
REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Editores responsáveis por essa edição:

Editores:

Nitish Monebhurrin

Marcelo Dias Varella

Ardyllis Alves Soares

Editor Assistente

Leonardo Vieira Arruda Achtschin

Editores convidados:

Marcilio Toscano Franca Filho

Ardyllis Alves Soares.

ISSN 2237-1036

Revista de Direito Internacional Brazilian Journal of International Law	Brasília	v. 17	n. 3	p. 1-606	dez	2020
--	----------	-------	------	----------	-----	------

O costume internacional como reforço da objeção brasileira à cláusula do tratamento justo e equitativo

Leonardo Vieira Arruda Achtschin

O mais recente Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) do Brasil, celebrado com a Índia no ano de 2020, reafirma a tradicional objeção brasileira ao padrão do tratamento justo e equitativo (TJE) em seus tratados de investimentos. Assim o faz ao dispor que o tratamento a ser conferido ao investidor deverá se dar em conformidade com os costumes internacionais reconhecidos pelas partes pactuantes.

Essa novidade encontra-se alinhada ao papel desempenhado pelo Brasil no regime internacional do Direito dos Investimentos. O governo brasileiro é considerado um tradicional crítico da cláusula TJE, posição esta que remonta aos anos 90, quando o país assinou, por meio do Poder Executivo, 14 tratados bilaterais de investimentos (TBI) contendo a previsão da cláusula TJE, sem, no entanto, ratificar qualquer um deles no Congresso Nacional¹. Diante dessa rejeição aos TBIs nos anos noventa, o Brasil se manteve afastado do regime de regulação de investimentos até o ano de 2015, quando celebrou seu primeiro tratado de investimentos, com Moçambique².

A Índia, por outro lado, é um tradicional ator no regime internacional do Direito dos Investimentos, tendo celebrado seu primeiro TBI em 1994³. Até 2015 o país adotava o padrão TJE em seus tratados⁴. Essa situação se alterou após a adoção do novo modelo de TBI da Índia em 2015⁵, ocasião na qual o país optou por não mais prever o TJE em seus tratados de investimentos, optando por vincular o tratamento conferido aos investidores estrangeiros à norma costumeira internacional.

Alinhado a esse padrão do TBI indiano, o ACFI celebrado entre Índia e Brasil não menciona a cláusula TJE como um padrão

¹ Cf. TBI Brasil-Alemanha – Artigo 2(1), TBI Brasil-Bélgica/Luxemburgo – Artigo 3(1), TBI Brasil-Chile – Artigo III(2), TBI Brasil-Coreia – Artigo 2(2), TBI Brasil-Cuba – Artigo 3(2), TBI Brasil-Dinamarca – Artigo 3(1), TBI Brasil-Finlândia – Artigo 3(1), TBI Brasil-França – Artigo 3, TBI Brasil-Reino Unido – Artigo 2(2), TBI Brasil-Holanda – Artigo 3(1), TBI Brasil-Itália – Artigo II(2), TBI Brasil-Portugal – Artigo III(1), TBI Brasil-Suíça – Artigo 4(1) e TBI Brasil-Venezuela – Artigo 3(1).

² Cf. ACORDO de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República de Moçambique. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4717/download>. Acesso em 15 nov. 2020.

³ ACORDO entre o Governo do Reino Unido da Grã-Bretanha e a Irlanda do Norte e o Governo da República da Índia para a Promoção e Proteção de Investimentos. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1613/download>. Acesso em 15 nov. 2020

⁴ Por exemplo, cf. TBI Índia-Reino Unido (1994) – Artigo 3(2); TBI Índia-Rússia (1994) – Artigo 3(2); TBI Índia-Alemanha – Artigo 3(2); TBI Índia-Sérvia (2003) – Artigo 3(2); TBI Índia-Colômbia (2009) – Artigo 3(3); e TBI Índia-Emirados Árabes Unidos (2013) – Artigo 5(1).

⁵ TRATADO bilateral de investimentos da Índia (modelo). Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3560/download>. Acesso em: 15 nov. 2020.

individualizado a ser conferido ao investidor. Pelo contrário, o acordo vincula o tratamento concedido aos investidores ao costume internacional, discriminando determinadas medidas do Estado que poderiam constituir uma violação do tratado.

Essa inovação no ACFI Brasil-Índia ilustra o papel adotado por ambos os países de questionar o atual regime regulatório do investimento estrangeiro. Logo, esse novo tratado de investimentos entre o Brasil e a Índia incorpora o costume internacional como baliza para o tratamento do investidor no âmbito do ACFI (1), o que reflete um movimento de questionamento dos dois países ao padrão TJE (2).

1 A incorporação do costume internacional no ACFI Brasil-Índia

Em 2020, Brasil e Índia celebraram seu primeiro acordo internacional para a regulação de investimentos recíprocos, o ACFI Brasil-Índia. Havia expectativas quanto à assinatura de um tratado de investimentos entre os dois países desde pelo menos 2016⁶.

A importância da conclusão das negociações vai além do fato de envolver dois importantes atores econômicos no cenário internacional. Esse novo acordo apresenta uma interessante novidade, que é a adoção do costume internacional como baliza para a interpretação dos direitos dos investidores. Representa, também, um sinal de convergência em relação à maneira como os dois países se inserem no regime internacional do direito dos investimentos.

O artigo 4.1 do ACFI⁷ dispõe que a interpretação dos direitos dos investidores deverá levar em consideração os parâmetros da norma costumeira internacional.

Ao assim prever, os países estabelecem um rol de direitos que podem ser alegados pelo investidor caso este entenda ter havido alguma violação aos seus interesses⁸, cuja orientação se dá a partir do padrão mínimo de tratamento reconhecido pelo Direito Internacional.

O costume constitui uma das fontes do Direito Internacional, encontrando previsão no artigo 38(1) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ)⁹. Para sua configuração, duas condições se fazem necessárias: (i) uma prática repetida dos Estados; e (ii) a crença de que o costume é obrigatório¹¹¹².

Os costumes internacionais representam, portanto, um conjunto de normas (valores) consolidados pela prática estatal e, por essa razão, a comunidade internacional lhes confere um efeito vinculante. Constituem um “pisso” mínimo de direitos que os Estados não podem violar, e são diretamente aplicáveis aos tratados de investimentos.

Como constituem um conjunto de valores essenciais, são obrigatórios independentemente das leis e práticas nacionais dos Estados, demandando respeito aos estrangeiros e a suas propriedades¹³.

⁸ “Artigo 4 – Tratamento de Investimentos. 4.1 [...] a) denegação de justiça em quaisquer processos judiciais ou administrativos; b) violação fundamental do devido processo legal; c) discriminações direcionadas, tais como de gênero, de raça ou de crença religiosa; d) tratamento manifestamente abusivo, como coação, intimidação e assédio; ou e) discriminação em matéria de aplicação da lei, inclusive a provisão de segurança física.”

⁹ Cf. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ). *Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. Disponível em: https://www.icj-cij.org/en/statute#CHAPTER_II. Acesso em: 13 nov. 2020.

¹⁰ CIJ. “Artigo 38. 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a. as convenções internacionais, gerais ou particulares, que estabelecem normas expressamente reconhecidas pelos Estados concorrentes; b. costume internacional, como evidência de uma prática geral aceita como lei; c. os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas; d. sujeito ao disposto no artigo 59, as decisões judiciais e os ensinamentos dos mais qualificados publicitários das diversas nações, como meios subsidiários para a determinação das normas de direito.”

¹¹ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. Curso elementar. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 82-83.

¹² Referente à definição de costume como fonte do Direito Internacional, veja-se também: CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ). Caso da Plataforma do Norte (República Federal da Alemanha/Dinamarca; República Federal da Alemanha/Holanda), Decisão de Mérito, CIJ, 1969, p. 37.

¹³ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO ECONÔMICA E DESENVOLVIMENTO (OCDE). *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*. OECD Working Papers on International Investment, 2004/03, OECD Publishing. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP->

⁶ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (IISD). *Brasil e Índia rubricam tratado bilateral de inversión (TBI); texto aún no publicado*. Disponível em: <https://www.iisd.org/itn/es/2016/12/12/brazil-and-india-initial-bilateral-investment-treaty-bit-text-yet-to-be-published/>. Acesso em: 13 nov. 2020.

⁷ “Artigo 4 – Tratamento de Investimentos. 4.1 Com base nas regras e costumes do direito internacional aplicáveis, conforme reconhecidos por cada uma das Partes e suas respectivas legislações nacionais, nenhuma Parte submeterá investimentos feitos por investidores da outra Parte a medidas que constituam:”

Para exemplificar, pode-se visualizar como norma costumeira internacional a proteção das prerrogativas e imunidades de diplomatas, ao asilo, à negação de justiça, aos direitos relativos à navegação internacional¹⁴, e às regras de comportamento em conflitos¹⁵.

Além do fato de o ACFI Brasil-Índia expressamente mencionar a lei costumeira internacional como fundamento para a interpretação do direito dos investidores, o acordo também indica uma lista de medidas que podem configurar violação do tratado e, como consequência, uma violação dos direitos do investidor. Algumas dessas medidas já estava presentes em outros ACFIs, mas se encontravam dispersas ao longo de seus textos, principalmente no tópico relacionado a desapropriação¹⁶. A inovação neste novo ACFI com a Índia refere-se ao fato de que essas regras se encontram organizadas em um único artigo, o mesmo artigo que vincula os direitos do investidor à norma costumeira internacional.

É interessante notar que a lista de medidas inclui violações tais como a negação de justiça, a violação do devido processo legal, e a proibição de discriminação. Tratam-se dos mesmos direitos tutelados por meio da cláusula do tratamento justo e equitativo, padrão este não aceito historicamente pelo Brasil e, atualmente, após a adoção de seu modelo de TBI em 2015, também pela Índia.

O Brasil, ao prever em seu ACFI violações similares àquelas do TJE, sinaliza para a comunidade internacional que, embora tradicionalmente se recuse a dispor sobre a cláusula do tratamento justo e equitativo em seus tratados de investimentos, o país está comprometido a oferecer ao investidor garantias de mesma envergadura daquelas conferidas pelo padrão TJE.

É possível afirmar, então, que embora o Brasil se recuse a assinar tratados de investimentos que contenham a cláusula TJE, o país trouxe em seu ACFI com a Índia alguns elementos protegidos por essa cláusula. Isso pode indicar que o Brasil compreende a importância de alguns aspectos do TJE para a proteção do investidor,

apesar da manutenção da relutância em adotar a referida cláusula.

No caso da Índia, a mudança é ainda mais significativa. Antes da adoção de seu recente modelo de TBI, a Índia fazia parte de um grupo de países que costumavam prever cláusulas TJE em todos os seus TBIs. Essa prática teve início já em seu primeiro TBI, assinado com o Reino Unido no ano de 1994.

No entanto, essa tendência começou a mudar especialmente devido às crescentes preocupações dos indianos sobre a ampla proteção conferida aos investidores pela cláusula TJE, em contraposição aos direitos de regulação do Estado. Pode-se dizer que a partir dessa nova tendência a Índia se filia a um grupo de países que contestam o atual regime internacional de investimentos¹⁷.

Com esse movimento, a Índia busca limitar a violação do direito consuetudinário internacional a situações como denegação de justiça, violação do devido processo legal, discriminação por motivos injustificados e tratamento abusivo, afastando principalmente a proteção da TJE de expectativas legítimas, tida como muito ampla pelos críticos¹⁸.

Curiosamente, a Índia não fazia menção ao direito consuetudinário internacional em seus tratados de investimentos anteriores, aqueles prévios à adoção de seu modelo. Mesmo que isso seja comum entre os países que aceitam a cláusula TJE, é provável que no passado a Índia acreditasse que o tratamento justo e equitativo fosse a melhor forma de proteger os interesses do investidor, talvez não imaginando que eventuais interpretações expansivas feitas pelos tribunais arbitrais pudesse afetar negativamente seu direito de adotar políticas regulatórias.

Logo, a assinatura deste ACFI indica uma convergência de perspectivas de ambos os países quanto às implicações da aceitação do padrão justo e equitativo em seus tratados de investimento. Para o Brasil, a impli-

2004_3.pdf. Acesso em: 14 nov. 2020.

¹⁴ Cf. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ). Caso do Estreito de Corfu. Caso CIJ, Decisão de Mérito (09/04/1949).

¹⁵ ACCIOLY, Hildebrando; E SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 535.

¹⁶ Cf., a título de exemplo, o ACFI Brasil-Chile – Artigo 7º; o ACFI Brasil-México – Artigo 6; o ACFI Brasil-Colômbia – Artigos 5º e 6º; e o ACFI Brasil-Etiópia – Artigo 4.

¹⁷ Como exemplo de atores internacionais que atualmente contestam a cláusula do tratamento justo e equitativo, pode-se mencionar o Brasil, a Índia, a África do Sul, a Austrália, a Bolívia, a União Europeia, e a Venezuela.

¹⁸ Cf. Gaukrodger, D. (2017), “The balance between investor protection and the right to regulate in investment treaties: A scoping paper”, *OECD Working Papers on International Investment*, 2017/02, OECD Publishing: Paris, 2017.

cação é ainda mais ampla: de alguma forma, consolida sua clássica objeção à cláusula TJE.

2 A adoção do costume internacional como afastamento do padrão TJE

O tratamento do investidor de acordo com o direito internacional consuetudinário já era um padrão estabelecido pelo modelo indiano de TBI. Seu Artigo 3.1 afirma que “Nenhuma Parte sujeitará os investimentos feitos por investidores da outra Parte a medidas que constituam uma violação do direito consuetudinário internacional [...]”¹⁹. Além disso, e para maior clareza sobre o que significaria “direito internacional consuetudinário”, o modelo de tratado o considera como o resultado da prática geral e consistente dos Estados por eles observada como um senso de obrigação legal.

Ao contrário do modelo indiano, o modelo de ACFI brasileiro é omissivo sobre qualquer uso do direito internacional consuetudinário para a interpretação dos direitos do investidor. E é exatamente essa lacuna do modelo do Brasil, bem como dos demais ACFIs firmados com outros países, que torna este ACFI com a Índia uma novidade na temática de tratamento dos investidores.

Essa mudança na compreensão do padrão TJE pela Índia e a confirmação do Brasil de sua relutância a essa cláusula estão em linha com os movimentos internacionais voltados para tornar o regime de investimento internacional um sistema mais equilibrado. Alguns estudiosos afirmam a existência de uma crise de legitimidade em curso, dando espaço a alguma rejeição do Direito Internacional de Investimento por parte dos Estados em desenvolvimento e desenvolvidos²⁰.

A discussão decorre da suposta interpretação ampla e da importância conferida ao padrão TJE pelos tribunais arbitrais. O TJE é o padrão de tratamento mais importante para a proteção do investidor no Direito Inter-

nacional dos Investimentos²¹. Dentre todas as normas de proteção do investidor²², a cláusula do FET é a mais ampla de todas, cobrindo uma ampla gama de atividades do Estado contra o investidor²³.

No entanto, embora essa cláusula seja difundida entre os tratados de investimentos, ela tem sido objeto de várias críticas por causa de sua amplitude²⁴. Isso se dá especialmente pela vinculação da cláusula TJE à sua categoria das expectativas legítimas do investidor²⁵. Atualmente a proteção de expectativas legítimas é o principal pilar na compreensão e aplicação do padrão TJE²⁶.

Ao mesmo tempo em que ganhou grande projeção nos tratados de proteção de investimentos, a cláusula TJE tem se revelado o padrão mais polêmico no tratamento dos investidores, ameaçando o espaço regulatório do país para a adoção de políticas públicas²⁷. A extensão desse padrão declarado pelos tribunais arbitrais de investimentos é tão chocante que os Estados que o aceitaram em seus TBIs jamais imaginaram que a cláusula conferiria proteção demais ao investidor²⁸.

Um exemplo da amplitude da cláusula TJE e da intrusão no âmbito discricionário do poder regulatório do Estado é o entendimento de que as expectativas legítimas constituem uma promessa de que o país anfitrião manterá a estabilidade da sua ordem jurídica, proporcionando um ambiente estável e previsível para o inves-

¹⁹ TRATADO bilateral de Investimento da Índia (modelo). Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3560/download>. Acesso em: 15 nov. 2020.

²⁰ DANIC, Olivia. *L'émergence d'un droit international des investissements: Contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI*. Paris (France): 2012. 1.216 f. Thesis (Public Law Doctorate). Department of Juridical, Administrative and Political Sciences, University of Paris Ouest Nanterre La Defense, Paris.

²¹ DOLZER, Rudolf. Fair and Equitable Treatment: Today's Contours. *Santa Clara Journal of International Law*, v. 12, p. 7, 2013.

²² Os TBIs possuem alguns padrões de tratamento que lhes são comuns: tratamento nacional; nação mais favorecida; tratamento justo e equitativo; proteção e segurança totais; expropriação; transferência de dinheiro; entre outros.

²³ DOLZER, Rudolf. Fair and Equitable Treatment: Today's Contours. *Santa Clara Journal of International Law*, v. 12, p. 7, 2013.

²⁴ Entre seus críticos, pode-se conferir, *e.g.*, SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The International Law on Foreign Investment*. 4 ed. Cambridge University Press, 2017; MILES, Kate. *The origins of international investment law: empire, environment and the safeguarding of capital*. Cambridge University Press, 2013.

²⁵ O padrão justo e equitativo divide-se em algumas categorias, dentre as quais podemos citar (i) expectativas legítimas; (ii) devido processo legal; (iii) transparência; (iv) sem discriminação; (v) proporcionalidade; e (vi) boa fé.

²⁶ DOLZER, Rudolf. Fair and Equitable Treatment: Today's Contours. *Santa Clara Journal of International Law*, v. 12, p. 17, 2013.

²⁷ MOROSINI, Fabio; BADIN, Michelle Raton Sanchez (Ed.). *Reconceptualizing International Investment Law from the Global South*. Cambridge University Press, 2017, p. 28.

²⁸ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. Mutations of neo-liberalism in international investment law. *Trade Law & Development*, v. 3, p. 203, 2011.

tidor²⁹. Além disso, segundo as expectativas legítimas, quando o Estado representa perante o investidor seu desejo de atrair investimentos, geralmente oferecendo-lhe vantagens fiscais, cria no investidor a crença no cumprimento daquela promessa³⁰.

Além disso, os tribunais arbitrais já decidiram que as expectativas legítimas do investidor surgem no momento da assinatura do contrato³¹, e que deve levar em conta o período durante o qual o investimento será feito³².

Buscando limitar o escopo do padrão FET, os países passaram a prever em seus TBIs que o tratamento justo e equitativo corresponderia ao padrão mínimo de tratamento do direito internacional, como uma tentativa de conceder ao investidor uma proteção apenas correspondente ao que o direito internacional exige³³. Isso protegeria o país anfitrião de algumas interpretações já adotadas por alguns tribunais arbitrais de investimentos que consideraram a cláusula TJE como um conceito autônomo, o que ampliaria o escopo da cláusula³⁴.

Em suma, a previsão do direito consuetudinário internacional como fundamento para a interpretação dos direitos do investidor no ACFI Brasil-Índia é uma novidade interessante. Ao fazer isso, eles se juntam a outros países que estão buscando redefinir a estrutura tradicio-

nal de um sistema de proteção dos investimentos tido como pró-investidor. É muito prematuro afirmar que o Brasil esteja avançando rumo à adoção do costume internacional como um padrão para o tratamento do investidor, mas este novo tratado pode lançar algumas luzes para negociações futuras.

²⁹ Os tribunais dos casos CMS e Occidental já mencionaram a estabilidade do ordenamento jurídico nacional como direito do investidor assegurado pela cláusula TJE. *Cf.* CMS Gas Transmission Company c/ República da Argentina, Caso CIADI ARB/01/8, Decisão de Mérito (12/05/2005), para. 462; e Occidental Exploration and Production Company c/ República do Equador, Caso da Corte Arbitral de Londres No. UN 3467, Decisão de Mérito (1/07/2004), para. 183.

³⁰ MONEBHURRUN, Nitish. Revisiting the fair and equitable treatment in international investment law. *Cosmopolitan Law Journal/Revista de Direito Cosmopolita*, v. 1, n. 1, p. 145, 2013.

³¹ *Cf.* Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c/ República do Equador, Caso CIADI No ARB/04/19, Decisão de Mérito (18/08/2008), para. 340; Mobil and others c/ República Bolivariana da Venezuela, Caso CIADI No ARB/07/27, Decisão de Mérito (09/10/2014), para. 256; e Urbaser and CABB c/ República da Argentina, Caso CIADI No ARB/07/26, Decisão de Mérito (08/12/2016), para. 623.

³² *Teinver and other c/ República da Argentina*, Caso CIADI No ARB/09/1, Decisão de Mérito (21/07/2017), para. 667.

³³ Veja, por exemplo, TBI Japão-Quênia - Artigo 5(1); TBI Turquia-Camboja - Artigo 2(2); TLC Malásia-Austrália - Artigo 12.7; TBI EUA-Uruguai - Artigo 5(2).

³⁴ *Cf.* Azurix Corp. c/ República da Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisão de Mérito (14/07/2006), para. 361.; CME Czech Republic B.V. c/ República Checa, Caso UNCITRAL, Decisão Parcial (13/09/2001), para. 156; Crystallex International Corporation c/ República Bolivariana da Venezuela, Caso CIADI No ARB(AF)/11/2, Decisão de Mérito (04/04/2016), para. 530.