 130-131.

¹² “2. The Organization may, in such collaboration with other inter-governmental organizations as may be appropriate: (a) make recommendations for and promote bilateral or multilateral agreements on measures designed. (i) to assure just and equitable treatment for the enterprise, skills, capital, arts and technology brought from one Member country to another;” (WORLD TRADE ORGANIZATION. **Havana Charter for An International Trade Organization**. 1948. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf. Acesso em: 02 dez. 2019).

¹³ Organization For Economic Co-Operation And Development. **Draft Convention on the Protection of Foreign Property**. 1962. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

(“FMI”), Banco Mundial de 1992¹⁴ e em dois tratados multilaterais expressivos: *North America Free Trade Agreement (1992)*¹⁵ e *Energy Charter Treaty (1994)*¹⁶. Por fim, o critério de FET tornou-se uma cláusula padrão em BITs¹⁷.

A falta de especificidade das cláusulas permite uma aplicação casuística pelos tribunais arbitrais, e tornou este critério o mais bem-sucedido em demandas trazidas por investidores na prática arbitral¹⁸. Isso porque outra garantia comum para iniciativa de procedimentos arbitrais contra Estados é o de expropriação do investimento, que será tratado no próximo capítulo e que estabelece critérios mais rígidos de responsabilização do Estado-anfitrião. Assim, o tratamento justo e equitativo normalmente acompanha a demanda de expropriação e tem uma taxa de sucesso mais elevada por ter critérios mais subjetivos, sendo eles, transparência e criação de legítimas expectativas pelo Estado-anfitrião ao Investidor, dever de boa-fé e devido processo legal.

Como exemplo de aplicação do Tratamento Justo e Equitativo em disputas, tem-se o caso *Tecmed v. Mexico*, no qual o investidor, Companhia Técnicas

¹⁴ “Section III, 2: Each State will extend to investments established in its territory by nationals of other State fair and equitable treatment according to standards recommended in these Guidelines” (WORLD BANK. **Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment adopted by the Development Committee of the Board of Governors of the International Monetary Fund and the World Bank**. 1992. Disponível em: <https://www.italaw.com/documents/WorldBank.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019).

¹⁵ “Article 1105: Minimum Standard of Treatment 1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security” (NORTH AMERICAN Free Trade Agreement – NAFTA. 1 jan. 1994. Disponível em: https://datd.cepal.org/Normativas/TLCAN/Ingles/North_American_Free_Trade_Agreement-NAFTA.pdf. Acesso em: 02 dez. 2019).

¹⁶ “Article 10 Promotion, Protection And Treatment Of Investments. (1) Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area. Such conditions shall always include a commitment to accord to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment. Such Investments shall also enjoy the most constant protection and security and no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal. In no case shall such Investments be accorded treatment less favourable than that required by international law, including treaty obligations. Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party. (THE INTERNATIONAL ENERGY CHARTER. Consolidated Energy Charter Treaty. 17 dez. 1994. Disponível em <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019).

¹⁷ SALACUSE, Jeswald W. **The Three Laws of International Investment**: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 384.

¹⁸ *Gruslin v. Malaysia*, Final Award, ICSID Case No ARB/99/3 (November 27, 2000) (Belgo–Luxembourg–Malaysia BIT), parágrafo 25.5, apud SALACUSE, Jeswald W. **The Three Laws of International Investment**: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 384.

Medioambientales Tecmed, S.A., iniciou o procedimento por meio do Tratado Bilateral de Investimento entre México e Espanha¹⁹ alegando ter seu investimento expropriado e a violação do FET.

A empresa ganhou oferta pública para aquisição de um aterro sanitário na cidade mexicana de Hermosillo em 1996, mas encontrou resistência por parte da população local, principalmente pela proximidade do aterro do centro da cidade. A demanda surgiu porque o Instituto Nacional de Ecologia do México negou a renovação da licença de operação do investimento enquanto o investidor pleiteava a mudança do local de aterro sanitário com o Governo Federal mexicano²⁰. O tribunal, neste caso, entendeu que o governo mexicano frustrou as expectativas legítimas do investidor ao não renovar a licença de operação e falhar ao indicar ao investidor quais imperfeições em sua operação poderiam ser corrigidas ou se haveria sequer a possibilidade de negar tal licença. Faltara, portanto, transparência por parte do Estado.

Esta sentença arbitral de 2003 é considerada um marco na interpretação de cláusulas de FET por introduzir o critério de expectativas legítimas no escopo do *standard* de tratamento e foi replicada em diversas decisões posteriores. Contudo, esta mesma decisão é criticada por elevar a exigência de tratamento do Estado-anfitrião a parâmetros inalcançáveis, considerando que a frustração de expectativas legítimas só ocorreria quando o Estado descumpra garantias *específicas* ao investidor.

As garantias do governo são "compromissos assumidos em relação aos investidores ou relacionados a investimentos"²¹, que podem ser encontrados "na forma de contratos, licenças e outros"²². Assim, eles desempenham um papel

¹⁹ AGREEMENT on the Promotion and Reciprocal Protection of Investment Between the Kingdom of Spain and the United Mexican States. 23 de junho de 1995. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5618/download>. Acesso em: 01 nov. 2019. Entrou em vigor em 18 de dezembro de 1996 e encerrado em 3 de abril de 2008.

²⁰ CHARLOTIN, Damien. Looking Back: Tecmed v. Mexico breaks ground in adopting expansive reading of the Fair and Equitable Treatment and upholding protection of investors' "legitimate expectations". **Investment Arbitration Reporter**. 12 fev. 2017.

²¹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **EDF International S.A. and others v. Argentine Republic**. *para.* 208. ICSID Case ARB/03/23, Award (11 jun. 2012). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1069.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

²² SCHREUER, Christoph; KRIEBAUM, Ursula. At What Time Must Legitimate Expectations Exist?. *In A Liber Amicorum: Thomas Wälde – Law Beyond Conventional Thought*, Londres: CMP Publishing, 2009, p. 274.

significativo no planejamento de investimentos²³ e vinculam o Estado, possibilitando compensação com base em mudanças regulatórias inesperadas²⁴. Segundo o tribunal em *AES v. Hungria*²⁵, o cumprimento de tais compromissos é necessário para garantir os objetivos de estabilidade e previsibilidade nos Tratados Bilaterais de Investimento²⁶.

Apesar dos diferentes graus de proteção baseados em FET conferidos pelos tribunais arbitrais de investimento, o conceito de expectativa legítima tornou-se a principal expressão da cláusula, até porque os demais pontos de análise de tratamento do Estado se repetem em outras cláusulas que serão discutidas adiante, como é o caso de devido processo legal e proteção contra atos arbitrários e discriminatórios²⁷.

2.1.2 Full Protection and Security

De forma semelhante à transformação do conceito de tratamento justo e equitativo, o uso do termo ampla proteção e segurança, ou *full protection and security* (“FPS”), também teve seu início em tratados estadunidenses de Amizade, Comércio e Navegação e foi maturado na inclusão deste padrão em tratados de investimento no final do século XX e início do século XXI²⁸. O teor da cláusula frequentemente acompanha o standard de FET:

²³ KLÄGER, Roland. **Fair and Equitable Treatment in International Investment Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 165.

²⁴ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Electrabel S.A. v. Republic of Hungary**. ICSID Case ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability (30 nov. 2012), para. 7.76. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1071clean.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic**. para. 124. ICSID Case ARB/01/8, Award (12 mai. 2005), para. 124. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2019.

²⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **AES Summit Generation v. Hungary**. ICSID Case ARB/07/22, Award (23 set. 2010), para. 9.3.34. Disponível em: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0014_0.pdf. Acesso em: 02 dez. 2019. A disputa trata de demandas decorrentes da reintrodução de preços administrativos nos termos de dois Decretos de Preços (após a abolição dos preços administrativos em 1 de janeiro de 2004) pelo do Governo Húngaro em 2006 e 2007 e a alegada perda de receita do investidor.

²⁶ JOHNSON, Lise; VOLKOV, Oleksandr. *Investor-State Contracts, host-State “commitments” and the myth of stability in international law*. **The American Review of International Investment Arbitration**, Columbia Law School, v. 24, n. 3, p. 361-415, 2013, p. 372.

²⁷ BILLIET, Johan. **International Investment Arbitration**. A Practical Handbook. Portland: Maklu Publishers, 2016, p. 16.

²⁸ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 161.

Article 5: Minimum Standard of Treatment⁹

1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary

international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights. The obligation in paragraph 1 to provide:

(a) “fair and equitable treatment” includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world; and

(b) “full protection and security” requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law.²⁹

A cláusula de FPS foi inicialmente aplicada em casos de danos aos interesses estrangeiros por revolta civil; depois, em casos com envolvimento governamental e militar; e mais recentemente, foi aplicada na avaliação de atos de Estado que afetam a estabilidade regulatória do mercado dos investidores.

Apesar do termo amplo relacionado à segurança do investimento, a aplicação da cláusula não cobra do Estado-anfitrião a responsabilidade total sobre qualquer violação física ou legal do investimento. O caminho geralmente escolhido pelos tribunais arbitrais de investimento passa pela interpretação deste mesmo critério de FPS em casos da Corte Internacional de Justiça, que exige, por parte do

²⁹ Modelo de Tratado Bilateral de Investimento dos Estados Unidos da América de 2012. “Artigo 5: Padrão Mínimo de Tratamento. 1. Cada Parte concederá tratamento de investimentos cobertos de acordo com o direito internacional costumeiro, incluindo tratamento justo e equitativo e ampla proteção e segurança. 2. Para maior segurança, o parágrafo 1 prescreve o padrão mínimo de tratamento do estrangeiro para o direito internacional costumeiro como o padrão mínimo de tratamento a ser concedido aos investimentos cobertos. Os conceitos de “tratamento justo e equitativo” e “ampla proteção e segurança” não requerem tratamento além do que é exigido por essa norma e não criam direitos substantivos adicionais. A obrigação do parágrafo 1 de fornecer (a) “tratamento justo e equitativo” inclui a obrigação de não negar justiça em matéria criminal, civil, ou processos judiciais administrativos de acordo com o princípio do devido processo corporificado nos principais sistemas jurídicos do mundo; e (b) “ampla proteção e segurança” exige que cada Parte forneça o nível de proteção policial exigido pelo direito internacional costumeiro.” (USA. 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty. 2012. Disponível em: <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019. Tradução livre).

Estado, a conferência da devida diligência com relação ao investidor³⁰. Peter Muchlinski demonstra a aplicação do FPS de acordo com a ICJ:

The scope of the host country's responsibility for such losses has been the subject of a number of ICSID arbitrations. The first was *Asian Agricultural Products Ltd v Republic of Sri Lanka*, where the terms of the UK–Sri Lanka BIT of 13 February 1980, relating to the destruction of the claimant's property, were considered. The tribunal rejected the claimant's argument that the treaty established a 'strict liability' standard for such damage, preferring an approach based on customary international law, whereby the liability of the host state should be determined by reference to a 'due diligence' standard. However, the tribunal established that the respondent state was liable to pay some compensation on the basis of Article 4(1) of the treaty, which applied the national treatment and MFN³¹ standards to compensation for losses owing to war or other armed conflict, in that the respondent was obliged under general international law to compensate for such loss where a failure to meet the due diligence standard was involved³²

Houve casos, contudo, em que o standard de FPS manteve-se próximo ao de tratamento justo e equitativo, reconhecendo violação do FET pela falta de ampla proteção e segurança do investimento. O mesmo foi entendido pelo tribunal em *Azurix v. Argentina*, cujo investidor estadunidense era parte em uma concessão de distribuição de água e tratamento de esgoto na província de Buenos Aires. Após mudanças regulatórias da Argentina que impossibilitaram o cumprimento das tarifas estabelecidas no contrato de concessão, o investidor iniciou o procedimento alegando expropriação do investimento e a violação do FET e teve sua demanda deferida pelo tribunal arbitral, o qual considerou que a falha na ampla proteção e

³⁰ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ELSI Case (U.S. v. Italy)**, ICJ Reports (1989) 15, para. 108. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/76/076-19890720-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

³¹ "MFN" trata-se da sigla normalmente usada para tratar do standard de *most-favoured nation*, a ser tratado no ponto 2.1.5 deste Trabalho.

³² "O escopo da responsabilidade do país anfitrião por tais perdas foi objeto de várias arbitragens do ICSID. O primeiro foi a *Asian Agricultural Products Ltd* contra República do Sri Lanka, onde foram considerados os termos do BIT Reino Unido-Sri Lanka, de 13 de fevereiro de 1980, relativos à destruição das propriedades do requerente. O tribunal rejeitou o argumento do reclamante de que o tratado estabeleceu um padrão de "responsabilidade estrita" por tais danos, preferindo uma abordagem baseada no direito internacional consuetudinário, segundo o qual a responsabilidade do Estado anfitrião deve ser determinada por referência a um padrão de 'due diligence'. No entanto, o tribunal estabeleceu que o Estado demandado era responsável pelo pagamento de alguma indenização com base no artigo 4 (1) do tratado, que aplicava o tratamento nacional e as normas da MFN à indenização por perdas devidas a guerra ou outro conflito armado. de acordo com o direito internacional geral, o requerido era obrigado a compensar essa perda quando houvesse uma falha no cumprimento do padrão de due diligence" (MUCHLINSKI, Peter T. **Multinational Enterprises & the Law**. Oxford: Oxford International Law Library, 2007, p. 648. Tradução Livre).

segurança em seu significado ordinário vai além da mera proteção física do investimento, a não ser que o tratado limite este conceito à proteção policial³³.

2.1.3 Proteção contra Tratamento Arbitrário e Discriminatório

A arbitrariedade e a discriminação são frequentemente consideradas como um padrão conjunto³⁴. Medidas arbitrárias são aquelas baseadas em preconceito ou preferência e não na razão³⁵. A discriminação ocorre quando existe tratamento diferenciado para pessoas em circunstâncias semelhantes, sem uma distinção razoável³⁶.

A proteção contra arbitrariedade pode ser considerada um princípio geral do direito³⁷ e uma regra costumeira do direito internacional para tratamento de estrangeiros³⁸. Em geral, para que uma medida não seja arbitrária, ela deve ser

³³ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Azurix Corp v. Argentine Republic**. para. 406-408. ICSID Case ARB/01/12, Award (14-Jul-2006). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0061.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

³⁴ SALACUSE, Jeswald W. **The Three Laws of International Investment**: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 263. Modelo de Tratado Bilateral de Investimento dos Estados Unidos da América de 2012. Artigo 20: "8. Para maior segurança, nada neste Tratado deve ser interpretado para impedir a adoção ou execução por uma parte de medidas relacionadas a investidores da outra Parte, ou investimentos cobertos, em instituições financeiras necessárias para garantir o cumprimento de leis ou regulamentos que não sejam inconsistentes com este Tratado, incluindo aqueles relacionados à prevenção de práticas fraudulentas e fraudulentas ou que tratem dos efeitos de uma inadimplência nos contratos de serviços financeiros, sujeito à exigência de que tais medidas não sejam aplicadas de maneira a constituir um meio discriminação arbitrária ou injustificável entre países onde prevalecem condições semelhantes ou restrição disfarçada ao investimento em instituições financeiras." (USA. 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty. 2012. Disponível em: <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019. Tradução livre).

³⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador**. para. 162. ICSID Case No. ARB/06/11, Award (5 out. 2012). Disponível em : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1094.pdf>. Acesso em : 02 dez. 2019.

³⁶ KRIEBAUM, Ursula. **Arbitrary/Unreasonable or Discriminatory Measures**. International Investment Law, Nomos. Kriebaum, Ursula, Arbitrary/Unreasonable or Discriminatory Measures. **International Investment Law**, Nomos, Baden Baden, 2013, p. 13-15.

³⁷ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Merrill and Ring Forestry L.P. v. Canada**. para. 187. ICSID Case No. UNCT/07/1, Award (31 mar. 2010), Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0504.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

³⁸ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Glamis Gold v. United States**. UNCITRAL, Award (8 jun. 2009). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0378.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

respaldada pelo direito interno do Estado³⁹, e deve ser fundamentada na razão, ao contrário de mera preferência.⁴⁰

Já a discriminação de investimento estrangeiro ocorre quando as partes que operam atividades semelhantes recebem tratamento diferente sem justificativa razoável⁴¹. Não se trata dos efeitos da medida estatal, mas do comportamento do Estado em relação aos investidores sujeitos ao mesmo contexto normativo⁴². Assim, a discriminação se torna especialmente flagrante quando os investidores nacionais não estão sujeitos aos mesmos requisitos regulatórios⁴³.

Em caso emblemático, a República Tcheca criou uma distinção artificial entre investidores na disputa *Saluka v. Czech Republic*. O Estado não justificou sua recusa em fornecer assistência financeira ao banco IPB, do qual o requerente era acionista, apesar de sofrer a mesma crise de mau crédito que os outros três bancos que receberam ajuda econômica⁴⁴. A decisão de 2006 é considerada um marco na

³⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Azurix Corp v. Argentine Republic**. para. 467. ICSID Case ARB/01/12, Award (14-Jul-2006). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0061.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

⁴⁰ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Saluka v. Czech Republic**. para. 693-707. UNCITRAL, Partial Award (17-Mar-2006). Disponível em: <https://oxia.ouplaw.com/view/10.1093/law:iic/210-2006.case.1/law-iic-210-2006?rskey=WZHcjn&result=1&prd=IC>. Acesso em: 02 dez. 2019.

⁴¹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Saluka v. Czech Republic**. para. 255-258. UNCITRAL, Partial Award (17-Mar-2006). Disponível em: <https://oxia.ouplaw.com/view/10.1093/law:iic/210-2006.case.1/law-iic-210-2006?rskey=WZHcjn&result=1&prd=IC>. Acesso em: 02 dez. 2019. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Marion Unglaube and Reinhard Unglaube v. Republic of Costa Rica**. para. 262, 263. ICSID Case ARB/08/1, Award (16 mai. 2012). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1053.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Quiborax S.A. and Non-Metallic Minerals S.A. v. Plurinational State of Bolivia**. para. 247. ICSID Case ARB/06/2, Award (16 sep. 2015). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4389.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

⁴² INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Marion Unglaube and Reinhard Unglaube v. Republic of Costa Rica**. para. 263. ICSID Case ARB/08/1, Award (16 mai. 2012). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1053.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

⁴³ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary**. para. 442-443. ICSID Case ARB/03/16, Award (02 out. 2006). Disponível em: https://jsumundi.com/en/document/decision/en-adc-affiliate-limited-and-adc-admc-management-limited-v-republic-of-hungary-award-monday-2nd-october-2006#decision_650. Acesso em: 02 dez. 2019.

⁴⁴ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Saluka v. Czech Republic**. para. 307-131. UNCITRAL, Partial Award (17-Mar-2006). Disponível em: <https://oxia.ouplaw.com/view/10.1093/law:iic/210-2006.case.1/law-iic-210-2006?rskey=WZHcjn&result=1&prd=IC>. Acesso em: 02 dez. 2019.

interpretação de arbitrariedade e discriminação, pois analisou se as empresas nacionais e a requerente de capital estrangeiro estavam em pé de igualdade para que o tratamento diferenciado fosse considerado discriminatório, como explanou Borzu Sabahi:

The tribunal ruled that because the Czech Republic had discriminated against Saluka, it had violated the standard of fair and equitable treatment. What was more interesting however was the test that the tribunal applied to determine whether there was any discrimination; the test was identical to the three-part test for determining the breach of national treatment suggested by Myers, IIC 251 (2002), Feldman, IIC 157 (2002) and other tribunals. It seems that this tribunal had taken a major step towards what can be described as a process that will lead to the further convergence of the norms⁴⁵.

Diferentemente, no caso *Unглаube v. Costa Rica*, a Costa Rica havia iniciado o procedimento de expropriação de diversas propriedades para a criação de uma reserva natural e comprovou ao tribunal que as duas principais diferenças em tratamento entre os proprietários de terras eram justificáveis. Primeiro: uma questão temporal de andamento de procedimento expropriatório, mas todos estariam sujeitos à mesma medida. Segundo: a propriedade que não foi expropriada se trata de organização não-governamental (“ONG”) ambientalista e trabalhava diretamente com o governo da Costa Rica no estabelecimento da reserva natural e proteção das tartarugas na área, portanto, os requerentes não estavam em circunstâncias semelhantes aos proprietários da ONG *Leatherback Trust*. O Estado demonstrou que outros proprietários em circunstâncias equivalentes aos requerentes estariam sujeitos ao mesmo regulamento que os expropriou e, portanto, não houve discriminação⁴⁶.

⁴⁵ “O tribunal decidiu que, porque a República Tcheca havia discriminado Saluka, havia violado o padrão de tratamento justo e equitativo. O mais interessante, porém, foi o teste que o tribunal aplicou para determinar se havia alguma discriminação; o teste foi idêntico ao teste de três partes para determinar a violação do tratamento nacional sugerido por Myers, IIC 251 (2002), Feldman, IIC 157 (2002) e outros tribunais. Parece que este tribunal deu um grande passo em direção ao que pode ser descrito como um processo que levará a uma maior convergência das normas” (LAIRD, Ian (ed.). *Saluka Investments BV v Czech Republic, Partial Award*, IIC 210 (2006), 17th March 2006, Permanent Court of Arbitration [PCA]. Analysis, Borzu Sabahi. *International Investment Claims 210*, in **Oxford Reports on International Investment Claims**. Oxford University Press, 2015. Tradução livre). O teste de três partes mencionado no comentário trata-se da divisão da análise de discriminação (i) de casos similares (ii) com tratamentos diferentes (iii) sem justificativa razoável.

⁴⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Marion Unглаube and Reinhard Unглаube v. Republic of Costa Rica**. para. 264, 267. ICSID Case ARB/08/1, Award (16 mai. 2012). Disponível

A análise de tratamento arbitrário e discriminatório por parte do Estado anfitrião foi feita por diversos tribunais arbitrais de investimento. Este critério, contudo, dificilmente sustenta uma alegação de violação de BIT e é comumente atrelada à violação de FET ou indicação de expropriação ilegal. Por fim, o caso *Saluka v. Czech Republic* anteriormente mencionado, ao avaliar se houve discriminação, ligou o critério à avaliação do critério de Tratamento Nacional⁴⁷, abaixo.

2.1.4 Tratamento Nacional

Cláusulas de Tratamento Nacional, de maneira geral, exigem que os Estados anfitriões não forneçam aos investidores estrangeiros um tratamento menos favorável do conferido aos seus nacionais. O modelo de BIT dos Estados Unidos da América de 2012 demonstra o padrão de cláusula de tratamento nacional:

US Model BIT (2012)

Article 3: National Treatment

1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.

2. Each Party shall accord to covered investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

3. The treatment to be accorded by a Party under paragraphs 1 and 2 means, with respect to a regional level of government, treatment no less favorable than the treatment accorded, in like circumstances, by that regional level of government to natural persons resident in and enterprises constituted under the laws of other regional levels of government of the Party of which it forms a part, and to their respective investments⁴⁸

em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1053.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

⁴⁷ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 195.

⁴⁸ “Modelo de Tratado Bilateral de Investimento dos Estados Unidos da América de 2012. Artigo 3: Tratamento nacional. 1. Cada Parte concederá aos investidores da outra Parte tratamento não menos favorável do que concede, em circunstâncias semelhantes, aos seus próprios investidores no que diz respeito ao estabelecimento, aquisição, expansão, administração, conduta, operação, operação e venda ou outra disposição de investimentos em seu território. 2. Cada Parte concederá aos tratamentos cobertos um tratamento não menos favorável do que aquele que concede, em circunstâncias semelhantes, a investimentos em seu território de seus próprios investidores no que diz respeito ao estabelecimento, aquisição, expansão, administração, conduta, operação e venda ou outra disposição de investimentos. 3. O tratamento a ser concedido por uma Parte nos termos dos parágrafos 1 e 2 significa, com relação a um nível regional de governo, tratamento não menos

Esse tipo de cláusula é parte fundamental da proteção de investimento estrangeiro, pois é a raiz do tratamento igualitário entre nacionais do Estado anfitrião e nacionais de outros Estados quanto ao tratamento e à regulamentação de negócios. Para os Professores Dolzer e Schreuer, o Tratamento Nacional compõe cerne dos standards de tratados de investimento:

Clauses on national treatment belong to the core and the standard repertoire of BITs. They are meant to provide a level playing field between the foreign investor and the local competitor. In their typical version in European BITs, the clauses state that the foreign investor and its investments are 'accorded treatment no less favourable than that which the host state accords to its own investors'. Hence, the purpose of the clause is to oblige a host state to make no negative differentiation between foreign and national investors when enacting and applying its rules and regulations and thus to promote the position of the foreign investor to the level accorded to nationals⁴⁹.

A aplicação deste critério é dividida em três partes: (i) se os investidores estrangeiros e nacionais estão em circunstâncias semelhantes; (ii) se o tratamento ao estrangeiro foi, pelo menos, tão favorável quanto o tratamento aos investidores nacionais; e (iii) caso haja diferenciação no tratamento, se o tratamento menos favorável ao estrangeiro é justificável naquele caso⁵⁰.

Ainda, alguns tribunais consideraram se houve intenção discriminatória por parte do Estado anfitrião para determinar a violação do Tratamento Nacional⁵¹.

favorável do que o tratamento concedido, em circunstâncias semelhantes, por esse nível regional de governo a pessoas físicas residentes em e empresas constituídas sob as leis de outros níveis regionais de governo da Parte da qual fazem parte e para seus respectivos investimentos” (USA. **2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty**. 2012. Disponível em: <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019. Tradução livre. Grifos no original).

⁴⁹ “Cláusulas sobre tratamento nacional pertencem ao núcleo e ao repertório padrão dos BITs. Elas visam proporcionar condições equitativas entre o investidor estrangeiro e o concorrente local. Em sua versão típica nos BITs europeus, as cláusulas afirmam que o investidor estrangeiro e seus investimentos terão 'tratamento concedido não menos favorável do que aquele que o Estado anfitrião acorda com seus próprios investidores'. Portanto, o objetivo da cláusula é obrigar um Estado anfitrião a não fazer diferenciação negativa entre investidores estrangeiros e nacionais ao aprovar e aplicar suas regras e regulamentos e, assim, promover a posição do investidor estrangeiro no nível concedido aos nacionais.” (DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 198. Tradução Livre).

⁵⁰ Violation of Investor Rights under Investment Treaties, in BISHOP, R. D. et al. **Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014.

⁵¹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Methanex v United States**. Final Award, (3 ago. 2005), Parte IV, Ch B, para. 12. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

Contudo, considerando a dificuldade comprobatória da real intenção estatal, o Tribunal em *Feldman v. México* destacou-se por decidir que a comprovação de discriminação é suficiente para violar o BIT, não sendo necessária a comprovação da intenção de discriminar com base na nacionalidade do investidor⁵².

2.1.5 Most-favoured-nation Clause

O tratamento da nação mais favorecida (“MFN”), em primeira análise parece próximo do conceito de tratamento nacional só que substitui o tratamento do nacional ao tratamento oferecido a nacionais de outro Estado, também estrangeiro naquele território. Contudo, a cláusula de MFN vai além de um standard de tratamento, pois é capaz de importar ao BIT da disputa, critérios e conceitos de BITs com outros Estados, simplesmente porque o tratado confere ao nacional de um país um tratamento mais benéfico, portanto, não deve haver diferenciação entre os estrangeiros protegidos por cláusulas de MFN⁵³. Como exemplo de cláusula de MFN, serve o Artigo 6 do recente BIT entre Brasil e Emirados Árabes Unidos:

Artigo 6

Tratamento de nação mais favorecida

1. Cada Parte, sujeita a suas leis e regulamentos, outorgará aos investidores da outra Parte tratamento não menos favorável do que o outorgado, em circunstâncias similares, aos investidores de qualquer terceiro Estado em relação ao estabelecimento, aquisição, expansão, administração, condução, operação, venda ou outra alienação de investimentos em seu território.

2. Cada Parte, sujeita a suas leis e regulamentos, outorgará aos investimentos dos investidores da outra Parte tratamento não menos favorável do que o outorgado, em circunstâncias similares, aos investimentos, em seu território, de investidores de qualquer terceiro Estado em relação ao estabelecimento, aquisição, expansão, administração, condução, operação, venda ou outra alienação de investimentos.⁵⁴

Caso tratou de supostas perdas resultantes de uma proibição na Califórnia do uso ou venda do aditivo de gasolina MTBE. O metanol, essencial para as atividades do investidor, é um ingrediente usado na fabricação do MTBE.

⁵² INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Feldman v México**, Award, para. 181. (16 dez. 2002). Disponível em:

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0319.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

Caso relativo à aplicação do México de certas leis tributárias à exportação de produtos de tabaco que supostamente negaram à subsidiária local do investidor, um exportador de cigarros do México, os benefícios de uma lei que permitia certos reembolsos de impostos aos exportadores.

⁵³ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 206.

⁵⁴ ACORDO DE COOPERAÇÃO e Facilitação de Investimentos entre e República Federativa do Brasil e os Emirados Árabes Unidos. 15 de março de 2019. Disponível em:

Como exemplo do alcance da cláusula de MFN, no caso *Maffezini v. Spain* de 2000 entre investidor argentino e o Reino da Espanha aplicando o BIT entre Argentina e Espanha, o tribunal decidiu que tinha competência para decidir sobre o mérito da disputa aplicando tratado diverso. A cláusula de resolução de disputas do BIT entre Chile e Espanha não exigia a exaustão dos recursos a cortes nacionais antes do procedimento arbitral, diferentemente do tratado que tutelava a disputa. Assim, porque o BIT Argentina-Espanha continha uma cláusula de nação-mais-favorecida e os critérios para submissão da disputa ao tribunal arbitral eram mais favoráveis aos nacionais do Chile submetidos ao Chile-Espanha BIT, o tribunal aplicou o critério mais favorável ao investidor argentino e permitiu o prosseguimento do procedimento⁵⁵.

Para evitar a amplitude de aplicação desta cláusula, os tratados mais recentes delimitam quais os direitos disponíveis no texto estão sujeitos à do tratamento da nação-mais-favorecida. Países como Panamá, Argentina e Reino Unido, por exemplo, expressaram por meio de comunicações diplomáticas ou expressamente no tratado a inaplicabilidade da cláusula MFN para os critérios de submissão de disputas e o mesmo pode ser feito para outras disposições⁵⁶.

Por fim, a cláusula de MFN carrega a possibilidade de moldar todos os direitos mencionados anteriormente ao aplicá-los de acordo com o direito mais favorável disponível a terceiros, como se todos os nacionais sob o guarda-chuva de um tratado com esta cláusula pudessem utilizar-se das proteções inicialmente não direcionada a eles. Portanto, este modelo de proteção fortalece a padronização de tratamento no contexto internacional, cada vez mais conectado.

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5856/download>. Acesso em: 02 dez. 2019.

⁵⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain**. para. 53-56. ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (25-Jan-2000). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0479.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019. Demandas decorrentes da descontinuação das atividades da empresa devido a uma crise financeira interna supostamente atribuída à Espanha, incluindo alegações de desinformação do investidor sobre os custos do projeto e envolvendo supostas transferências bancárias não autorizadas.

⁵⁶ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 208.

2.2 TRATADOS MULTILATERAIS

As tentativas iniciais de tratados multilaterais especificamente para proteção de investimentos demonstraram-se difíceis, principalmente quanto à possibilidade de qualquer consenso sobre o regramento que seria conferido aos investimentos estrangeiros pelos países signatários⁵⁷. Além do rascunho da Convenção de Havana (1948), o Professor Salacuse lista outras importantes tentativas de acordo multilateral da época: o Código de Tratamento Justo a Investimento Estrangeiro da Câmara de Comércio Internacional (1949), a Convenção Internacional para a Proteção Mútua dos Direitos de Propriedade Privada em Países Estrangeiros (1957), o projeto privado conhecido como *Abs-Shawcross Convention*, e a OCDE Rascunho de Convenção para Proteção de Propriedade Estrangeira (1967), entre outros⁵⁸.

Desde então, o Tratado Multilateral que acabou por moldar as relações econômicas e jurídicas europeias e influenciar os futuros tratados foi a criação da Comunidade Econômica Europeia (1957) e, futuramente, a União Europeia. A estrutura da União Europeia é semelhante às tentativas anteriores, conferindo tratamento nacional aos investidores estrangeiros, mas vai além ao proibir restrições ao fluxo de capital entre os Estados-membros⁵⁹ e conferindo competência à Corte de Justiça Europeia para julgar violações do tratado, inclusive, para reformar decisões de cortes nacionais que sejam inconsistentes com o tratado.

Após o sucesso da União Europeia, surgiram outros projetos semelhantes de criação de zonas econômicas que, inevitavelmente, eram acompanhadas de regras para investimento estrangeiro. Dentre eles, cabe mencionar o Tratado de

⁵⁷ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 9.

⁵⁸ “For text, see United Nations Conference on Trade and Development, *International Investment Instruments: A Compendium* (1996) vol III, at 273–8. Abs and Shawcross, “The Proposed Convention to Protect Private Foreign Investment: A Round Table: Comment on the Draft Convention by its Authors,” 9 *J of Public L* (1960) 119. For the text of the OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property, see 7 *Intl Legal Mat* (1968) 241. For a survey of the various multilateral efforts to prepare treaties on foreign investment, see F Tschofen, “Multilateral Approaches to the Treatment of Foreign Investment,” 7 *ICSID REVIEW—Foreign Investment Law Journal* (1992) 384, 385–6” (SALACUSE, Jeswald W. **The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 340-341).

⁵⁹ COUNCIL OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. **Treaty on European Union**. Luxemburgo: Office for Official Publications of the European Communities, 1952. Disponível em: https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_en.pdf. Acesso em: 02 dez. 2019.

Investimento dos Estados Árabes⁶⁰, ASEAN⁶¹, Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (“NAFTA”)⁶², Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai (“Mercosul”), o Mercado Comum do Leste e Sul da África (“COMESA”), o Energy Charter Treaty (“ECT”) e o Tratado de Livre Comércio entre República Dominicana, América Central e Estados Unidos (“CAFTA-DR”). Dentre estes, apenas Mercosul e COMESA não determinaram métodos de resolução de conflitos para os investidores dos Estados-membros. NAFTA e ECT, contudo, destacam-se por serem os primeiros a introduzirem seções de investimento em tratados de livre comércio.

Paralelamente e diante da dificuldade de estabelecer consenso quanto a direitos substantivos, o Banco Mundial, mais especificamente na pessoa de seu Diretor Geral, Aaron Broches, iniciou a redação da Convenção para Resolução de Disputas de Investimento entre Estados e Nacionais de outros Estados de 1965 (“Convenção ICSID”)⁶³ que culminaria na criação do Centro Internacional de Resolução de Disputas de Investimento (“ICSID”). A ideia central do ICSID é conceitualmente diferente dos demais tratados multilaterais que tratam de investimento estrangeiro, pois tem como objeto, de antemão, a resolução de conflitos independentemente do direito substantivo estabelecido, assim apresentando uma via imparcial de litígio que independe de negociações diplomáticas e políticas entre os Estados e seus nacionais afetados⁶⁴.

2.2.1 Energy Charter Treaty

A Carta de Energia foi desenvolvida no período pós-Guerra Fria para desenvolver laços entre os países ocidentais e a União de Repúblicas Socialistas

⁶⁰ *Unified Agreement for the Investment of Arab Capital in the Arab States*, em vigor desde 7 de setembro de 1981, entre Kuwait, Arábia Saudita, Emirados Árabes Unidos, Egito, Sudão e Síria.

⁶¹ *Agreement Among the Government of Brunei Darussalam*, de 15 de dezembro de 1987, entre a República da Indonésia, Malásia, República das Filipinas, República de Singapura, Reino da Tailândia, para promoção e proteção de investimentos.

⁶² *North American Free Trade Agreement*, em vigor desde 1º de janeiro de 1994.

⁶³ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States.**

Washington, 2006. Disponível em:

<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019. Em vigor desde 14 de outubro de 1966.

⁶⁴ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law.** Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 9.

Soviéticas para explorar suas possibilidades energéticas e acabou por ser o tratado de investimento mais frequentemente invocado para acesso a arbitragem de investimento, com mais de 100 procedimentos conhecidamente iniciados⁶⁵. Isso se dá pela especificidade das indústrias contempladas.

Diferentemente da maioria dos tratados multilaterais, os países signatários do ECT conseguiram incluir direitos materiais no texto final do compromisso. O ECT, contudo, se difere dos demais tratados de investimento porque limita sua proteção a investimentos relacionados ao setor energético, conforme Artigo 1(6) do tratado:

Energy Charter Treaty - Article 1(6)

[...]

“Investment” refers to any investment associated with an Economic Activity in the Energy Sector and to investments or classes of investments designated by a Contracting Party in its Area as “Charter efficiency projects” and so notified to the Secretariat.⁶⁶

Ainda, ECT estabelece em seu capítulo de resolução de disputas a possibilidade de submeter eventuais conflitos a tribunais arbitrais no ICSID, Na Câmara de Comércio de Estocolmo, sob as regras de Arbitragem da UNCITRAL, e perante tribunais administrativos e cortes domésticas dos países signatários. Apesar da limitação de escopo, as proteções dispostas no tratado quanto a investimento estrangeiro são similares às encontradas em tratados bilaterais de investimento e são responsáveis pelo destaque deste tratado na manutenção da arbitragem como forma de proteção de investimento estrangeiro.

2.2.2 Tratado Norte-Americano de Livre Comércio

O Tratado Norte-Americano de Livre Comércio entre Canadá, Estados Unidos da América e México confere aos nacionais dos estados-membros, em seu

⁶⁵ GAILLARD, Emmanuel; MCNEILL, Mark Investment Treaties and the Settlement of Investment Disputes: The Framework, The Energy Charter Treaty. In YANNACA-SMALL, Katia (ed.). **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues**. 2ª Ed. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 31-32.

⁶⁶ “Tratado da Carta da Energia - Artigo 1(6) [...] “Investimento” refere-se a qualquer investimento associado a uma Atividade Econômica no Setor Energético e a investimentos ou classes de investimentos designados por uma Parte Contratante em sua Área como ‘projetos de eficiência da Carta’ e assim notificados à Secretaria” (THE INTERNATIONAL ENERGY CHARTER. Consolidated Energy Charter Treaty. 17 dez. 1994. Disponível em <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019. Tradução Livre. Grifos no original).

Capítulo 11, a mesma gama direitos desenvolvidos pelos BITs que o precedem. O Capítulo 11 divide-se em três seções, (a) obrigações, (b) resolução de conflitos e (c) definições.

A primeira seção estabelece os critérios de tratamento nacional, expropriação ilegal, tratamento justo e equitativo, entre outros já conhecidos e contemplados na maioria dos BITs. A redação do NAFTA, contudo, influencia a interpretação da letra do Tratado pelos tribunais arbitrais. Mais especificamente, a conferência de tratamento justo e equitativo neste tratado é precedida do conceito de *mimum treatment standard*:

North American Free Trade Agreement - NAFTA

Article 1105: Minimum Standard of Treatment

1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

2. Without prejudice to paragraph 1 and notwithstanding Article 1108(7)(b), each Party shall accord to investors of another Party, and to investments of investors of another Party, nondiscriminatory treatment with respect to measures it adopts or maintains relating to losses suffered by investments in its territory owing to armed conflict or civil strife⁶⁷.

Neste contexto, a Comissão de Livre Comércio do NAFTA sugere que a interpretação deste artigo deve exigir do Estado anfitrião nada além do esperado no Direito Internacional, diferentemente de BITs que estabelecem cláusulas específicas para FET de maneira que seria conceito além do Direito Costumeiro⁶⁸.

Assim, o conceito de FET que provém do Direito Internacional Costumeiro relacionado ao tratamento mínimo conferido ao investidor estrangeiro, que a prática arbitral desenvolveu para exigir a manutenção das expectativas legítimas dos investidores, segundo a Comissão de Livre Comércio do NAFTA, volta a ser tratado meramente como o mínimo esperado do Estado-anfitrião.

⁶⁷ “Artigo 1105: Padrão mínimo de tratamento. 1. Cada Parte concederá aos investimentos de investidores de outra Parte tratamento de acordo com o direito internacional, inclusive tratamento justo e equitativo e total proteção e segurança. 2. Sem prejuízo do disposto no n.º 1 e sem prejuízo do disposto no n.º 7, alínea b), do artigo 1108, cada Parte concederá aos investidores de outra Parte e aos investimentos de investidores de outra Parte um tratamento não discriminatório relativamente às medidas que adota ou mantém ou manter relativas a perdas sofridas por investimentos no seu território devido a conflitos armados ou conflitos civis” (NORTH AMERICAN Free Trade Agreement – NAFTA. 1 jan. 1994. Disponível em: https://datd.cepal.org/Normativas/TLCAN/Ingles/North_American_Free_Trade_Agreement-NAFTA.pdf. Acesso em: 02 dez. 2019. Tradução livre. Grifos no original.).

⁶⁸ Violation of Investor Rights under Investment Treaties, *in* BISHOP, R. D. *et al.* **Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014, p. 757.

Cabe ressaltar que a volta às origens de FET pelos estados-membros do NAFTA é, também, resultado da modificação da ordem econômica mundial desde a sua entrada em vigor em 1992. Os Estados desenvolvidos (EUA e Canadá) contavam, principalmente, com a proteção de seus nacionais ao investirem no México, país em desenvolvimento e politicamente mais instável. Ocorre que, os países em desenvolvimento passaram, cada vez mais, a exportar investimentos e os países desenvolvidos foram mais requeridos diante de tribunais arbitrais.

O caso *Loewen v. U.S.*, por exemplo, foi responsável pela desaprovação do sistema de resolução de disputas do NAFTA por parte do Congresso e do público estadunidense⁶⁹. A empresa iniciou procedimento arbitral alegando a discriminação e a percepção da comunidade jurídica era de que os EUA, que nunca foram condenados em uma arbitragem de investimento, perderia a disputa se ela seguisse ao exame de mérito⁷⁰.

A imparcialidade do tribunal arbitral, neste caso, é alvo de críticas, pois representantes do Departamento de Justiça estadunidense insinuaram ao árbitro indicado pelos EUA, Judge Mikva, que a perda do caso significaria o fim do NAFTA⁷¹. A demanda foi encerrada no exame de competência do tribunal e desde então os EUA, em seu sistema político interno, manifesta resistência à Seção 11 do NAFTA, principalmente porque o procedimento arbitral foi capaz de questionar a integridade do procedimento judicial do país.

2.2.3 ICSID

A Convenção para Resolução de Disputas de Investimento entre Estados e Nacionais de outros Estados estabelece um regime legal para proteção de investimento estrangeiro dos países signatários, mas não estabelece a substância

⁶⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America**. ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, (26 jun. 2003). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0470.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019. A disputa teve início na condenação da empresa canadense ao pagamento de danos em valor 30 vezes maior do pedido pelo autor em um processo judicial decidido por júri popular nos EUA. Os arquivos do julgamento demonstram que o valor exacerbado foi causado pela provocação de discurso xenófobo contra a empresa canadense feita pelo advogado da parte autora ao júri.

⁷⁰ BONNITCHA, Jonathan; POULSEN, Lauge N. Skovgaard; WABE, Michael. **The Political Economy of the Investment Treaty Regime**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 87.

⁷¹ SCHNEIDERMAN, David. Investing in democracy? Political process and international investment law. **Toronto Law Journal**, Toronto, v. 60, n. 4, p. 909-939, 2010, p. 909.

destes direitos. Esta característica procedimental da Convenção não presume consentimento a disputas iniciadas no ICSID, que deve ser feita em instrumento separado⁷².

Consentimento é a base do procedimento arbitral, independentemente do Centro ou Câmara eleito pelas partes⁷³. Assim, as disputas de investimento não necessariamente passam pela jurisdição do ICSID. Ocorre que, o propósito do Centro é especificamente promover um meio de resolução de conflitos imparcial e distante das discussões políticas que afetariam os investidores se as controvérsias fossem resolvidas por meio de representação diplomática. Neste sentido, o Professor Zachary Douglas explica a importância da Convenção para a efetiva proteção de investimento:

ICSID arbitrations are more 'international' than other forms of investor/ state arbitrations because the ICSID Convention facilitates a high degree of detachment from municipal legal systems in relation to the conduct of the arbitration and the review of awards.⁷⁴

O ICSID, portanto, oferece um meio processual distinto das cortes locais e dos sistemas políticos dos Estados membros. No mesmo sentido, os Professores Dolzer e Schreuer destacam a independência do Centro:

Proceedings under the ICSID Convention are self-contained. This means that they are independent of the intervention of any outside bodies. In particular, domestic courts have no power to stay, to compel, or to otherwise influence ICSID proceedings. Nor do domestic courts have the power to set aside or otherwise review ICSID awards.⁷⁵

As formas de acesso ao Centro são, principalmente, por cláusula compromissória em contratos entre o investidor e o Estado-anfitrião, por consentimento estabelecido em lei doméstica do Estado-anfitrião e, na maioria dos

⁷² DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 13.

⁷³ DOUGLAS, Zachary. **The International Law of Investment Claims**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 151.

⁷⁴ “As arbitragens do ICSID são mais 'internacionais' do que outras formas de arbitragem de investidores/estados, porque a Convenção do ICSID facilita muito desapego dos sistemas jurídicos municipais em relação à condução da arbitragem e à revisão de sentenças” (DOUGLAS, Zachary. **The International Law of Investment Claims**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 121. Tradução livre).

⁷⁵ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 239.

casos, por meio de tratado de investimento⁷⁶. Portanto, o Centro criado por advento da Convenção estabelece de forma multilateral os meios para resolução de disputas de investimento, mas se abstém de estabelecer quais as garantias conferidas aos nacionais dos Estados além daquelas relacionada a própria disputa.

2.3 CONTRATOS ENTRE ESTADO E INVESTIDOR

Outra forma de regime de proteção de investimento é regrada pelos compromissos entre o investidor estrangeiro diretamente com o Estado-anfitrião. Os contratos de estrangeiros ou pessoas jurídicas de direito estrangeiro com o Estado-anfitrião possibilitam adaptar a relação jurídica às especificidades do empreendimento, ao seu período, muitas vezes de longo prazo e, ainda, permitem a negociação de disposições e obrigações entre as Partes⁷⁷. O conceito de contratos entre investidor e Estado foi explorado em artigo da revista de Arbitragem Internacional da Columbia Law School nos seguintes termos:

Furthermore, the contracts are frequently either in industries that have traditionally been considered “public services,” such as the provision of water and electricity, or relate to natural resources, such as contracts for exploration and exploitation of oil, gas and minerals. The long-term nature of the agreements, the differing interests of the public and private sector contracting parties, and a range of uncertainties and changing circumstances affecting the expected costs and benefits of the relevant transaction put well- documented stresses on the contractual relationship between investors and states. Some of those are resolved informally, while others lead to formal litigation and/or arbitration.⁷⁸

Destacam-se como forma de contratação com o Estado as concessões para exploração de recursos naturais como petróleo e gás natural em largas áreas,

⁷⁶ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 254.

⁷⁷ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 79.

⁷⁸ “Além disso, os contratos são frequentemente realizados em indústrias tradicionalmente consideradas de “serviços públicos”, como fornecimento de água e eletricidade, ou relacionadas a recursos naturais, como contratos de exploração e exploração de petróleo, gás e minerais. A natureza de longo prazo dos acordos, os interesses divergentes das partes contratantes dos setores público e privado e uma série de incertezas e mudanças nas circunstâncias que afetam os custos e benefícios esperados da transação relevante colocam tensões bem documentadas na relação contratual entre investidores e Estados. Alguns deles são resolvidos informalmente, enquanto outros levam a litígios e/ou arbitragem formais” (JOHNSON, Lise; VOLKOV, Oleksandr. Investor-State Contracts, host-State “commitments” and the myth of stability in international law. **The American Review of International Investment Arbitration**, Columbia Law School, v. 24, n. 3, p. 361-415, 2013, p. 363. Tradução livre).

considerados primeira geração de contratos de investimento estrangeiro. Já nos anos 1960-70, o Estado passou a exercer mais controle sobre a exploração, instituindo agências reguladoras específicas ou constituindo empresas nacionais para assinatura do compromisso com o estrangeiro, com o objetivo de acompanhar os projetos e desenvolver tecnologias nacionais. Esta segunda geração é conhecida pelos *product-sharing* e *profit-sharing agreements*.

Nos anos 1990, distintivamente, a onda de privatizações e novos projetos de infraestrutura de grande porte abriram espaço para a terceira geração de contratos entre Estado e Investidor Estrangeiro⁷⁹.

Neste contexto, existem duas formas principais de submeter eventuais disputas relativas a contratos entre Investidor-Estado: (i) cláusula compromissória e (ii) *umbrella clauses* ou cláusula guarda-chuva.

Cláusulas compromissórias em contratos com o Estado, assim como qualquer outro, são a manifestação de consentimento das partes à competência do juízo arbitral determinado no instrumento. As partes contratantes, portanto, têm ingerência sobre a disposição da cláusula arbitral e podem delimitar quais os investimentos serão sujeitos a este método de resolução de disputas⁸⁰.

A *Umbrella Clause* age de forma distinta, pois depende da existência de um BIT para exigir do Estado o cumprimento dos compromissos contratuais dele com o Investidor. Nesse caso, portanto, o investidor utiliza-se da cláusula de resolução de disputas do tratado da mesma forma que usaria se houvesse uma alegação de violação de standards como FET e FPS. A diferença é que a *Umbrella Clause* indica que a violação contratual é, também, uma violação do tratado⁸¹. A cláusula do BIT normalmente é redigida da seguinte forma:

ARTICLE X

OTHER PROVISIONS

1. If the provisions in the legislation of either Contracting Party or rules of international law entitle investments by investors of the other Contracting Party to treatment more favourable than is provided for by this Agreement,

⁷⁹ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 80.

⁸⁰ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **World Duty Free v Kenya**. para. 6. Award (4 out. 2006). Disponível em: <https://www.italaw.com/documents/WDFvKenyaAward.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

⁸¹ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 258.

such provisions shall to the extent that they are more favourable prevail over this Agreement.

2. Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party.⁸²

Diversos tribunais arbitrais consideraram que esse tipo de cláusula inclui obrigações decorrentes de contratos nos quais o Estado é parte. Em *SGS v. Filipinas*, a SGS alegou que as Filipinas violaram o Artigo X (2) Suíça-Filipinas BIT, que diz cada Parte Contratante deve observar qualquer obrigação que tenha assumido com relação a investimentos específicos em seu território por investidores da outra Parte Contratante⁸³, porque não pagou pelos serviços devidos nos termos do contrato. O tribunal considerou que (i) a provisão usava a linguagem obrigatória “deve”, que impunha obrigações às partes⁸⁴; (ii) o objetivo primordial do tratado apoiou uma interpretação eficaz, a fim de resolver incertezas em favor da proteção de investimentos; e (iii) os estados poderiam ter restringido a cláusula abrangente às obrigações decorrentes de outros instrumentos de direito internacional, mas não o fizeram. Isso levou o tribunal do caso a concluir que a *umbrella clause* significa o que diz: traz e incorpora obrigações vinculativas sob qualquer lei aplicável ao âmbito do tratado⁸⁵.

Em *Eureko v. Polônia*, o tribunal também determinou o significado da cláusula guarda-chuva. Baseando-se na Convenção de Viena⁸⁶ e no princípio do

⁸² “Artigo X: Demais Disposições: 1. Se as disposições da legislação de uma das Partes Contratantes ou das regras do direito internacional autorizarem os investimentos dos investidores da outra Parte Contratante a um tratamento mais favorável do que o previsto pelo presente Acordo, tais disposições deverão, na medida em que sejam mais favoráveis, prevalecer. sobre este Contrato. 2. Cada Parte Contratante deve observar qualquer obrigação que tenha assumido em relação a investimentos específicos em seu território por investidores da outra Parte Contratante. (Suíça-Filipinas BIT. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2174/download>. Acesso em: 01 dez. 2019. Tradução Livre).

⁸³ AGREEMENT between the Republic of the Philippines and the Swiss Confederation on the promotion and reciprocal protection of investments. [s/d]. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2174/download>. Acesso em: 02 dez. 2019.

⁸⁴ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines**. para. 115. ICSID Case No. ARB/02/6. Disponível em : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

⁸⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines**. para. 115-117. ICSID Case n. ARB/02/6. Disponível em : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

⁸⁶ “Artigo 31: Regra Geral de Interpretação 1. Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e

*effet utile*⁸⁷, considerou que a cláusula abrangente teve dois efeitos imediatos: (i) os acordos contratuais da Eureko com o governo da Polônia estavam sujeitos à jurisdição do tribunal e (ii) violações por parte da Polônia as obrigações contratuais eram violações da *umbrella clause*⁸⁸.

O tribunal de *Noble Ventures v. Romania*⁸⁹ também se baseou na Convenção de Viena e no princípio *effet utile* ao interpretar a cláusula. Relatou-se que a cláusula seria vazia caso não se referisse a contratos. O tribunal se referiu ao objeto e à finalidade dos tratados de investimento para sustentar essa interpretação, concluindo que qualquer interpretação em contrário privaria o investidor de um remédio legal internacional em relação a contratos com o Estado e deixaria a *umbrella clause* sem efeito prático⁹⁰.

finalidade. 2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos: a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado; b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado. 3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes. 4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.” A Corte Internacional de Justiça manifestou-se diversas vezes sobre o Artigo 31 da Convenção de Viena ser considerada Direito Internacional Costumey. O Artigo 31 da Convenção estabelece a forma de interpretação do texto dos tratados de direito internacional de acordo com (i) o sentido comum do texto, (ii) o objeto e propósito do tratado e (iii) seu contexto. Assim, os tribunais arbitrais de investimento utilizam-se do dispositivo da Convenção para interpretar as cláusulas dos tratados de investimento que dão origem à disputa” (CONVENÇÃO de Viena SOBRE DIREITO DOS TRATADOS. 23 de maio de 1969 [em vigor desde 27 de janeiro de 1980]. Disponível em: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01.pdf. Acesso em: 02 dez. 2019).

⁸⁷ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Eureko B.V. v. Republic of Poland**. ,para. 247-248. IIC 98, Partial Award, Ad Hoc Tribunal (19 ago. 2005).

Disponível em: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308_0.pdf. Acesso em: 02 dez. 2019. Demandas decorrentes da privatização de uma companhia de seguros polonesa e supostas subseqüentes ações do Ministro do Tesouro do Estado da Polônia que afetaram negativamente a governança corporativa da empresa na qual os requerentes haviam investido.

⁸⁸ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Eureko B.V. v. Republic of Poland**. ,para. 250-260. IIC 98, Partial Award, Ad Hoc Tribunal (19 ago. 2005).

Disponível em: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308_0.pdf. Acesso em: 02 dez. 2019.

⁸⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Noble Ventures, Inc. v. Romania**. ICSID Case n. ARB/01/11. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/documents/748>. Acesso em: 30 nov. 2019. Demanda decorrente de um contrato de privatização referente à aquisição, gestão, operação e alienação de uma siderúrgica substancial com ativos associados e outros localizados na Romênia.

⁹⁰ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Noble Ventures, Inc. v. Romania**. para. 50-53. ICSID Case n. ARB/01/11. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/documents/748>. Acesso em: 30 nov. 2019.

Logo, contratos entre investidores estrangeiros e o Estado anfitrião podem dispor de cláusula compromissória ou podem estar sob o guarda-chuva de proteção de um tratado de investimento com cláusula arbitral. Ambas as formas, uma direta e outra por meio de BIT, garantem proteção das obrigações do Estado perante o investimento estrangeiro.

3 EXPROPRIAÇÃO DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

A proteção da propriedade privada pertencente a nacionais de outros Estados é mais uma garantia frequentemente presente em tratados de investimento. Conceitualmente no Direito Internacional, expropriação se trata da tomada da propriedade de investidor estrangeiro pelo Estado e, caso irregular, configura responsabilidade internacional deste Estado e requer indenização⁹¹. A definição de expropriação é continuamente revista pelos tribunais arbitrais de acordo com as especificidades de cada BIT e da evolução do que pode ser considerado um investimento *expropriável*.

A expropriação de propriedade privada pelo Estado tornou-se notória no contexto internacional como política de governo nas revoluções Russa e Mexicana⁹². No caso soviético, perda do controle sobre a mina de ouro *Lena Goldfield* deu origem a uma das primeiras arbitragens entre Estado e investidor, proveniente do contrato de concessão de exploração de mina, que continha cláusula compromissória. A empresa *Lena Goldfields Ltd* iniciou o procedimento contra a União Soviética e causou discórdia entre os juristas da época sobre a possibilidade de uma parte particular, que não é sujeito de direito internacional, ter acesso a um procedimento além da lei nacional do país onde conduzia a operação⁹³. O caso, que se tornou emblemático por ser o único que teve a União Soviética como parte até a sua dissolução em meados dos anos 1990⁹⁴, determinou a indenização à *Lena Goldfields*, parcialmente paga após diversas negociações⁹⁵.

No caso mexicano, a “nacionalização” de investimentos estadunidenses em 1938 levou à negociações diplomáticas entre os países e contribuiu para o conceito de expropriação legal. Em carta ao representante diplomático mexicano, o

⁹¹ COX, Johanne M. **Expropriation in Investment Treaty Arbitration**. Oxford: OUP Oxford, 2019, p. 3.

⁹² DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 2.

⁹³ SALACUSE, Jeswald W. **The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 414-415.

⁹⁴ NUSSBAUM, Arthur. The Arbitration Between the Lena Goldfields, Ltd. and the Soviet Government. **Cornell Law Review**, vol. 36, 1950/51. Disponível em: <https://www.trans-lex.org/127500>. Acesso em: 02 dez. 2019.

⁹⁵ NUSSBAUM, Arthur. The Arbitration Between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government. **Cornell Law Review**, vol. 36, 1950/51. Disponível em: <https://www.trans-lex.org/127500>. Acesso em: 02 dez. 2019, p.36.

Secretário de Estado dos EUA, Sr. Cordel Hull, reconheceu a legitimidade do México para tomar medidas expropriatórias, mas exigiu compensação em termos que posteriormente foram amplamente usados como requisitos de legalidade da medida em tratados bilaterais, exigindo pronta, adequada e efetiva compensação⁹⁶.

Até meados dos anos 1970, países em período pós-colonialismo e com recentes mudanças de regime político foram os principais atuantes em expropriação de investimento estrangeiro, por exemplo Cuba e Bolívia. Nesse cenário também se destacam as expropriações de empresas exploradoras de petróleo por meio de concessões no Oriente Médio, África e Ásia⁹⁷.

Como resposta aos inúmeros atos expropriatórios, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas debateu nas décadas de 1960 e 1970 sobre a possibilidade e a legalidade dessas políticas de Estado. O conceito de expropriação da época foi em muito pautado em tomadas de empreendimentos de recursos naturais, tanto que a Assembleia Geral da ONU estabeleceu como princípio, primeiramente, o direito soberano do Estado de dispor livremente sobre suas riquezas e recursos naturais; em segundo lugar, dito direito não seria ilimitado e deveria ter causa em utilidade pública, segurança ou interesse nacional; e por fim, já à época amplamente controverso, o dever de compensação⁹⁸.

Nos últimos 40 anos, contudo, o conceito de expropriação distanciou-se da tomada direta de propriedade e passou a ser considerada, também, nas hipóteses em que o ato do Estado não toma, mas afeta o exercício de direitos inerentes à propriedade inclusive sobre bens tangíveis e intangíveis⁹⁹. Nesse sentido, a Professora Johanne M. Cox explica:

Today, the concept of expropriation in customary international law continues to develop with the proliferation of BITs and the case law of investment treaty tribunals. It is a dynamic concept but firmly rooted in its past. The extent to which expropriation, in all its different modalities, is recognized as customary international law is an important topic as it can encourage the

⁹⁶ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 2.

⁹⁷ COX, Johanne M. **Expropriation in Investment Treaty Arbitration**. Oxford: OUP Oxford, 2019, p. 5-6.

⁹⁸ COX, Johanne M. **Expropriation in Investment Treaty Arbitration**. Oxford: OUP Oxford, 2019, p. 10.

⁹⁹ BISHOP, R. D. *et al.* **Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014, p. 605.

promotion of international norms in investment treaty law and policymaking.¹⁰⁰

Sendo assim, este capítulo aprofundará o standard de expropriação e os requisitos para sua aplicação, inclusive para investimentos que não são pautados sobre o direito de propriedade.

3.1 EXPROPRIAÇÃO DIRETA E INDIRETA

O ato de expropriação por parte do Estado é uma derradeira expressão de sua soberania¹⁰¹. A transferência do título de propriedade ou apreensão de bem por força estatal é considerada expropriação *direta* ou *formal*. O Estado-anfitrião escolhe especificamente um título específico de propriedade, normalmente de uma empresa em posição dominante no mercado de exploração de recursos naturais, e age por meio de ato administrativo ou legislativo que formalmente passa a intitulá-lo detentor da propriedade em questão. Esses casos são exemplos do conceito primordial de expropriação desenvolvido no século passado¹⁰².

Como exemplo de expropriação direta, tem-se a nacionalização, quando há a expropriação como parte de uma política pública do Estado, que passa a controlar o investimento¹⁰³. Já a expropriação *indireta* não afeta o título de propriedade do investidor, mas impossibilita a exploração deste título, como bem explicam os Professores Dolzer e Schreuer:

An indirect expropriation leaves the investor's title untouched but deprives him of the possibility of utilizing the investment in a meaningful way. A typical

¹⁰⁰ “Hoje, o conceito de expropriação no direito costumeiro internacional continua a se desenvolver com a proliferação de BITs e os precedentes dos tribunais arbitrais de investimento. É um conceito dinâmico, mas firmemente enraizado no passado. A extensão em que a expropriação, em todas as suas diferentes modalidades, é reconhecida como direito costumeiro internacional é um tópico importante, pois pode incentivar a promoção de normas internacionais no direito dos tratados de investimento e na formulação de políticas” (COX, Johanne M. **Expropriation in Investment Treaty Arbitration**. Oxford: OUP Oxford, 2019, p. 5. Tradução livre).

¹⁰¹ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 98.

¹⁰² COX, Johanne M. **Expropriation in Investment Treaty Arbitration**. Oxford: OUP Oxford, 2019, p. 44.

¹⁰³ COX, Johanne M. **Expropriation in Investment Treaty Arbitration**. Oxford: OUP Oxford, 2019, p. 45.

feature of an indirect expropriation is that the state will deny the existence of an expropriation and will not contemplate the payment of compensation.¹⁰⁴

Ambos os conceitos de expropriação direta e indireta estão presentes na maioria dos tratados atuais. O Modelo de BIT dos Estados Unidos da América utiliza o expressamente os termos “expropriar” e “direta ou indiretamente” em seu Artigo 6:

Article 6: Expropriation and Compensation

1. Neither Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization (“expropriation”), except:

- (a) for a public purpose;
- (b) in a non-discriminatory manner;
- (c) on payment of prompt, adequate, and effective compensation; and
- (d) in accordance with due process of law and Article 5 [Minimum Standard of Treatment] (1) through (3).¹⁰⁵

Alguns tratados, contudo, definem essa violação como “privação” direta ou indireta do investimento¹⁰⁶, ou seja, escolhem não usar a linguagem técnica do termo “expropriação”. Há, também, tratados que definem expropriação indireta como atos do Estado anfitrião com efeitos equivalentes à expropriação ou privação do investimento¹⁰⁷.

¹⁰⁴ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 99.

¹⁰⁵ “Artigo 6: Desapropriação e indenização. 1. Nenhuma das Partes pode desapropriar ou nacionalizar um investimento coberto, direta ou indiretamente, através de medidas equivalentes à expropriação ou nacionalização (“expropriação”), exceto: (a) para fins públicos; (b) de maneira não discriminatória; (c) mediante pagamento de compensação imediata, adequada e efetiva; e (d) de acordo com o devido processo legal e com o Artigo 5 [Padrão Mínimo de Tratamento] (1) a (3)” (USA. **2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty**. 2012. Disponível em: <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019. Tradução livre).

¹⁰⁶ “No Party shall take any measures against nationals of another Party to deprive them directly or indirectly of their property except under due process of law and provided that such measures are not discriminatory or contrary to undertakings given by that Party and are accompanied by the payment of just and effective compensation. Adequate provision shall have been made at or prior to the time of deprivation for the prompt determination and payment of such compensation, which shall represent the genuine value of the property affected, be made in transferable form, and be paid without undue delay” (Abs–Shawcross Draft Convention on Investment Abroad de 1959, *in* UNITED NATIONS. **International Investment Instruments: A Compendium**. Vol. V. New York and Geneva, 2002, p. 395. Disponível em: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/137-volume-5.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019).

¹⁰⁷ “IV EXPROPRIATION AND UNILATERAL ALTERATIONS OR TERMINATION OF CONTRACTS
1. A State may not expropriate or otherwise take in whole or in part a foreign private investment in its territory, or take measures which have similar effects, except where this is done in accordance with applicable legal procedures, in pursuance in good faith of a public purpose, without discrimination on the basis of nationality and against the payment of appropriate compensation” (WORLD BANK. **Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment adopted by the Development Committee of the Board of Governors of the International Monetary Fund and**

O standard de garantias contra a expropriação indireta ganhou destaque nas disputas mais recentes, pois os Estados anfitriões evitam, cada vez mais, a exposição internacional que implica a retirada formal da propriedade do estrangeiro sem compensação. Assim, a importância do conceito de expropriação indireta é tamanha para investidores que, até 2016, representou 45% das demandas de investimento na arbitragem (331 casos), perdendo apenas para violação de tratamento justo e equitativo, com 50% de presença e alegação em 368 casos¹⁰⁸.

A expropriação indireta de investimentos, portanto, possibilita uma aplicação mais ampla do conceito de expropriação para bens e títulos tangíveis e intangíveis. Estes caminhos de interpretação geram a dúvida de quais direitos são passíveis de expropriação, mais especificamente, se contratos podem ser expropriados.

3.2 EXPROPRIAÇÃO DE DIREITOS CONTRATUAIS

O histórico arbitral demonstra que direitos contratuais são suscetíveis à expropriação¹⁰⁹, como no caso *Siemens v. Argentina*, em que o investidor iniciou o procedimento por causa da suspensão do governo e subsequente extinção de um contrato entre eles que estabelecia um sistema de controle de migração e identificação pessoal no país. O tribunal neste caso decidiu que, se o BIT inclui direitos contratuais na definição de investimento, eles são expropriáveis¹¹⁰.

Direitos contratuais, contudo, não necessariamente se relacionam com algum título de propriedade, normalmente o objeto de análise da expropriação. Os primeiros casos analisados como expropriações fundamentadas na extinção ou violação contratual contavam com o Estado anfitrião como parte na relação contratual. Por exemplo, no caso *Phillips Petroleum Company v. Iran*, houve alegação de expropriação contratual com base no contrato de exploração de

the World Bank, 1992. Disponível em: <https://www.italaw.com/documents/WorldBank.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019).

¹⁰⁸ BONNITCHA, Jonathan; POULSEN, Lauge N. Skovgaard; WABE, Michael. **The Political Economy of the Investment Treaty Regime**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 93-94.

¹⁰⁹ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p.126-127.

¹¹⁰ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Siemens A.G. v. Argentine Republic**. para. 267. ICSID Case RB/02/8. Award (17 jan. 2007). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

petróleo no Golfo Persa e o tribunal sentenciou o Estado a pagar compensação pela expropriação de direitos contratuais:

As the Tribunal has held in a number of cases, expropriation by or attributable to a State of the property of an alien gives rise under international law to liability for compensation, and this is so whether the expropriation is formal or de facto and can affect property that is tangible, such as a real estate or a factory, or intangible, such as contract rights, such as the contract rights involved in the present case.¹¹¹

Nota-se, ainda, que demandas contratuais têm base diversa de demandas baseadas em tratados internacionais. Para análise de expropriação contratual, os tribunais separam conceitualmente as violações contratuais e as violações do tratado. Assim, para configurar uma violação do tratado, entende-se que o Estado deve ter agido na sua capacidade soberana e não como mera parte da relação contratual¹¹².

No mais, o ato do Estado anfitrião que dá fim à relação ou a afeta substancialmente só poderá ser considerado expropriatório se os seus efeitos forem de privação do gozo do investimento¹¹³. A negação do uso e aproveitamento de um investimento e o esgotamento de sua capacidade de adquirir novos clientes indicam uma expropriação indireta¹¹⁴. Essas medidas levam a uma drenagem do valor econômico de um investimento, apontando ainda mais para uma expropriação indireta. Por exemplo, o tribunal em *Quiborax v. Bolívia* concluiu que uma privação substantiva ocorreu quando a revogação da concessão do requerente eliminou

¹¹¹ “Como o Tribunal sustentou em vários casos, a expropriação ou imputação a um Estado da propriedade de um estrangeiro dá origem, sob o direito internacional, à responsabilidade pela indenização, e é assim que a expropriação é formal ou de fato e pode afetar a propriedade, que é tangível, como um imóvel ou uma fábrica, ou intangível, como direitos contratuais, como os direitos contratuais envolvidos no presente caso” (INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Phillips Petroleum Company Iran v. Iran**. para. 76. Award No. 425-39-2, 21 Iran–US CTR 79, [29 jun. 1989]. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0357.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019. Tradução livre).

¹¹² COX, Johanne M. **Expropriation in Investment Treaty Arbitration**. Oxford: OUP Oxford, 2019, p. 211. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award de 24 de julho de 2008, para. 460. Atos de império do Estado no direito internacional são mencionados com o conceito de *puissance publique*, no qual o Estado tem prerrogativas de soberania que o permitem exercer atos além da conduta normal esperada.

¹¹³ COX, Johanne M. **Expropriation in Investment Treaty Arbitration**. Oxford: OUP Oxford, 2019, p. 211.

¹¹⁴ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Philip Morris Brands Sàrl and others v. Oriental Republic of Uruguay**. para. 284. ICSID Case ARB/10/7, Award (08 jul. 2016). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

efetivamente sua capacidade de realizar atividades comerciais diárias, porque a concessão era a “razão de ser” do investimento¹¹⁵.

O mesmo foi entendido pelo tribunal em *Vivendi v. Argentina II*, entendendo que houve expropriação de direitos contratuais e que o fato da violação do tratado também configurar uma violação contratual não impede o tribunal de decidir sobre o disposto no BIT se a base fundamental do pedido apresentado a ele surgir do tratado e não do contrato de concessão¹¹⁶.

O tribunal, em *Emmis v. Hungary*, também aceitou a possibilidade de demandas de expropriação baseadas em contratos, mas exigiu que somente se configura o dispositivo quando a perda é diretamente relacionada à algum ativo do investidor que possa ter seu valor calculado¹¹⁷. Neste contexto, far-se-ia a distinção entre direitos contratuais das partes do contrato (Estado e Investidor), que não seriam passíveis de expropriação e direitos contratuais como fonte de direitos sobre alguma propriedade, que poderiam ser expropriados¹¹⁸.

Após análise da jurisprudência arbitral, presume-se que uma violação do tratado pode ser provocada pelo Estado que decide não cumprir com as obrigações contratuais que estabeleceu com o investidor estrangeiro e que, por consequência, impede o desenvolvimento de tal investimento. A dúvida que resta é se contratos comerciais que não contam com o Estado como parte também podem ser expropriados.

Para esta análise, primeiramente, deve-se buscar as definições de investimento em cada tratado. Tratados da década de 1990, por exemplo,

¹¹⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Quiborax S.A. and Non-Metallic Minerals S.A. v. Plurinational State of Bolivia**. para. 239. ICSID Case ARB/06/2, Award (16 sep. 2015). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4389.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019. Demanda decorrente da revogação do Decreto Presidencial de onze concessões de mineração detidas pelos investidores por meio de um veículo de investimento na Bolívia.

¹¹⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Compañía de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal SA v. Argentina**. para. 7.5.4-7.5.9. ICSID Case No. ARB/97/3, Award, IIC 307 (20 ago. 2007). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0215.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

¹¹⁷ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Emmis International Holding BV v Hungary**. para. 169. ICSID Case No ARB/12/2, IIC 722, Award de 2014. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3143.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019. O investidor alegou expropriação dos investimentos compostos pelas licenças de rádios FM em todo o país na Hungria, em razão da decisão do governo de conceder as frequências de rádio anteriormente detidas pelos investidores a terceiros.

¹¹⁸ MCLACHLAN, Campbell; SHORE, Laurence; WEINIGER, Matthew. **International Investment Arbitration: Substantive Principles**, 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 408.

apresentavam linguagem vaga nas definições de investimentos protegidos, principalmente com o item de direito sobre algum valor em dinheiro ou direito sobre alguma performance de valor econômico. O Modelo de Tratado Alemão de 1998 é exemplo desta classificação:

Article 1

For the purposes of this Treaty

1. The term "investments" comprises every kind of asset, in particular:

(a) movable and immovable property as well as any other rights in rein, such as mortgages, liens and, pledges.

(b) shares of companies and other kinds of interest in companies;

(c) claims to money which has been used to create an economic value or claims to any performance having an economic value,

(d) intellectual property rights, in particular copyrights, patents, utility- model patents, industrial designs, trade-marks, trade-names, trade and business secrets, technical processes, know-how, and good will;

(e) business concessions under public law, including concessions to search for, extract and exploit natural resources;

any alteration of the form in which assets are invested shall not affect their classification as investment, [...]¹¹⁹

Demandas que surgiram de tratados como este introduziram a ideia de que se pode considerar um contrato como investimento. Portanto, sendo investimento, a cláusula de expropriação do tratado aplica-se à relação contratual¹²⁰.

Já tratados mais recentes, em resposta às demandas que surgiram pela falta de exatidão na redação dos tratados de investimento, buscam delimitar o que são investimentos. O Modelo de BIT da União Econômica Bélgica-Luxemburgo de março

¹¹⁹ "Artigo 1. Para efeitos do presente Tratado 1. O termo "investimentos" compreende todo tipo de ativo, em particular: (a) bens móveis e imóveis, bem como quaisquer outros direitos sobre as rédeas, como hipotecas, penhoras e penhor. (b) ações de empresas e outros tipos de interesse em empresas; (c) reivindicações de dinheiro que tenham sido usadas para criar um valor econômico ou reivindicações de qualquer desempenho que tenha um valor econômico, (d) direitos de propriedade intelectual, em particular direitos autorais, patentes, modelos de utilidade, desenhos industriais, marcas comerciais, nomes comerciais, segredos comerciais e comerciais, processos técnicos, know-how e boa vontade; (e) concessões comerciais de direito público, incluindo concessões para pesquisar, extrair e explorar recursos naturais; qualquer alteração na forma em que os ativos são investidos não afetará sua classificação como investimento [...]" (UNITED NATIONS. **Treaty between the federal republic of germany and _____ concerning the encouragement and reciprocal protection of investments**. 1998. Disponível em <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2863/download>. Acesso em: 02 dez. 2019. Tradução livre. Grifos no original)

¹²⁰ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Consortium RFCC v Morocco**. para. 60. ICSID Case No ARB/00/6, IIC 75, Award de 2003. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0226.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

de 2019 também conta com o item “claims to money or claims to performance under a contract”¹²¹, mas explicita no parágrafo seguinte o que caberia dentro deste item:

For greater certainty, claims to money does not include:

(i) claims to money that arise solely from commercial contracts for the sale of goods or services by a natural person or enterprise in the territory of a Contracting Party to a natural person or enterprise in the territory of the other Contracting Party.

(ii) the domestic financing of such contracts; or

(iii) any order, judgment, or arbitral award related to sub-subparagraph (i) or (ii)¹²².

Portanto, a depender da redação dada pelos Estados Parte em um BIT, o tribunal arbitral analisará a sua competência para decidir sobre o investimento tutelado. O tribunal no caso *Inmaris Perestroika v. Ukraine*, na Decisão sobre Competência, analisou o BIT entre Alemanha e Ucrânia, que conta com redação vaga similar ao Modelo de Tratado Alemão de 1998, e entendeu que os contratos que o requerente mantinha como forma de investimento eram protegidos pelo tratado:

103. None of the illustrative examples of investments in Article 1(1) of the BIT directly corresponds to the concept of expected returns as an asset, although as a practical matter such returns are potentially the result of holding an asset. However, at least in the context of expected returns that are grounded in contract, one can fairly readily characterize expectations of payment as “claims to money” or “claims to performance.” On this basis, the Tribunal accepts WKG’s and IWS’s characterization of the payments expected under their respective contracts as “investments” within the meaning of Article 1(1) of the BIT¹²³

¹²¹ “Artigo 3 (i). Reivindicações de dinheiro ou de reivindicações de qualquer desempenho sob um contrato” (UNITED NATIONS. **Belgium-Luxembourg Economic Union Model BIT**. 2019. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5854/download>. Acesso em: 02 dez. 2019. Tradução livre.)

¹²² “Para maior segurança, as reivindicações de dinheiro não incluem: (i) reivindicações de dinheiro que resultem apenas de contratos comerciais para a venda de bens ou serviços por uma pessoa natural ou empresa no território de uma Parte Contratante a uma pessoa natural ou empresa no território da outra Parte Contratante” (UNITED NATIONS. **Belgium-Luxembourg Economic Union Model BIT**. Artigo 3(i). 2019. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5854/download>. Acesso em: 02 dez. 2019. Tradução livre. Grifos nossos).

¹²³ “Nenhum dos exemplos ilustrativos de investimentos no Artigo 1(1), do BIT corresponde diretamente ao conceito de retornos esperados como ativo, embora, na prática, esses retornos sejam potencialmente o resultado da detenção de um ativo. No entanto, pelo menos no contexto de retornos esperados fundamentados em contrato, pode-se caracterizar prontamente as expectativas de pagamento como ‘reivindicações de dinheiro’ ou ‘reivindicações de performance’. Com base nisso, o Tribunal aceita a caracterização do WKG e IWS dos pagamentos previstos nos respectivos contratos como “investimentos”, no sentido do Artigo 1(1), do BIT” (INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and ors v Ukraine**. para. 103. Decision on Jurisdiction, ICSID Case No

Além do quesito de jurisdição dos tribunais ao se considerar contratos como investimentos protegidos, a análise segue sobre a possibilidade de expropriação destes contratos, especialmente se a relação independe do Estado, mas é afetada pelos seus atos soberanos. No caso mencionado acima, Já na análise de mérito, o Tribunal entendeu que houve expropriação do investimento dos requerentes, pois estes foram proibidos de cumprir com suas obrigações perante terceiros¹²⁴.

Whether the actions of Respondent amounted to a direct expropriation or a measure tantamount to expropriation is not critical to the Tribunal's finding. Certainly, the withholding of a key asset could be viewed as an effective seizure of Claimant's right to use that asset. Title to the ship was, however, never vested in Claimants. At a minimum, the travel ban amounted to an indirect expropriation in that it destroyed the value of Claimants' contractual rights and such diminution in value (due to the lasting damage to Claimants' business) was, for all intents and purposes, permanent. Therefore, the Tribunal concludes that Respondent's actions amounted to expropriation or a measure tantamount to expropriation, which was not accompanied by any compensation, in violation of Article 4(2) of the BIT¹²⁵

Nota-se, ainda, que o navio não pertencia à Inmaris Perestroika Sailings. Logo, o único investimento passível de expropriação tratava-se de seus contratos de valor econômico. O ponto central da análise do tribunal foi o efeito que a proibição

ARB/08/8, IIC 431 [8 mar. 2010]. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1411.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019. Tradução livre).

¹²⁴ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and ors v Ukraine**. para. 301. Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/08/8, IIC 431 (8 mar. 2010). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1411.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019. Para fins de contextualização, a demanda surgiu de uma série de contratos celebrados entre uma instituição de ensino estatal da Ucrânia e os requerentes sobre o uso de um navio de treinamento de vela e desacordos subsequentes sobre a operação dos contratos, seguido de uma decisão do governo que proibiu o navio de sair das águas territoriais ucranianas até o esclarecimento de questões relacionadas à sua operação conjunta, portanto, privando os requerentes de utilizar o navio para cumprir com seus contratos com terceiros.

¹²⁵ "Se as ações do Requerido (Estado) representaram uma expropriação direta ou uma medida equivalente à expropriação não é essencial para a conclusão do Tribunal. Certamente, a retenção de um ativo chave pode ser vista como uma apreensão efetiva do direito dos Requerentes de usar esse ativo. Contudo, o título do navio nunca foi adquirido pelos Requerentes. No mínimo, a proibição de viagem representou uma expropriação indireta, na medida em que destruiu o valor dos direitos contratuais dos Requerentes e essa diminuição no valor (devido ao dano duradouro aos negócios dos Requerentes) foi, para todos os efeitos, permanente. Portanto, o Tribunal conclui que as ações do Requerido equivaleram a expropriação ou uma medida equivalente a expropriação, que não foi acompanhada de qualquer compensação, violando o Artigo 4 (2) do BIT" (INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and ors v Ukraine**. para. 301. Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/08/8, IIC 431 [8 mar. 2010]. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1411.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019. Tradução livre).

de navegação do navio teve sobre a performance contratual da Empresa com terceiros. Desta forma, os atos da Ucrânia assolaram o valor dos compromissos contratuais do investidor e o impediram de cumprir com suas obrigações perante terceiros e por isso constituíram uma expropriação¹²⁶.

Sendo assim, apesar de raro quando comparado com o volume de contratos estabelecidos diretamente entre investidores e Estados, conclui-se, que contratos entre dois particulares que tiveram sua performance impedida ou substancialmente afetada pelos atos do Estado podem ser considerados expropriados. Para configuração de expropriação, contudo, o investidor deve ter direito a proteção do tratado como nacional do outro país signatário e, principalmente, deve haver compensação pela perda do investimento.

3.3 DEVER DE COMPENSAÇÃO

O conceito de expropriação normalmente encontrado em tratados bilaterais de investimento, como visto no ponto anterior, estabelece que o Estado não deve privar o investidor estrangeiro do aproveitamento ou uso do seu investimento. Contudo, se o fizer, tal medida deve ser tomada por razão de (i) interesse público, (ii) de forma não-discriminatória, (iii) respeitando o devido processo legal e (iv) mediante compensação¹²⁷. Portanto, pela letra dos tratados, todos estes requisitos deveriam ser preenchidos para uma Expropriação legal.

A alegação de interesse público por parte do Estado anfitrião não costuma gerar discórdia. De forma geral, faz parte das prerrogativas do Estado agir por razão de interesse público e, portanto, poucos casos questionam a existência de um propósito público para os atos que causaram a perda do investidor¹²⁸.

Já a exigência de não discriminação acaba por ser constante objeto de análise da legalidade da expropriação¹²⁹. Este critério não é atendido sempre que

¹²⁶ COX, Johanne M. *Expropriation in Investment Treaty Arbitration*. Oxford: OUP Oxford, 2019, p. 118.

¹²⁷ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 101.

¹²⁸ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 99.

¹²⁹ Trata-se da mesma análise proposta no item 2.1.3 deste trabalho, com a única diferença que, no primeiro item, a violação do tratado é a própria discriminação; enquanto no item atual a

um regulamento visa um investidor estrangeiro com base em sua nacionalidade¹³⁰ e quando casos semelhantes são tratados de maneira diferente sem justificativa razoável¹³¹.

O devido processo legal envolve obrigações processuais e substantivas¹³². Por um lado, não basta ter um regulamento promulgado de acordo com um processo legislativo interno¹³³, enquanto, por outro, sua execução deve ser livre de arbitrariedade¹³⁴, e o investidor deve ter acesso a um órgão de revisão independente e imparcial¹³⁵.

discriminação é analisada no contexto de perda do investimento causado por atos expropriatórios do Estado anfitrião.

¹³⁰ COX, Johanne M. **Expropriation in Investment Treaty Arbitration**. Oxford: OUP Oxford, 2019.

¹³¹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Saluka v. Czech Republic**. para. 313. UNCITRAL, Partial Award (17 mar. 2006). Disponível em: <https://oxia.ouplaw.com/view/10.1093/law:iic/210-2006.case.1/law-iic-210-2006?rskey=WZHcjm&result=1&prd=IC>. Acesso em: 02 dez. 2019. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Marion Unglaube and Reinhard Unglaube v. Republic of Costa Rica**. para. 262, 263. ICSID Case ARB/08/1, Award (16 mai. 2012). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1053.pdf>. Acesso em: 01 dez. COX, Johanne M. **Expropriation in Investment Treaty Arbitration**. Oxford: OUP Oxford, 2019, para. 4.84.

¹³² COX, Johanne M. **Expropriation in Investment Treaty Arbitration**. Oxford: OUP Oxford, 2019, p. 75-77. UNCTAD. **Series on Issues in International Investment Agreements II: Expropriation**. United Nations Publication, 2012, p. 36.

¹³³ COX, Johanne M. **Expropriation in Investment Treaty Arbitration**. Oxford: OUP Oxford, 2019, p. 75-77. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary**. para. 435. ICSID Case ARB/03/16, Award (02 out. 2006). Disponível em: https://jsumundi.com/en/document/decision/en-adc-affiliate-limited-and-adc-admc-management-limited-v-republic-of-hungary-award-monday-2nd-october-2006#decision_650. Acesso em: 02 dez. 2019. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ELSI Case (U.S. v. Italy)**, ICJ Reports (1989) 15, para. 128. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/76/076-19890720-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019. UNCTAD. **Series on Issues in International Investment Agreements II: Expropriation**. United Nations Publication, 2012, p. 36.

¹³⁴ COX, Johanne M. **Expropriation in Investment Treaty Arbitration**. Oxford: OUP Oxford, 2019, p. 75-77. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary**. para. 435. ICSID Case ARB/03/16, Award (02 out. 2006). Disponível em: https://jsumundi.com/en/document/decision/en-adc-affiliate-limited-and-adc-admc-management-limited-v-republic-of-hungary-award-monday-2nd-october-2006#decision_650. Acesso em: 02 dez. 2019. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ELSI Case (U.S. v. Italy)**, ICJ Reports (1989) 15, para. 128. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/76/076-19890720-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

¹³⁵ COX, Johanne M. **Expropriation in Investment Treaty Arbitration**. Oxford: OUP Oxford, 2019, p. 75-77; INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary**. para. 435. ICSID Case ARB/03/16, Award (02 out. 2006). Disponível em: https://jsumundi.com/en/document/decision/en-adc-affiliate-limited-and-adc-admc-management-limited-v-republic-of-hungary-award-monday-2nd-october-2006#decision_650. Acesso em: 02 dez. 2019. **ELSI Case (U.S. v. Italy)**, ICJ Reports (1989) 15, para. 128. Disponível

O respeito à lei interna de um Estado impõe a conformidade com as normas processuais domésticas para promulgar e fazer cumprir uma regulamentação¹³⁶. No caso de *ADC v. Hungary*, o tribunal concluiu que a falha do Estado em fornecer um aviso prévio razoável sobre a alteração de sua legislação por meio de um decreto, bem como a falta de audiências justas e um órgão imparcial para acessar a disputa constituíam uma violação do devido processo legal¹³⁷.

Quanto à arbitrariedade, a ICJ no caso *ELSI* concluiu que, embora a requisição do *ELSI S.p.A.* violara a lei italiana, porque a autoridade pública excedeu seus poderes, não foi arbitrária¹³⁸. Isso ocorreu devido às expectativas de que a autoridade municipal de Palermo tentaria agir para acalmar a agitação civil na região¹³⁹. E, finalmente, em *Rusoro Mining v. Venezuela* o tribunal decidiu que meras alegações de que qualquer tentativa de obter justiça localmente seria inútil é insuficiente para demonstrar uma violação do devido processo legal¹⁴⁰.

Independentemente do reconhecimento dos critérios de interesse público, não-discriminação e devido processo legal, os BITs também exigem a compensação pelo investimento expropriado. No caso *ADC v. Hungary*, o tribunal concluiu que o

em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/76/076-19890720-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

¹³⁶ COX, Johanne M. **Expropriation in Investment Treaty Arbitration**. Oxford: OUP Oxford, 2019, para. 4.105.

¹³⁷ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary**. para. 219, 435–436. ICSID Case ARB/03/16, Award (02 out. 2006). Disponível em: https://jsumundi.com/en/document/decision/en-adc-affiliate-limited-and-adc-admc-management-limited-v-republic-of-hungary-award-monday-2nd-october-2006#decision_650. Acesso em: 02 dez. 2019. Demanda decorrente da emissão de um decreto pelo Ministro dos Transportes da Hungria que resultou na aquisição de todas as atividades relacionadas à operação do investimento dos investidores após a conclusão da construção e reforma dos terminais aeroportuários em questão.

¹³⁸ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ELSI Case (U.S. v. Italy)**, ICJ Reports (1989) 15, para. 124-128. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/76/076-19890720-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019. O caso tratou da alegação de expropriação da planta de operações da empresa Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) pela prefeitura de Palermo, Itália, após a empresa anunciar que estaria cessando suas atividades no local temporariamente para prosseguir a sua liquidação.

¹³⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ELSI Case (U.S. v. Italy)**, ICJ Reports (1989) 15, para. 129-130. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/76/076-19890720-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

¹⁴⁰ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela**. para. 392. ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Award de 22 Aug. 2016. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7507.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019. As demandas do investidor decorreram da promulgação pelo governo de uma série de medidas que supostamente desmantelaram o regime legal de comercialização de ouro na Venezuela e culminaram na nacionalização e controle dos investimentos de Rusoro na Venezuela sem a devida compensação.

exercício do poder regulador de um Estado não é isento de freios, sendo limitado pelas obrigações de proteção ao investimento consagradas no tratado de investimento bilateral aplicável¹⁴¹.

Além disso, agora é comumente estabelecido na prática arbitral que, quando um tratado exige cumulativamente várias condições para uma desapropriação legal, uma falha de qualquer uma delas implica uma violação de toda a provisão¹⁴². O artigo VII¹⁴³ do BIT entre Canadá e Venezuela estabelece condições que devem ser seguidas de acordo com uma expropriação legal. Entre eles está o requisito de compensação imediata, adequada e eficaz, como foi o caso de *Crystallex v. Venezuela*¹⁴⁴.

3.4 CRITÉRIOS DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

3.4.1 Proporcionalidade

O exame de proporcionalidade da medida estatal foi incorporado na análise dos tribunais arbitrais com o objetivo de verificar se o ato, apesar de ser por interesse público, poderia ter afetado o investimento de forma menos invasiva.

¹⁴¹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary**. para. 423-424. ICSID Case ARB/03/16, Award (02 out. 2006). Disponível em: https://jsumundi.com/en/document/decision/en-adc-affiliate-limited-and-adc-admc-management-limited-v-republic-of-hungary-award-monday-2nd-october-2006#decision_650. Acesso em: 02 dez. 2019. DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. Principles of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 122-123.

¹⁴² INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Saluka v. Czech Republic**. para. 266. UNCITRAL, Partial Award (17 mar. 2006). Disponível em: <https://oxia.ouplaw.com/view/10.1093/law:iic/210-2006.case.1/law-iic-210-2006?rkey=WZHcjn&result=1&prd=IC>. Acesso em: 02 dez. 2019. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Marion Unglaube and Reinhard Unglaube v. Republic of Costa Rica**. para. 305. ICSID Case ARB/08/1, Award (16 mai. 2012). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1053.pdf>. Acesso em: 01 dez.

¹⁴³ AGREEMENT Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Venezuela for the Promotion and Protection of Investments. 1 de julho de 1996. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/644/download>. Acesso em: 02 dez. 2019.

¹⁴⁴ AGREEMENT Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Venezuela for the Promotion and Protection of Investments. 1 de julho de 1996. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/644/download>. Acesso em: 02 dez. 2019. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela**. para. 716-717. ICSID Case ARB(AF)/11/2, Award (04-Apr-2016). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7194.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

Considera-se proporcional, portanto, a medida na qual o Estado-anfitrião promove sua política pública sem sacrificar o investimento. Todavia, o princípio da proporcionalidade não compõe o texto dos tratados de investimento, mas é aplicado pelos tribunais arbitrais, que o consideram regra geral de direito internacional¹⁴⁵.

A introdução do princípio de proporcionalidade na análise de expropriação ocorreu em *Tecmed v. Mexico*¹⁴⁶, que aplicou a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, mais precisamente o caso *Sporrong & Lönnroth v Sweden*¹⁴⁷. O caso se trata de dois nacionais suecos que tiveram suas propriedades afetadas pela legislação da Suécia que permitiu a expropriação dos imóveis, caso necessárias para empreendimento de infraestrutura em Estocolmo. Tal permissão impediu construções e renovações nos imóveis por 23 anos e, portanto, afetou substancialmente o preço de venda dos títulos. O Tribunal entendeu que, apesar da expropriação formal nunca ter sido exercida, houve expropriação indireta porque a regulação afetou de forma restritiva a possibilidade dos proprietários disporem da propriedade¹⁴⁸.

A fonte normativa para alegação de expropriação provém do Artigo 1 do Protocolo 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem sobre proteção da propriedade:

Artigo 1

Protecção da propriedade

Qualquer pessoa singular ou colectiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional.

As condições precedentes entendem - se sem prejuízo do direito que os Estados possuem de pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a

¹⁴⁵ N. Jansen Calamita. *The Principle of Proportionality and the Problem of Indeterminacy in International Investment Treaties*. Em A. Bjorklund (ed.), *Yearbook on International Investment Law and Policy 2013–2014*, p. 168. (157-200); *Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest—the Concept of Proportionality*. Benedict Kingsbury and Stephan W. Schill. © Oxford University Press 2010. Published 2010 by Oxford University Press.

¹⁴⁶ *Tecmed v. Mexico*, caso também tratado no item 2, em *Fair and Equitable Treatment*, trata-se de da não renovação pelo governo do México de licença de operação de aterro sanitário detida por investidor espanhol. A demanda analisou a violação do tratamento justo e equitativo e a expropriação do investimento. O investidor teve sucesso na alegação de FET, mas não prevaleceu na alegação de expropriação.

¹⁴⁷ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Sporrong & Lönnroth v Sweden**. Series A, 52, para. 69. 23 sep. 1982. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57580>. Acesso em: 30 nov. 2019.

¹⁴⁸ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 106.

regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral, ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou de multas.¹⁴⁹

Contudo, o Artigo 1 não estabelece por si só a necessidade de proporcionalidade nos atos estatais. Esta conclusão é introduzida pelo Tribunal como interesse geral presente na Convenção:

For the purposes of the latter provision, the Court must determine whether a fair balance was struck between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights (see, mutatis mutandis, the judgment of 23 July 1968 in the "Belgian Linguistic" case, Series A no. 6, p. 32, par. 5). The search for this balance is inherent in the whole of the Convention and is also reflected in the structure of Article 1 (P1-1).¹⁵⁰

Neste sentido, o Tribunal classificou a regulação sueca como expropriatória mesmo sem a formal transferência de propriedade porque, apesar da existência de interesse público, a medida poderia ter sido menos restritiva, e ter permitido aos cidadãos um pedido de redução do prazo e de indenização pela imposição legal¹⁵¹.

Professor Calamita, no entanto, critica a aplicação desse raciocínio para demandas de investimento pela falta de suporte normativo para incluir o exame de proporcionalidade na análise dos tribunais arbitrais. O Professor considera que não se pode presumir que a Lei Europeia seria, também, Direito Internacional. No mais, geralmente, não há exigência de proporcionalidade nos tratados de investimento e, mesmo assim, tribunais como em *Tecmed v. Mexico* entenderam ter competência para analisar atos dentro da discricionariedade de um Estado Soberano como os Estados Unidos do México¹⁵².

Esta crítica é afastada, por exemplo, em casos como *Occidental v. Ecuador*, no qual o investidor alegou, entre outros direitos, a expropriação indireta de sua

¹⁴⁹ PROTOCOLO Adicional à Convenção de Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Paris, 20 de março de 1952. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 30 nov. 2019.

¹⁵⁰ "Para os fins desta última disposição, o Tribunal deve determinar se foi alcançado um equilíbrio justo entre as demandas do interesse geral da comunidade e os requisitos de proteção dos direitos fundamentais do indivíduo. A busca desse equilíbrio é inerente a toda a Convenção e se reflete na estrutura do Artigo 1 (P1-1)" (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Spjornong & Lönnroth v Sweden**. Series A, 52, para. 69. 23 sep. 1982. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57580>. Acesso em: 30 nov. 2019. Tradução livre).

¹⁵¹ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 107.

¹⁵² CALAMITA, N. Jansen. The Principle of Proportionality and the Problem of Indeterminacy. In BJORKLUND, A. (ed.). **Yearbook on International Investment Law and Policy 2013–2014**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 187.

participação na companhia nacional de petróleo, PetroEcuador, por meio de um decreto de *caducidad* do governo equatoriano. O tribunal deste caso aplicou o princípio de proporcionalidade com base na lei equatoriana, eleita pelo contrato de participação em disputa¹⁵³ e por isso o princípio faria parte do escopo de análise do tribunal.

Independentemente desta observação, a análise de proporcionalidade é uma das principais escolhidas pelos tribunais arbitrais de investimento para avaliar a se os atos do estado anfitrião foram expropriatórios ou se foram o único adequado para manutenção do interesse público em questão¹⁵⁴. Além deste princípio, a legitimidade do Estado para agir de forma que afete os investimentos estrangeiros mas mantêm-se dentro do seu escopo regulatório também é relevante para os tribunais arbitrais, mais especificamente pelo doutrina de *police powers*.

3.4.2 Police Powers Doctrine

A doutrina de Police Powers de direito internacional público estabelece que os atos de um Estado soberano que afetam investimentos, mas que não são discriminatórios nem ferem o devido processo legal, são exercícios legítimos do poder regulatório do Estado e, portanto, não constituem uma expropriação¹⁵⁵.

Para melhor ilustrar sua aplicação, tem-se o caso Phillip Morris v. Uruguay, decidido em 2016. Philip Morris, Companhia detentora de marcas de tabaco como Marlboro, iniciou a demanda contra a República do Uruguai por conta das limitações ao uso da propriedade intelectual que dizia respeito à identidade visual de suas diferentes marcas. No caso, a regulação uruguaia impedia o uso do logo e design das marcas nas caixas de cigarro para comercialização, devendo constar apenas o nome do produto em letras bastão. Também não seria mais possível vender caixas de cigarro de diferentes linhas que pudessem induzir o consumidor ao erro com

¹⁵³ CALAMITA, N. Jansen. The Principle of Proportionality and the Problem of Indeterminacy. In BJORKLUND, A. (ed.). **Yearbook on International Investment Law and Policy 2013–2014**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 190-191.

¹⁵⁴ VADI, Valentina. Proportionality, Reasonableness, and Standards of Review in Investment Treaty Arbitration. In BJORKLUND, A. (ed.). **Yearbook on International Investment Law and Policy 2013–2014**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 201-228.

¹⁵⁵ PELLET, Alain. 'Chapter 32: Police Powers or the State's Right to Regulate'. In KINNEAR, Meg *et al.* (ed.). **Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015, p. 447 – 462.

termos como *gold*, *mint*, etc. O Uruguai, que tinha a terceira maior população de fumantes na América Latina, detectou diminuição no consumo de tabaco. Philip Morris, apesar de fechar sua fábrica no país em 2011, manteve-se lucrativa no país.

A parte requerente alegou, principalmente, haver violação de FET e expropriação da propriedade intelectual que detinha. O tribunal arbitral, contudo, concluiu que a regulação do Estado anfitrião fora exercício válido de seus *police powers* juntamente com uma análise de proporcionalidade, considerando que não houve perda do investimento, apenas redução nas operações¹⁵⁶.

Portanto, uma medida que se enquadre nos poderes soberanos de um Estado para regular as atividades comerciais realizadas em seu território não é expropriatória¹⁵⁷. Esta deve ser uma medida não discriminatória, promulgada no devido processo legal, visando e sendo proporcional à proteção do bem-estar geral¹⁵⁸.

A avaliação dos *Police Powers* é semelhante aos critérios normalmente expressos nas cláusulas de expropriação dos BITs, cabendo aos tribunais diferenciar atos regulatórios comuns de atos que configuram expropriação direta ou indireta, que exigiriam compensação¹⁵⁹. No entanto, alguns tratados de investimento

¹⁵⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Philip Morris Brands Sàrl and others v. Oriental Republic of Uruguay**. para. 191, 287. ICSID Case ARB/10/7, Award (08 jul. 2016). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

¹⁵⁷ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Saluka v. Czech Republic**. para. 259-262. UNCITRAL, Partial Award (17 mar. 2006). Disponível em: <https://oxia.ouplaw.com/view/10.1093/law:iic/210-2006.case.1/law-iic-210-2006?rskey=WZHcjn&result=1&prd=IC>. Acesso em: 02 dez. 2019. COX, Johanne M. **Expropriation in Investment Treaty Arbitration**. Oxford: OUP Oxford, 2019, para. 7.02. DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p.120; UNCTAD Expropriation, p. 79.

¹⁵⁸ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Methanex v United States**. para. 7. Final Award, (3 ago. 2005), Parte IV, Ch B. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Saluka v. Czech Republic**. para. 253-273. UNCITRAL, Partial Award (17 mar. 2006). Disponível em: <https://oxia.ouplaw.com/view/10.1093/law:iic/210-2006.case.1/law-iic-210-2006?rskey=WZHcjn&result=1&prd=IC>. Acesso em: 02 dez. 2019. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Philip Morris Brands Sàrl and others v. Oriental Republic of Uruguay**. para. 305. ICSID Case ARB/10/7, Award (08 jul. 2016). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

¹⁵⁹ PELLET, Alain. 'Chapter 32: Police Powers or the State's Right to Regulate'. In KINNEAR, Meg et al. (ed.). **Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015, p. 447-462.

abrem um caminho normativo para a doutrina de *police powers*, incluindo a cláusula de exceção geral, presente, por exemplo, no BIT entre Argentina e EUA de 1991:

ARTICLE XI

This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the Protection of its own essential security interests.¹⁶⁰

Estados que se utilizam de cláusulas como esta, contudo, devem justificar a necessidade da medida, de acordo com o texto do tratado. Nestes casos, a doutrina varia entre a aplicação da cláusula para medidas de precaução por parte do Estado (*precautionary measures*)¹⁶¹ ou atos de necessidade no sentido de “estado de necessidade” sob o Direito internacional¹⁶².

A expropriação legal, ou seja, seguida de compensação, vai de encontro ao argumento do poder regulatório estatal, que pode ser encontrado tanto da doutrina de *police powers* quanto nas cláusulas de exceção geral. Cabe aos tribunais arbitrais o exame da conduta dos Estados. Por um lado, essas medidas podem fazer parte do mero exercício regulatório inerente ao Estado e cujos efeitos adversos sobre investimentos não precisam ser compensados. Por outro lado, mesmo que por interesse público, a perda do investimento em razão de restrições impostas direta ou indiretamente pelo poder público, em regra, caracterizam uma expropriação, que tem como requisito principal, a compensação.

¹⁶⁰ “ARTIGO XI. O presente Tratado não impedirá a aplicação por qualquer das Partes das medidas necessárias para a manutenção da ordem pública, o cumprimento de suas obrigações com relação à manutenção ou restauração da paz ou segurança internacional, ou a Proteção de seus próprios interesses essenciais de segurança” (TREATY Between United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment. 14 de novembro de 1991. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/127/download>. Acesso em: 02 dez. 2019. Tradução livre).

¹⁶¹ FAUCHALD, Ole Kristian. The Legal Reasoning of ICSID Tribunals - An Empirical Analysis. **The European Journal of International Law**. Oxford, v. 19, n. 2, p. 301-364, 2008, p. 317-318. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Noble Ventures, Inc. v. Romania**. para. 52. ICSID Case n. ARB/01/11. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/documents/748>. Acesso em: 30 nov. 2019.

¹⁶² VIÑUALES, Jorge E. **Foreign Investment and the Environment in International Law**. Cambridge University Press, 2012, p. 352.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho permite observar o poder conferido aos tribunais arbitrais em demandas de investimento. Os árbitros julgam a postura do Estado e podem, por meio de suas condenações, afetar profundamente o orçamento público. Casos como Philip Morris v. Uruguay demonstram a disparidade entre empresas transnacionais e países em desenvolvimento forçados ao custoso litígio por tomarem medidas meramente regulatórias.

Porém, os Estados que buscam abrir caminhos para a recepção de investimentos estrangeiros assumem essas responsabilidades para com os investidores contemplados. Na ocorrência de disputas, a arbitragem acaba por ser o meio mais qualificado e imparcial para decidir sobre as violações dos tratados que versam sobre investimento estrangeiro.

Diante dos diferentes caminhos da prática arbitral para aplicação do conceito de expropriação de investimento pode-se concluir que cada caso implica em uma ampla análise das circunstâncias políticas e sociais que pautaram os atos do Estado-anfitrião. A alegação de privação do gozo do investimento torna-se mais difícil quando o investimento tutelado não tem lastro em título de propriedade. Nesses casos, o Estado, de alguma maneira, impede ou convenciona sobre a legalidade de performances contratuais, podendo ser caracterizada a expropriação contratual.

Contudo, impossível distanciar-se do conceito inicial de expropriação, que exige a compensação quando a medida estatal implica na perda de algum título ou compromisso de valor econômico. Assim, para investidores que sofrem perdas menos significativas, como parcial diminuição dos lucros, os critérios de expropriação são de mais difícil alcance. Por isso existem standards de tratamento menos exigentes mas que continuam a promover um sistema de garantias para o investidor estrangeiro, como FET, FPS e MFN, tratados anteriormente.

A escolha dos pedidos em uma demanda de investimento, portanto, passa pelo estudo dos fatos necessários para preencher os critérios de cada possível violação de um tratado de investimento. Esses diferentes standards de tratamento permitem que o investidor, independentemente da sua grandiosidade financeira ou do quanto seu investimento foi afetado, seja protegido por complexo sistema de garantias.

Seja pela invasão de forças armadas em plantas industriais, seja pelo bloqueio de performance contratual, o direito internacional de investimento busca equilibrar as forças de Estados soberanos e Empresas transnacionais. O ICSID e os diferentes métodos de acesso à arbitragem são a manifestação da intenção dos Estados-anfitriões e da busca dos investidores estrangeiros por segurança jurídica.

Desse modo, os standards de tratamento como os analisados no presente trabalho configuram meios para a manutenção dos objetivos finais das partes do procedimento arbitral, quando em boa-fé. De um lado, o desenvolvimento social e econômico, o dever de proteger e a soberania inerentes ao Estado. Do outro, a busca legítima por uma maior margem de lucros por meio da expansão de atividades econômicas a novos mercados. Cabe aos juristas, por análise casuística, determinar em quais pontos o interesse de uma das partes prevalece.

REFERÊNCIAS

ACORDO DE COOPERAÇÃO e Facilitação de Investimentos entre e República Federativa do Brasil e os Emirados Árabes Unidos. 15 de março de 2019. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5856/download>. Acesso em: 02 dez. 2019.

AGREEMENT between the Republic of the Philippines and the Swiss Confederation on the promotion and reciprocal protection of investments. [s/d]. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2174/download>. Acesso em: 02 dez. 2019

AGREEMENT Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Venezuela for the Promotion and Protection of Investments. 1 de julho de 1996. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/644/download>. Acesso em: 02 dez. 2019.

AGREEMENT on the Promotion and Reciprocal Protection of Investment Between the Kingdom of Spain and the United Mexican States. 23 de junho de 1995. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5618/download>. Acesso em: 02 dez. 2019.

BILLIET, Johan. **International Investment Arbitration**. A Practical Handbook. Portland: Maklu Publishers, 2016.

BISHOP, R. D. *et al.* **Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014.

BJORKLUND, A. (ed.). **Yearbook on International Investment Law and Policy 2013–2014**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

BONNITCHA, Jonathan; POULSEN, Lauge N. Skovgaard; WABE, Michael. **The Political Economy of the Investment Treaty Regime**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

CALAMITA, N. Jansen. The Principle of Proportionality and the Problem of Indeterminacy. *In* BJORKLUND, A. (ed.). **Yearbook on International Investment Law and Policy 2013–2014**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

CHARLOTIN, Damien. Looking Back: Tecmed v. Mexico breaks ground in adopting expansive reading of the Fair and Equitable Treatment and upholding protection of investors' "legitimate expectations". **Investment Arbitration Reporter**. 12 fev. 2017.

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE DIREITO DOS TRATADOS. 23 de maio de 1969 [em vigor desde 27 de janeiro de 1980]. Disponível em: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01.pdf. Acesso em: 02 dez. 2019.

COUNCIL OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. **Treaty on European Union**. Luxemburgo: Office for Official Publications of the European Communities, 1952. Disponível em: https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_en.pdf. Acesso em: 02 dez. 2019.

COX, Johanne M. **Expropriation in Investment Treaty Arbitration**. Oxford: OUP Oxford, 2019.

DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

DOUGLAS, Zachary. **The International Law of Investment Claims**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Sporrong & Lönnroth v Sweden**. Series A, 52. 23 sep. 1982. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57580>. Acesso em 30 de novembro de 2019.

FAUCHALD, Ole Kristian. The Legal Reasoning of ICSID Tribunals - An Empirical Analysis. **The European Journal of International Law**. Oxford, v. 19, v. 2, p. 301-364, 2008.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela**. ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Award (22 Aug. 2016). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7507.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Philip Morris Brands Sàrl and others v. Oriental Republic of Uruguay**. ICSID Case ARB/10/7, Award (08 jul. 2016). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela**. ICSID Case ARB(AF)/11/2, Award (04 apr. 2016). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7194.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Quiborax S.A. and Non-Metallic Minerals S.A. v. Plurinational State of Bolivia**. ICSID Case ARB/06/2, Award (16 sep. 2015). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4389.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Emmis International Holding BV v Hungary**. ICSID Case No ARB/12/2, IIC 722,

Award de 2014. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3143.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES.
Electrabel S.A. v. Republic of Hungary. ICSID Case ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability (30 nov. 2012). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1071clean.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES.
EDF International S.A. and others v. Argentine Republic. ICSID Case ARB/03/23, Award (11 jun. 2012). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1069.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES.
Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador. ICSID Case No. ARB/06/11, Award (5 out. 2012). Disponível em : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1094.pdf>. Acesso em : 02 dez. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES.
Marion Unglaube and Reinhard Unglaube v. Republic of Costa Rica. ICSID Case ARB/08/1, Award (16 mai. 2012). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1053.pdf>. Acesso em: 01 dez.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES.
Noble Ventures, Inc. v. Romania. ICSID Case n. ARB/01/11. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/documents/748>. Acesso em: 30 nov. 2019

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES.
AES Summit Generation v. Hungary. ICSID Case ARB/07/22, Award (23 set. 2010). Disponível em: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0014_0.pdf. Acesso em: 02 dez. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES.
Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and ors v Ukraine. Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/08/8, IIC 431 (8 mar. 2010). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1411.pdf>. Acesso em: 01 dez.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES.
Merrill and Ring Forestry L.P. v. Canada. ICSID Case No. UNCT/07/1, Award (31 mar. 2010), Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0504.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES.
Glamis Gold v. United States. UNCITRAL, Award (8 jun. 2009). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0378.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES.
Siemens A.G. v. Argentine Republic. ICSID Case RB/02/8. Award (17 jan. 2007).
Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES.
Compañía de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal SA v. Argentina.
ICSID Case No. ARB/97/3, Award, IIC 307 (20 ago. 2007). Disponível em:
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0215.pdf>. Acesso em:
02 dez. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES.
Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. Washington, 2006. Disponível em:
<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES.
ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary. ICSID Case ARB/03/16, Award (02 out. 2006). Disponível em: https://jsumundi.com/en/document/decision/en-adc-affiliate-limited-and-adc-admc-management-limited-v-republic-of-hungary-award-monday-2nd-october-2006#decision_650. Acesso em: 02 dez. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES.
World Duty Free v Kenya. Award (4 out. 2006). Disponível em:
<https://www.italaw.com/documents/WDFv.KenyaAward.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES.
Azurix Corp v. Argentine Republic. ICSID Case ARB/01/12, Award (14-Jul-2006).
Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0061.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES.
SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines. ICSID Case No. ARB/02/6. Disponível em : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES.
Saluka v. Czech Republic. UNCITRAL, Partial Award (17 mar. 2006). Disponível em: <https://oxia.ouplaw.com/view/10.1093/law:iic/210-2006.case.1/law-iic-210-2006?rskey=WZHcjn&result=1&prd=IC>. Acesso em: 02 dez. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES.
CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic. ICSID Case ARB/01/8, Award (12 mai. 2005), Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES.
Eureko B.V. v. Republic of Poland. IIC 98, Partial Award, Ad Hoc Tribunal (19 ago. 2005). Disponível em: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308_0.pdf. Acesso em: 02 dez. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES.
Methanex v United States. Final Award, (3 ago. 2005), Parte IV, Ch B. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES.
Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America. ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, (26 jun. 2003). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0470.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES.
Consortium RFCC v Morocco. ICSID Case No ARB/00/6, IIC 75, Award de 2003. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0226.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES.
Feldman v Mexico Award. (16 dez. 2002). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0319.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES.
Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain. ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (25-Jan-2000). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0479.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES.
ELSI Case (U.S. v. Italy). ICJ Reports (1989) 15. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/76/076-19890720-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES.
Phillips Petroleum Company Iran v. Iran. Award No. 425-39-2, 21 Iran–US CTR 79, (29 jun. 1989). Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0357.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

JOHNSON, Lise; VOLKOV, Oleksandr. Investor-State Contracts, host-State “commitments” and the myth of stability in international law. **The American Review of International Investment Arbitration**, Columbia Law School, v. 24, n. 3, p. 361-415, 2013.

KINNEAR, Meg *et al.* (ed.). **Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID.** Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015.

KLÄGER, Roland. **Fair and Equitable Treatment in International Investment Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

KRIEBAUM, Ursula. **Arbitrary/Unreasonable or Discriminatory Measures**. International Investment Law, Nomos. Kriebaum, Ursula, Arbitrary/Unreasonable or Discriminatory Measures. **International Investment Law**, Nomos, Baden Baden, 2013.

LAIRD, Ian (ed.). Saluka Investments BV v Czech Republic, Partial Award, IIC 210 (2006), 17th March 2006, Permanent Court of Arbitration [PCA]. Analysis, Borzu Sabahi. International Investment Claims 210, *in* **Oxford Reports on International Investment Claims**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MCLACHLAN, Campbell; SHORE, Laurence; WEINIGER, Matthew. **International Investment Arbitration: Substantive Principles**. 2^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2017.

MUHLINSKI, Peter T. **Multinational Enterprises & the Law**. Oxford: Oxford International Law Library, 2007.

NORTH AMERICAN Free Trade Agreement – NAFTA. 1 jan. 1994. Disponível em: https://idatd.cepal.org/Normativas/TLCAN/Ingles/North_American_Free_Trade_Agreement-NAFTA.pdf. Acesso em: 02 dez. 2019.

NUSSBAUM, Arthur. The Arbitration Between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government. **Cornell Law Review**, vol. 36, 1950/51. Disponível em: <https://www.trans-lex.org/127500>. Acesso em: 02 dez. 2019.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Draft Convention on the Protection of Foreign Property**. 1962. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

PROTOCOLO Adicional à Convenção de Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Paris, 20 de março de 1952. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 30 de novembro de 2019.

PELLET, Alain. 'Chapter 32: Police Powers or the State's Right to Regulate'. *In* KINNEAR, Meg *et al.* (ed.). **Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015, p. 447-462.

SALACUSE, Jeswald W. **The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

SCHNEIDERMAN, David. 2010. Investing in democracy? Political process and international investment law. **Toronto Law Journal**, Toronto, v. 60, n. 4, p. 909-939, 2010.

SCHREUER, Christoph; KRIEBAUM, Ursula. At What Time Must Legitimate Expectations Exist?. *In A Liber Amicorum*: Thomas Wälde – Law Beyond Conventional Thought, Londres: CMP Publishing, 2009.

THE INTERNATIONAL ENERGY CHARTER. Consolidated Energy Charter Treaty. 17 dez. 1994. Disponível em <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

TREATY Between United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment. 14 de novembro de 1991. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/127/download>. Acesso em: 02 dez. 2019.

UNCTAD. **Series on Issues in International Investment Agreements II: Expropriation**. United Nations Publication, 2012.

UNITED NATIONS. **Belgium-Luxembourg Economic Union Model BIT**. 2019. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5854/download>. Acesso em: 02 dez. 2019.

UNITED NATIONS. **International Investment Instruments: A Compendium**. Vol. V. New York and Geneva, 2002. Disponível em: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/137-volume-5.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

UNITED NATIONS. **Treaty between the federal republic of germany and _____ concerning the encouragement and reciprocal protection of investments**. 1998. Disponível em <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2863/download>. Acesso em: 02 dez. 2019.

UNITED NATIONS. **Treaty for the Promotion and Protection of Investments (with Protocol and exchange of notes)**. Germany and Pakistan. 25 nov. 1959. Disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280132bef>. Acesso em: 02 dez. 2019.

USA. **2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty**. 2012. Disponível em: <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

VADI, Valentina. Proportionality, Reasonableness, and Standards of Review in Investment Treaty Arbitration. *In* BJORKLUND, A. (ed.). **Yearbook on International Investment Law and Policy 2013–2014**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 221-228.

VIÑUALES, Jorge E. **Foreign Investment and the Environment in International Law**. Cambridge University Press, 2012.

YANNACA-SMALL, Katia (ed.). **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.

WORLD BANK. **Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment adopted by the Development Committee of the Board of Governors of the International Monetary Fund and the World Bank**, 1992.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Havana Charter for An International Trade Organization**, 1948. Disponível em:
https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf. Acesso em: 02 dez. 2019.