

O PRINCÍPIO BRASILEIRO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA COMO MANIFESTAÇÃO DA CLÁUSULA DO TRATAMENTO JUSTO E EQUITATIVO: APORTES A PARTIR DA ANÁLISE DO PADRÃO DAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS

*THE BRAZILIAN PRINCIPLE OF PROTECTION OF LEGITIMATE EXPECTATIONS
AS AN EXPRESSION OF THE FAIR AND EQUITABLE TREATMENT CLAUSE:
CONTRIBUTIONS BASED ON THE ANALYSIS OF THE STANDARD OF LEGITIMATE
EXPECTATIONS*

*Alice Rocha da Silva**

*Leonardo Vieira Arruda Achtschin** ****

Resumo: O Brasil tem se mostrado historicamente avesso à aceitação da Cláusula do Tratamento Justo e Equitativo (TJE) em seus tratados de proteção de investimentos, especialmente em razão de uma alegada amplitude protetiva conferida pela referida cláusula TJE. O presente artigo buscou analisar se o ordenamento jurídico brasileiro, com base no princípio da proteção da confiança legítima, confere tutela jurídica ao investidor estrangeiro na mesma densidade da cláusula TJE. Utilizou-se para tanto o método dedutivo, tomando-se como referencial os laudos dos tribunais arbitrais, as normas positivadas no Brasil e decisões do STF e STJ. Procedimentalmente, foi empregado o método comparativo, com cotejo entre as decisões internacionais e as decisões judiciais brasileiras sobre o princípio da confiança legítima. Ao final, concluiu-se que o sistema jurídico brasileiro concede proteção similar ao TJE para o investidor estrangeiro.

Palavras-chave: Cláusula do Tratamento Justo e Equitativo. Categoria das expectativas legítimas. Princípio da proteção da confiança legítima.

Abstract: Brazil has traditionally been averse to accepting the Fair and Fair Treatment Clause (FET) in its investment treaties, especially due to an alleged protective breadth of the FET clause. This article aimed to analyze whether the Brazilian legal system, based on the principle of protection of legitimate expectations, confers legal protection on foreign investors in the same density as the FET clause. For this purpose, the

* Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Doutora em Direito pela Université d'Aix-Marseille III, França. Mestre em Direito pelo UniCEUB. Graduada em Direito pelo UniCEUB e em Ciência Política e Relações Internacionais pela Universidade de Brasília - UnB. E-mail: rochaalice@yahoo.com.br.

** Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Diploma em Integração da União Europeia pelo ITAM/México. Graduado em Direito pelo IESB e em Relações Internacionais pela Universidade Católica de Brasília. Analista de Comércio Exterior do Ministério da Economia. E-mail: leovarruda@gmail.com.

*** As opiniões expressas pelo autor são de cunho particular e não refletem aquelas do Ministério da Economia do Brasil.

deductive method was used, taking as reference the reports of the arbitral tribunals, the positive norms in Brazil and decisions of STF and STJ. Procedurally, the comparative method was employed, comparing international decisions with Brazilian judicial decisions based on the principle of legitimate expectations. In the end, it was concluded that the Brazilian legal system grants protection similar to FET clause to the foreign investor.

Keywords: Fair and Equitable Treatment Clause. Legitimate expectations. Brazilian principle of protection of legitimate expectations.

1 INTRODUÇÃO

A Cláusula do Tratamento Justo e Equitativo (TJE), embora seja tida como uma cláusula-padrão¹ nos acordos internacionais de proteção de investimentos, não é aceita pelo Brasil nas negociações de seus acordos de investimentos, sob a alegação de que referida cláusula implicaria em obstáculo ao direito do país de promover alterações em suas políticas públicas, particularmente naquelas de cunho regulatório.

Trata-se de cláusula com certo grau de indeterminabilidade conceitual, o que faz com que sua interpretação não possa ser feita antecedentemente, de forma abstrata², mas somente no caso concreto. Nesse sentido, a cláusula é suscitada diante da emergência de determinado conflito de interesses, quando este é submetido a um tribunal arbitral.

A cláusula TJE teve sua primeira aparição na Carta de Havana³, embora esta Carta jamais tenha entrado em vigor. Essa cláusula possui conteúdo próximo ao das cláusulas da nação mais favorecida⁴ e do tratamento nacional⁵, mas com elas não se confunde. Enquanto essas duas

¹ A Cláusula do Tratamento Justo e Equitativo é considerada uma cláusula-padrão nos acordos de proteção de investimentos tradicionais, vez que é lugar comum sua utilização pela maioria dos países que negociam acordos dessa espécie. Outras cláusulas-padrão que se pode citar nesses tratados são as da nação mais favorecida, do tratamento nacional, de expropriação.

² Assim já decidiu o tribunal no caso *Mondev International Ltd. c/ Estados Unidos da América*, Caso ICSID No ARB/99/2, Decisão Final (11/10/2002), para. 118.

³ “Article 11 (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.” **(grifos nossos)** *In* CARTA DE HAVANA. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf. Acesso em: 2 dez 2018.

⁴ A cláusula da nação mais favorecida possibilita ao estrangeiro que investe no país exigir que esse Estado lhe conceda as mesmas condições que são ofertadas a investidores originários de um terceiro país.

⁵ A cláusula do tratamento nacional veda a que o Estado receptor do investimento estrangeiro conceda ao investidor estrangeiro um tratamento menos favorável do que aquele ofertado aos investidores do seu próprio país.

últimas cláusulas demandam um ponto referencial de comparação⁶, a cláusula TJE prescinde de qualquer objeto de comparação, podendo ser alegada por si só, sem que o investidor tenha que demonstrar que a conduta estatal está lesando o seu interesse quando comparado à situação vantajosa de terceiros. Pode ser alegada, inclusive, ainda que ao investidor seja conferido tratamento igual ao dos investidor do país receptor⁷.

Dessa forma, o investidor estrangeiro pode se socorrer da proteção dos tribunais arbitrais com base na mera alegação de dano aos seus interesses, sem a necessidade de alegar uma discriminação em comparação a outros investidores.⁸ Essa situação acaba por conferir à cláusula uma proeminência em nível de salvaguarda dos interesses dos investidores, constituindo-se como o mais importante *standard* de proteção do investimento estrangeiro.⁹

Diante dessa característica de abertura semântica, coube aos tribunais arbitrais promover os contornos quanto à natureza da cláusula TJE, o que se deu ao longo de sucessivas decisões em casos submetidos às cortes arbitrais. Nesse caminhar, dentro da prática arbitral a discussão a respeito da natureza jurídica da cláusula TJE divide-se em duas correntes, sendo compreendida como (i) *standard* similar ao padrão mínimo constante do direito internacional costumeiro, ou (ii) conceito autônomo, com conteúdo que lhe é próprio, uma categoria independente como padrão protetivo.

A classificação da cláusula TJE como correspondente ao padrão mínimo do direito internacional¹⁰ apregoa que o tratamento dado ao investidor deverá ser aquele conferido pelo

⁶ Ambas as cláusulas tem como ponto de comparação um terceiro. Enquanto na nação mais favorecida o referencial é a vantagem concedida a investidores de outro país, no tratamento nacional toma-se como ponto de comparação vantagem concedida aos investidores nacionais.

⁷ DOLZER, Rudolf. Principles of International Investment Law. New York, Oxford Publish Press, 2008. p. 123.

⁸ Para tanto, pode-se conferir a decisão arbitral no caso Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c/ República Argentina, Caso ICSID No ARB/07/26, Decisão Final (08/12/2016), para. 564.

⁹ SCHREUER, Christoph. Fair and equitable treatment in arbitral practice. **The Journal of World Investment & Trade**, v. 6, n. 3, p. vii-386, 2005.

¹⁰ “O padrão mínimo internacional é uma norma do direito internacional consuetudinário que rege o tratamento dado aos estrangeiros, prevendo um conjunto mínimo de princípios que os Estados, independentemente de sua legislação e práticas domésticas, devem respeitar quando lidam com estrangeiros e suas propriedades. Enquanto o princípio do tratamento nacional prevê que os estrangeiros só podem esperar igualdade de tratamento com os nacionais, o tratamento mínimo estabelece uma série de direitos básicos estabelecidos pelo direito internacional que os Estados devem conceder aos estrangeiros, independentemente do tratamento conferido aos seus próprios cidadãos. A violação desta norma gera a responsabilidade internacional do Estado anfitrião e pode abrir caminho para uma ação internacional em nome do estrangeiro lesado, desde que o estrangeiro tenha esgotado os remédios

costume internacional¹¹. Esse posicionamento foi adotado pelo tribunal arbitral do caso CMS¹², o qual asseverou que a cláusula TJE não seria diferente desse padrão mínimo internacional e de sua evolução no âmbito do costume internacional.¹³

Por outro lado, no que tange à corrente que defende a natureza jurídica de conceito autônomo, a cláusula TJE constituiria um padrão adicional no âmbito do direito internacional, contendo densidade normativa própria.¹⁴ No caso Azurix¹⁵ os árbitros consideraram a cláusula TJE como verdadeiro conceito autônomo, sob a alegação de que a interpretação da cláusula se daria no sentido de um padrão mais elevado do que aquele demandado pelo direito internacional.¹⁶ Nesse sentido, a cláusula TJE conferiria um nível de proteção mais intenso do que aquele previsto pelo padrão mínimo.

Ademais, buscando a maior delimitação do alcance protetivo da cláusula do tratamento justo e equitativo, os tribunais arbitrais definiram como existentes algumas categorias (também denominado “princípios”) que representam o nível de proteção da cláusula, quais sejam, expectativas legítimas, razoabilidade/proporcionalidade, boa-fé, devido processo legal, transparência, e não discriminação.

Embora as decisões dos tribunais arbitrais tenham definido princípios que compõem a cláusula TJE, certo é que o elemento da proteção das expectativas legítimas configura atualmente

locais.” In OECD (2004), “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, OECD Working Papers on International Investment, 2004/03, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/675702255435>. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_3.pdf. Acesso em: 30 nov. 2018.

¹¹ No direito internacional a caracterização do costume demanda a coexistência de duas variáveis, quais sejam, a existência de uma prática reiterada pelos Estados, e a chamada *opinio juris*, consistente na crença de que aquela conduta é amparada pelo Direito Internacional.

¹² El Paso Energy International Company c/ República Argentina, Caso ICSID No ARB/03/15, Decisão Final (31/10/2011), para. 284.

¹³ Assim também se pronunciou o tribunal arbitral no Caso Metalclad Corporation c/ Estados Unidos Mexicanos, Caso ICSID No ARB(AF)/97/1, Decisão Final (30/08/2000), para. 100.

¹⁴ SCHREUER, Christoph. Fair and equitable treatment in arbitral practice. **The Journal of World Investment & Trade**, v. 6, n. 3, p. vii-386, 2005.

¹⁵ Azurix Corp. c/ República Argentina, Caso ICSID No ARB/01/12, Decisão Final (14/07/2006), para. 361.

¹⁶ A mesma interpretação foi dada pelo tribunal arbitral no caso CME Czech Republic B.V. c/ República Checa, Caso UNCITRAL, Decisão Parcial (13/09/2001), para. 156.

o ponto central na compreensão do conceito e da dimensão protetiva da cláusula TJE.¹⁷ A legítima expectativa constitui a confiança depositada pelo investidor de que as regras jurídicas que regem seu contrato não sofrerão alterações casuísticas, o que poderia causar-lhe prejuízos econômico-financeiros.

Embora o Brasil não aceite incluir a cláusula TJE em seus acordos de proteção de investimento, deve-se observar que o ordenamento jurídico brasileiro contém regramento legal consentâneo com o grau de proteção oferecido por aquela cláusula internacional, sendo capaz de tutelar os interesses dos investidores estrangeiros por meio do recurso ao princípio da proteção da confiança legítima. Esse princípio previsto no ordenamento jurídico pátrio encontra-se disposto em normas positivadas e também reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A proteção da confiança salvaguarda direitos individuais em face do Estado, ou de quem exerce o poder, fundando-se no ato normativo, entendido em sentido amplo como sendo lei ou ato administrativo, e que serviu de fundamento capaz de ensejar determinado comportamento por parte do sujeito.¹⁸

Isso posto, conclui-se no artigo que o sistema jurídico brasileiro confere ao investidor estrangeiro proteção jurídica equiparada àquela emanada da cláusula do cláusula TJE. Tal conclusão permite que se afastem eventuais receios de outros Estados quanto à não aceitação, pelo Brasil, da inclusão desse padrão internacional em seus tratados de proteção de investimentos.

Como método de abordagem, utilizou-se o dedutivo para abordar as características comuns entre a cláusula TJE, mais precisamente em seu padrão das expectativas legítimas, e o princípio da proteção da confiança legítima no ordenamento jurídico brasileiro, com o fito de analisar a similaridade entre ambos os preceitos para fins de salvaguarda dos interesses do investidor estrangeiro no Brasil. Como procedimento, o estudo foi conduzido com base no método comparativo de pesquisa, fazendo-se um cotejo entre os laudos arbitrais que se

¹⁷ DOLZER, Rudolf. Fair and equitable treatment: today's contours. Santa Clara Journal of International Law. v. 12, 1. Disponível em: <https://digitalcommons.law.scu.edu/scujil/vol12/iss1/2/>. Acesso em: 30 nov 2018.

¹⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. pp. 138-139.

manifestaram sobre a cláusula TJE, e o sistema jurídico brasileiro, especificamente no que tange à Constituição Federal, à Lei nº 9.784/99 e decisões oriundas do STF e do STJ.

Para tanto, o trabalho encontra-se dividido em dois tópicos. O primeiro analisa a característica do padrão das expectativas legítimas, componente da cláusula TJE, como elemento garantidor da estabilidade dos atos estatais diante do investidor estrangeiro. Em sequência, o segundo tópico avalia a manifestação das expectativas legítimas no princípio brasileiro da proteção confiança legítima como argumento validador de uma recusa brasileira da Cláusula do Tratamento Justo e Equitativo.

Disso resulta que a caracterização do padrão das expectativas legítimas como garantidor da estabilidade dos atos estatais (2) pode ser identificada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do princípio da proteção da confiança legítima, reforçando o discurso brasileiro avesso à cláusula TJE (3).

2 O PADRÃO DAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS COMO GARANTIA DE ESTABILIDADE DOS ATOS ESTATAIS

A categoria das expectativas legítimas tem como característica que lhe é intrínseca a noção de estabilidade do regime jurídico aplicável ao investimento feito no país receptor. Trata-se de verdadeira segurança jurídica em prol do investidor que, ao aportar recursos em determinado território estrangeiro, crê que as regras a reger seus investimentos serão mantidas e respeitadas ao longo da duração da inversão.

O texto dos tratados assinados pelos países para proteção de investimentos, e que contenham cláusula TJE, não adentram em minúcias quanto à abrangência do padrão, conforme mencionado na introdução. Dessa forma, tem sido tarefa dos tribunais arbitrais a delimitação conceitual e o alcance da categoria das expectativas legítimas, inclusive quanto a sua vinculação direta à ideia de estabilidade do ordenamento legal do Estado receptor da inversão, gerando críticas quanto à liberdade de decisão por parte das cortes arbitrais.

No caso CMS¹⁹ o tribunal arbitral posicionou-se no sentido de que o padrão TJE, na sua aceção de expectativas legítimas, seria indissociável do conceito de estabilidade e previsibilidade.²⁰ É como se houvesse a previsão de cláusulas de estabilização²¹ em cada contrato Estado-investidor.²² Embora a estabilidade prevista na categoria das expectativas legítimas demande análise casuística, aferida em cada caso concreto, pode-se dizer que, em regra, tal estabilidade significa que o Estado que recebe os investimentos deverá garantir um ambiente regulatório relativamente estável, tendo em vista os termos contratuais que regem a inversão estrangeira.

Deve-se ter em mente, no entanto, que os tribunais arbitrais não demandam uma estabilidade absoluta do ambiente regulatório do estado receptor do investimento. Do contrário, estar-se-ia engessando a possibilidade do país promover mudanças necessárias em determinado setor, especialmente em períodos de crises econômico-financeiras.

Os tribunais, em regra, têm adotado o posicionamento de que a categoria das expectativas legítimas demandaria certo nível de estabilidade aos interesses do investidor, o que a caracterizaria como demandante de uma estabilidade relativa, sujeita a análise caso a caso. A esse propósito, no caso *Impregilo v. Argentina (I)*²³, aquele tribunal afirmou que as expectativas legítimas não podem ser compreendidas no sentido de vedar aos estados a possibilidade de promover mudanças em seu ordenamento jurídico, particularmente em tempos de crises.

Cumprе ressaltar que a maioria dos precedentes oriundos dos tribunais arbitrais, no que tange à cláusula TJE, tem se posicionado no sentido de que a referida estabilidade deve ser

¹⁹ CMS Gas Transmission Company c/ República Argentina, Caso ICSID No AARB/01/8, Decisão Final (12/05/2005), para. 462.

²⁰ A estabilidade do ordenamento legal e de negócios também foi afirmada no caso *Occidental Exploration and Production Company c/ República do Equador*, Caso da Corte de Arbitragem Internacional de Londres No UN 3467, Decisão Final (1/07/2004), para. 183.

²¹ Cláusulas de estabilização são provisões em contratos de investimentos que balanceiam o risco derivado de mudanças regulatórias para os investidores. *In* GEHNE, Katja; BRILLO, Romulo. *Stabilization clauses in international investment law: beyond balancing and fair and equitable treatment*. Institute of Economic Law, Transnational Economic Law Research Center (TELC), School of Law, Martin Luther University Halle-Wittenberg, 2017.

²² SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The International Law on Foreign Investment*. 4 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 355.

²³ *Impregilo S.p.A. c/ República Argentina*, Caso ICSID No ARB/07/17, Decisão Final (12/06/2011), para. 291.

aferida no momento em que o contrato é entabulado entre as partes²⁴. Tal posição se dá tendo em vista que é neste momento que surge no investidor a formação da expectativa de que o ambiente regulatório lhe proporcionará a devida previsibilidade, de modo a não lhe impactar negativamente.²⁵ Ademais, em outros casos o tribunal considerou, além do momento inicial do investimento, também o prazo durante o qual há a realização do investimento como albergados pela proteção das expectativas legítimas, conforme ocorrido no caso *Teinver v. Argentina*.²⁶

Dessa maneira, a categoria das expectativas legítimas exara garantia de que o estado receptor do investimento estrangeiro se comportará de acordo com as expectativas geradas no investidor quando as partes negociaram a realização do investimento, pois é nesse momento que o agente econômico possui diante de si os elementos necessários para que possa avaliar, sob uma ótica político-econômica, a viabilidade do aporte de seus recursos no país.

Não se deve olvidar, por suposto, que ao Estado que atrai os investimentos não lhe é negado o direito de promover alterações legais e mudança de rumos em termos de políticas públicas, especialmente em assuntos concernentes a políticas regulatórias. Pensar de maneira distinta implicaria vedar ao Estado o reconhecimento de que a realidade econômica do país se apresenta com uma dinamicidade que possa exigir mudanças em prol de avanços normativos, bem como político-econômicos. O que a categoria das expectativas legítimas exige é que o país receptor de investimentos não promova alterações abruptas, que impinjam ao investidor prejuízos e quebra de expectativas dentro daquilo que lhe fora prometido quando da atração dos recursos.

A importância de tal delimitação da cláusula se faz importante sob uma ótica ligada à proteção da confiança e da boa-fé entre as partes contratantes. Tal se faz ainda mais relevante

²⁴ Conforme decidido também em: *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c/ República do Equador*, Caso ICSID No ARB/04/19, Decisão Final (18/08/2008), para. 340; *Mobil and others c/ República Bolivariana da Venezuela*, Caso ICSID No ARB/07/27, Decisão Final (09/10/2014), para. 256; e *Urbaser Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c/ República Argentina*, Caso ICSID No ARB/07/26, Decisão Final (08/12/2016), para. 623.

²⁵ Quanto à definição temporal para a proteção ao investimento estrangeiro com base na categoria das expectativas legítimas, pode-se conferir também o caso *Cervin Investissements S.A. and Rhone Investissements S.A. c/ República da Costa Rica*, Caso ICSID No ARB/13/2, Decisão Final (07/03/2017), para. 509.

²⁶ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. c/ República Argentina*, Caso ICSID No ARB/09/1, Decisão Final (21/07/2017), para. 667.

diante de casos levados aos tribunais arbitrais em face de países latino-americanos que, ao terem um câmbio de governantes, passam a mudar de forma arbitrária os termos acordados com investidores em administrações anteriores.

3 A MANIFESTAÇÃO DAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS POR MEIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA COMO ARGUMENTO VÁLIDO PARA RECUSA AO TJE

O reconhecimento da correlação existente entre a categoria das expectativas legítimas e a estabilidade dos atos estatais permite que se identifique no ordenamento jurídico brasileiro a manifestação dessa categoria como garantia de tutela dos interesses dos investidores. A manifestação do *standard* se dá por meio do princípio da proteção da confiança legítima.

Referido princípio está previsto em nível constitucional, mais precisamente no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal²⁷, cujo artigo elenca verdadeiros direitos e garantias fundamentais²⁸ a orientar as relações jurídicas daqueles que mantenham relações jurídicas em território brasileiro.

A proteção conferida pela norma constitucional correlaciona-se diretamente com as expectativas legítimas ao garantir que o ato jurídico perfeito será garantido mediante a irretroatividade da lei (ou a irretroatividade do próprio ato administrativo proveniente de autoridade pública), de modo a proteger aquelas situações jurídicas pactuadas sob a égide de determinado regramento jurídico. Trata-se de proteção do indivíduo (pessoa física ou jurídica) contra investidas arbitrárias do Estado.

Em sede administrativa, primeiramente se há que mencionar a regra de que os atos administrativos são presumidamente legítimos. Essa presunção significa que, a menos que se verifique alguma ilegalidade, os atos emanados do agente público, que nessa qualidade gera

²⁷BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 3 dez 2018.

²⁸ A diferença entre direito e garantia fundamental se mostra tênue; enquanto aquele busca tutelar tanto um bem específico da pessoa (*e.g.*, a vida) quanto proteger tal direito indiretamente por meio da limitação do poder, esta última possibilita ao indivíduo exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que detém. *In* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 169.

expectativas na parte, detêm presunção, ainda que relativa, de ser legítimo, gerando seu regular efeito.

Ou seja, os atos editados pela Administração Pública têm contra si a presunção de serem legítimos, de terem surgido em conformidade com as normas legais da época de sua edição. Tal presunção reside no fato de que seria inconcebível que tais atos estivessem sujeitos a alterações casuísticas por parte de pessoas de interesses contrapostos aos do agente que editou o ato.²⁹

Ademais, a proteção da confiança (expectativas legítimas) se manifesta na regra de decadência disposta no artigo 54 da Lei nº 9.784/99³⁰, denominada Lei do Processo Administrativo. A norma exara garantia legal de consolidação do ato administrativo nos casos em que a Administração Pública não o anule no prazo decadencial de cinco anos.

A regra de decadência para anulação de um ato administrativo caracteriza-se, pois, como verdadeira garantia material de que a confiança depositada pelo agente em determinado ato estatal será honrada pelo Estado. Essa regra está intimamente ligada à noção de Estado Democrático de Direito, no qual a Administração Pública deve agir de forma escorreita, buscando sempre primar pela segurança jurídica e a proteção da confiança que nela foi depositada pelos administrados.

Já em sede jurisprudencial, a vinculação direta e imediata entre as expectativas legítimas e o princípio da proteção da confiança já foi reconhecido pelos tribunais superiores. Isso se dá em todas as instâncias judiciais, especialmente no Supremo Tribunal (STF) quanto pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O STF já decidiu ser o princípio da proteção da confiança vetor de preservação quanto a modificações na interpretação jurídica de fatos passados, inclusive com a manutenção de possíveis efeitos jurídicos advindos de atos inválidos. Nesse sentido, protegeria as expectativas legitimamente criadas nos indivíduos em razão de atos emanados do Estado.³¹

²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 122.

³⁰ BRASIL. LEI nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 1 fev. 1999, Seção 1, p. 41.

³¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 861595 AgR/MT. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator: Min. Roberto Barroso. 1ª Turma. Julgamento: 27/04/2018; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 823985 AgR/MG. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator: Min. Roberto Barroso. 1ª Turma. Julgamento: 23/03/2018.

Em outra decisão o STF posicionou-se de forma clara quanto à proteção jurídica de situações consolidadas no passado, tendo como base o princípio da proteção da confiança, decisão esta que dispôs que:

“[...] os postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da **proteção da confiança**, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostraram-se impregnados de **elevado conteúdo ético, social e jurídico**, projetando-se sobre as relações jurídicas, **inclusive as de direito público** (RTJ 191/922), em ordem a viabilizar a **incidência desses mesmos princípios sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado**, para que se preservem, desse modo, situações já consolidadas no passado.”³² **(grifos nossos)**

Em nível infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça também já reconheceu a importância do princípio da proteção da confiança legítima para salvaguardar a previsibilidade e calculabilidade (*sic*) do comportamento, vedando o comportamento lesivos às expectativas geradas na outra parte. Para tanto, daria duas funções particulares no ordenamento jurídico: (i) como proteção das expectativas legítimas, e (ii) como justificativa de vinculabilidade (*sic*) das partes à relação jurídica.³³

Constata-se que o ordenamento jurídico brasileiro, seja em termos de legislação, seja por meio de decisões judiciais oriundas das Cortes Superiores, prestigia a salvaguarda dos interesses dos investidores que aqui entabulem relações jurídicas com o Estado, fazendo-o por meio do reconhecimento da existência do princípio da proteção da confiança legítima.

Conforme demonstrado, o princípio da proteção da confiança em nada difere, em termos de dimensão protetiva, da categoria das expectativas legítimas formadora da cláusula TJE, tutelando de forma efetiva os interesses jurídicos formados sob a égide das leis do momento de sua constituição.

Nesse sentido, a ressalva do governo brasileiro em negociar a cláusula TJE apresenta-se legítima, especialmente diante do reconhecimento de que o ordenamento jurídico brasileiro se

³² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 652469 AgR/PA. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator: Min. Celso de Mello. 2ª Turma. Julgamento: 26/09/2017.

³³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AREsp 1340152/DF. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. 6ª Turma. Data do Julgamento: 06/11/2018.

constitui verdadeiro Estado Democrático de Direito, protegendo os interesses dos investidores de forma plena e com amparo na segurança jurídica.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo buscou comprovar que o ordenamento jurídico brasileiro é capaz de proteger os interesses dos investidores estrangeiros contra atos arbitrários do Estado na mesma intensidade da proteção conferida pela cláusula do tratamento justo e equitativo plasmada nos diversos tratados de proteção de investimentos. Ao reconhecer a existência do princípio da proteção da confiança, seja por meio de regras, seja mediante decisões pretorianas oriundas do STF e do STJ, deduz-se que o Brasil oferece ambiente legal fundado na segurança jurídica e com nível protetivo similar ao da cláusula TJE, prezando pela estabilidade dos atos estatais capazes de ensejar na parte legítimas expectativas de que determinado quadro normativo permanecerá hígido. Trata-se, pois, de um reforço argumentativo à decisão do governo brasileiro de manter-se reticente à inclusão da cláusula TJE em seus tratados de proteção de investimentos.

REFERÊNCIAS

Azurix Corp. c/ República Argentina, Caso ICSID No ARB/01/12, Decisão Final (14/07/2006).

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 3 dez 2018.

BRASIL. *LEI nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 1 fev. 1999, Seção 1, p. 41.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no AREsp 1340152/DF*. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. 6ª Turma. Data do Julgamento: 06/11/2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ARE 861595 AgR/MT*. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator: Min. Roberto Barroso. 1ª Turma. Julgamento: 27/04/2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ARE 823985 AgR/MG*. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator: Min. Roberto Barroso. 1ª Turma. Julgamento: 23/03/2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ARE 652469 AgR/PA*. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator: Min. Celso de Mello. 2ª Turma. Julgamento: 26/09/2017.

CARTA DE HAVANA. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf. Acesso em: 2 dez 2018. Cervin Investissements S.A. and Rhone Investissements S.A. c/ República da Costa Rica, Caso ICSID No ARB/13/2, Decisão Final (07/03/2017).

CME Czech Republic B.V. c/ República Checa, Caso UNCITRAL, Decisão Parcial (13/09/2001).

CMS Gas Transmission Company c/ República Argentina, Caso ICSID No AARB/01/8, Decisão Final (12/05/2005).

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 17 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

DOLZER, Rudolf. *Fair and equitable treatment: today's contours*. Santa Clara Journal of International Law. v. 12, 1. Disponível em: <https://digitalcommons.law.scu.edu/scujil/vol12/iss1/2/>. Acesso em: 30 nov 2018.

DOLZER, Rudolf. *Principles of International Investment Law*. New York, Oxford Publish Press, 2008.

Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c/ República do Equador, Caso ICSID No ARB/04/19, Decisão Final (18/08/2008).

El Paso Energy International Company c/ República Argentina, Caso ICSID No ARB/03/15, Decisão Final (31/10/2011).

GEHNE, Katja; BRILLO, Romulo. *Stabilization clauses in international investment law: beyond balancing and fair and equitable treatment*. Institute of Economic Law, Transnational Economic Law Research Center (TELC), School of Law, Martin Luther University Halle-Wittenberg, 2017.

Impregilo S.p.A. c/ República Argentina, Caso ICSID No ARB/07/17, Decisão Final (12/06/2011).

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Metalclad Corporation c/ Estados Unidos Mexicanos, Caso ICSID No ARB(AF)/97/1, Decisão Final (30/08/2000).

Mobil and others c/ República Bolivariana da Venezuela, Caso ICSID No ARB/07/27, Decisão Final (09/10/2014).

Mondev International Ltd. c/ Estados Unidos da América, Caso ICSID No ARB/99/2, Decisão Final (11/10/2002).

Occidental Exploration and Production Company c/ República do Equador, Caso da Corte de Arbitragem Internacional de Londres No UN 3467, Decisão Final (1/07/2004).

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE), *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, OECD Working Papers on International Investment, 2004/03, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/675702255435>. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_3.pdf. Acesso em: 30 nov. 2018.

SCHREUER, Christoph. *Fair and equitable treatment in arbitral practice*. **The Journal of World Investment & Trade**, v. 6, n. 3, p. vii-386, 2005.

SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The International Law on Foreign Investment*. 4 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. c/ República Argentina, Caso ICSID No ARB/09/1, Decisão Final (21/07/2017).

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c/ República Argentina, Caso ICSID No ARB/07/26, Decisão Final (08/12/2016).