

KARLA CHRISTINA MARTINS BORGES FURLANETO

O disciplinamento jurídico dos investimentos internacionais: compromissos, riscos e benefícios que justificam a participação do Brasil em acordos internacionais de investimento

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Umberto Celli Junior

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo-SP
2016**

KARLA CHRISTINA MARTINS BORGES FURLANETO

O disciplinamento jurídico dos investimentos internacionais: compromissos, riscos e benefícios que justificam a participação do Brasil em acordos internacionais de investimento

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração de Direito Internacional, sob a orientação do Professor Titular Umberto Celli Junior.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2016

Ficha catalográfica

Borges Furlaneto, Karla C. M.

O disciplinamento jurídico dos investimentos internacionais: compromissos, riscos e benefícios que justificam a participação do Brasil em acordos internacionais de investimento. – São Paulo, 2016.

[238] p.

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016.

1. Organização Mundial do Comércio. 2. Direito Internacional

Banca Examinadora

Prof. Dr. Umberto Celli Junior

Prof. Dr. Heleno Taveira Torres

Prof. Dr. Alberto do Amaral Júnior

Prof. Dr. Caio Gracco Pinheiro Dias

Prof. Dra. Vera Thorstensen

A meu marido, Vicente, e a meu pequeno Antônio, pelo amor, compreensão e apoio.
A meus pais, Antonio Luiz e Waldenice, pelo amor, exemplo e estímulo.

AGRADECIMENTOS

Não foi fácil. Abdicar de horas de sono, sacrificar convívio com meu marido e filho, estar ausente nas festas e reuniões familiares. Viajar muito a trabalho sempre na companhia de livros e computador. Equilibrar vida pessoal, profissional e tese. O desafio desses últimos anos foi imenso. Contudo, essa jornada tem sido enriquecedora e gratificante.

Muitos foram os que contribuíram de forma direta ou indireta ao longo da minha caminhada. Cada qual à sua maneira.

No amor e apoio incondicional do meu marido, Vicente Furlaneto, e carinho do meu pequeno, Antônio, encontrei a força para, exausta, seguir adiante.

O exemplo de trabalho, dedicação e disciplina dos meus pais, Antonio Luiz e Waldenice, tem sido um norte em minha caminhada.

O apoio logístico e carinhoso dos meus sogros, Antonio e Maria Helena Furlaneto, e da minha cunhada, Gabriela Furlaneto, foi essencial para que eu tivesse a tranquilidade para me dedicar à tese nos muitos finais de semana e nas viagens.

Ao meu irmão Luís Maurício M. Borges e à minha cunhada Luciana Ferrara, acadêmicos e pesquisadores apaixonados, meu obrigada pelo apoio e estímulo.

Agradeço a amizade e o companheirismo de Fernanda Manzano Sayeg ao longo dos anos em que fui pesquisadora e doutoranda.

Registro meu agradecimento ao meu sócio Luís Gustavo Rolim R. Lima, cuja compreensão, parceria e amizade foram essenciais.

Agradeço também à Mariana Barros por sua valiosa contribuição, à Daniela Bertotti pela amizade e interlocução e à Talita Moço e Paula Brito Araújo pela importante assistência na reta final deste trabalho.

Registro ainda meus sinceros agradecimentos aos amigos Abrão Migue Árabe Neto, Secretário de Comércio Exterior, e Daniel Marteleto Godinho, ex-Secretário de Comércio Exterior, importantes interlocutores que, como formuladores e negociadores do acordo, muito me ajudaram a formular meu próprio entendimento quanto ao tema.

Meu apreço também aos amigos Fabrizio Sardelli Panzini, Especialista em Política da Indústria da CNI, e José Luiz Pimenta Júnior, ex-coordenador de Negociações Internacionais da FIESP, que me apontaram as preocupações do setor privado.

Por fim, registro minha gratidão ao meu orientador, Umberto Celli Junior, com quem convivo, pesquiso e trabalho há mais de uma década. Seus ensinamentos, sua paciência e amizade ao longo de todos esses anos são os mais valiosos bens que guardo dessa experiência.

Aos que, pelo cansaço e exaustão, talvez eu tenha deixado de fora da lista de agradecimentos, minhas desculpas e pedido de compreensão.

RESUMO

O segundo pós-guerra assistiu à emergência de um regime normativo de investimentos internacionais fragmentado e polarizado. De um lado, os interesses dos países desenvolvidos; de outro, as preocupações do mundo em desenvolvimento. Entre tratados de natureza multilateral e regional, houve a multiplicação de acordos bilaterais para proteção de investimentos estrangeiros. O Brasil, um dos principais receptores de investimentos do globo, é, dentre as principais economias, o único país, até recentemente, não signatário de um acordo bilateral de investimentos. A partir de 2000, contudo, o cenário macroeconômico nacional muda e os fluxos de saída de investimento direto ganham importância. A partir desse momento, o Brasil inicia uma mudança de percepção. Os Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos, assinados a partir de 2015, oferecem uma alternativa à dinâmica e à racionalidade observadas desde o início da era dos Acordos Bilaterais de Investimentos. Atento aos questionamentos feitos ao modelo tradicional e às preocupações do investidor brasileiro e lançando um olhar sobre as novas tendências que se desenham no horizonte, o documento brasileiro propõe o reexame do que está posto. Ao enfrentar as preocupações econômicas e jurídicas do país quanto ao tema, o Brasil formulou um instrumento que, não obstante apresente dispositivos tradicionais dos acordos, inova ao apoiar parcela de sua estrutura no diálogo entre os Estados. A presente tese, por meio do exame (i) do cenário que deu causa e da racionalidade que permeou a construção dos tradicionais BITs, (ii) das novas tendências de acordos que resultam da intersecção entre os temas comércio e investimento, (iii) da construção normativa brasileira resultante do histórico político-econômico brasileiro e (iv) dos ACFIs recém-assinados pelo país, objetiva responder aos seguintes questionamentos: o Brasil precisa de um acordo de proteção e promoção de investimentos? Em caso afirmativo, de que acordo o Brasil necessita? O ACFI atende a essa demanda? O modelo proposto facilita o ingresso brasileiro em negociações de acordos preferenciais/regionais de comércio com capítulos de investimento? Em que medida o ACFI contribui para atração de investimentos e, na mão inversa, para o estímulo à realização de investimentos brasileiros no exterior?

Palavras-chave: Investimentos internacionais; investimentos estrangeiros; Regime Normativo de Investimentos; BITs; APPRs; acordos regionais; mega-acordos e tendências; ACFIs.

ABSTRACT

The second post-war saw the emergence of a fragmented and polarized normative regime of international investment. On the one hand, the interests of developed countries; on the other, the concerns of the developing world. Among treaties of a multilateral and regional nature, bilateral agreements multiplied themselves to protect foreign investments. Brazil, one of the main investments receiver in the world and among the most important economies, the only country, until recent times, not part of a bilateral investment agreement. From the 2000s, however, the Brazilian macroeconomic scenario changes and the outflows of direct investment gain importance. From that moment, Brazil begins to change its perception. The Investment Cooperation and Facilitation Agreements, signed after 2015, offer an alternative to the dynamics and rationality observed since the beginning of the Bilateral Investment Agreements era. Aware of the questions posed to the traditional model and the concerns of the Brazilian investor, as well as looking at the new trends that are drawing on the horizon, the Brazilian agreement proposes a reexamination of what is in place. In addressing the country's economic and legal concerns on the subject, Brazil has formulated an instrument that, despite presenting traditional provisions of the agreements, innovates by supporting part of its structure in the dialogue between States. The present thesis intends to exam (i) the causal scenario and the rationality that permeated the construction of the traditional BITs, (ii) the new trends in agreements that resulted from the intersection between international trade and investment, (iii) the Brazilian legislation resulting from the country's political-economic history and (iv) the ACFIs recently signed by the country, aims to answer the following questions: does Brazil need an agreement to protect and promote investment? If so, what agreement does Brazil need? Does ACFI meet this need? Does the proposed model facilitate Brazilian entry into the negotiation of preferential/regional trade agreements with investment chapters? To what extent does ACFI contribute to attract investment and, conversely, to stimulate Brazilian investments overseas?

Keywords: International investments; Foreign investments; Regulatory Regime of Investments; BITs; APPRs; regional agreements; mega-agreements and trends; ACFIs.

RESUMÉ

Le deuxième après-guerre a perçu l'apparition d'un régime normatif d'investissements internationaux fragmentés et polarisés. D'une part, les intérêts des pays développés; de l'autre, les préoccupations du monde en développement. Parmi les traités d'origine multilatérale et régionale, il a eu une prolifération des accords bilatéraux sur la protection des investissements étrangers. Le Brésil, l'un des principaux bénéficiaires des investissements globaux, le seul pays non signataire d'un accord bilatéral d'investissement, jusqu'à récemment, parmi les grandes économies. Dès les années 2000, cependant, les changements dans le scénario macro-économique nationale stimulent les sorties d'investissements directs. A partir de ce moment, le Brésil amorce un changement de perception. Les accords de coopération et Facilitation d'investissement, signé à partir de 2015, a émergé comme une alternative à la rationalité et à la dynamique observés depuis le début de l'ère des Accords Bilatérales d'investissement. Attentif aux doutes par rapport aux au modèle traditionnel et aux inquiétudes de l'investisseur brésilien et, jetant un regard sur les nouvelles tendances qui se profilent à l'horizon, le projet d'accord d'investissement brésilien propose un nouveau modèle de traité. Mettant à part les préoccupations économiques et juridiques qui ont surgi dans le passé récent sur le sujet, le Brésil a émis un instrument qui, même si présents dispositifs traditionnels aux accords d'investissement, propose des nombreuses innovations. Cette thèse, en examinant (i) le scénario qui a donné la cause et la rationalité qui entraîne la construction des TIB traditionnels, (ii) de nouveaux accords sur les tendances résultant de l'intersection entre les questions commerciales et les investissements, (iii) de la construction normative brésilienne résultant de l'histoire politique et économique de la patrie et (iv) des ACFIs récemment signés par le pays, vise à répondre aux questions suivantes: le Brésil a besoin d'un accord de protection et de promotion de l'investissement? Si oui, quel genre d'accord a-t-il besoin? Est-ce que le modèle d'ACFI présenté répond à cette demande? Est-ce que le modèle proposé facilite l'entrée du Brésil dans des négociations d'accords préférentiels/régionales de commerce avec des chapitres d'investissement? Dans quelle mesure le modèle ACFI contribue à attirer les investissements et, dans l'opposée, tenant davantage d'investissements brésiliens à l'étranger.

Mots-clés: Investissements internationaux; Investissements étrangers; Régime réglementaire d'investissement; BITs; APPRs; accords régionaux; méga-transactions et tendances; ACFIs.

RESUMEN

El segundo post guerra observó la emergencia de un régimen normativo de inversiones internacionales fragmentado y polarizado. Por un lado, los intereses de los países desarrollados; por otro, las preocupaciones del mundo en desarrollo. Entre tratados de naturaleza multilateral y regional, se dio la multiplicación de acuerdos bilaterales para protección de inversiones extranjeras. Brasil, uno de los principales receptores de inversión del globo, el único país no signatario de un acuerdo bilateral de inversiones, hasta hace poco, una de las principales economías. A partir de los años, 2000, sin embargo, los cambios en el escenario macroeconómico nacional estimulan flujos de salida de inversión directa. A partir de ese momento, Brasil inicia un cambio de percepción. Los *Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos*, firmados a partir del 2015, surgen como una alternativa a la dinámica y racionalidad observados desde el inicio de la era de los *Acordos Bilaterais de Investimentos*. Atento a los cuestionamientos hechos al modelo tradicional y a las preocupaciones del inversor brasileño y, echando una mirada a las nuevas tendencias que se dibujan en el horizonte, la minuta brasileña de acuerdo de inversión propone un nuevo modelo de tratado. Alejando las preocupaciones económicas y jurídicas que surgieron en el pasado reciente con respecto al tema, Brasil formuló un instrumento que, aunque presenta dispositivos tradicionales a los acuerdos de inversión, propone muchas innovaciones. La presente tesis, a partir del examen (i) del escenario que originó y la racionalidad que permeó la construcción de los tradicionales BITs, (ii) de las nuevas tendencias de acuerdos que resultan de la intersección entre los temas comercio e inversión, (iii) de la construcción normativa brasileña resultante del histórico político-económico patrio y (iv) de los *ACFIs* recién firmados por el país, busca responder a estos cuestionamientos: ¿Brasil necesita un acuerdo de protección y promoción de inversiones? En caso afirmativo, ¿de qué acuerdo necesita Brasil? ¿El modelo de *ACFI* presentado responde esta demanda? ¿El modelo propuesto facilita el ingreso brasileño en negociaciones de acuerdos preferenciales/regionales de comercio con capítulos de inversión? ¿En qué medida el modelo de *ACFI* contribuye para atracción de inversiones y, por otra parte, realización de más inversiones brasileñas fuera del país?

Palabras clave: Inversiones internacionales; Inversiones extranjeras, Regímenes normativos de inversiones; BITs, APPRs; acuerdos regionales; mega acuerdos y tendencias; *ACFIs*.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ASEAN	Associação de Nações do Sudeste Asiático
BIRD	Banco Internacional para a Reconstrução do Desenvolvimento (atual Banco Mundial)
BITs	<i>Bilateral Investment Treaties</i> (Acordos Bilaterais de Investimento)
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CACEX	Carteira de Comércio Exterior
CAMEX	Câmara de Comércio Exterior
CGV	Cadeias Globais de Valor
CIRDI/ICSID	Centro Internacional para Resolução de Disputas Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados
CNI	Confederação Nacional das Indústrias
FET	Fórum das Empresas Transnacionais
FIESP	Federação das Indústrias do Estado de São Paulo
FMI	Fundo Monetário Internacional
GATT/GATT 1994	<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i>
GATS	Acordo sobre o Comércio de Serviços General/ <i>Agreement on Tariffs</i>
GTEX	Grupo Técnico de Estudos Estratégicos do Exterior
IED/FDI	Investimento Estrangeiro Direto/ <i>Foreign Direct Investment</i>
MAI	<i>Multilateral Agreement on Investment</i> (Acordo Multilateral sobre Investimento)
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
MFN	<i>Most Favoured Nation Treatment</i> (Cláusula ou Tratamento de Nação Mais Favorecida)
MIGA	Agência Multilateral de Garantia de Investimentos
NAFTA	Tratado de Livre-Comércio da América do Norte
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OIC	Organização Internacional do Comércio
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
RCEP	<i>Regional Comprehensive Economic Partnership</i>
RDE	Registro Declaratório Eletrônico
SECEX	Secretaria de Comércio Exterior
TRIMs	<i>Trade Related Investment Measures</i> (Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio)
TN	Tratamento Nacional
T-TIP	<i>Transatlantic Trade and Investment Partnership</i> (Parceria Transatlântica para o Comércio e o Investimento)
TPP	<i>Trans-Pacific Partnership</i> (Parceria Transpacífica)
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional
UNCTAD	<i>United Nations Conference on Trade and Development</i> (Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	16
I – O DISCIPLINAMENTO JURÍDICO DO DIREITO INTERNACIONAL DO INVESTIMENTO – A EMERGÊNCIA DE UM REGIME	21
1. Investimento internacional – noções econômicas e tipologia jurídica	21
1.1. Investimento.....	21
1.2. Investimento estrangeiro direto	26
1.3. Investimento estrangeiro indireto ou de portfólio.....	29
2. Os vetores determinantes da decisão de investir	31
2.1. Considerações econômicas	31
2.2. Considerações jurídicas	31
3. A evolução do direito internacional do investimento	33
3.1. Os diversos atores e a contraposição de interesses	40
3.2. A necessidade de segurança jurídica e previsibilidade para o investidor	41
3.3. Os benefícios e custos para o país receptor e os inconvenientes para o país origem do capital.....	42
4. Investimento estrangeiro direto e comércio internacional: complementares ou substitutos?.....	43
4.1. Investimento: agente indutor de Comércio: um veículo estimulador de investimento	45
5. Análise dos padrões de regulação internacional dos investimentos	47
5.1. As diferentes perspectivas no tratamento multilateral do tema	48
5.1.1. Acordo TRIMS – o condicionamento do investimento quando relacionado ao comércio.....	48
5.1.2. Acordo GATS – Modo 3	54
5.1.3. Acordo MAI – estímulos para a realização do investimento.....	57
5.1.4. Banco Mundial: Diretivas, Agência Multilateral para Garantia de Investimentos (MIGA) e o Centro Internacional para Resolução de Disputas sobre Investimentos (ICSID)	59
5.1.4.1. As Diretivas do Banco Mundial.....	60
5.1.4.2. Agência Multilateral para Garantia de Investimentos (MIGA)	62
5.1.4.3. Centro Internacional para Resolução de Disputas sobre Investimentos (ICSID)..	63
5.2. A regulamentação regional	64

5.2.1. O NAFTA e seu capítulo sobre investimentos	64
5.2.2. O MERCOSUL e a integração regional – a relação entre investimento e comércio 66	
II – A PROLIFERAÇÃO DE TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO, SEU CONTEÚDO AS NOVAS TENDÊNCIAS	71
1. A proliferação dos tratados bilaterais de investimento	71
1.1. A extensa rede dos acordos bilaterais de investimento.....	75
1.2. As diferentes gerações de acordos bilaterais de investimento.....	80
1.2.1. A primeira geração.....	80
1.2.2. A segunda geração	86
1.2.3. A terceira geração	89
1.2.4. A quarta geração de acordos, a inserção de novos temas na agenda de negociação e a necessidade de reequilibrar os interesses	92
2. As novas tendências quanto aos acordos regionais – do comércio às regras sobre investimentos	96
2.1. A tendência nos acordos coreanos	97
2.1.1. O Acordo Coreia-Estados Unidos (Korus).....	97
2.1.2. O Acordo Coreia-União Europeia (Koreu).....	98
2.2. O tratamento dos investimentos nos mega-acordos.....	100
2.2.1. O Acordo <i>Trans-Pacific Partnership</i> (TPP).....	102
2.2.2. O Acordo <i>Transatlantic Trade and Investment Partnership</i> (T-TIP).....	105
3. O conteúdo normativo dos acordos bilaterais.....	107
3.1. Preâmbulo dos acordos de investimento.....	108
3.2. Cláusulas que determinam o escopo e apresentam a definição de investimento e investidor	109
3.3. Proteção de direitos substantivos (padrões de tratamento).....	113
3.3.1. Padrões relativos de proteção	114
3.3.1.1. Cláusula sobre tratamento justo e equitativo	114
3.3.1.2. Cláusula de nação mais favorecida (e tratamento nacional).....	116
3.3.2. Padrões absolutos de proteção	118
3.3.2.1. Cláusulas que tratam de requisitos de performance.....	118
3.3.2.2. Liberdade de transferência de recursos.....	119
3.3.2.3. Cláusulas sobre expropriação e compensação	120
3.3.2.4. Cláusula sobre transparência	123
3.3.2.5. Cláusula guarda-chuva.....	124

3.3.2.6. Cláusula que apresenta o mecanismo de solução de controvérsias	124
III – BRASIL – HISTÓRICO E DISCIPLINAMENTO JURÍDICO DOS	
INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS	126
1. Breve análise – o investimento e a história econômica brasileira	126
1.1. Os ciclos de recebimento de investimentos estrangeiros pelo Brasil	126
1.1.1. Primeiro ciclo de investimentos – fins do século XIX a meados do século XX (Relação Brasil-Inglaterra)	126
1.1.2. Segundo ciclo de investimentos – do segundo pós-guerra ao início da década de 1960 (Política de industrialização por substituição das importações)	129
1.1.3. Terceiro ciclo de investimento – entre os anos de 1960 e 1990 (ponto de inflexão – do “milagre econômico” aos ajustes à hiperinflação).....	131
1.1.4. Quarto ciclo de investimentos – dos anos 1990 até o início dos anos 2000 (a abertura para o mundo).....	133
1.1.5. Quinto ciclo de investimentos – 2003 em diante.....	135
1.2. O Brasil investidor – a internacionalização da indústria e do segmento de serviços	136
2. O disciplinamento jurídico dos investimentos estrangeiros diretos no plano interno ..	140
2.1. A regulação brasileira sobre investimento estrangeiro direto – Constituição Federal, leis e decretos de caráter operacional	141
2.2. A nova ordem econômica na Constituição Federal de 1988 e a redefinição do Estado – o novo papel dos investimentos estrangeiros.....	143
2.3. Investimento estrangeiro direto – política de Estado ou de governo?	146
3. O Brasil e sua participação na construção do direito internacional do investimento ...	147
3.1. O conteúdo dos Acordos de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos assinados e não ratificados.....	149
3.2. Problemas que o país enfrentou em decorrência da não existência de acordos.....	155
3.2.1. Investimentos da Petrobras na Bolívia.....	155
3.2.2. Investimentos da Odebrecht no Equador	158
3.2.3. Investimentos da Vale em Moçambique.....	159
3.3. Desafios a enfrentar – a presença do investimento brasileiro no exterior	160
IV – A PARTICIPAÇÃO BRASILEIRA NA CONSTRUÇÃO DE UM REGIME	
INTERNACIONAL DE INVESTIMENTO.....	162
1. Os Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFIs).....	162
1.1. A retomada do tema e o desenho do modelo brasileiro – as preocupações a serem endereçadas.....	163

1.2. Um acordo híbrido e em construção	166
1.3. A cronologia dos acordos e os bastidores das negociações	168
2. A estrutura atípica e inovadora dos ACFIs – além das cláusulas clássicas	169
2.1. Cláusulas padrão de acordos de investimento	170
2.1.1. Preâmbulo	170
2.1.2. Cláusulas que determinam o escopo e apresentam as definições	171
2.1.3. Padrões de tratamento	172
2.1.4. Liberdade de transferência	174
2.1.5. Dispositivo sobre expropriação e compensação	175
2.1.6. A questão da transparência	177
2.2. Cláusulas específicas do modelo brasileiro	178
2.2.1. Responsabilidade social e corporativa	178
2.2.2. A governança institucional no acordo	180
2.2.2.1. O Comitê Conjunto	180
2.2.2.2. O <i>Ombudsman</i>	181
2.2.3. Prevenção e solução de controvérsias	185
2.2.4. As Agendas Temáticas de Cooperação e Facilitação do Investimento	188
2.2.5. Interação com o setor privado	189
3. Sinalizações e desafios – como seguir adiante	190
CONCLUSÕES	192
REFERÊNCIAS	197
ANEXO I	215
ANEXO II	235

INTRODUÇÃO

Guerry Stroker¹ e James Rosenau² conceituam governança, respectivamente, como uma forma de “criar as condições para a regra ordenada e ação coletiva” e “um sistema de regras”. Segundo esse entendimento, pretende-se por meio da governança estabelecer a definição de critérios para atender às necessidades econômicas e neutralizar aspectos políticos das relações. Pretende-se, por meio desse mecanismo, conferir certo grau de segurança jurídica para as relações entre os Estados. Ocasionalmente, governança está associada à estruturação de regimes internacionais.

Um regime internacional, por sua vez, é essencialmente um sistema de governança em uma área particular das relações internacionais³. Segundo Krasner, trata-se de um conjunto de “princípios, normas, regras e procedimentos de tomada de decisão em torno dos quais as expectativas dos atores convergem em uma determinada área das relações internacionais”⁴.

Durante a segunda metade do século XX, estruturou-se um regime jurídico para acomodar as preocupações dos países e de seus agentes privados com relação aos investimentos realizados além de suas fronteiras. Esse regime fragmentado, segundo Amarasinha e Kokot⁵, compreende tratados com diferentes níveis de detalhe e complexidade, com variedade de partes contratantes, e possui dimensões bilaterais, regionais ou mesmo multilaterais.

While having all the characteristic of other international regimes, the investment regime also has three unique features: it has been bilaterally, rather than multilaterally constructed; it decentralizes and privatizes decision making process; and it is not based on a multilateral international organization. All of

¹ STROKER, Gerry. Governance as Theory: Five Propositions. **International Social Science Journal**, 155 (1998): 17-28.

² ROSENAU, James. **Governance without government**. Chapter 3 – Governance, Order and Change in World Politics. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=yCI8y6MGTKmC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 6 ago. 2016.

³ SALACUSE, Jeswald W. The Emerging Global Regime for Investment. **Harvard International Law Journal**, Cambridge, v. 51, n. 2, p. 431, summer 2010.

⁴ KRASNER, Stephen D. Structural Causes and Regimes Consequences: Regimes as variables, in Power. In: **The State, and Sovereignty**: Essays on International Relations. Routledge: London, 2009.

⁵ AMARASINHA, Stefan D.; KOKOTT, Juliane. Multilateral Investment Rules Revisited (Cap. 4). In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph, (Org.). **The Oxford Handbook of International Investment Law**. Oxford: Oxford Press, 2008. p. 124.

these features have significant consequences for the functionality and sustainability of the regime⁶.

Nesse contexto, a extensa malha de acordos que albergam as preocupações dos países com o investimento estrangeiro abrange tratativas de natureza multilateral acolhidas sob a égide da OMC e do Banco Mundial, acordos regionais de comércio com capítulos que versam sobre investimento, além de mais de 3.000 (três mil) acordos bilaterais⁷ que compreendem exclusivamente investimentos estrangeiros. Como resultado, para cada par ou grupo de países, diferentes regimes de investimento podem se aplicar:

[...] it is a fragmented regime with many different agreements at different levels of detail and complexity, with a variety of contracting parties, some being bilateral, others regional or even multilateral, as in the case of WTO Agreements. The result is that for each pair or group of countries, different regimes may apply⁸.

O Brasil, membro fundador da OMC e do Mercosul, historicamente se manteve distante das iniciativas bilaterais e hesitou em participar da rede de acordos bilaterais de investimentos que começou a se formar a partir dos anos 1960. Mais de trinta anos depois, durante a segunda metade da década de 1990, o país assinou seus primeiros acordos bilaterais de investimento.

Contudo, ao assinar 14 (catorze) acordos de promoção e proteção de investimentos, o país apenas replicou o modelo de acordos comumente adotado pelos países desenvolvidos⁹, sem o devido zelo e atenção aos limites constitucionais e econômicos internos. A tentativa se frustrou e o país adiou por mais duas décadas sua inserção em acordos do gênero. À época,

⁶ “Embora apresente todas as características de outros regimes internacionais, o regime de investimento também apresenta três características únicas: foi constituído de forma bilateral, e não construído multilateralmente; Descentraliza e privatiza o processo de tomada de decisão; e não se baseia em uma organização internacional multilateral. Todas estas características têm consequências significativas para a funcionalidade e sustentabilidade do regime”. (tradução livre) (SALACUSE, Jeswald W. The Emerging Global Regime for Investment. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 51, n. 2, p. 432-436, summer 2010).

⁷ UNCTAD. *World Investment Report (2016)*. Disponível em: <http://UNCTAD.org/en/Publications/Library/wir2016_en.pdf>. Acesso em: 11 out. 2016.

⁸ “Trata-se de um regime fragmentado, com muitos acordos diferentes, com diferentes níveis de pormenor e complexidade, com uma variedade de partes contratantes, algumas bilaterais, outras regionais ou mesmo multilaterais, como no caso dos acordos da OMC. O resultado é que para cada par ou grupo de países, regimes diferentes podem ser aplicados.” (tradução livre) (SALACUSE, Jeswald W. The Emerging Global Regime for Investment. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 51, n. 2, p. 432-436, summer 2010).

⁹ O sítio eletrônico da UNCTAD traz os modelos de acordos comumente assinados pelos países. O exame desses modelos permite constatar o padrão de acordo seguido pelos países desenvolvidos. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

a falta de clareza – tanto por parte do Estado como por parte do agente privado – quanto à necessidade real de o Brasil possuir um acordo bilateral dessa natureza colocou um freio ao ímpeto inicial.

Em geral, um acordo de investimento apresenta como motivação a necessidade de acomodar o interesse do Estado exportador do capital, assim como o interesse do Estado importador e do agente privado que realiza o investimento. Nesse sentido, visa encorajar investimentos estrangeiros, facilitar a construção de relacionamentos, promover a liberalização econômica, estimular a realização de investimentos internos por meio da concorrência, bem como melhorar a governança e fortalecer o uso e a aplicação do direito¹⁰.

A partir de 2015, ao assinar seu primeiro acordo e de fato ingressar no sistema de tratados bilaterais de investimento, o Brasil, certo de seus interesses, propôs um modelo completamente novo e diverso do que vinha sendo praticado desde então. Os ACFIs inovam por sua estrutura, preocupações e mecanismos.

Este trabalho busca lançar um olhar abrangente sobre o tema. Por meio da investigação do regime de investimentos que se constituiu na segunda metade do século XX, assim como das novas tendências de acordos que resultam da intersecção entre os temas comércio internacional e investimento, da construção normativa brasileira resultante do histórico político-econômico interno e, ao final, dos ACFIs recém-assinados pelo país, pretende-se apontar a racionalidade por trás da construção deste regime e apontar a justificativa para a escolha brasileira por um caminho diverso do tradicionalmente adotado pelas nações ao enfrentar o tema.

No primeiro capítulo desta tese, a partir da verificação das definições sobre investimento, assim como das considerações de natureza jurídica e econômica que circundam o termo, será feita a investigação da construção jurídica do regime normativo dos investimentos estrangeiros. Pretende-se apresentar os pressupostos que caracterizam esse ramo do direito internacional como um direito que, de forma histórica e conjuntural, foi construído pelos países desenvolvidos que buscavam se resguardar dos riscos que, potencialmente, o investimento realizado em países menos desenvolvidos apresentaria. Em

¹⁰ SALACUSE, Jeswald W. The Emerging Global Regime for Investment. **Harvard International Law Journal**, Cambridge, v. 51, n. 2, p. 440-442, summer 2010.

outras palavras, demonstrar que se trata de um direito construído por países desenvolvidos para países em desenvolvimento. Nas palavras de Stephen Schill:

*Certainly, this function of international investment law is closely connected to the interests of those foreign investors and States that push for increasingly globalized markets and the legal framework that accompanies them*¹¹.

A relevância quanto ao entendimento das origens do direito internacional do investimento reside justamente no fato de que o direito não se desvia do contexto político e social que embasou sua criação no passado. A inter-relação entre os fatores históricos, políticos e econômicos que ofereceram as bases para a criação do direito no passado continuamente contribui para construção de um direito internacional do investimento no presente.

Se o direito internacional é formado pela resolução eventual de interesses nacionais, econômicos e sociais, o direito internacional do investimento estrangeiro apresenta uma ilustração desses processos de intenso conflito e sua resolução¹².

O entendimento quanto ao contexto político e à realidade econômica à qual se circunscreve o surgimento do direito internacional do investimento é fundamental para a identificação das preocupações que permearam a criação desse direito em sua origem, e que ainda hoje orientam sua construção.

A percepção apontada no capítulo primeiro ganha novos contornos no segundo capítulo da tese, no qual, por meio da análise detida (i) dos acordos bilaterais e, em especial, da nova geração de acordos dessa natureza, assim como (ii) dos desafios trazidos pelos “mega-acordos” regionais em negociação, buscar-se-á apresentar as novas tendências relacionadas ao tema.

Ainda no capítulo segundo, será analisada a evolução desses acordos, que, segundo se convencionou denominar, categorizam-se em gerações de tratados bilaterais, cada qual

¹¹ “Certamente, essa função do direito do investimento internacional está intimamente ligada aos interesses dos investidores estrangeiros e dos Estados que pressionam por mercados cada vez mais globalizados e o quadro legal que os acompanha.” (tradução livre) (SCHILL, Stephan W. **The multilateralization of international investment law**. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 6).

¹² SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The international law on foreign investment**. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 5.

observando um período mais ou menos determinado no tempo e aspectos considerados relevantes nas circunstâncias de sua assinatura. Cada geração indica a evolução do assunto sob a luz do discutido na geração anterior, e antecipa as tendências da fase seguinte. Também nesse capítulo serão analisadas as cláusulas padrão dos acordos que apresentam níveis de proteção, tipo de investimento a ser protegido e a forma de solução de conflito.

No terceiro capítulo do presente trabalho, será examinada a evolução da legislação interna sobre o tema investimentos. Por oportuno, serão destacados os diversos ciclos econômicos que o país vivenciou com relação aos investimentos internacionais, assim como o desenvolvimento da regulação jurídica que conformou tais conjunturas. Ao final, serão discutidas as diretrizes trazidas pela Constituição Federal de 1988, buscando delinear os interesses e limites que o Estado brasileiro deve observar com relação à negociação de acordos internacionais de investimentos.

No capítulo quatro, à luz do apresentado nos capítulos anteriores, analisam-se os recém-assinados Acordos de Promoção e Facilitação de Investimento. O documento brasileiro inovou e foi além do modelo tradicional sugerido pelos foros internacionais.

Em resumo, a presente tese tenciona examinar o cenário que deu causa e ofereceu a racionalidade que permeia a construção do regime internacional de investimentos, e responder aos seguintes questionamentos: O Brasil precisa de um acordo de proteção e promoção de investimentos? Em caso afirmativo, de que acordo o Brasil necessita? O modelo de ACFI apresentado atende a essa demanda? O modelo proposto facilita o ingresso brasileiro em negociações de acordos preferenciais/regionais de comércio com capítulos de investimento? Em que medida o modelo de ACFI contribui para atração de investimentos e, na mão inversa, para a realização de investimentos brasileiros no exterior?

I – O disciplinamento jurídico do direito internacional do investimento – a emergência de um regime

Foreign direct investment (FDI) is a key driver of international economic integration. With the right policy framework, FDI can provide financial stability, promote economic development and enhance the well-being of societies¹³.

1. Investimento internacional – noções econômicas e tipologia jurídica

1.1. Investimento

O conceito de investimento estrangeiro vem sendo construído ao longo da história com base no entendimento, necessidade e interesse dos Estados. Guarda relação com seus direitos internos e se vê refletido nos inúmeros acordos internacionais assinados entre os países. De modo complementar, a compreensão do termo deriva também dos estudos produzidos pelas organizações internacionais e se consolida nas decisões emitidas pelos tribunais internacionais e demais foros que lidam com o tema. Contudo, a despeito de todo esforço de discussão, construção e análise, permanece inconclusiva uma definição rígida e hermética sobre investimento. Por essa razão, o ponto de início da presente tese tratará justamente do estabelecimento do conceito de investimento e de investimento estrangeiro¹⁴, com base no qual serão tecidas as considerações a doravante¹⁵.

Alguns autores diferenciam as expressões “investimento estrangeiro” de “investimento internacional”, para esses autores investimento estrangeiro “significa [investimento] originário de outro país, o que é quase sempre o caso das aplicações financeiras e produtivas”, e investimento internacional “aquele feito entre Estados [...] ou do

¹³ “O investimento estrangeiro direto (IED) é um motor importante da integração econômica internacional. Com o quadro político adequado, o IED pode proporcionar estabilidade financeira, promover o desenvolvimento econômico e melhorar o bem-estar das sociedades.” (tradução livre) (OECD. **OECD Benchmarks Definitions of Foreign Direct Investment**. Paris: OECD, 1996. p. 5).

¹⁴ As regras nacionais dos países, por vezes, trazem definições próprias para o termo “investimento” e frequentemente estabelecem critérios particulares para a definição do conceito, o que certamente impacta os acordos negociados por esses países, conforme se observará mais adiante. Por essa razão, entende-se fundamental fixar desde o início os conceitos com os quais esta tese será construída, a fim de evitar inconsistências.

¹⁵ Conforme explicam Dominique Carreau e Patrick Juillard, a definição de investimento estrangeiro surge em razão da função e ocorrência do investimento, motivo pelo qual se torna tão difícil uma definição única para essa ação (**Droit international économique**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998).

investimento das organizações internacionais”¹⁶. Para os fins do presente trabalho, segue-se a linha adotada pelo professor Dominique Carreau, para quem ambas as expressões têm o mesmo significado¹⁷.

Esta tese busca enfrentar as preocupações jurídicas relacionadas à realização de um investimento que ultrapassa as fronteiras do território origem do capital, o que o qualifica como um investimento estrangeiro ou internacional. Para os fins do presente trabalho, não se fará distinção terminológica entre investimento internacional e investimento estrangeiro. Adotar-se-á com mais frequência, contudo, a expressão “investimento estrangeiro” ao se buscar entender as bases do direito internacional que busca normatizar juridicamente as relações de investimentos que se concretizam além do território de origem do capital investidor.

No que se refere ao entendimento do termo e conforme ensina Dolzer¹⁸, a definição de investimento deve ser apresentada em razão de seu escopo *ratione materiae*. Para os fins deste estudo apresenta-se a origem do conceito, primeiramente, na terminologia econômica, analisando-se, contudo, sua aplicação como um conceito jurídico. Por essa razão, apresentam-se na sequência a conceituação econômica e o entendimento jurídico do termo investimento.

Sob o olhar econômico, investimento é o evento de natureza eminentemente econômica que vincula uma abstenção momentânea a um ganho futuro. Representa a aplicação de algum tipo de recurso com a expectativa de receber um retorno futuro superior ao aplicado. Ainda em termos econômicos, trata da ação que relaciona uma realidade do presente a uma pretensão futura¹⁹, observada a expectativa de ganho daquele que investe. É, por exemplo, a “parcela de recursos utilizada por empresas privadas para produzir recursos futuros. [...] Ferro e tijolos utilizados para construir uma fábrica são parte dos gastos com

¹⁶ COSTA, José Augusto Fontoura. **Direito internacional do investimento estrangeiro**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 32.

¹⁷ CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. **Droit international économique**. 4. ed. Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1998. p. 396.

¹⁸ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. **Principles of international investment law**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2012. p. 60.

¹⁹ MANKIW, N. Gregory. **Macroeconomia**. Rio de Janeiro: LTC, 2008. p. 17.

investimento, assim como o são a prestação de serviços por técnicos que ajudam a estruturar os computadores de um negócio”²⁰. Dessa forma,

o investimento é o gasto destinado ao aumento ou à manutenção do estoque de capital inicialmente alocado [geração de riquezas]. O estoque de capital consiste nas fábricas, móveis e outros bens duráveis usados no processo de produção. Este estoque de capital inclui, também, a moradia residencial e as ações. Assim, o investimento é o gasto que se adiciona a estes componentes do estoque de capital²¹.

Trata, por fim, da “utilização de recursos mediante a alocação de receitas e assimilação dos custos para o acréscimo de bens produtivos, tendo em vista a expectativa de que as receitas resultantes do investimento superem os seus custos”²².

Essa expectativa de ganho, no entanto, está envolta por uma incerteza: a insegurança de fato haverá ganho futuro. Razão pela qual todo investimento está atrelado à assunção de riscos. Nas palavras de John Maynard Keynes, “o objetivo de um investimento deve ser derrotar as forças obscuras do tempo e da ignorância que encobrem o futuro”²³. Para o economista, um dos elementos intrínsecos do investimento está representado pelo risco do incerto, e qualquer decisão de investir deve levar em conta, além da “previsão mais provável de ser feita”, o “estado de confiança” que gravita em torno dessa decisão. Segundo a teoria keynesiana, todo investimento vincula uma decisão presente a um evento futuro incerto e a assunção de risco é um dos componentes da decisão de investir.

Para Keynes, o estado de expectativa de longo prazo sobre o qual as decisões são baseadas não depende exclusivamente da previsão mais provável sobre o que se pode fazer. O que significa dizer que, por melhor que seja a análise, o projeto e a previsão feitos, o componente risco é uma variável que pode ser mitigada, mas não completamente afastada.

Esse risco é potencializado quando se trata de um investimento estrangeiro, visto que esse tipo de investimento traz uma informação adicional – justamente seu elemento de estraneidade. Trata-se, pois, de uma ação que cruza a fronteira e é executada em um território

²⁰ KRUGMAN, Paul R.; OBSTFELD, Maurice. **International economics: theory and practice**. Boston: Pearson, 2009. p. 293.

²¹ DORNBUSCH, Rüdiger; FISCHER, Stanley. **Macroeconomia**. 11. ed. São Paulo: McGraw-Hill, 2012. p. 355.

²² SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D. **Economia**. 19. ed. São Paulo: McGraw-Hill, 2012. p. 364.

²³ KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do juro do emprego e da moeda**. São Paulo: Atlas, 1992.

diverso de sua origem, fato que contribui para aumentar a incerteza quanto à previsão futura de ganho. Em outras palavras, a incerteza quanto ao retorno futuro é maior em razão de o fato de ser o investimento realizado além da fronteira do território de origem do capital.

Dessa relação além-fronteira surgem outros questionamentos que tem a potencialidade de aumentar os riscos já inerentes à atividade. “As regras estabelecidas pelo Estado receptor do investimento serão mantidas?” “O capital estrangeiro estará sujeito às mesmas regras e condições que o capital nacional do país receptor do investimento?” “Serão apresentadas condições e exigências para o investimento estrangeiro se realize?” “Em caso de problemas ou dificuldades, como se dará a resolução desse problema?” Indagações como essas e as implicações dessa incerteza, que são ocasionadas pelo risco que representa e pela própria execução de um investimento estrangeiro, são a mola propulsora para a criação de um direito internacional que normatize a preocupação.

Pela perspectiva jurídica, a presente tese adotará a definição segundo a qual “um investimento estrangeiro envolve a transferência de ativos tangíveis ou intangíveis de um país para outro com o propósito de seu uso no país [que o recebe] para gerar riqueza, sob o controle total ou parcial do proprietário dos ativos”²⁴. Adota-se essa definição, pois dela depreendem-se os elementos essenciais para que uma relação seja qualificada como investimento estrangeiro.

O primeiro elemento e que representa a própria essência da relação é o termo “ativos”, que, para os fins desta tese, será considerado²⁵ o conjunto de bens e direitos de um determinado ente – particular, entidade ou empresa – que possui valor econômico e pode ser convertido em dinheiro, proporcionando ganho para seu detentor. Esse ativo poderá ser tangível, quando composto por dinheiro, bens, equipamentos e propriedades, ou intangível, quando representado pela detenção de um direito, como o de propriedade intelectual²⁶.

²⁴ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The international law on foreign investment**. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 7. Essa definição foi adaptada por Sornarajah da apresentada pela **Enciclopédia de Direito Internacional Público** (vol. 8, p. 246), na qual investimento estrangeiro é definido como “*a transfer of funds or materials from one country (called capital exporting country) to another country (called host country) in return for a director indirect participation in the earnings of that enterprise*” ou uma transferência de fundos ou materiais de um país (chamado de país exportador de capital) para outro país (chamado de país receptor) em troca de uma participação direta ou indireta nos lucros dessa empresa (tradução livre).

²⁵ Segundo dicionário contábil, ativo “são todos os bens, direitos e valores a receber de uma entidade”.

²⁶ A Convenção da Organização Mundial da Propriedade Intelectual define o termo como a detenção de direitos relativos à produção de uma obra literária, artística ou científica.

O segundo elemento dessa definição trata da transferência desses ativos para além das fronteiras nacionais, situação na qual o patrimônio desloca-se do território do Estado de origem, chamado país exportador de capital ou investidor, para o território de terceiro Estado, chamado país receptor de capital, local no qual o investimento será de fato realizado. A característica de “estranheidade” do investimento é dada justamente pelo fato de que essa transferência de ativos ultrapassa as fronteiras do território origem do capital.

O terceiro elemento representa a finalidade dessa ação. Todo investimento tem por fim precípua a geração de riquezas. Uma empresa privada, ao procurar terceiros mercados para estabelecer uma relação de investimento, o faz considerando que essa ação ampliará seus dividendos. Sem dúvida todo investimento traz externalidades que se revertem para o país objeto do investimento como geração de empregos, capacitação da mão de obra, transferência de tecnologia, desenvolvimento regional, geração de divisas. Contudo, é importante destacar que o fim precípua de um investimento é o lucro do investidor.

Por fim, tem-se a presença dos agentes envolvidos na execução dessa ação, que representariam um quarto elemento dessa definição e seriam formados pela tríade composta pelo Estado receptor, pelo Estado origem e pelo investidor. É justamente da necessidade de estabelecer mecanismos, parâmetros e procedimentos para a interação dessa tríade que deriva o disciplinamento jurídico dos investimentos.

Contudo, antes do enfrentamento dessas questões é necessário o entendimento com relação à forma por meio da qual um investimento se concretiza. A geração de riquezas por meio da alocação de recursos poderá ocorrer sob duas modalidades distintas: a alocação de recursos em bens, propriedades e equipamentos, o investimento direto; ou sob a modalidade de investimento indireto, que se dá pela aquisição de ações e títulos.

1.2. Investimento estrangeiro direto

Para que se defina com exatidão a modalidade do investimento estrangeiro, é necessário observar as condições por meio das quais a operação ocorre, os critérios que pautam sua realização e quem exerce o controle sobre o capital. Isto é, além dos elementos que definem um investimento como estrangeiro, nomeadamente, transferência de ativos,

origem/destino e finalidade, para que esse investimento estrangeiro seja considerado “direto” ou “indireto”, é necessária a análise de outros critérios para sua correta qualificação.

Para que seja feita essa qualificação e distinção entre os tipos de investimento, convencionou-se adotar os critérios apresentados pelo Centro Internacional para Solução de Disputas sobre Investimentos (ICSID)²⁷⁻²⁸, segundo o qual um arranjo se qualifica como um investimento estrangeiro direto (IED) nos casos em que possui “certa duração, regularidade de lucro e retorno, um elemento de risco e um compromisso substancial”²⁹. Segundo esse raciocínio, um investimento estrangeiro direto geralmente envolve (i) a transferência de fundos, (ii) um projeto de longo prazo, (iii) a ideia de obtenção de lucro, (iv) a participação de um ente que transfere os fundos para um projeto e (v) o risco do negócio. Estes critérios são apresentados pelo artigo 25 da Convenção de Washington, que institui o ICSID, com o propósito de oferecer os parâmetros para determinar quais as disputas serão objeto da jurisdição do tribunal³⁰.

Levando em conta, nesse contexto, extenso estudo preparado pela OCDE³¹, que procurou revisar e estabelecer elementos para uma definição uníssona do que seja um investimento estrangeiro direto, tem-se que:

Direct investment is a category of cross-border investment made by a resident in one economy (the direct investor) with the objective of establishing a lasting interest in an enterprise (the direct investment enterprise) that is resident in an economy other than that of the direct investor. The motivation of the direct investor is a strategic long-term relationship with the direct investment enterprise to ensure a significant degree of influence by the direct investor in the management of the direct investment enterprise. The “lasting interest” is

²⁷ O Centro Internacional para Solução de Disputas sobre Investimentos (ICSID) foi instituído pela Convenção de Washington, em março de 1965. Essa Convenção entrou em vigor em 14 de outubro de 1966. O Brasil não é signatário desse tratado.

²⁸ Nos termos do artigo 25 da Convenção: “(1) A competência do Centro abrangerá a qualquer disputa jurídica diretamente decorrente de um investimento entre um Estado Contratante (ou qualquer organismo de direito público de um Estado Contratante designado para o Centro por esse Estado) e um nacional de outro Estado Contratante, que as partes no litígio tenham consentimento por escrito a apresentar ao Centro”.

²⁹ MUCHLINSKI, Peter. In: ESTEVADEORDAL, Antoni; SUOMINEN, Kati; TEH, Robert (ed.). New York: Cambridge University Press, 2009. p. 365-417; MUCHLINSKI, Peter. Holistic approaches to development and international investment law: the role of international investment agreements. In: FAUNDEZ, Julio; TAN, Celine (ed.). **International Economic Law, Globalization and Developing Countries**. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2012. p. 182.

³⁰ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. **Principles of international investment law**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2012. p. 61.

³¹ A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) é uma organização internacional que busca promover políticas que melhorem o bem-estar econômico e social de pessoas em todo o mundo. Trata de um fórum no qual os governos buscam trabalhar juntos para compartilhar experiências e buscar soluções para problemas comuns.

*evidenced when the direct investor owns at least 10% of the voting power of the direct investment enterprise.[...] The objectives of direct investment are different from those of portfolio investment whereby investors do not generally expect to influence the management of the enterprise*³².

Adicionalmente, a definição trazida pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) informa que IED “refere-se a um investimento realizado para a aquisição de interesse duradouro nas empresas que operam fora da economia do investidor”. Situação na qual “o propósito do investidor é ganhar uma voz eficaz na gestão da empresa”. Para tanto, as normativas do banco associam algum grau de participação de capital a ser considerado para que se tenha uma voz efetiva na gestão de uma empresa e sugere um limite de 10% (dez por cento) de participação de capital para qualificar um investidor como investidor estrangeiro direto³³⁻³⁴.

Para a legislação brasileira que dispõe sobre o tema, a Lei n. 4.131, de 3 de setembro de 1962:

Art. 1º Consideram-se capitais estrangeiros, para os efeitos desta lei, os bens, máquinas e equipamentos, entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no país, para aplicação em atividades econômicas desde que, em ambas as hipóteses, pertençam a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior.

Nessa linha, o Banco Central do Brasil, ao dispor sobre as transações de investimentos estrangeiros diretos, em atenção às orientações dos documentos BPM6 do FMI e BD4 da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), considera IED os casos nos quais *o investidor não residente possui participação na empresa*

³² “O investimento direto representa uma categoria de investimento transfronteiriço feito por um residente numa economia (investidor direto) com o objetivo de estabelecer um interesse duradouro numa empresa (a empresa objeto do investimento direto), que é residente em uma economia diferente do investidor direto. A motivação do investidor direto compreende uma relação estratégica de longo prazo com a empresa de investimento direto para garantir um grau significativo de influência por parte do investidor direto na gestão da empresa de investimento direto. O ‘interesse duradouro’ é evidenciado quando o investidor direto possui, pelo menos, 10% do poder de voto da empresa de investimento direto. [...]. Os objetivos do investimento direto são diferentes dos [objetivos] do investimento de carteira em que os investidores geralmente não esperam influenciar a gestão da empresa” (tradução livre) (OECD. **Benchmark Definition on Foreign Direct Investment**. 4. ed., 2008, p, 48. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/inv/investment-statisticsandanalysis/40193734.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2016).

³³ As definições de IED estão contidas no **Manual da Balança de Pagamentos**. 6. ed. (BPM6). Washington: Fundo Monetário Internacional, 1993; e na **Definição de Referência Detalhada do Investimento Estrangeiro Direto**. 4. ed. (BD4). Paris: Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, 1996.

³⁴ UNCTAD. Disponível em: <[http://unctad.org/en/Pages/DIAE/Foreign-Direct-Investment-\(FDI\).aspx](http://unctad.org/en/Pages/DIAE/Foreign-Direct-Investment-(FDI).aspx)>.

*investida que lhe propicie 10% ou mais de poder de voto nas deliberações sociais e na eleição dos administradores da empresa*³⁵.

Nos termos do Relatório sobre Investimentos 2007 da Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD)³⁶:

O investimento estrangeiro direto envolve uma relação de longo prazo e reflete um interesse duradouro e o controle por uma entidade residente em uma economia (Estado investidor) em uma empresa residente numa economia diferente da do investidor estrangeiro direto (Estado receptor)³⁷.

Segundo esse entendimento, o IED compreende o capital fornecido diretamente ou por meio de outras empresas relacionadas, por um investidor estrangeiro direto a uma empresa, ou de capital que recebeu de uma empresa de investimento por um estrangeiro investidor direto. Ainda conforme dados do relatório, o investimento estrangeiro direto poderá efetivar-se por outros meios que não a necessária transferência de capital como, por exemplo, a subcontratação, contratos de gestão, regime *turnkey*, *franchising*, licenciamento e compartilhamento de produto. Nessa linha, ensina o professor José Augusto Fontoura Neto:

No extremo do investimento estrangeiro direto está a criação de uma empresa, possuída e controlada por um investidor, na qual se aplicam ativos tangíveis e invisíveis para a obtenção de ganhos mediante o exercício de atividade produtiva e sem intenção imediata de transferir a propriedade da empresa³⁸.

De onde se conclui que o investimento estrangeiro direto necessariamente estará vinculado a uma atividade produtiva, de caráter perene, cuja finalidade, indubitavelmente, é o lucro e que contará com o engajamento e comprometimento do executor do investidor para que esse fim se concretize.

³⁵ Informação colhida no documento “Censo para Capitais Estrangeiros 2013”. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/Rex/CensoCE/port/Censo%202014%20ano-base%202013%20-%20resultados.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2016.

³⁶ UNCTAD. **World Investment Report 2007: Transnational Corporations, Extractive Industries and Development**. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/wir2007p4_en.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2016.

³⁷ O **World Investment Report 2007 (WIR07)** é o décimo sétimo de uma série publicada pela Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD). O relatório analisa tendências em Investimento Direto Estrangeiro (IDE). Esse exemplar de 2007 foca em especial o papel das empresas transnacionais na extração de petróleo, gás e minerais metálicos.

³⁸ COSTA, José Augusto Fontoura. **Direito internacional do investimento estrangeiro**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 33.

1.3. Investimentos estrangeiros indiretos ou de portfólio

Os investimentos estrangeiros indiretos, por sua vez, também conhecidos como investimentos de portfólio ou de carteira, diferenciam-se do investimento direto justamente pelo não exercício do controle e pela aversão ao risco e, em muitos casos, pela expectativa de retorno célere em contrapartida ao recurso alocado.

O investimento [estrangeiro] de portfólio normalmente é representado por um movimento de capital com o propósito de comprar ações em uma companhia existente ou que operem outro país [...] O elemento de distinção é o fato de que no investimento de portfólio, há uma separação entre a administração e controle da empresa da propriedade das ações³⁹⁻⁴⁰.

Trata-se dos casos nos quais (i) há a propriedade de uma parcela pequena ou pouco significativa do capital da empresa; (ii) se verifica a ausência do controle da companhia; (iii) o objetivo é meramente especulativo, ou seja, o lucro, não existindo nessa circunstância nenhum outro compromisso de mais longo prazo do investidor com a empresa objeto do investimento; e, por fim, (iv) a duração da continuidade da manutenção da propriedade do ativo depende do valor de mercado dos títulos⁴¹. Refere-se, como regra, a um recurso de natureza mais volátil, cuja intenção única e exclusiva é obter lucro com a valorização e/ou depreciação dos títulos detidos.

A principal diferença entre os dois tipos de investimentos reside no fator risco. No caso dos investimentos indiretos, o investidor assume ele próprio o risco envolvido na realização desse investimento. Como regra, o direito internacional não protege esse tipo de investimento⁴² que se caracteriza pelos ricos comerciais, financeiros ou de outra ordem inerentes ao próprio negócio e a que o investidor deve ter ciência ao planejar a ação e os assume de forma consciente ao realizar o investimento.

³⁹ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The international law on foreign investment**. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 9.

⁴⁰ Idem, *ibidem*, p. 7.

⁴¹ COSTA, José Augusto Fontoura. *Op. cit.*, p. 34.

⁴² Os investimentos em portfólio, em princípio, não se encontram protegidos pelo direito internacional, a menos que haja previsão específica em tratado de investimento. Recordar-se aqui que o termo “investimento” é amplo e flexível, facultando às partes de um tratado negociar a extensão do significado desse termo para abranger também os investimentos indiretos, o que, nota-se, não tem sido a prática observada.

Embora muitos questionem seus benefícios para a sociedade, visto que, ao menor sinal negativo, esses recursos deixam o país provocando movimentos rápidos no câmbio e, por vezes, efeitos perversos na lógica de paridade entre as moedas, há de se reconhecer que os investimentos de portfólio representam uma importante forma de capitalização e obtenção de recursos para as empresas e, portanto, não devem ser negligenciados ou menosprezados.

Para os fins de registro do Banco Central do Brasil, o investimento em carteira, dito investimento de portfólio, representa o investimento de não residente, realizado no mercado financeiro e de capitais no país, sujeito a registro no módulo “Portfólio” do sistema de Registro Declaratório Eletrônico (RDE), do Banco Central⁴³.

Apresentada essa distinção, conclui-se que o investimento direto diferencia-se do investimento indireto em razão de sua natureza e finalidade. Para os fins da análise ora proposta e do raciocínio a ser desenvolvido, serão considerados apenas os investimentos estrangeiros diretos realizados pelos nacionais de um Estado (investidor), em outro Estado (receptor) com o fim último de estabelecer uma atividade duradoura e perene, observados os critérios já apresentados.

2. Os vetores determinantes da decisão de investir

A realização do investimento estrangeiro direto é motivada pelo ganho oriundo da internacionalização de ativos transferidos para outras economias. A decisão quanto à realização de um investimento levará em conta os mais variados aspectos, entre os quais se destacam as preocupações de natureza econômica e jurídica.

2.1. Considerações econômicas

⁴³ **Glossário do Banco Central do Brasil**, consultado no sítio eletrônico do banco. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/glossario.asp?Definicao=689&idioma=P&idpai=GLOSSARIO>>. Acesso em: 8 fev. 2016.

As decisões quanto à realização de um investimento, normalmente, vinculam-se a uma estratégia refletida e de longo prazo de uma empresa ou grupo de empresas. Por vezes, o vetor da decisão é o fácil acesso à matéria-prima, custos menores de produção, mercado consumidor atrativo, potencial de a localidade se transformar em uma plataforma para exportações, possibilidade de usufruir de vantagens comparativas, cadeias regionais ou globais de valor. Também o ambiente de negócios, o tempo de abertura de uma empresa, as regras ambientais, o custo dos diversos procedimentos, a presença de governança corporativa, infraestrutura para escoamento da produção, o tempo de adaptação da empresa e seus funcionários à cultura e os costumes locais. Todos esses fatores influenciarão a decisão quanto à execução de um investimento estrangeiro direto.

Contudo, colocando em perspectiva o interesse econômico, elementos de natureza política e principalmente jurídica são levados em conta ao se decidir investir internacionalmente.

2.2. Considerações jurídicas

De acordo com os antigos romanos, *ubi societas ibi jus* – onde está a sociedade está o direito –, e esse direito não pode de forma lógica tampouco prática existir sem a sociedade⁴⁴. A comunidade internacional é o resultado de eventos históricos que lhe conferiram seu formato e dinâmica, sendo o direito internacional a expressão dessa sociedade internacional⁴⁵⁻⁴⁶. A sociedade internacional não é personificada e não representa nenhum Estado específico; não tem território e fronteiras, não pratica uma língua oficial e não preserva uma cultura específica. Os principais sujeitos dessa sociedade são os próprios Estados, que representam, além de seus interesses, as demandas e necessidades de seus nacionais⁴⁷.

⁴⁴ REIN, A. Mullerson. **Ordering Anarchy – International law and international society**. Netherland: Martinus Nijhoff Publishers, 2000. p. 87-92.

⁴⁵ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Droit international public**. Paris: Librairie Général de Droit et Jurisprudence, EJA, 2002.

⁴⁶ TRACHTMAN, Joel P. **The economic structure of international law**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008. p. 22.

⁴⁷ CASSESE, Antonio. **International Law**. Oxford; New York: Oxford University Press, 2005.

As relações políticas e econômicas entre os Estados têm se entrelaçado e aprofundado ao longo do tempo, tornando necessário o estabelecimento de valores e princípios comuns para regular essas relações e assegurar a coexistência pacífica entre os povos. Desde a Paz de Vestfália, que estabeleceu os princípios da soberania como a pedra fundamental da ordem internacional, passando pelo fim da Segunda Grande Guerra e o término da Guerra Fria, assistiu-se à emergência de reorganizar a ordem político-econômica internacional e desde então muito se tem feito para construir uma comunidade com valores comuns – o *jus cogens*⁴⁸, assim como mecanismos para a preservação de tais valores. O direito econômico internacional é a expressão de vontade de regular as relações econômicas e abarca uma grande variedade de temas, a exemplo do direito das transações econômicas, da regulação governamental de temas econômicos e de instituições internacionais que tratem das relações econômicas entre os países. O aumento do fluxo transnacional de capitais, bens e serviços no contexto do segundo pós-Guerra consolidou o fenômeno da globalização e aprofundou a interdependência econômica e a relação política entre os Estados, resultando na criação de instituições e de uma extensa rede de acordos internacionais.

Dentre os maiores desafios da humanidade ao longo dos séculos está o dilema da criação das regras e, via de consequência, como restringir liberdades a fim de assegurar o respeito à vida e à propriedade, evitar ou pelo menos controlar o uso da violência, bem como estabelecer mecanismos de cooperação entre os Estados. Para alcançar a ordem social sonhada por muitos e para salvaguardar um mínimo de segurança social, a convivência harmônica e previsibilidade, modelos e formas de governança vêm sendo experimentados.

Para fins epistemológicos, adota-se o conceito de governança a partir Guerry Stroker⁴⁹ e James Rosenau⁵⁰, que o definem, respectivamente, como uma forma de “criar as condições para a regra ordenada e ação coletiva”, e “um sistema de regras”. Buscam-se sempre o estabelecimento de mecanismos de governança e a definição de critérios para

⁴⁸ O *jus cogens* foi definido pelo artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, como o complexo de normas imperativas de direito internacional geral, consideradas tais pela comunidade internacional dos estados e às quais nenhuma derrogação é possível em razão de sua natureza incontestável.

⁴⁹ STROKER, Gerry. Governance as Theory: Five Propositions. **International Social Science Journal**, 155, p. 17-28, 1998.

⁵⁰ ROSENAU, James. **Governance without government**. Chapter 3 – Governance, Order and Change in World Politics. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=yCI8y6MGTkMC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 6 ago. 2016.

atender às necessidades econômicas e neutralizar aspectos políticos. Ao final, o que se pretende é conferir certo grau de segurança jurídica para as relações de investimento.

No que se refere especificamente ao direito internacional do investimento, busca-se um desenho institucional que confira segurança jurídica às relações entre os vários atores. Pretende-se por meio da criação da regra alcançar a convergência de entendimentos para a mitigação dos riscos, estabelecer uma forma consensual para a solução dos problemas que venham eventualmente surgir, criando, dessa forma, as condições para atingir o interesse econômico visado.

3. A evolução do direito internacional do investimento

Muito antes da extensa rede de acordos bilaterais de investimentos tecida ao longo do século XX, o direito internacional do investimento finca suas raízes nos séculos XVII e XVIII, como resultado da expansão marítima e do aprofundamento das relações de comércio entre os países⁵¹. Trata de um direito que surge da necessidade de estender proteção diplomática a ativos estrangeiros no país receptor do capital, pretendendo, já em sua origem, conferir tratamento igualitário entre estrangeiros e nacionais⁵²⁻⁵³.

As origens da lei [internacional] neste campo podem ser encontradas na expansão da atividade de comércio e investimento europeu que se estendem do século XVII ao início do século XX. Emergindo a partir de um sistema jurídico internacional estabelecido entre as nações europeias, as regras de proteção do investimento estrangeiro evoluem por meio do mecanismo colonial como uma ferramenta para proteger os interesses dos Estados exportadores de capital e dos seus nacionais⁵⁴.

Observa-se nesta fase o surgimento de princípios de investimento internacionais que se dizem “fundamentar na universalidade e imparcialidade, mas que essencialmente tutelam

⁵¹ “A história de investimento estrangeiro na Europa pode ser rastreada a períodos bastante remotos. Não há dúvida de que investimentos existiram na Ásia, Oriente Médio e África, bem como em outras partes do mundo” (SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The international law on foreign investment**. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 18).

⁵² Conforme explicado por Sornarajah, “Francisco de Vitoria sugere que o comércio é uma expressão do senso de comunidade que é inerente ao homem e que ao comerciante estrangeiro deverá ser dado o mesmo tratamento que ao nacional” (Idem, *ibidem*, p. 18).

⁵³ O conceito de tratamento nacional surge de modo incipiente no século XVII e estabelece-se ao longo dos anos seguintes como elemento justificador de um direito do investimento.

⁵⁴ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The international law on foreign investment**. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 6.

a proteção dos investidores e as obrigações para os Estados importadores de capital, com vistas a facilitar o comércio e o investimento”⁵⁵.

A relevância do entendimento quanto às origens do direito internacional do investimento reside justamente no fato de que o direito de hoje não se desvia do contexto político e social que embasou sua criação no passado. A inter-relação entre os fatores histórico, político e econômico que ofereceram as bases para a criação do direito no passado continuamente contribui para a construção de um direito internacional do investimento no presente. Nas palavras de Sornarajah, “se o direito internacional é formado pela resolução eventual de interesses nacionais, econômicos e sociais, o direito internacional do investimento estrangeiro apresenta uma ilustração desses processos de intenso conflito e sua resolução”⁵⁶.

O entendimento quanto ao contexto político e à realidade econômica no qual surge o regime normativo internacional do investimento é fundamental para a identificação das preocupações que permearam a criação desse direito em sua origem, e que ainda hoje orientam sua construção. Os princípios e valores que informam os acordos internacionais de investimento, bem como suas estruturas e formas de resolução de conflitos denotam a preocupação dos países, em grande parte desenvolvidos, em mitigar os riscos relacionados ao investimento do seu nacional realizado no território de terceiros Estados.

Em nenhuma medida ou, talvez, de modo muito tímido esse direito buscou proteger os interesses e necessidades dos países importadores de capital, o que explica representarem as regras de investimento, em sua gênese, uma norma feita por países desenvolvidos para países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo. Para melhor compreensão da história e do seu impacto sobre a criação de um regimento internacional de investimentos, esta tese faz um recorte em três grandes fases: o período colonial, o período pós-colonial que se estende do século XIX até a Segunda Guerra Mundial e o período pós-Segunda Guerra Mundial. Conforme Newcombe e Paradell:

[há] registros históricos que atestam o fato de que as primeiras comunidades políticas rotineiramente negavam [o reconhecimento de] direitos e capacidade legal para aqueles que se originavam de fora da sua comunidade. Os “de fora”,

⁵⁵ Idem, *ibidem*.

⁵⁶ Idem, *ibidem*, p. 5.

conhecidos como *aliens*, do termo latino *alius* que significa “outro”, foram frequentemente tratados como inimigos bárbaros ou “párias” da sociedade⁵⁷.

Afirmam, ainda, que, até o início da era moderna, os juristas internacionais consideravam que o direito internacional protegia os direitos dos estrangeiros de viajar e comercializar. Francisco de Vitória argumentava que, segundo o direito internacional, estrangeiros tinham o direito viajar, viver e comercializar em terras estrangeiras. Hugo Grotius teria tratado o *status* do estrangeiro sob a categoria “Das coisas que pertencem a homens em comum” e afirmava uma norma de não discriminação no tratamento de estrangeiros⁵⁸.

Contudo, Emmerich de Vattel teria sido o primeiro estudioso moderno a tratar do *status* dos estrangeiros em detalhe quando, em *Lei das Nações* (1758), argumentou que um Estado teria o direito de controlar e definir as condições sobre a entrada de estrangeiros. Uma vez admitidos, os estrangeiros estariam sujeitos às leis locais e o Estado teria o dever de proteger os estrangeiros da mesma forma que seus próprios pertences. Na visão de Vattel, a “associação de um estrangeiro ao seu estado de origem abrangeria também a sua propriedade, que seria parte da riqueza de seu estado natal. Como resultado, os maus-tratos de um Estado aos estrangeiros ou a sua propriedade seria uma injúria aos estrangeiros e a seu Estado natal”⁵⁹.

No período colonial, no qual ocorre a expansão das relações de comércio, surgem os primeiros tratados de “amizade, comércio e navegação”, que buscavam

a proteção do indivíduo e de sua propriedade, assegurando liberdade de movimento e crença, direitos de comercializar e investir, bem como garantindo tratamento igualitário, permitindo acesso aos portos e direito de navegação⁶⁰. Esses tratados criaram uma rede de medidas de proteção recíproca ao comércio e formaram a primeira estrutura para a proteção do capital estrangeiro⁶¹.

⁵⁷ NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Luís. **Law and Practice of Investment Treaties – Standards of Treatment**. Kluwer Law International. p. 3-4. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1375600>>. Acesso em: 4 jan. 2016.

⁵⁸ MILES, Kate. **The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 26.

⁵⁹ Idem, *ibidem*, p. 26.

⁶⁰ MILES, Kate. **The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 24.

⁶¹ LIPSON, Charles. **Standing Guard: Protecting Foreign Capital in the Nineteenth and Twentieth Centuries** (Studies in International Political Economy). Oakland: University of California Press, 1985.

Essa proteção estava assentada no entendimento europeu de que comércio e investimento seriam direitos naturais, inerentes à condição humana e que, portanto, sua proteção deveria ser estendida além das fronteiras e sua jurisdição se sobreporia ao direito nacional⁶². Este é, por exemplo, o entendimento expresso por John Adams, em 1796, por ocasião da Assinatura do Tratado de Amizade, Comércio e Navegação entre Estados Unidos da América e França, quando afirmou que “não há princípio no direito das nações mais firmemente estabelecido que aquele que reconhece a propriedade do estrangeiro dentro da jurisdição de outro país em relação de amizade para proteger sua soberania com todo empenho em seu poder”⁶³.

Importante lembrar, nesse sentido, que, ao longo dos séculos XVIII e XIX, os investimentos ocorreram sob a égide da expansão colonialista, o que tornava desnecessária a estruturação de um direito internacional do investimento, na medida em que metrópole e colônia eram economias praticamente integradas e qualquer controvérsia era arbitrada pelo uso da força. Observa-se nessa fase que, a despeito da celebração de tratados que aparentemente buscavam um equilíbrio nas relações entre as nações por meio do estabelecimento de padrões mínimos de proteção, o resultado, contudo, foi o surgimento de acordos que beneficiavam os Estados europeus, seus comerciantes e investidores e condicionavam o seu não cumprimento ao uso da força. A proteção da propriedade privada e das liberdades de comércio e trânsito, valores tão caros às nações europeias, estava assentada no uso de seu poderio militar.

Esse desequilíbrio entre investidor e receptor do investimento ganha contornos mais nítidos ao longo do final do século XIX e primeira metade do século XX, com a ascensão dos Estados Unidos da América como potência política, econômica e militar e o consequente estabelecimento de regras que privilegiam o investidor americano e seus negócios, além da fronteira nacional. No período pós-colonial, que se estende de fins do século XIX à Segunda Guerra Mundial, em decorrência do estreitamento do relacionamento entre os Estados Unidos da América e os países da América Latina, um novo direito do investimento começa a se consolidar por meio do estabelecimento de padrões mínimos de proteção.

⁶² SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The international law on foreign investment**. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 18-19.

⁶³ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. **Principles of international investment law**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2012. p. 1.

Assiste-se à emergência de um direito de proteção diplomática do estrangeiro e de sua propriedade, fundado na premissa segundo a qual uma ofensa ao estrangeiro representa uma ofensa ao Estado e, como tal, autoriza o Estado de origem do estrangeiro ofendido a tomar as ações necessárias em seu nome⁶⁴. Tratava-se de um direito que pretendia preservar única e exclusivamente os interesses do exportador do capital, não levando em conta os interesses econômicos, sociais ou de desenvolvimento do país receptor dos recursos⁶⁵.

Unequal, or capitulation, treaties conferred one-sided rights and were the product of actual or threatened use of force by the dominant Western commercial power of the day. [...] Ostensibly, they were treaties of cession entered into voluntarily between states, but the neutrality of the language disguised the imposed nature of the agreement and the brutality inflicted to secure financial benefits for European states, traders, and investors⁶⁶.

Em contraposição a essa forma descompensada de proteção diplomática do estrangeiro e da propriedade estrangeira, emergiram as ideias do jurista Carlos Calvo, conhecidas como Doutrina Calvo⁶⁷, que apresentaram a base para a crítica às imposições feitas pelos países desenvolvidos aos países em desenvolvimento.

Essa doutrina afirmava que “estrangeiros que se estabelecem em um país estão certamente submetidos aos mesmos direitos de proteção que os nacionais [desse país], e não podem reclamar nenhuma medida de proteção adicional”⁶⁸. A Doutrina Calvo fundava-se nos princípios basilares da absoluta igualdade entre nacionais e estrangeiros e da não intervenção⁶⁹, assentando-se em duas proposições centrais: a soberania dos Estados os impede de intervir nos assuntos uns dos outros, sob ambos os aspectos, diplomático e por

⁶⁴ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The international law on foreign investment**. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 19. O autor faz referência à obra de Emer de Vattel, **The Law of the Nations**, na qual o jurista entende que uma ofensa ao cidadão é uma ofensa ao Estado, que deve proteger seu cidadão.

⁶⁵ MILES, Kate. **The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 48.

⁶⁶ “Desiguais, ou capitulação, tratados que conferiam de forma unilateral direitos e eram o produto do uso fático ou de ameaça do uso da força por parte do poder comercial ocidental dominante do dia. [...] Aparentemente, eles foram tratados de cessão celebrados voluntariamente entre estados, mas a neutralidade da linguagem disfarçava a natureza imposta do acordo e a violência infligida para garantir benefícios financeiros para negociantes e investidores dos estados europeus” (tradução livre) (MILES. Op. cit., p. 25-26).

⁶⁷ Carlos Calvo, jurista e ministro das relações exteriores da Argentina, introduziu em seu livro **Le droit international** as bases para questionar o entendimento então corrente que privilegiava o entendimento diplomático em detrimento da resolução judicial.

⁶⁸ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The international law on foreign investment**. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 21.

⁶⁹ A posição de absoluta igualdade entre nacionais e estrangeiros foi formalmente adotada pela Primeira Conferência Internacional dos Estados Americanos (OEA), em 1889.

meio do uso da força; e estrangeiros devem receber não menos que o mesmo tratamento conferido aos nacionais e devem ater-se a apresentar seus questionamentos ao sistema jurídico local⁷⁰.

Essa doutrina é extremamente relevante para o direito internacional do investimento sob os dois aspectos que aborda: a crítica que traz à tentativa de intervenção do Estado investidor nas soluções de disputas relacionadas a investimento no território estrangeiro, dando origem à Cláusula Calvo, uma provisão em contratos pela qual “estrangeiros comprometiam-se a ter suspensos seus direitos de alegar proteção diplomática submetendo-se, desta forma, ao sistema judiciário local em caso de disputas”⁷¹; e a introdução da questão do tratamento nacional, tema que anos mais tarde passaria a nortear as negociações não apenas de investimentos, mas também de comércio⁷².

No início do século XX, eventos como a Revolução Russa e movimentos de estatização estimulados pela descolonização retomaram aos Estados ex-colônias a necessidade de deter o controle sobre setores e ativos estratégicos de suas economias. Esse debate acalorado ganhou contornos relevantes e contribuiu para a aceitação crescente de que a nacionalização de ativos por motivo de reforma econômica e reorganização interna do Estado não configuraria uma lesão *per se* ao direito internacional, o que abriria espaço para a negociação, décadas depois, de cláusulas de expropriação e compensação nos acordos de investimento.

Em outras palavras, já no início do século passado, passou-se a reconhecer que um Estado, a despeito da permissão concedida para a realização de um investimento ou do exercício de controle, pelo estrangeiro, de um ativo estratégico seu, por motivo de reforma e reorganização interna, pode reaver determinado ativo ou setor⁷³. É importante a ressalva a esse ponto, pois, quando se fala em nacionalização, remete-se imediatamente a históricos de

⁷⁰ NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Luís. **Law and Practice of Investment Treaties – Standards of Treatment**. Kluwer Law International. p. 13. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1375600>>. Acesso em: 4 jan. 2016.

⁷¹ MILES, Kate. **The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 51.

⁷² O tema “tratamento nacional” será oportunamente tratado quando da análise da estrutura e das cláusulas de acordos de investimento, no Capítulo II.

⁷³ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The international law on foreign investment**. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 23.

ditadores, regimes opressores ou Estados arbitrários ou nos quais há risco político. No entanto, a gênese do instituto foi outra.

Nessa fase, reacendeu-se o debate sobre a aplicação dos princípios da Doutrina Calvo, no que dizia respeito à igualdade e não intervenção. Passou-se a promover discussões quanto a padrões mínimos para regular as relações de investimento entre os países, polarizando o entendimento entre desenvolvidos e em desenvolvimento, o que colocou em cheque a construção e estruturação de um direito internacional do investimento.

A onda nacionalista que evitou o avanço das discussões sobre o tema investimento no início no século XX só seria afastada após a Segunda Guerra Mundial, em razão das inúmeras expropriações arbitrárias havidas durante aquele período. Após o conflito, observaram-se a assinatura e o posterior aumento exponencial do número de acordos de investimento, essencialmente de natureza bilateral, que proliferam ante a preocupação das empresas investidoras, notadamente companhias transnacionais de países desenvolvidos, em estabelecer maior segurança jurídica em suas relações de investimento com países receptores de capital.

Tem-se, assim, um direito internacional do investimento que surge na fase colonial imbuído do espírito europeu de proteção da propriedade privada, das riquezas e das liberdades clássicas que emergem com a própria criação do direito internacional; atravessa o período pós-colonial e consolida-se como um direito que visa à proteção única e exclusiva do investidor sem nenhuma consideração do Estado receptor do investimento.

O direito internacional do investimento avança durante a segunda metade do século XX e se difunde como um direito que busca proteger os direitos e prerrogativas do investidor. Nessa linha, assevera Miles:

por meio da afirmação das regras de proteção do investimento estrangeiro como um direito internacional que de fato existe, juntamente com o uso da força, o capital exportador direcionou a evolução de um direito internacional do investimento para se tornar um mecanismo que protege apenas o investidor⁷⁴.

⁷⁴ MILES, Kate. **The Origins of International Investment Law**: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 23.

3.1. Os diversos agentes e a contraposição de interesses

No período colonial os principais agentes nas relações de investimento eram os próprios Estados, que, na figura de Estados-metrópole, estabeleciam as relações de investimento e colonização dos novos territórios conquistados. Com o advento das grandes navegações, as companhias de ofício e navegação passaram a exercer o papel central nas relações de comércio e investimento ao redor do globo. Mais recentemente, são as grandes corporações multinacionais ou empresas transnacionais que assumiram esse papel e, seja na busca da construção de suas cadeias globais de valor, na expansão de suas atividades ou na mera alocação de recursos, expandem seus negócios além de suas fronteiras nacionais, por meio da realização de investimentos diretos em outros países.

Sobre o tema, a despeito do momento histórico, existe certa proximidade entre o investidor e seu estado (origem) quando da negociação e realização do investimento. É bastante comum que o governo do investidor acompanhe, aconselhe e, em casos peculiares, proceda à intermediação para a realização do investimento. Também é a seu estado de origem que o investidor eventualmente recorre quando existem problemas com seu investimento⁷⁵. Com efeito, essa é uma dimensão peculiar do investimento estrangeiro direto, qual seja sua realização muitas vezes engaja a diplomacia do estado origem do capital, a negociação econômica entre os agentes privados e, por vezes, uma norma jurídica que oferece a segurança para que o investimento aconteça. Não necessariamente nessa ordem.

Outro agente crucial para a realização de um investimento é o Estado receptor que emana as regras que nortearão a realização de um investimento em seu território. Esse mesmo Estado, no exercício de sua capacidade de sujeito de direito internacional, imbuído da personalidade jurídica de direito internacional público que lhe é inerente, tem a possibilidade de estabelecer relações jurídicas com outros Estados, a fim de regular situação mais benéfica para seu investidor estrangeiro.

Por fim, o último ator de relevância nessa relação são as organizações internacionais, também sujeitos de direito internacional público, que detêm a competência para criar regras

⁷⁵ Casos nesse sentido serão analisados em capítulo adiante.

e diretrizes que regularão as relações de investimentos; promover estudos e análise para elucidar os diversos conceitos e entendimentos afetos ao tema; e, ainda, constituir foros para a solução de conflitos. Ao longo desta tese serão analisadas algumas dessas organizações que têm contribuído sobremaneira para a consolidação do regime internacional de investimento.

3.2. A necessidade de segurança jurídica e previsibilidade para o investidor

Diferentemente de uma transação comercial, a realização de um investimento necessariamente implica uma relação de longo prazo. Exige planejamento detalhado do negócio por parte do investidor e seu conhecimento prévio sobre as regras domésticas do país objeto do investimento, dado que essas regras impactarão na operacionalização e condução de todo o projeto. Comumente, os recursos demandados para um investimento estrangeiro são de grande monta e o retorno do capital investido avançará no tempo.

Em uma relação dessa natureza há certos riscos que são tomados pelo investidor, muitas vezes inerentes à própria essência do negócio, a exemplo “dos riscos comerciais, das mudanças no mercado objeto do investimento, da volatilidade dos preços, das alterações de juros e de câmbio, da incidência de tributos e de novos competidores”⁷⁶. Contudo, há determinados riscos e alterações de difícil antecipação. Exemplos, são a regulamentação jurídica dos países sobre o ingresso e saída de capital, regras de natureza ambiental, tributação, dentre outras.

Para que uma relação de investimento estrangeiro direto se construa e se perpetue no tempo é necessária a segurança de que as regras aplicáveis ao negócio não serão modificadas e, caso o sejam, existam mecanismos facultados ao investidor, passíveis de serem acionados, para que o negócio esteja resguardado de tais intempéries.

O direito internacional do investimento tem a finalidade de resguardar a propriedade de um indivíduo além seu território de residência e conferir a segurança jurídica e a previsibilidade que essa relação exige.

⁷⁶ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. **Principles of international investment law**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2012. p. 4.

3.3. Os benefícios e custos para o país receptor e os inconvenientes para o país origem do capital

Dentre os benefícios advindos para o Estado receptor está o impacto positivo sobre o balanço de pagamento oriundo do aporte de capital estrangeiro característico dos estágios iniciais dos projetos, quando somas significativas de recursos são enviadas para o país objeto do investimento. Tais aportes financeiros, *greenfield* ou *brownfield*⁷⁷, quando alocados para a construção ou reforma de plantas e estruturas, normalmente são acompanhados da geração de empregos e capacitação da mão de obra contratada e contribuem para melhorar a qualidade da oferta de emprego no país receptor⁷⁸.

Também por ocasião da realização de um investimento, ocorre a transferência de tecnologia que corrobora para o desenvolvimento de setores e atividades e, conseqüentemente, concorre para o incremento da qualidade dos bens produzidos e das atividades prestadas no território do país receptor. Como decorrência mediata desse incremento tem-se a diversificação da pauta exportadora desse país.

Se em um primeiro momento os países receptores beneficiam-se com os aportes de recursos inerentes ao investimento estrangeiro direto; em um segundo momento, sofrem os custos advindos da repatriação dos lucros resultantes desse investimento, quando remetidos às matrizes das empresas. Para alguns países, o retorno do capital a sua origem, configurado pela saída de divisas do país, pode representar um problema para seu balanço de pagamentos.

O país origem do capital, por sua vez, expõe-se na medida em que, indiretamente, está imbuído de propiciar a segurança da propriedade de seu nacional em terra alienígena, de modo respeitoso à soberania do Estado contraparte. Tema que será tratado mais adiante neste trabalho.

⁷⁷ O investimento direto concretiza-se essencialmente sob duas formas: fusões e aquisições, os denominados investimentos *brownfield*, que representam investimentos em estruturas já em atividade ou preexistentes; ou sob a modalidade de um novo projeto ou empreendimento, os investimentos chamados *greenfields*.

⁷⁸ BAER, Werner. **A economia brasileira**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Nobel, 2009. p. 292-293.

4. Investimento estrangeiro direto e comércio internacional: complementares ou substitutos?

A relação entre investimento estrangeiro direto e comércio internacional é um dos principais aspectos do processo de globalização⁷⁹. Essa relação ilustra o significado dos processos de interação e integração das economias e de suas sociedades, na medida em que potencializa as trocas de bens e serviços, o fluxo de capitais e o trânsito de pessoas⁸⁰.

Ainda que entendidas como atividades distintas em sua natureza, execução, bem como em seus efeitos, ambas conjugam uma mesma característica: o protagonismo nos fenômenos de integração e globalização dos mercados, representados pela “busca de economia de escala, expansão de mercados, otimização de recursos, menores preços para os consumidores, transferência de tecnologia e de práticas modernas de administração”⁸¹.

As agendas de comércio e investimentos desempenham uma relação simbiótica, e a interação e intersecção entre essas agendas afetam diretamente a condução de políticas públicas pelos países e mesmo a vida de seus cidadãos no que se refere à execução de regras relacionadas aos direitos humanos, padrões trabalhistas, saúde, meio ambiente e políticas de desenvolvimento⁸².

Essa relação, contudo, é dinâmica e sua natureza complementar surge quando da análise empírica dos fatos. As evidências sugerem que essa complementaridade se verificará quando constatadas condições favoráveis para o pleno desenvolvimento dessa relação, o que traz a necessidade de avaliação das “condições de desenvolvimento de outros atributos” como a regulação de temas setoriais, a possibilidade de transferência de tecnologia, a

⁷⁹ FONTANE, Lionel. **Foreign Direct Investment and Trade: complements or substitutes?** OECD Science, Technology and Industry Working Papers 1999/03. Paris, 1999.

⁸⁰ Sobre esse aspecto discorrer-se-á em mais detalhes no próximo capítulo ao se tratar das cadeias globais de valor.

⁸¹ THORSTENSEN, Vera. **A OMC – Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre investimentos e concorrência**. 1998, p. 62. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v41n1/v41n1a04.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2016.

⁸² WEISS, Friedl. Trade and Investment. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. **The Oxford Handbook of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 184-185.

capacitação dos trabalhadores, melhores práticas de gestão, ganhos em competitividades, entre outros fatores.

Por essa razão não é possível inferir ou afirmar essa complementaridade em bases hipotéticas. É preciso analisar as relações em bases empíricas⁸³. Se, por um lado, das relações fluidas de comércio pode derivar a realização de um investimento; por outro, o investimento estrangeiro direto tem o potencial de estimular as trocas de comércio antes, durante e depois de sua realização. Contudo, para que de fato se constate essa complementaridade, é necessária uma análise detida das circunstâncias em que a relação se apresenta.

Fato é que o comércio internacional e o investimento estrangeiro direto são os principais motores do crescimento em países desenvolvidos e em desenvolvimento⁸⁴ e que a relação contundente que pode existir entre comércio e investimento não é a de substituição, mas sim de complementaridade, na medida em que ambas as agendas interagem e se intersectam, a fim de propiciar os ganhos pretendidos em sua gênese – eficiência, escala, competitividade, tecnologia, conquista de mercados, entre tantos outros.

4.1. Investimento: agente indutor de Comércio. Comércio: um veículo estimulador de investimento

Estudos econômicos sugerem que a realização de um investimento tem o potencial de estimular o comércio por meio da importação, em um primeiro momento, e o aumento da exportação a partir dos países nos quais o investimento foi realizado, em uma segunda fase. Na contramão, importações podem propiciar a realização de investimentos, com um meio de minimizar custos, potencializar ganhos no mercado-alvo ou, ainda, constituir no mercado uma plataforma de exportação para terceiros mercados⁸⁵.

⁸³ FONTANE, Lionel. **Foreign Direct Investment and Trade**: complements or substitutes? OECD Science, Technology and Industry Working Papers 1999/03. Paris, 1999. p. 5.

⁸⁴ SHEPERD, Ben. **Global Value Chains and Developing Country Employment**: A Literature Review, OECD, Policy Paper n. 156, maio de 2013. Disponível em: <<http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/5k46j0qw3z7k.pdf?expires=1461316380&id=id&accname=guest&checksum=CE5170B44AC55B4A7C22D8CF231206AE>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

⁸⁵ FONTANE, Lionel. **Foreign Direct Investment and Trade**: complements or substitutes? OECD Science, Technology and Industry Working Papers 1999/03. Paris, 1999. p. 13.

Trabalho da OCDE⁸⁶ nesse sentido aponta que cada US\$ 1,00 (um dólar) de investimento direto estrangeiro realizado pode ser associado a US\$ 2,00 (dois dólares) de adicional de exportações e um superávit comercial de US\$ 1,70 (um dólar e setenta centavos de dólar). Sem o IED essas exportações provavelmente seriam menores, estariam associadas a setores menos produtivos e, provavelmente, a trabalhos de menor remuneração.

Nessa linha, estudo⁸⁷ aponta que o relacionamento com terceiros países pode desempenhar um papel importante na determinação da natureza do comércio associado ao investimento. Como as afiliadas de empresas localizadas em terceiros países fornecem insumos intermediários para o afiliado do país receptor (do investimento), as empresas não filiadas no terceiro país começam a se beneficiar de IED no país receptor, ou o país receptor aumenta as exportações para países terceiros, compensando as exportações anteriores nesse mercado. Este último impacto pode ser particularmente verdadeiro se a filial for parte de um mercado regional. Nesse caso, as exportações do país origem do capital podem mais do que compensar a substituição parcial de vendas locais em exportações.

Em contrapartida, existem efeitos indiretos do IED sobre o comércio que devem ser considerados. Dado que o IED tem o potencial de melhorar a eficiência, poderá ocorrer uma expansão da participação de mercado pela empresa investidora, beneficiando ambos os países, origem e receptor do investimento, reforçando o argumento quanto à existência de complementaridade entre IED e comércio.

Na verdade, externalidades entre as indústrias do setor de manufatura fornecem oportunidades adicionais de complementaridade. Por essa razão, o total de IED, quer seja da indústria manufatureira ou do setor de serviços, terá potencialmente efeitos de complementaridade sobre o comércio: um investimento no setor de varejo pode levar a um aumento das exportações de manufaturados, enquanto a produção no exterior, ao nível da empresa individual, pode ser substituída por exportações prévias ou potenciais.

Em linhas gerais, observa-se que o investimento estrangeiro direto traz externalidades positivas para o desempenho do país receptor no comércio internacional, dada

⁸⁶ OECD. Policy Brief, Outubro de 1999. **Open Markets Matter**: The Benefits of Trade and Investment Liberalisation. Disponível em: <<http://www.oecd.org/trade/benefitlib/1948792.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

⁸⁷ FONTANE, Lionel. Op. cit., p. 14.

sua capacidade de estimular as trocas comerciais e, em alguns casos, o aprofundamento das alianças regionais⁸⁸. No sentido oposto, exportações e importações podem ocasionar a realização do investimento, na busca de competitividade no mercado doméstico ou mesmo como meio de acesso através desse mercado a terceiros mercados.

Esse fato ganhou contornos mais nítidos na última década do século XX, quando foram assinados diversos acordos de natureza multilateral. Nessa linha, assevera a professora Vera Thorstensen que:

[...] comércio e investimento passaram a apresentar uma complementaridade crescente. As empresas que operam no mercado internacional estão considerando comércio e investimento como meios complementares para desenvolverem atividades de produção global, e não como estratégias alternativas para penetrarem no mercado⁸⁹.

Não obstante essa crescente complementaridade, no que toca a seu disciplinamento jurídico, investimentos e comércio trilharam trajetórias distintas que, por vezes, se encontram. A fim de entender como esse regime jurídico para investimentos internacionais vem sendo construído ao longo tempo, examina-se na sequência os principais acordos multilaterais e regionais que, sob perspectivas diversas, procuraram regular o tema.

5. Análise dos padrões de regulação internacional dos investimentos

Partindo-se da consideração de que comércio e investimento são complementares e não substitutos, observa-se que esses dois temas têm convivido lado a lado desde a origem de sua regulação. Em um primeiro momento, quando assinados os primeiros “Tratados de

⁸⁸ Esse mesmo estudo cita a integração no setor automotivo entre Brasil e México. “A liberalização do comércio, juntamente com o surgimento de blocos comerciais regionais, permitiu que as multinacionais integrassem as operações latino-americanas em suas redes globais. NAFTA e o MERCOSUL já deram origem a plataformas de produção regionais, nomeadamente, para carros. [...] No entanto, a assim chamada propensão para exportação de filiais estrangeiras na América Latina continua a ser baixa em comparação à de sua contraparte na Ásia. [...] Em toda a região, os déficits em conta corrente são inchaço em conjunto com fluxos de IDE. Isto é devido ao fato de que os projetos de investimento tendem a desenhar nas importações, particularmente nas suas fases iniciais” (FONTANE, Lionel. **Foreign Direct Investment and Trade: complements or substitutes?** OECD Science, Technology and Industry Working Papers 1999/03. Paris, 1999. p. 13).

⁸⁹ THORSTENSEN, Vera. **A OMC – Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre investimentos e concorrência**. 1998, p. 62. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v41n1/v41n1a04.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2016.

Amizade, Navegação e Comércio”⁹⁰; em um segundo momento, ainda antes da Primeira Guerra Mundial; assim como depois, na segunda metade do século XX, quando aspectos de investimentos, que se relacionam com as práticas de comércio, são disciplinados por ocasião da multilateralização deste último tema. Assistiu-se ao longo de todo esse período à construção de um direito do investimento com uma interface nítida com as regras de comércio. Nas palavras de Mark Wu:

Trade and investment are inextricably linked, not just in practice but also in treaty law. Since the earliest days of friendship, commerce, and navigation (FCN) treaties, trade-related treaties have incorporated provisions addressing investment-related concerns, such as rules on establishment and expropriation. Despite these linkages, the two spheres of trade and investment have largely co-existed in parallel, aware of each other's presence but cognizant of the considerable differences in the way the other organized its treaty regime⁹¹.

O disciplinamento jurídico do comércio internacional se deu, inicialmente, por meio de um corpo único, robusto e coerente de regras relacionadas entre si⁹². Já as tratativas sobre investimentos, de modo diverso, deram-se de forma esparsa e conforme o interesse e a conveniência dos agentes envolvidos. De um lado, o arcabouço jurídico erigido para o comércio internacional buscou promover a liberalização por meio de arranjos recíprocos que propiciassem a redução de tarifas e outros entraves ao comércio; de outro, o regime internacional de um direito do investimento vislumbrou a criação de compromissos entre os Estados para potencializar os investimentos além-fronteira, reconhecendo e conferindo proteção recíproca ao investidor e ao investimento.

Embora com objetivos distintos, os dois temas por vezes se tocam em seu disciplinamento jurídico. A fim de delinear os contornos dessa inter-relação, serão analisados na sequência os acordos celebrados, em caráter multilateral, os Acordos TRIMS

⁹⁰ Os “Tratados de Amizade, Navegação e Comércio” datam de fins do século XIX – o Tratado Estados Unidos e Brunei foi assinado em 1890 para estabelecer a paz e viabilizar as relações de comércio entre os países.

⁹¹ “Comércio e investimento estão intimamente ligados, não apenas na prática, mas também no direito dos tratados. Desde os primeiros tratados de amizade, comércio e navegação (FCN), os tratados relacionados ao comércio incorporaram resposta às preocupações relacionadas ao investimento, como regras em matéria de estabelecimento e expropriação. Apesar dessas ligações, as duas esferas, comércio e investimento, têm em grande parte coexistido em paralelo, conscientes da presença um do outro, mas cientes das diferenças consideráveis na forma como o outro organizou o seu regime tratado” (tradução livre) (WU, Mark. **The Scope and Limits of Trade's Influence in Shaping the Evolving International Investment Regime**. The Foundations of International Investment Law. Zachary Douglas, Joost Pauwelyn, and Jorge E. Vinuales).

⁹² A gênese sem dúvida é o GATT, sucedido pela OMC, e mesmo a expansão desse regime guarda relação com esse início, dado que todos os demais acordos de comércio decorrem do artigo XXIV do GATT.

e GATS, na Organização Mundial do Comércio (OMC), o Acordo Multilateral sobre Investimentos no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, as Diretivas do Banco Mundial e a Agência MIGA para preservação do desenvolvimento e oferecimento de garantias para investimentos e a criação de um Centro para a Solução de Conflitos de Investimento (CISDI). Ainda em nível regional, serão observadas as disposições trazidas pelos Acordos NAFTA e MERCOSUL.

5.1. As diferentes perspectivas no tratamento multilateral do tema

5.1.1. Acordo TRIMS – o condicionamento do investimento quando relacionado ao comércio

Muito antes da efetiva criação de um Sistema Multilateral de Comércio (SMC), em 1995, a Carta de Havana, assinada em 1948, que propunha a criação de uma Organização Internacional do Comércio (OIC), já apresentava em seu Capítulo III a preocupação em regular investimentos⁹³. Da leitura do artigo 12 do referido capítulo, observam-se referências quanto a salvaguardar os investimentos já realizados, bem como assegurar um ambiente seguro para os investimentos futuros. O dispositivo também já sinaliza a via bilateral de negociação, a par do foro multilateral, como meio de satisfazer as pretensões de investidores e dos países receptores do capital⁹⁴.

⁹³ “Carta de Havana. Capítulo I. Artigo I. Propostas e Objetivos. Fomentar e apoiar o desenvolvimento econômico e industrial em geral, em especial os países que ainda estão em estágios iniciais de desenvolvimento industrial, e para incentivar o fluxo internacional de capital para o investimento produtivo.”

⁹⁴ “Carta de Havana. Capítulo III. Investimento Internacional para o Desenvolvimento Econômico e Reconstrução. [...] Artigo 12. Os membros reconhecem que: (a) o investimento internacional, tanto público como privado, pode ser de grande valor na promoção do desenvolvimento econômico, para a reconstrução e consequente progresso social; (b) o fluxo internacional de capitais será estimulado na medida em que os membros franquearem aos nacionais de outros países oportunidades de investimento e segurança para os investimentos atuais e futuros; (c) sem prejuízo dos acordos internacionais vigentes em que os membros são parte, um membro tem o direito: (i) de tomar todas as salvaguardas apropriadas necessárias para assegurar que o investimento estrangeiro não seja usado como base para a interferência em seus assuntos internos ou políticas nacionais; (ii) para determinar se, em que medida e em quais termos, permitir-se-á o investimento estrangeiro futuro; (iii) para prescrever e dar efeito apenas sobre exigências quanto à titularidade de investimentos existentes e futuros; (iv) para prescrever e tornar efetivas outras exigências razoáveis com respeito aos investimentos existentes e futuros; (d) os interesses dos membros cujos nacionais estão em posição de fornecer capital para investimento internacional e de representantes que desejem obter o uso de tal capital para promover o seu desenvolvimento econômico ou reconstrução *se tais Membros celebrarem acordos bilaterais ou multilaterais relativos a oportunidades e segurança para o investimento que os membros estão preparados para oferecer e todas as limitações que estejam preparados para aceitar dos direitos referidos no subparágrafo (c).*”

Iniciativas de inserção do tema no âmbito da negociação do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), lideradas pelos Estados Unidos e apoiadas pelas Comunidades Europeias e Japão, foram renovadas nas décadas de 1960, durante a Rodada Tóquio, sem sucesso. Anos mais tarde, na década de 1980, houve nova investida, já durante a Rodada Uruguai de negociação, quando se formou um grupo consultivo para debater as práticas econômicas e comerciais das partes contratantes. As primeiras discussões sobre TRIMS deram-se no âmbito desse grupo⁹⁵.

As tratativas sobre investimentos no grupo foram controversas desde o início polarizando, de um lado, os países desenvolvidos e, de outro, os países em desenvolvimento. Países desenvolvidos propunham um regime jurídico mais aberto e liberal para o enfrentamento do tema; já países em desenvolvimento eram refratários à negociação de investimento no foro multilateral, alegando que esse assunto não estaria em sua essência relacionado com comércio. Também porque não admitiam negociar a criação de restrições a sua prerrogativa de legislar internamente sobre regras para investimentos⁹⁶.

Sobre essa preocupação, válido lembrar que investimentos sempre estiveram relacionados a políticas de desenvolvimento, e sua regulação tem sido uma valiosa ferramenta utilizada pelos países para a implementação de políticas públicas. A realização de um investimento está associada não apenas ao afluxo de capital, mas também à transferência de tecnologia, capacitação de pessoal, busca por fornecedores locais e melhora do ambiente competitivo. Um dos meios pelos quais os países procuram potencializar esses ganhos é legislando sobre o assunto e estabelecendo requisitos de desempenho para a implementação de determinado investimento. Medidas como exigência de percentual de conteúdo local ou vinculação de um dado investimento à performance exportadora são instrumentos de política industrial utilizados pelos países para a estruturação de parques fabris, assim como para equilibrar seu balanço de pagamentos⁹⁷.

⁹⁵ NASSER, Rabih Ali. Trims: a relação entre investimento e comércio e o controle multilateral na OMC. In: AMARAL JR., Alberto do; SANCHES, Michele Rattón. **Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil**. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 155.

⁹⁶ NASSER, Rabih Ali. Trims: a relação entre investimento e comércio e o controle multilateral na OMC. In: AMARAL JR., Alberto do; SANCHES, Michele Rattón. **Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil**. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 154.

⁹⁷ Idem, *ibidem*, p. 155.

A resistência dos países em desenvolvimento fundamentava-se na necessidade da análise do potencial efeito distorcivo que uma medida de investimento poderia ter sobre as relações de comércio. No sentido oposto, o entendimento dos países em desenvolvimento afirmava que determinadas medidas de investimentos trazem de modo *per se* o efeito distorcivo ao comércio. Se de um lado países desenvolvidos propunham maior ingerência na regulação interna dos países, de outro, os países em desenvolvimento refutavam a iniciativa de redução de seu espaço para exercer políticas públicas.

Ao longo dos debates assistiu-se um arrefecimento das posições de ambos os grupos ante a necessidade de chegar a um acordo, visto que a Rodada Uruguai caminhava para o seu fim. Atingiu-se o consenso de que seriam dois os principais efeitos distorcivos que medidas de investimento *per se* provocariam ao comércio e, portanto, deveriam ser evitados: (i) nos casos de exigência de conteúdo local, necessariamente haveria a redução das importações, visto que nessa circunstância o investidor estaria vinculado a realizar parcela de suas compras no mercado interno do país receptor; e (ii) nas situações em que o investimento estivesse condicionado a uma performance exportadora, estimular-se-ia um incremento artificial das importações.

Em 1991, por meio do *Draft Final Act*, chegou-se a um consenso mínimo quanto ao tema. Em dezembro de 1994 foi encerrada a Rodada Uruguai, que estruturava o sistema multilateral de comércio, criando a OMC, e que trazia em seu bojo, dentre os vários temas regulados, regras dispendo sobre a relação entre comércio e investimento.

O TRIMS⁹⁸, do inglês *Trade-Related Investment Measures* – Medidas de Investimentos Relacionadas a Comércio –, dispõe sobre limites às disposições contidas nas legislações domésticas dos países que (i) impõem determinadas condições ou exigências aos investimentos estrangeiros a serem realizados; ou (ii) condicionam a concessão de benefícios a um determinado investimento – a exemplo de subsídios e isenções fiscais, à observância de certos condicionantes – a exemplo de um percentual de conteúdo local na produção ou

⁹⁸ WTO-UNCTAD SECRETARIATS (2001). **Trade-Related Investment Measures and Other Performance Requirements** (G/C/W/307) (NASSER, Rabih Ali. Trims: a relação entre investimento e comércio e o controle multilateral na OMC. In: AMARAL JR., Alberto do; SANCHES, Michele Rattón. **Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil**. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 152).

da exigência de vinculação do investimento a ser realizado a certa performance exportadora. Nas palavras de Rabih Nasser:

[As Trims] [...] são um instrumento de que os governos nacionais podem dispor para moldar a atuação dos investidores de forma a que beneficie ao máximo o desenvolvimento nacional. A sujeição pelos investidores a tais exigências ou condições responde a considerações econômicas acerca dos benefícios que podem obter. Estes decorrem tanto do acesso ao mercado do país em questão, quanto da aferição das vantagens para cuja obtenção as Trims são uma condição, e que podem tornar o acesso a determinado mercado mais atraente⁹⁹.

Embora o próprio TRIMS não apresente uma definição do que sejam “medidas de investimento relacionadas ao comércio”, conceitos trazidos pela OCDE foram mencionados em estudo realizado de forma conjunta pelos Secretariados da OMC e da UNCTAD¹⁰⁰:

The term [trade-related investment measures] is generally taken to mean investment measures which are likely to have a direct impact on trade and/or are motivated by trade policy considerations... As Trims tend to have disincentive effects on inward direct investment, they are frequently packaged with offsetting conventional investment incentives (often fiscal and financial) or other favorable trade measures¹⁰¹.

Em linhas gerais, o acordo busca evitar a adoção de medidas que estabeleçam a obrigatoriedade de utilização de produtos de fabricação nacional no processo produtivo atrelado ao investimento, restrinjam o uso de produtos importados a um percentual dos produtos nacionais ou, ainda, limitem qualquer outra forma a importação de produtos, sob a forma de exigência de conteúdo local. Por fim, busca coibir o condicionamento do investimento a um compromisso de exportação. Nesse sentido, informa o preâmbulo do TRIMS:

Considerando que os Ministros acordaram em Punta Del Este que “em seguida a um exame da operação dos Artigos do GATT relacionados com medidas de investimento com efeitos restritivos e distorcivos sobre o comércio, as negociações deveriam elaborar, conforme adequado, novas medidas que possam ser necessárias para evitar esses efeitos adversos sobre o comércio”.

Desejando promover a expansão e a liberalização progressiva do comércio mundial e facilitar o investimento através das fronteiras internacionais, a fim de

⁹⁹ NASSER, Rabih Ali. **A OMC e os países em desenvolvimento**. São Paulo: Aduaneiras, 2003. p. 192.

¹⁰⁰ WTO-UNCTAD SECRETARIATS (2001). Op. cit.

¹⁰¹ “O termo [medidas de investimento relacionadas ao comércio] geralmente é compreendido como medidas de investimento suscetíveis de um Impacto direto sobre o comércio e/ou motivadas por considerações políticas comerciais... Como TRIMS tendem a ter efeitos distorcivos sobre o investimento direto, elas são frequentemente associadas com oferecimento de incentivos convencionais ao investimento (muitas vezes fiscais e financeiros) ou outras medidas comerciais favoráveis (por exemplo, barreiras tarifárias elevadas)” (tradução livre). (Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/arquivo/secex/omc/acordos/portugues/16trims.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2016).

aumentar o crescimento econômico de todos os parceiros comerciais, em particular dos países em desenvolvimento, garantindo ao mesmo tempo a livre competição.

Levando em conta a especial necessidade comercial, de desenvolvimento e financeira dos Membros em desenvolvimento, em particular aquelas dos Membros de menor desenvolvimento relativo.

Reconhecendo que certas medidas de investimento podem causar efeitos restritivos e distorcivos ao comércio.

Esse acordo abrange em seu escopo medidas de investimento que possam causar efeitos restritivos e distorcivos ao comércio de bens¹⁰². Nessa linha, estende ao Acordo TRIMS alguns dos pilares da própria OMC, notadamente, o artigo III do GATT – dispositivo que veda a discriminação de “tratamento nacional”¹⁰³, bem como a manutenção de regras que violem ou prejudiquem a “Eliminação Geral das Restrições Quantitativas”, nos termos do artigo XI do GATT¹⁰⁴. Referidas vedações estão expressas no artigo II¹⁰⁵ desse acordo, que apresenta, ainda, uma lista ilustrativa das TRIMS¹⁰⁶ incompatíveis com esses respectivos dispositivos do GATT.

¹⁰² “Artigo I – Alcance – O presente Acordo se aplica somente a medidas de investimento relacionadas ao comércio de bens.”

¹⁰³ “Artigo III.4 do GATT. Tratamento Nacional no Tocante a Tributação e Regulamentação Internas. Os produtos de território de uma Parte Contratante que entrem no território de outra Parte Contratante não usufruirão tratamento menos favorável que o concedido a produtos similares de origem nacional, no que diz respeito às leis, regulamento e exigências relacionadas com a venda, oferta para venda, compra, transporte, distribuição e utilização no mercado interno.”

¹⁰⁴ “Artigo XI.1 do GATT. Eliminação Geral das Restrições Quantitativas. Nenhuma Parte Contratante instituirá ou manterá, para a importação de um produto originário do território de outra Parte Contratante, ou para a exportação ou venda para exportação de um produto destinado ao território de outra Parte Contratante, proibições ou restrições a não ser direitos alfandegários, impostos ou outras taxas, quer a sua aplicação seja feita por meio de contingentes, de licenças de importação ou exportação, quer por outro qualquer processo.”

¹⁰⁵ Este artigo traz uma lista ilustrativa de TRIMS incompatíveis com a obrigação e tratamento nacional prevista no parágrafo 4 do Artigo III do GATT 1994 e com a obrigação de eliminação geral de restrições quantitativas prevista no parágrafo 1 do Artigo XI do GATT 1994 se encontra no Anexo ao presente Acordo.

¹⁰⁶ Lista Ilustrativa.

“1. As TRIMS incompatíveis com a obrigação de tratamento nacional prevista no parágrafo 4 do Artigo III do GATT 1994 incluem as mandatórias ou aquelas aplicáveis sob a lei nacional ou decisões administrativas, ou cujo cumprimento é necessário para se obter uma vantagem e que determinam:

a) que uma empresa adquira ou utilize produtos de origem nacional ou de qualquer fonte nacional especificadas em termos de produtos individuais, em termos de volume ou valor de produtos, ou em termos de uma proporção do volume ou valor de sua produção local;

b) que a aquisição ou utilização de produtos importados por uma empresa limite-se a um montante relacionado ao volume ou valor de sua produção local.

2. As TRIMS incompatíveis com a obrigação de eliminação geral das restrições quantitativas prevista no parágrafo 1 do Artigo XI do GATT 1994 incluem as mandatórias, aquelas aplicáveis sob a lei nacional ou mediante decisões administrativas, ou aquelas cujo cumprimento é necessário para se obter uma vantagem e que restringem:

a) a importação por uma empresa de produtos utilizados ou relacionados com sua produção local em geral ou a um montante relacionado ao volume ou valor de sua produção local destinada à exportação;

b) a importação por uma empresa de produtos utilizados em sua produção local ou relacionados com a mesma mediante a restrição de seu acesso a divisas estrangeiras em um montante equivalente à entrada de divisas estrangeiras atribuíveis a essa empresa;

O espírito do acordo busca resguardar a liberdade de mercado de eventual ingerência das regras nacionais do país receptor dos investimentos que possam refletir ou comprometer a performance de comércio de terceiros países.

Buscando aprofundar os compromissos de preservação desses valores, constituiu-se o Grupo de Trabalho sobre as relações entre comércio e investimento da OMC, cujos trabalhos inicialmente concentraram-se no exame de relatórios e entendimentos dos Membros. Também o comitê desse acordo reúne-se periodicamente e tem produzido documentos e análises substanciais. Por fim, o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) analisou ao longo das duas últimas décadas mais de cinco dezenas de casos que sob algum aspecto abordaram a relação entre comércio e investimento¹⁰⁷, e que se prestaram a consolidar os limites e critérios para a serem observados para que um investimento não cerceie ou limite as relações de comércio.

5.1.2. Acordo GATS – Modo 3

O Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS) compreende regras e disciplinas para a liberalização dos setores de serviços. Trata de um dos acordos mais importantes da OMC, visto que compõe o primeiro e único conjunto de regras multilaterais que abrangem o comércio internacional de serviços. Negociado pelos Estados-membros da organização, o acordo define o quadro em que as empresas e os indivíduos poderão comercializar.

O GATS caracteriza-se por possuir estrutura complexa e ambígua que contém diversos níveis de obrigações. O GATS estabelece um amplo compromisso dos Membros da OMC relativo a sucessivas e futuras negociações que conduzam a uma gradual liberalização do setor¹⁰⁸.

c) a exportação ou venda para exportação de produtos por uma empresa, restrição especificada em termos de produtos individuais, em termos de volume ou valor de produtos, ou em termos de uma proporção do volume ou valor de sua produção local.”

¹⁰⁷ O Brasil foi demandado nos casos DS497, DS472, DS81, D65, DS52 e DS51.

¹⁰⁸ CELLI JR., Umberto. Os Acordos de Serviços (GATS) e de Investimentos (TRIMS) na OMC: espaço para políticas públicas de desenvolvimento. **Artigos CEBRI**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 4, 2007.

Composto por um acordo-quadro, o GATS contém as regras gerais e disciplinas a serem observadas, bem como cronogramas nacionais dos Estados-membros – *schedules*, que listam os compromissos específicos de cada país com relação ao acesso que confere de seu mercado a fornecedores estrangeiros. Nesse sentido, o acordo apresenta quatro modos de prestação de serviços, objeto de negociação pelos países¹⁰⁹: (i) os serviços transfronteiriços, que correspondem aos serviços fornecidos a partir de um país para outro, a exemplo de consultorias e serviços de *telemarketing*, quando prestados em um território para outro; (ii) consumo no exterior, situações nas quais os consumidores de um país se beneficiam de um serviço em outro país, como turismo, educação e serviços médico-hospitalares; (iii) presença comercial, casos nos quais uma empresa de um país instala filiais para prestar serviços em outro país, tais como bancos ou cadeias de restaurante; e, por fim, (iv) movimento de pessoas físicas, quando as pessoas deslocam-se de seu próprio país para prestar serviços em outra localidade, a exemplo de um engenheiro. Adicionalmente, para organizar a forma de apresentação de compromissos, foi realizada a categorização do universo de serviços em 12 (doze) setores e 160 (cento e sessenta) subsetores¹¹⁰, pelo então Secretariado do GATT, por meio do documento Lista de Classificação Setorial de Serviços¹¹¹.

Embora esse acordo apresente como uma de suas pedras angulares a não discriminação, valor expresso no Artigo II¹¹² sob a forma de tratamento de nação mais favorecida, a regra do tratamento nacional é flexibilizada pelo acordo na medida em que sua lista de compromissos específicos autoriza a discriminação, nos termos do Artigo XVI, que aponta as regras de acesso a mercados¹¹³.

¹⁰⁹ Artigos 1.1 e 1.2 do GATS.

¹¹⁰ O documento traz a seguinte classificação: (i) serviços relacionados a negócios ou empresariais; (ii) serviços de comunicação; (iii) serviços de construção; (iv) serviços de distribuição; (v) serviços educacionais; (vi) serviços ambientais; (vii) serviços financeiros; (viii) serviços relacionados à saúde e serviços sociais; (ix) turismo e serviços de viagens relacionados (x) serviços de recreação, culturais ou esportivos; (xi) serviços de transporte; (xii) outros serviços.

¹¹¹ Documento MTN.GNS/W/120, de 10/07/1991. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/.../mtn_gns_w_120_e.doc>. Acesso em: 8 ago. 2016.

¹¹² “Artigo II. Tratamento da Nação Mais Favorecida 1. Com respeito a qualquer medida coberta por este Acordo, cada Membro deve conceder imediatamente e incondicionalmente aos serviços e prestadores de serviço de qualquer outro Membro, tratamento não menos favorável do que aquele concedido a serviços e prestadores de serviços similares de qualquer outro país.”

¹¹³ “1. No que respeita ao acesso aos mercados segundo os modos de prestação identificados no Artigo I, cada Membro outorgará aos prestadores de serviços e aos serviços dos demais Membros um tratamento não menos favorável que o previsto sob os termos, limitações e condições acordadas e especificadas em sua lista. 2. Nos setores em que compromissos de acesso a mercados são assumidos, as medidas que um Membro não manterá ou adotará seja no âmbito de uma subdivisão regional ou da totalidade de seu território, a menos que sua lista especifique o contrário, são definidas como se segue: a) limitações sobre o número de prestadores de serviços, seja na forma de contingentes numéricos, monopólios ou prestadores de serviços exclusivos ou mediante a exigência de prova de necessidade econômica; b) limitações sobre o valor total dos ativos ou das transações de

No que se refere aos acordos multilaterais de comércio, tem-se, pois, que o TRIMS, ao dispor sobre medidas de investimento relacionadas ao comércio de bens, proíbe expressamente qualquer tipo de condicionamento, restrição ou requisito; o GATS, por sua vez, no sentido diametralmente oposto, autoriza a limitação e o condicionamento da prestação de serviços por estrangeiros em seu território, desde que tais limitações e condicionamentos estejam previamente listados em seu *schedule* de compromissos.

Essa diferenciação está intrinsecamente relacionada à forma de negociação de cada um dos acordos, visto que, no acordo de serviços, a negociação ocorre por meio do sistema de apresentação de lista positiva. Conforme explica o professor Umberto Celli Jr.:

O GATS prevê, ainda, obrigações de acesso a mercados e tratamento nacional que deverão ser observadas apenas pelos Membros que assumirem compromissos específicos de liberalização de certos setores e subsetores de serviços, o que dá bem a dimensão de sua flexibilidade intrínseca... [Os Membros] têm a possibilidade de assumir ou não compromissos, sempre levando em conta seus interesses políticos e econômicos específicos. Na hipótese de um Membro concluir ser de seu interesse assumir determinados compromissos, ele o fará estabelecendo um cronograma, o tipo de serviço e o nível de abertura em cada setor (“listas positivas”).

Outro vetor que possibilita ao Estado-membro assumir compromissos em quaisquer setores e em quaisquer modos, segundo seu interesse e conveniência, propiciando, dessa forma, a criação de barreiras ao investimento (modo 3 de prestação de serviços), sem que isso represente uma inconsistência com o acordo, é apresentada pelo Artigo VI do GATS, que trata da regulamentação doméstica ou legislação nacional. Segundo esse dispositivo, uma restrição ou condição imposta a um investimento com potencial impacto ao comércio de serviços estaria plenamente autorizada. Essa permissão objetiva preservar a capacidade de os Estados-membros regularem o fornecimento de serviços no modo 3 – investimento –

serviços ou mediante a exigência de prova de necessidade econômica; c) limitações sobre o número total de operações de serviços ou da quantidade total de serviços produzidos, expressas em unidades numéricas designadas em forma de contingentes ou mediante a exigência de prova de necessidade econômica; d) limitações sobre o número total de pessoas físicas que possam ser empregadas em um determinado setor de serviços ou que um prestador de serviços possa empregar e que sejam necessárias à prestação de um serviço específico e estejam diretamente relacionadas com o mesmo, em forma de contingentes numéricos ou mediante a exigência de prova de necessidade econômica; e) medidas que exijam ou restrinjam tipos específicos de pessoa jurídica ou de empreendimento conjunto (*joint venture*) por meio dos quais um prestador de serviços possa prestar um serviço; e f) limitações sobre a participação do capital estrangeiro, expressas como limite percentual máximo de detenção de ações por estrangeiros ou relativas ao valor total, individual ou agregado, de investimentos estrangeiros.”

em seus territórios, de acordo com “seus legítimos objetivos de políticas nacionais”¹¹⁴. Segundo esse disposto, é facultado ao país em sua lista de ofertas apresentar restrições no modo 4 – movimento de pessoas físicas – de caráter quantitativo ou com relação à qualificação. Quesitos que podem significar uma restrição ao investimento estrangeiro direto¹¹⁵.

O Artigo VI foi objeto de longos debates durante a negociação do GATS na Rodada Uruguai, quando países desenvolvidos exerceram pressão para o estabelecimento de limites e critérios ao poder dos Estados-membros de

Editar esse conjunto de medidas, atos e decisões, conferindo, assim, maior segurança ...aos investidores estrangeiros interessados principalmente em prestar serviços no Modo 3. Como anteviram o potencial de invasibilidade dessas disciplinas em seu domínio interno, os PEDs, inclusive o Brasil, se opuseram a sua inserção no GATS¹¹⁶.

Como não houve avanços na negociação do acordo, o espaço para assunção de compromissos e estabelecimento de regulação doméstica permanece.

Resta, dessa forma, clara a visível contradição. Se para o comércio de bens o TRIMS expressamente veda quaisquer tipos de restrição ou imposição de requisitos que possam restringir as transações comerciais, para o comércio de serviços, o GATS autoriza a criação de restrições ou imposição de requisitos, por meio de regulamentação doméstica, capaz de impactar o comércio de serviços no modo 3.

¹¹⁴ Conforme assevera o professor Umberto Celli Jr., “Nos termos do Artigo VI.4 do GATS, os Membros deverão realizar negociações com o objetivo de estabelecer disciplinas que assegurem que ‘medidas relativas a requisitos e procedimentos em matéria de qualificação, de normas técnicas e requisitos em matéria de licenças não constituam obstáculos desnecessários ao comércio de serviços’. Essas disciplinas deverão garantir que tais requisitos (i) sejam baseados em critérios objetivos e transparentes, tais como a habilidade para prestar o serviço; (ii) não sejam mais gravosas que o necessário para assegurar a qualidade do serviço; e (iii) no caso dos procedimentos em matéria de licença, não constituam em si mesmos uma restrição para a prestação do serviço. Nos setores nos quais um Membro tenha assumido compromissos específicos, até a entrada em vigor dessas disciplinas, tal Membro não poderá aplicar requisitos em matéria de licenças e qualificações nem normas técnicas que anulem ou prejudiquem esses compromissos específicos (Artigo VI. 5)” (Os Acordos de Serviços (GATS) e de Investimentos (TRIMS) na OMC: espaço para políticas públicas de desenvolvimento. **Artigos CEBRI**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 4, 2007).

¹¹⁵ HIRSCH, Moshe. Interaction between Investment and Non-Investment Obligations. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. **The Oxford Handbook of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 157-178.

¹¹⁶ CELLI JR., Umberto. **Comércio de serviços na OMC: liberalização, condições e desafios**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 163.

5.1.3. Acordo MAI – estímulos para a realização do investimento

A frustração de alguns países desenvolvidos com relação ao tratamento das regras sobre investimentos na OMC os estimulou a procurar outro foro para conformar esse disciplinamento jurídico. Tentativas de endereçar o tema por meio da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) surgiram já a partir da década de 1960 e se sucederam pelos anos seguintes. No entanto, foi apenas em 1991 que o Comitê de Investimentos e Empresas Multinacionais da OCDE recebeu um mandato para estudar as possibilidades para um acordo¹¹⁷. Em 1995 iniciou-se a negociação do Acordo Multilateral de Investimentos (MAI) imbuído das transformações de natureza política, econômica e institucional pelas quais o mundo passava¹¹⁸.

As negociações do MAI foram lançadas pelos governos na Reunião Anual do Conselho da OCDE, em nível ministerial, em maio de 1995. Participaram da iniciativa os governos de todos os países membros da organização à época¹¹⁹.

Os temas prioritários em negociação com vistas à celebração do MAI compreenderam: (i) definição de investimento e alcance geográfico de aplicação do acordo; (ii) os conceitos de tratamento da nação mais favorecida, tratamento nacional e transparência, exceções gerais, derrogações temporárias e reservas; (iii) o enfrentamento das preocupações quanto aos requisitos de desempenho e incentivos aos investimentos, tecnologia, pesquisa e questões de desenvolvimento; e, por fim, (iv) formas de resolução de controvérsias.

¹¹⁷ ZERBINI, Eugenia C. G. J. Regras multilaterais sobre o investimento internacional. In: AMARAL JR., Alberto do; SANCHES, Michelle R. (Orgs.). **Regulamentação internacional dos investimentos**: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 127-128.

¹¹⁸ A década de 1990 vivenciou mudanças significativas de ordem política, como a queda do muro de Berlim e o fim do isolacionismo da União Soviética, o que resultou na reconfiguração do mapa europeu; processos de abertura e desregulamentação de setores da economia dos países, dentre os quais o Brasil, que, imbuídos do espírito do “Consenso de Washington”, promoveram processos de privatização e concessão; e a insurgência de instituições e arranjos regionais buscando a liberalização das relações de comércio, a exemplo da OMC, do NAFTA e do MERCOSUL.

¹¹⁹ Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, República Checa, Dinamarca, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Islândia, Irlanda, Itália, Japão, Coreia, Luxemburgo, México, Holanda, Nova Zelândia, Noruega, Polônia, Portugal, Espanha, Suécia, Suíça, Turquia, Reino Unido e Estados Unidos, bem como das Comunidades Europeias. Argentina, Brasil, Chile, Hong-Kong e China participaram como observadores, em estágio inicial. Estônia, Letônia, Lituânia e República Eslovaca foram mais tarde também convidadas a atuar como observadores. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/mai/intro.htm>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

Os termos de referência que orientaram as discussões do MAI informavam se tratar de um [...] *free standing international treaty, open to all OECD Members and the European Communities, and to accession by non-OECD Member Countries.*

Constava entre seus objetivos

*[...] provide a broad multilateral framework to for international investment with high standards for the liberalisation of investment regimes and investment protection and with effective dispute settlement procedures*¹²⁰.

Com o objetivo de assegurar proteção ao investidor e liberdade para os fluxos de investimento, a minuta do acordo sustentava-se no tripé: (a) liberalização dos fluxos de investimento; (b) oferecimento de garantias ao investidor; e (c) possibilidade de acesso a mecanismos para solução de conflitos por meio dos quais fosse facultada a contraposição de interesses do investidor em face do Estado receptor¹²¹.

Alvo de muitas críticas, a iniciativa não prosperou, e, em 1998, as negociações foram encerradas. Dentre as posições contrárias ao acordo estavam as organizações não governamentais, que alegavam “a concessão de privilégios aos investidores internacionais, além das limitações supostamente impostas pelo documento à soberania dos Estados em legislar sobre assuntos internos, como trabalho, meio ambiente e políticas públicas”¹²². Talvez o principal equívoco do documento proposto tenha sido adotar como norte essencialmente o Capítulo 11 do NAFTA sobre investimentos, que, conforme se verá adiante, privilegia de forma desmedida os interesses do investidor e a conveniência do investimento.

¹²⁰ “Um tratado internacional livre, aberto a todos os membros da OCDE e às Comunidades Europeias, assim como à adesão de países não membros da OCDE” e “[...] fornecer um quadro multilateral amplo para o investimento internacional, com padrões elevados para a liberalização dos regimes de investimento e proteção do investimento por meio de procedimentos de resolução de litígios eficazes” (tradução livre) (DAFFE/CMIT/CIME(95)13/FINAL. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/mai/htm/cmitcime95.htm>>. Acesso em: 10 ago. 2016).

¹²¹ ZERBINI, Eugenia C. G. J. Regras multilaterais sobre o investimento internacional. In: AMARAL JR., Alberto do; SANCHES, Michelle R. (Orgs.). **Regulamentação internacional dos investimentos**: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 130-131.

¹²² SACERDOTI, Gio. Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection. Recueil des Cours de l’Academie de Droit International de l’Haye. In: ZERBINI, Eugenia C. G. J.; ZERBINI, Eugenia C. G. J. Regras multilaterais sobre o investimento internacional. In: AMARAL JR., Alberto do; SANCHES, Michelle R. (Orgs.). **Regulamentação internacional dos investimentos**: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 132.

5.1.4. Banco Mundial: Diretivas, Agência Multilateral para Garantia de Investimentos (MIGA) e o Centro Internacional para Resolução de Disputas sobre Investimentos (ICSID)

Instituído como um dos pilares do sistema econômico internacional no segundo pós-guerra, o “Grupo” Banco Mundial é constituído por cinco instituições: (i) o Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD); (ii) a Associação Internacional para o Desenvolvimento (AID); (iii) a Corporação Internacional para as Finanças; (iv) a Agência Multilateral para Garantia de Investimentos (MIGA); e (v) o Centro Internacional para Solução de Disputas sobre Investimentos (ICSID).

Como parte relevante da estrutura de sistematização dos investimentos no sistema multilateral, aborda-se, neste tópico, a estruturação de orientações e ferramentas para balizar e estimular a realização de investimentos, assim como a estruturação de um mecanismo para resolver os problemas decorrentes dessas relações.

A preocupação com a fruição dos investimentos, assim como o oferecimento de garantias para que os investimentos de fato se concretizem compõem os fundamentos das Diretivas do Banco Mundial e a razão de existir da MIGA. O ICSID, por sua vez, representa uma inovação no regime internacional de investimentos, ao instituir, pela primeira vez, um tribunal para analisar e julgar, segundo as regras aplicáveis, conflitos decorrentes dos investimentos.

5.1.4.1. As Diretivas do Banco Mundial

As Diretivas do Banco Mundial ou *Guidelines* compreendem um compilado de orientações passíveis de adoção pelos membros das instituições do Grupo Banco Mundial, cujo fim é disciplinar “a presença do investimento estrangeiro privado em seus respectivos territórios, em complemento aos tratados bilaterais e multilaterais, bem como outros instrumentos internacionais eventualmente aplicáveis às relações de investimento do Estado-membro”. Cumpre esclarecer que “a adoção dessas orientações torna-se possível na medida em que não conflitem com tratados e instrumentos a que o Estado-membro está vinculado

ou, ainda, com a legislação nacional que regula o tratamento de investimento estrangeiro privado no país”¹²³.

*[...] a greater flow of foreign direct investment brings substantial benefits to bear on the world economy and on the economies of developing countries in particular, in terms of improving the long term efficiency of the host country through greater competition, transfer of capital, technology and managerial skills and enhancement of market access and in terms of the expansion of international trade; that the promotion of private foreign investment is a common purpose of the International Bank for Reconstruction and Development, the International Finance Corporation and the Multilateral Investment Guarantee Agency; [...] therefore calls the attention of member countries to the following Guidelines as useful parameters in the admission and treatment of private foreign investment in their territories, without prejudice to the binding rules of international law at this stage of its development*¹²⁴.

O “Escopo e Aplicação” das *Guidelines* informa que sua aplicação “estende-se a investimentos privados estrangeiros existentes, bem como novos, e que operam em plena conformidade com as leis e normas do Estado receptor”. Também, que “as orientações baseiam-se na premissa geral de que a igualdade de tratamento dos investidores em circunstâncias semelhantes e livre concorrência entre eles são pré-requisitos de um ambiente de investimento positivo”. Enfatiza, por fim, que “nada nas *Guidelines* sugere que os investidores estrangeiros devam receber tratamento privilegiado negado aos investidores nacionais em circunstâncias semelhantes”¹²⁵.

A finalidade das *Guidelines* é oferecer parâmetros para o estabelecimento das relações de investimento, por meio do apontamento de critérios para o tratamento equitativo dos agentes envolvidos na relação, essencialmente investidor estrangeiro e Estado receptor; critério para que ocorram eventuais expropriações¹²⁶, alterações unilaterais e encerramento

¹²³ Tradução livre. **Word Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment**. Disponível em: <<http://www.italaw.com/documents/WorldBank.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

¹²⁴ “[...] o maior fluxo de investimento direto estrangeiro traz benefícios substanciais para a economia mundial e para as economias dos países em desenvolvimento em particular, em termos de melhoria de eficiência a longo prazo do país receptor por meio de maior concorrência, transferência de capital, tecnologia e competências de gestão e melhoria do acesso ao mercado e em termos de expansão do comércio internacional; a promoção do investimento estrangeiro privado é um objetivo comum do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento, da Corporação Financeira Internacional e da Agência Multilateral de Garantia de Investimentos; [...] chama a atenção dos países membros para as seguintes diretrizes como parâmetros úteis na admissão e tratamento de investimentos estrangeiros privados em seus territórios, sem prejuízo das regras vinculantes do direito internacional nesta fase de seu desenvolvimento” (tradução livre) (**Word Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment**. Preâmbulo. Disponível em: <<http://www.italaw.com/documents/WorldBank.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2016).

¹²⁵ Tradução livre. **Word Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment**. Preâmbulo. Disponível em: <<http://www.italaw.com/documents/WorldBank.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

¹²⁶ **World Bank Guidelines**. “IV.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*

das relações de investimento; assim como apresentar um mecanismo hábil para a solução de conflitos¹²⁷, conforme se analisará mais adiante.

5.1.4.2. Agência Multilateral para Garantia de Investimentos (MIGA)

A Convenção que estabelece a Agência Multilateral para Garantia de Investimentos (MIGA) foi concluída em Seul, em 11 de outubro de 1985, e internalizada no Brasil por meio do Decreto n. 698, de 8 de dezembro de 1992¹²⁸. A finalidade dessa convenção é facilitar a realização de um investimento, por meio do oferecimento de garantias financeiras em favor de riscos outros que não advindos da própria relação comercial.

Recognizing that the flow of foreign investment to developing countries would be facilitated and further encouraged by alleviating concerns related to non-commercial risks:

*Desiring to enhance the flow to developing countries of capital and technology for productive purposes under conditions consistent with their development needs, policies and objectives, on the basis of fair and stable standards for the treatment of foreign investment; [...]*¹²⁹.

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. 2. Compensation for a specific investment taken by the State will, according to the details provided below, be deemed 'appropriate' if it is adequate, effective and prompt.” “Diretrizes do Banco Mundial. IV.1. Um Estado não pode desapropriar ou de outra forma se apropriar, no todo ou em parte, de um investimento privado estrangeiro no seu território, ou tomar medidas que tenham efeitos semelhantes, exceto quando [feito em] de acordo com procedimentos legais, em cumprimento de boa-fé [e em vista] de uma finalidade pública, sem discriminação em razão da nacionalidade e contra o pagamento de uma compensação adequada. 2. Compensação por um investimento específico tomada pelo estado se dará, de acordo com os detalhes fornecidos abaixo, considerado ‘apropriado’ se adequado, pronta e eficaz.” (tradução livre)

¹²⁷ **World Bank Guidelines.** “V.3. *In case of agreement on independent arbitration, each State is encouraged to accept the settlement of such disputes through arbitration under the Convention establishing the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) if it is a party to the ICSID Convention or through the ‘ICSID Additional Facility’ if it is not a party to the ICSID Convention.*” “Em caso de acordo sobre arbitragem independente, cada Estado é encorajado a aceitar a solução de tais controvérsias por meio de arbitragem nos termos da Convenção, que estabelece o Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (CISDI), se parte da Convenção CISDI ou por meio do ‘ICSID Mecanismo Complementar’, caso não seja parte na CISDI.” (tradução livre).

¹²⁸ A Convenção foi concluída em Seul, em 11 de outubro de 1985, e internalizada no Brasil, por meio do Decreto n. 698, de 8 de dezembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0698.htm>. Acesso em: 10 ago. 2016.

¹²⁹ Preâmbulo da Convenção. “Reconhecendo que o fluxo de investimento estrangeiro para os países em desenvolvimento seria facilitado e mais encorajado por aliviar preocupações relacionadas a riscos não comerciais; Desejosos de melhorar o fluxo para os países de capital e tecnologia para fins produtivos e desenvolver, em condições compatíveis com as suas necessidades de desenvolvimento, políticas e objetivos, com base nos padrões justos e estáveis para o tratamento do investimento estrangeiro;” (tradução livre).

O entendimento sobre a necessidade de conferir garantias financeiras contra riscos não comerciais advindos de países em desenvolvimento surgiu como uma tentativa de melhorar o clima de investimento em países em desenvolvimento, estimulando o influxo de recursos para esses territórios¹³⁰. A função da agência é encorajar o fluxo dos investimentos para fins produtivos entre os países membros e, em particular, para seus membros em desenvolvimento¹³¹. A referência na letra da convenção sobre ‘investimentos para fins produtivos’ enfatiza o foco da agência em projetos concretos e programas em todos os sectores da economia” dos países.

Para essa finalidade, a convenção prevê, em linhas gerais, a cobertura das seguintes categorias de riscos não comerciais¹³²: (i) restrições à movimentação de recursos¹³³; (ii) expropriação e medidas similares¹³⁴; (iii) quebra de contrato¹³⁵; e (iv) risco de guerra e distúrbios civis¹³⁶.

Em revisão feita em 2009, foi adicionado um quinto risco à cobertura da agência, que se refere às perdas resultantes de falha de empresa estatal em proceder a pagamentos relativos a obrigações financeiras ou garantias relacionadas a investimentos elegíveis.

5.1.4.3. Centro Internacional para Resolução de Disputas sobre Investimentos (ICSID)

O ICSID foi criado em 1965 pela Convenção de Washington, que o instituiu como mecanismo para a solução de conflitos relacionados a investimentos estrangeiros diretos. Sua finalidade é “fornecer os meios de conciliação e arbitragem de controvérsias sobre investimento internacional”¹³⁷.

¹³⁰ Os comentários à Convenção estão disponíveis em: <https://www.miga.org/documents/commentary_convention_november_2010.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2016.

¹³¹ Capítulo I. Estabelecimento, Status, Propósito e Definições. Artigo 2 da Convenção.

¹³² Capítulo III. Operações. Artigo 11. Riscos cobertos.

¹³³ Artigo 11(a)(I).

¹³⁴ Artigo 11(a)(II).

¹³⁵ Artigo 11(a)(III).

¹³⁶ Artigo 11(a)(IV).

¹³⁷ **International Center for Settlement of Investment Disputes**. Disponível em: <www.worldbank.icsid.org>.

Os regulamentos e regras do ICSID¹³⁸ compreendem normas de natureza administrativa e financeira – que se referem à estruturação do centro; regras de procedimento para a instituição de conciliações e arbitragens – regras para o desenvolvimento do bom trabalho da instituição; regras sobre os procedimentos de conciliação propriamente ditos; regimento de arbitragem (regras de arbitragem). Periodicamente, o regulamento é revisto, tendo sido as últimas alterações no Regulamento ICSID e suas regras adotadas pela Administração do Conselho do Centro em 10 de abril de 2006¹³⁹.

5.2. A regulamentação regional

Os próximos tópicos tratarão de verificar o modo como regras sobre investimento, cujo fim precípua trata da proteção de investimento e investidor, ingressaram em acordos regionais de comércio.

5.2.1. O NAFTA e seu capítulo sobre investimentos

O Acordo de Livre-Comércio da América do Norte/*North America Free Trade Agreement* (NAFTA) foi constituído por Estados Unidos, México e Canadá, em 1992, com o objetivo facilitar as transações comerciais entre esses países, por meio da redução das tarifas incidentes sobre a circulação de mercadorias, liberalização do setor de serviços e, principalmente, para propiciar a readequação de suas estruturas produtivas¹⁴⁰.

¹³⁸ **ICSID Convention, Regulations and Rules**. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2016.

¹³⁹ *Idem*.

¹⁴⁰ SENNES, Ricardo Ubiraci; MENDES, Ricardo Camargo. O Brasil e a experiência do NAFTA no tema Investimentos. In: AMARAL JR.; Alberto do; SANCHES, Michele Raton. **Regulamentação internacional dos investimentos**: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 177.

Esta última preocupação refletida no Capítulo 11 do acordo, que trata sobre os investimentos, expressou de modo abrangente as regras para investimento e investidor, resguardando de modo ímpar seus interesses¹⁴¹.

A regulamentação trazida pelo NAFTA é bastante detalhada, compreendendo regras sobre a regulamentação de investimentos na região, proteção e segurança aos investidores e ao investimento, normas de transparência e tratamento equitativo¹⁴².

Dentre as principais características do NAFTA destaca-se a proibição para que se estabeleçam requisitos de desempenho na legislação interna dos países, condicionantes da realização de investimentos, em termos semelhantes ao dispositivo do TRIMS¹⁴³. O acordo também confere proteção ao investidor estrangeiro contra tratamento discriminatório, proibindo, nesse sentido, atos de nacionalização e expropriação de investimentos de um investidor em outro Estado-parte do acordo. Essa regra apenas será revista em casos de utilidade pública e desde que seja executada de forma não discriminatória, por meio de devido processo legal e mediante o pagamento de uma compensação ao investidor cujo investimento for nacionalizado ou expropriado¹⁴⁴.

¹⁴¹ WEISS, Friedl. Trade and Investment. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. **The Oxford Handbook of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 210.

¹⁴² Essas regras aplicam-se apenas aos Estados-partes do acordo e seus nacionais.

¹⁴³ “Article 1106: Performance Requirements. 1. No Party may impose or enforce any of the following requirements, or enforce any commitment or undertaking, in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, conduct or operation of an investment of an investor of a Party or of a non-Party in its territory: (a) to export a given level or percentage of goods or services; (b) to achieve a given level or percentage of domestic content; (c) to purchase, use or accord a preference to goods produced or services provided in its territory, or to purchase goods or services from persons in its territory; (d) to relate in any way the volume or value of imports to the volume or value of exports or to the amount of foreign exchange inflows associated with such investment; [...]” “Artigo 1106: Requisitos de Desempenho. 1. Nenhuma das Partes pode impor ou fazer cumprir qualquer dos seguintes requisitos, ou fazer cumprir qualquer compromisso ou condição, em conexão com o estabelecimento, aquisição, expansão, gestão, conduta ou operação de um investimento de um investidor de uma Parte ou de uma não Parte, no seu território: a) a exportar um dado nível ou percentual de bens ou serviços; b) a alcançar um determinado nível ou percentual de conteúdo nacional; c) adquirir, utilizar ou conceder uma preferência a bens produzidos ou serviços prestados no seu território, ou a adquirir bens ou serviços de pessoas no seu território; d) a relacionar de qualquer forma o volume ou o valor das importações com o volume ou valor das exportações ou com o montante das entradas de divisas associadas a esse investimento; [...]” (tradução livre)

¹⁴⁴ “Article 1110: Expropriation and Compensation 1. No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment (“expropriation”), except: (a) for a public purpose; (b) on a non-discriminatory basis; (c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and (d) on payment of compensation in accordance with paragraphs 2 through 6.” “Artigo 1110: Expropriação e Compensação 1. Nenhuma Parte poderá nacionalizar ou expropriar, direta ou indiretamente, um investimento de um investidor de outra Parte em seu território ou tomar medida equivalente à nacionalização ou expropriação de tal investimento (“expropriação”), exceto: (a) para fins públicos; (b) em base não discriminatória; (c) de

No que se refere à solução de controvérsias entre investidor e Estado-parte, o acordo autoriza a solução de questões por meio de arbitragem internacional a ser implementada no âmbito do ICSID ou segundo suas regras ou, ainda, conforme as disposições da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL)¹⁴⁵.

Por fim, cumpre destacar que nas Listas I-III do NAFTA são apresentadas as restrições aos investimentos estrangeiros. Cada parte do acordo listou atividades econômicas para as quais restringiriam a permissão para a realização de investimentos externos, a exemplo de transportes, telecomunicação, correios, serviços profissionais, serviços sociais e setor petroquímico, no caso do México. Os países resguardaram, ainda, seu direito exclusivo de análise de investimentos para aquisição de empresas com valor acima de um certo patamar¹⁴⁶.

Ao destacar os itens acima do acordo NAFTA, pretendeu-se apontar similitudes entre as regras desse acordo que coincidem com os dispositivos do TRIMS ou que ainda inspiram mecanismos semelhantes no MERCOSUL, como também sinalizam que em um acordo de livre-comércio entre Estados Unidos de um lado e Canadá e México, de outro, é possível preservar certo espaço para a realização de políticas nacionais.

acordo com o devido processo legal e com o Artigo 1105 (1); e (d) mediante o pagamento de uma compensação de acordo com os parágrafos 2 a 6.” (tradução livre)

¹⁴⁵ *Article 1120: Submission of a Claim to Arbitration 1. Except as provided in Annex 1120.1, and provided that six months have elapsed since the events giving rise to a claim, a disputing investor may submit the claim to arbitration under: (a) the ICSID Convention, provided that both the disputing Party and the Party of the investor are parties to the Convention; (b) the Additional Facility Rules of ICSID, provided that either the disputing Party or the Party of the investor, but not both, is a party to the ICSID Convention; or (c) the UNCITRAL Arbitration Rules.* “Artigo 1120: Submissão de uma Reclamação à Arbitragem 1. Salvo o disposto no Anexo 1120.1, e desde que tenham transcorrido seis meses desde os fatos que deram origem a uma reclamação, um investidor em discussão pode submeter a reclamação à arbitragem nos termos: a) do ICSID desde que tanto a Parte reclamante como a Parte do investidor sejam partes na Convenção; (b) as Regras do Mecanismo Complementar do ICSID, desde que tanto a Parte reclamante como a Parte do investidor, desde que não ambas, sejam parte na Convenção do ICSID; ou (c) as Regras de Arbitragem da UNCITRAL.” (tradução livre)

¹⁴⁶ *Reservations and exceptions – listed in Annexes I-III*

Mexico – measures related to specific sectors: transportation, telecommunications, petrochemicals, postal services, etc. (Where not reserved, existing non-conforming measures must be eliminated within ten years.) “Reservas e exceções – listadas nos Anexos I-III

México – medidas relacionadas a setores específicos: transporte, telecomunicações, petroquímico, serviços postais etc. (onde não feitas reservas, as medidas desconformes existentes devem ser eliminadas dentro de dez anos).” (tradução livre)

5.2.2. O MERCOSUL e a integração regional – a relação entre investimento e comércio

Imbuído de um espírito liberalizante, fruto das ideias colocadas em prática especialmente por Inglaterra e Estados Unidos na década de 1980¹⁴⁷, o MERCOSUL foi lançado em 1991 com a finalidade de formar um mercado comum que pressupunha a livre circulação de mercadorias, capitais e pessoas. O que se observou, no entanto, foi a criação de uma união aduaneira imperfeita na qual existem a livre circulação de pessoas e o estabelecimento de uma tarifa externa comum¹⁴⁸.

Embora não tenha ocorrido a integração inicialmente pretendida, a despeito de suas imperfeições, o bloco acumula ganhos e conquistas, entre os quais há diversos protocolos dispendo sobre temas relevantes que foram assinados desde sua criação com o objetivo de fomentar e estreitar as relações de comércio e de investimento.

Com relação a este último tópico, destacam-se o Protocolo de Colônia para Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos no MERCOSUL¹⁴⁹, que disciplina as regras para o investimento realizado entre membros, assinado em 17 de janeiro de 1994, em Colônia do Sacramento, no Uruguai; e o Protocolo do MERCOSUL sobre Promoção e Proteção dos Investimentos Provenientes de Terceiros Estados¹⁵⁰, o chamado Protocolo de Buenos Aires, de 5 de agosto do mesmo ano, regulando os fluxos externos de capitais e

¹⁴⁷ A vertente econômica neoliberal – que teve como expoentes Margareth Thatcher, na Inglaterra, e Ronald Reagan, nos Estados Unidos – colocou em prática medidas para reduzir a presença do Estado na economia por meio de privatizações de empresas estatais, desregulamentação de mercados e impulso à concorrência entre os atores privados, com a finalidade de promover a competitividade nacional.

¹⁴⁸ “A expressão união aduaneira simboliza uma associação de um grupo de países que se caracteriza por dois pontos: a adoção de uma tarifa externa comum e a livre circulação das mercadorias oriundas dos países associados. A implantação de uma Tarifa Externa Comum, conhecida como TEC, quer dizer que todos os países do grupo aplicarão a mesma taxa em relação à importação de bens de países fora do grupo. Essa TEC vai eliminar a concorrência entre os associados junto aos fornecedores. O MERCOSUL, formado por Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, adotou a TEC em 1995” (WOLFFENBÜTTEL, Andrea. União Aduaneira. **Revista Desafios do Desenvolvimento**, IPEA, Brasília, ano 4, edição 32, 2007. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2130:catid=28&Itemid=23>. Acesso em: 7 jul. 2016).

¹⁴⁹ Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/multilaterais/protocolo-de-colonia-para-protecao-e-promocao-reciproca-de-investimentos-no-mercosul-dec-cmc-11-93/>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

¹⁵⁰ Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/multilaterais/protocolo-sobre-promocao-e-protecao-de-investimentos-provenientes-de-estados-nao-membros-do-mercosul-dec-no-11-94/>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

inclusive tocando na questão de natureza tributária, como guerras fiscais¹⁵¹. Ambos os protocolos não foram adotados pelo Brasil – somente a Argentina os internalizou.

Embora o país não tenha internalizado esses protocolos, tais documentos representam os primeiros acordos que dispõem sobre investimentos assinados pelo Brasil. Por essa razão, a análise de sua estrutura e dos princípios que os informam é relevante para que se comece desde já a delinear o tratamento dado ao tema. Importante esclarecer que há estudiosos que alegam a desnecessidade de assunção de compromissos nessa área, haja vista a existência da Resolução n. 92 do *Grupo do Mercado Comum* (GMC), que teria criado uma comissão para a proteção recíproca dos investimentos¹⁵².

O primeiro documento, o Protocolo de Colônia para Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos no MERCOSUL – MERCOSUL/CMC/DEC n. 11/93 (Protocolo de Colônia) –, informa em seu preâmbulo que as partes, “convencidas de que a criação de condições favoráveis para os investimentos de investidores de uma das Partes Contratantes no território de outra Parte Contratante intensificará a cooperação econômica e acelerará o processo de integração entre os quatro países”.

Ao tratar das definições¹⁵³, esse protocolo determina que investimento designará “todo tipo de ativo [...] investido direta ou indiretamente, por investidores de uma das Partes Contratantes no território de outra Parte Contratante”. Inclui, para tanto: propriedade de bens móveis e imóveis, assim com os demais direitos reais tais como hipotecas, cauções e direitos de penhor; ações, quotas societárias e qualquer outro tipo de participação em sociedades; títulos de crédito e direitos a prestações que tenham um valor econômico; os empréstimos estarão incluídos somente quando estiverem diretamente vinculados a um investimento específico; direitos de propriedade intelectual ou imaterial, incluindo direitos de autor e de propriedade industrial tais como patentes, desenhos industriais, marcas, nomes comerciais, procedimentos técnicos, *know-how* e fundo de comércio; por fim, concessões econômicas

¹⁵¹ Nota-se que no MERCOSUL há dois instrumentos dispendo sobre proteção e promoção de investimentos. Já no NAFTA a proteção a investimentos de *non-parties* é mencionada no corpo da mesma regra, conforme observado em tema anterior.

¹⁵² COSTA, José Augusto Fontoura. Proteção e promoção do investimento estrangeiro no MERCOSUL: uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos? **Rev. Bras. Polít. Int.**, *on-line*, v. 49, n. 2, p. 60-77, 2006. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-73292006000200004>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

¹⁵³ Artigo 1.1 do Protocolo de Colônia.

de direito público, incluindo as concessões para a pesquisa, cultivo, extração ou exploração de recursos naturais.

Na sequência, designa como investidor¹⁵⁴ “toda pessoa física que seja cidadão de uma das Partes Contratantes ou resida de maneira permanente ou se domicilie no território dessa”; “toda pessoa jurídica constituída em conformidade com as leis e regulamentos de uma Parte Contratante e que tenha sua sede no território da referida Parte Contratante”; e “as pessoas jurídicas constituídas no território onde se realiza o investimento, efetivamente controladas, direta o indiretamente, por pessoas físicas ou jurídicas definidas em a) e b)”.

No que se refere à promoção e admissão do investimento¹⁵⁵, informa que cada Parte Contratante promoverá os investimentos de investidores das outras Partes Contratantes e os admitirá em seu território de maneira não menos favorável que a dos investimentos de seus próprios investidores ou dos investimentos realizados por investidores de terceiros Estados, sem prejuízo do direito de cada Parte a manter transitoriamente exceções limitadas que correspondam a algum dos setores que figuram no Anexo do presente protocolo.

Chama atenção nesse dispositivo a inerente contraposição de interesses, pois, se de um lado, os princípios do tratamento nacional e de nação mais favorecida, oriundos do sistema multilateral de comércio, lastreiam a criação de regras paritárias com o objetivo de fomentar a realização de investimentos de uma Parte no território da outra Parte, de outro, explicitamente possibilita a reserva de espaço para a realização de políticas públicas e de conveniência pelos Estados-partes.

A contradição permanece no item seguinte, quando, ao referir-se ao tema “Tratamento”¹⁵⁶, informa que “Cada Parte Contratante assegurará em todo momento um tratamento justo e equitativo aos investimentos e investidores de outra Parte Contratante e não prejudicará sua gestão, manutenção, uso, gozo ou disposição por meio de medidas injustificadas ou discriminatórias”.

¹⁵⁴ Artigo 1.1 do Protocolo de Colônia.

¹⁵⁵ Artigo 2.1 do Protocolo de Colônia.

¹⁵⁶ Artigos 3.1 e 3.2 do Protocolo de Colônia.

No dispositivo seguinte, a exemplo do compromisso que vinha à época sendo negociado no âmbito da Rodada Uruguai e que mais tarde se tornaria um dos pontos centrais do TRIMS, está a proibição de requisitos de desempenho¹⁵⁷. Nessa linha, a letra do dispositivo determina que:

Nenhuma das Partes estabelecerá requisitos de desempenho como condição para o estabelecimento, a expansão ou a manutenção dos investimentos, que requeiram ou exijam compromissos de exportar mercadorias, ou especifiquem que certas mercadorias ou serviços se adquiram localmente, ou imponham quaisquer outros requisitos similares.

O protocolo veda a nacionalização, desapropriação ou qualquer outra medida que tenha o mesmo efeito¹⁵⁸, contra investimentos que se encontrem em território de uma Parte e que pertençam a investidores de outra Parte Contratante. Permite, contudo, exceção para os casos em que tais medidas sejam tomadas por razões de utilidade pública, sobre uma base não discriminatória e de acordo com o devido processo legal. Finaliza afirmando que medidas dessa natureza serão acompanhadas de disposições para o pagamento de uma compensação prévia, adequada e efetiva. Observa-se, novamente, uma contradição, dado que ao mesmo tempo em que a regra veda a nacionalização, desapropriação ou qualquer outra medida que tenha o mesmo efeito, autoriza o feito em circunstâncias específicas.

No que se refere à solução de controvérsias, o protocolo estabeleceu entendimentos distintos e não lineares. Previu uma solução jurídica, precedida de um mecanismo político. Para tanto, estipulou que nos casos em que as controvérsias surgirem entre as Partes Contratantes, as questões serão submetidas aos procedimentos de solução de controvérsias estabelecidos pelo Protocolo de Brasília¹⁵⁹.

Entretanto, toda controvérsia entre investidor de uma Parte Contratante e a Parte Contratante em cujo território se realizou o investimento será, na medida do possível, resolvida por consultas amistosas. Quando não for possível a solução da controvérsia no prazo previsto, a questão será submetida, alternativamente, aos tribunais competentes da Parte Contratante em cujo território se realizou o investimento; à arbitragem internacional ou, ainda, ao sistema permanente de solução de controvérsias com particulares¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Artigo 3.4 do Protocolo de Colônia.

¹⁵⁸ Artigo 4.1 do Protocolo de Colônia.

¹⁵⁹ Artigo 8 do Protocolo de Colônia.

¹⁶⁰ Um sistema para solução de conflitos entre Estado e particulares nunca chegou a ser criado.

Caso a escolha seja pelo recurso à arbitragem internacional, a controvérsia poderá ser levada, mediante decisão do investidor para o ICSID, nos casos em que o Estado-parte no presente protocolo tenha a ele aderido ou poderá o Estado-parte consentir que a controvérsia seja submetida a arbitragem em conformidade com o regulamento de Mecanismo Complementar do ICSID. De outro modo, a controvérsia poderá ser submetida a um tribunal de arbitragem *ad hoc* estabelecido de acordo com as regras de arbitragem da UNCITRAL¹⁶¹. Com relação a este tópico, destaca-se, por oportuno, que o dispositivo que prevê a possibilidade de submissão de uma controvérsia no MERCOSUL ao mecanismo arbitral é extremamente semelhante em sua letra à cláusula do NAFTA que propõe a mesma solução para as controvérsias surgidas no âmbito daquele bloco.

No ano seguinte, foi assinado o Protocolo sobre Promoção e Proteção de Investimentos Provenientes de Estados Não Partes do MERCOSUL – MERCOSUL/CMC/DEC n. 11/94 –, que traz disposições bastante similares à do protocolo então descrito.

¹⁶¹ Artigo 1120 do Nafta, citado em nota anterior.

II – A proliferação de tratados bilaterais de investimento, seu conteúdo e as novas tendências

Foreign investment is an essentially intrusive process which takes place essentially within the territory of a host state. To be able to lift that process out of domestic sphere and subject it to international norms requires a nice balancing of international interests in the protection of the investments and the interests of the host state in regulating the process having its own benefits in mind. That is essentially what the international law on foreign investment is about¹⁶².

1. A proliferação de tratados bilaterais de investimentos

Em que pese o tratamento multilateral recebido pelo tema, notadamente pela OMC, Banco Mundial e também pela OCDE, bem como das iniciativas regionais já a serem apresentadas no presente trabalho¹⁶³, observou-se no segundo pós-guerra e ao longo de toda a segunda metade do século XX a emergência de uma extensa rede de tratados de investimento de natureza bilateral, justificada pelos contextos da guerra, movimentos de descolonização e cessão de territórios, assim como pelo surgimento de novos Estados que se prestaram a ampliar, diversificar e conferir complexidade ao regime internacional de investimentos.

Esse fenômeno imprimiu uma nova dinâmica ao relacionamento entre os países, no que toca à realização de investimentos estrangeiros, fundada na necessidade de garantia de acesso a recursos naturais e, em alguns casos, na preocupação com a possibilidade de nacionalização de ativos, de um lado, e na internacionalização demasiada de outro, de indústrias-chave para o desenvolvimento das economias dos países¹⁶⁴.

¹⁶² “O investimento estrangeiro é um processo essencialmente intrusivo que ocorre essencialmente no território de um estado receptor. Para que esse processo aconteça fora do âmbito doméstico, é necessário submetê-lo às normas internacionais, o que requer um bom equilíbrio entre os interesses internacionais na proteção dos investimentos e os interesses do Estado receptor, ao regular e ter seus próprios benefícios em mente. Essencialmente é disso que trata a lei internacional sobre investimento estrangeiro” (tradução livre) (SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The international law on foreign investment**. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 18).

¹⁶³ Item 5.2 acima.

¹⁶⁴ UNCTAD/ITE/IIT/2004/10,2004.P.7. PIMENTA, José Luiz. O Brasil e o regime internacional de investimento. In: AMARAL JR., Alberto do; CELLI JR., Umberto. **A OMC: desafios e perspectivas**. São Paulo: Aduaneiras, 2014.

Também a expansão de mercados consumidores, a busca pela diversificação de fontes de matéria-prima e insumos, de força de trabalho a custos mais baixos, ganhos de escala de produção e, mais recentemente, a diversificação da base produtiva por meio da criação de cadeias de agregação de valor se prestaram como indutores da proliferação dos acordos bilaterais de investimento¹⁶⁵.

O aumento do número de acordos de investimento de natureza bilateral teve lugar ante a preocupação das empresas investidoras, notadamente empresas transnacionais de países desenvolvidos, de estabelecer maior grau de segurança jurídica em suas relações de investimento com países receptores de capital, em sua maioria, nações em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo. Nessa linha, acordos de caráter bilateral objetivando a preservação de investimentos das empresas passaram a ser assinados pelos Estados de forma individualizada e cumprindo uma estratégia bastante particular de cada um dos Estados envolvidos¹⁶⁶.

Esses acordos representam a tentativa de os Estados resguardarem seus investidores privados, de forma customizada e adaptada às necessidades apresentadas nos países onde os investimentos ocorrerão, ante eventuais intempéries ou mudanças políticas, econômicas e até mesmo jurídicas.

Embora negociado caso a caso e em atenção às particularidades de cada Estado negociador, o objetivo comum e precípua a cada um dos acordos era a redução dos custos de transação e da assunção pelo país anfitrião de compromissos que assegurassem, além de maior transparência, também um mecanismo de solução de conflitos legítimo e confiável. Em outras palavras, buscava-se estabelecer regras claras e exequíveis para proteger o investimento estrangeiro e mitigar os riscos enfrentados pelos investidores.

As origens dos tratados internacionais bilaterais sobre investimento remontam ao ano de 1778, quando os Estados Unidos da América e a França concluíram seu primeiro acordo de comércio e investimento, seguido por outro tratado assinado por americanos com outros

¹⁶⁵ Sobre o tema, ESTERVADEORDAL, Antoni; BLYDE, Juan; SUOMINEN, Kati. As cadeias globais de valor são realmente globais? Políticas para acelerar o acesso dos países às redes de produção internacional. **Revista Brasileira de Comércio Exterior**, Rio de Janeiro: Funcex, ano XXVII, abr./jun. 2013.

¹⁶⁶ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The international law on foreign investment**. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 37.

países europeus e, na sequência, com países latino-americanos¹⁶⁷. Embora de natureza comercial, tais tratados continham previsões para o uso de medidas de compensação em casos de expropriação de investimentos¹⁶⁸. O tratado negociado por John Adams, Benjamin Franklin e Thomas Jefferson com a França exteriorizou pela primeira vez, em um acordo de comércio, a preocupação americana com a proteção da propriedade estrangeira em território de terceiros países com os quais os EUA firmavam acordo¹⁶⁹⁻¹⁷⁰.

Pode-se desde logo atestar que a gênese dos acordos de investimento vem da preocupação em preservar interesses comerciais. Embora nos séculos seguintes o investimento tenha seguido trajetória própria e disciplinamento jurídico distinto do tema comércio, conforme já observado nesta tese, a origem do disciplinamento jurídico da matéria está intrinsecamente relacionada às preocupações e à necessidade de resguardar o comércio entre as nações.

Tempos mais tarde, em 1959¹⁷¹, após problemas observados com seus investimentos realizados no exterior, a Alemanha inaugurou a era dos Acordos Bilaterais de Investimento (BITs), cuja preocupação – bastante pertinente – advinha dos prejuízos resultantes da Segunda Guerra Mundial. A intenção do país com a assinatura de acordos dessa natureza era evitar problemas semelhantes aos ocorridos durante e após a guerra, protegendo os nacionais alemães e seus investimentos realizados no exterior¹⁷².

Na realidade, a iniciativa havia sido lançada dois anos antes, em 1957, quando o banqueiro Herman Joseph Abs dedicou-se à redação do que se denominou “Magna Carta

¹⁶⁷ Tais tratados, denominados “Acordos de Amizade, Comércio e Navegação”, são reputados como os “progenitores” dos acordos de investimento, em razão da relação de preservação de interesses relacionados a investimentos que esses acordos de comércio buscaram tutelar. Para mais informações, *vide* VANDELDE, Kenneth J. **United States Investment Treaties: Policy and Practice**. Boston: Kluwer Law and Taxation, 1992.

¹⁶⁸ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. **Principles of international investment law**. New York: Oxford University Press, 2008. p. 17.

¹⁶⁹ MOORE, John Basset. A Digest of International Law, 1906. In: DOLZER. Op. cit., p. 11.

¹⁷⁰ “*There is no principle of international law of nations more firmly established than that which entitles the property of strangers within the jurisdiction of another country in friendship with their own to the protection of its sovereign by all efforts in his power.*” “Não há um princípio do direito internacional das nações mais firmemente estabelecido do que aquele que dá direito à propriedade de estranhos dentro da jurisdição de outro país em amizade com os seus próprios para a proteção de seu soberano por todos os esforços em seu poder.” (tradução livre). MOORE, John Basset. A Digest of International Law, 1906. In: DOLZER. Op. cit.

¹⁷¹ COSTA, José Augusto F. **Direito internacional do investimento estrangeiro**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 125.

¹⁷² Em 1949, a Alemanha tinha perdido a maior parte de seus investimentos estrangeiros realizados antes da guerra. A iniciativa lançada uma década depois procuraria evitar os danos causados pela Segunda Guerra Mundial.

para a Proteção da Propriedade Estrangeira”. A finalidade desse documento seria estabelecer, por meio de um acordo global, não apenas padrões específicos de proteção para o investimento feito em território estrangeiro, como também um mecanismo arbitral permanente com competência para a aplicação de sanções econômicas cujas decisões tivessem aplicação de caráter imediato¹⁷³. Embora tenha sido encaminhada à OCDE com o apoio da Suíça, a iniciativa para se discutir um acordo de abrangência global para a proteção dos investimentos estrangeiros não prosperou¹⁷⁴.

Em contraposição à Doutrina Calvo, que pregava a desnecessidade de regras adicionais para a solução de conflitos decorrentes de investimentos estrangeiros, dado que a esse investimento seria conferido o mesmo tratamento dado ao investimento nacional¹⁷⁵; ou, ainda, ao entendimento que precede essa doutrina latina, de que problemas dessa ordem deveriam ser resolvidos por meios diplomáticos, o Tratado para a Promoção e Proteção de Investimentos, assinado entre a República Federal da Alemanha e o Paquistão, em 1959, inaugura uma nova dimensão para o tratamento do tema, segundo a qual os problemas decorrentes de uma relação de investimentos serão resolvidos por meios jurídicos e não políticos, em foro e segundo mecanismos preestabelecidos pelas partes, e não nos tribunais domésticos.

A assinatura do Tratado entre Alemanha e Paquistão foi sucedida pela assinatura de tratados pela Suíça com a Tunísia, em 1961, e pela França também com a Tunísia em 1972¹⁷⁶. Nas décadas seguintes, observou-se o exponencial aumento de iniciativas para normatizar investimentos – nas esferas multilateral, regional e bilateral, ocorrendo verdadeira sobreposição de acordos assinados em diferentes foros sem nenhuma sistematização das iniciativas¹⁷⁷.

¹⁷³ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. **Principles of international investment law**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2012. p. 18.

¹⁷⁴ Em 1962, a Alemanha apresentou o tema “acordos de proteção a investimentos” na OCDE, na tentativa de estabelecer o diálogo ampliado e iniciar negociações para o estabelecimento de um compromisso multilateral entre os Estados.

¹⁷⁵ *Vide* esclarecimentos sobre o tema no capítulo anterior.

¹⁷⁶ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. **Principles of international investment law**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2012. p. 19.

¹⁷⁷ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The international law on foreign investment**. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 204.

Nota-se que os acordos assinados ao longo desse período compunham na maioria das vezes, tratativas entre países desenvolvidos e em desenvolvimento e, em menor escala, entre países em desenvolvimento entre si. Pouquíssimos foram os acordos assinados entre países desenvolvidos.

Fato que se explica ante a constatação se de um lado havia a preocupação do investidor estrangeiro quanto à clareza do ambiente regulatório e econômico no qual o investimento seria feito, de outro, os países receptores vislumbravam nos acordos bilaterais um veículo para a atração de recursos, bem como um mecanismo para o desenvolvimento de seus países e regiões, na medida em que o tratado poderia provocar melhorias no ambiente regulatório interno capazes de estimular a atração e realização de novos investimentos estrangeiros. De acordo com essa lógica, os países receptores passaram com o tempo a entender que acordos dessa natureza poderiam fazer as vezes de “garantidores das expectativas legítimas dos investidores com relação à estabilidade, transparência e previsibilidade do ambiente de investimento”¹⁷⁸.

1.1. A extensa rede dos acordos bilaterais de investimento

Ao longo da segunda metade do século XX, os BITs passaram a constituir o mais importante instrumento para a proteção internacional de investimentos estrangeiros realizados além das fronteiras nacionais do investidor. Desde a assinatura do primeiro BIT, em 1959, o número de tratados cresceu de forma constante, atingindo, até o final de 1999, o total de 1.857 (mil oitocentos e cinquenta e sete) acordos assinados, dos quais 737 (setecentos e trinta e sete) celebrados entre países desenvolvidos e em desenvolvimento. Outros 476 (quatrocentos e setenta e seis) foram assinados entre países em desenvolvimento. No fim de 1989, 253 (duzentos e cinquenta e três), entre países em desenvolvimento e países da Europa Central e Oriental, 276 (duzentos e setenta e seis) entre países desenvolvidos e países do Leste Europeu, em comparação com 51 (cinquenta e um), no fim do ano de 1989,

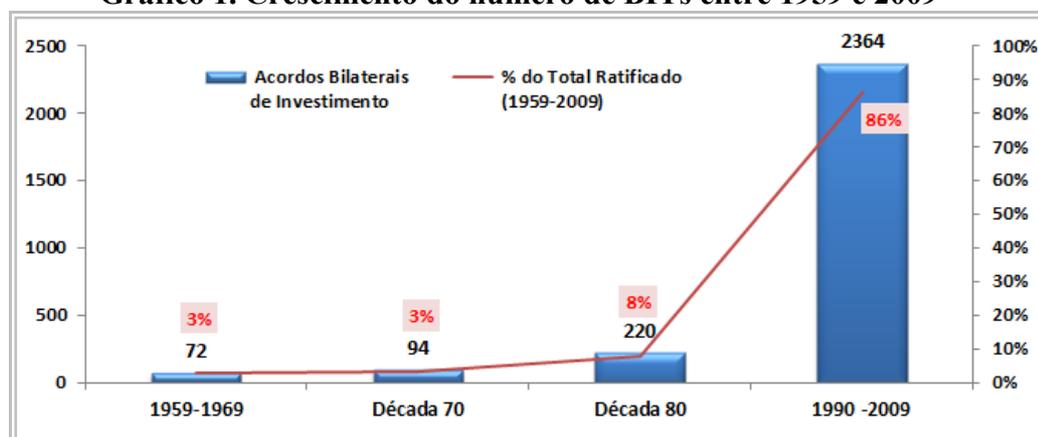
¹⁷⁸ MUCHLINSKI, Peter. In: ESTEVADEORDAL, Antoni; SUOMINEN, Kati; TEH, Robert (ed.). New York: Cambridge University Press, 2009. p. 365-417); MUCHLINSKI, Peter. Holistic approaches to development and international investment law: the role of international investment agreements. In: FAUNDEZ, Julio; TAN, Celine (ed.). **International Economic Law, Globalization and Developing Countries**. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2012. p. 180-204.

e 104 (cento e quatro) entre países da Europa Central e Oriental¹⁷⁹. Cenário no qual apenas alguns BITs, 11 (onze) ao todo, foram celebrados entre países desenvolvidos. Essa realidade encontra explicação no fato de que as relações de investimento entre países desenvolvidos, em regra, já seriam tratadas em uma série de instrumentos adotados em foros multilaterais, a exemplo da OCDE, organização a que muitos dos países desenvolvidos pertencem¹⁸⁰.

Todavia, é digno de nota que não foi apenas o número de BITs que cresceu ao longo dos anos; aumentou, também, o número de países envolvidos na negociação e assinatura desses acordos. Este número evoluiu de 2 (dois) países no final da década de 1950, para 48 (quarenta e oito) países no final da década de 1960, 69 (sessenta e nove) países no final da década de 1970, 102 (cento e dois) países no final dos anos 1980, saltando, no final da década de 1990, para um total de 173 (cento e setenta e três) países de todas as regiões do globo, que passaram a fazer parte dessa rede de acordos¹⁸¹.

Na figura abaixo, verifica-se esse crescimento por meio da constatação do número de acordos assinados ao longo de quatro décadas e, conforme se denota do próprio gráfico, o aumento exponencial de acordos na última década do século XX e início do século XXI.

Gráfico 1. Crescimento do número de BITs entre 1959 e 2009¹⁸²



Fonte: UNCTAD.

¹⁷⁹ UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties – 1959-1999**. Disponível em: <<http://unctad.org/en/docs/poiteiid2.en.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

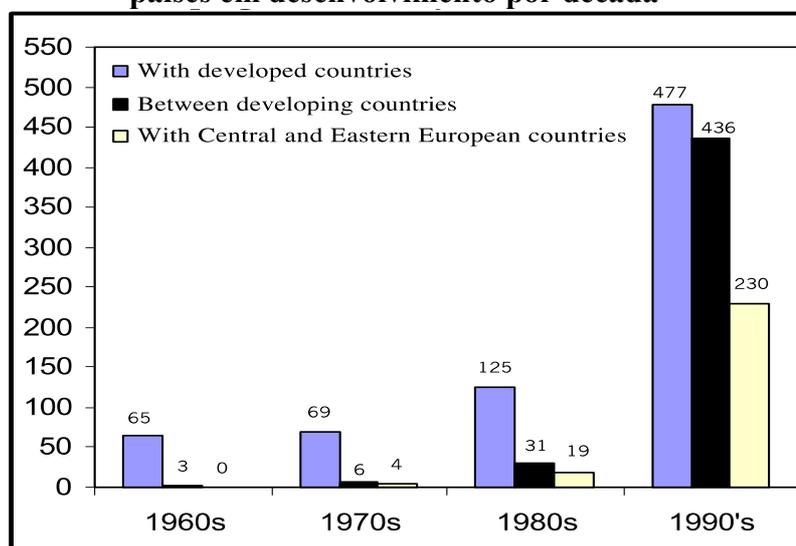
¹⁸⁰ Idem, ibidem, p. 4.

¹⁸¹ Idem, ibidem, p. 5.

¹⁸² Idem, ibidem, p. 5.

Estudos da UNCTAD¹⁸³ apontam que o aumento do número de assinaturas de acordos bilaterais seria resultado de vários fatores, entre os quais uma clara mudança nas estratégias de desenvolvimento por parte da maioria dos países que têm conferido uma relevância maior ao papel do investimento estrangeiro direto em suas economias, como também um modo de transição para uma economia de livre mercado nos países da Europa Central e Oriental, assim como o surgimento de novos países na geografia internacional. Outro ponto de destaque observado nas estatísticas se revela no aumento expressivo do número de acordos firmados por países em desenvolvimento.

Gráfico 2. Crescimento do número de BITs assinados por países em desenvolvimento por década¹⁸⁴



Source: UNCTAD database on BITs.

Contudo, foi a partir do início deste século que se observa o aumento expressivo do número de acordos negociados, que saltou de 1.857 (mil oitocentos e cinquenta e sete) em 1999, para 2.958 (dois mil novecentos e cinquenta e oito) acordos assinados até 2016¹⁸⁵. Segundo dados da UNCTAD, existem hoje mais de 3.400 (três mil e quatrocentos) acordos

¹⁸³ UNCTAD. **World Investment Report 2013**. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2013_en.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2014.

¹⁸⁴ As sinalizações indicam: com países desenvolvidos, entre países em desenvolvimento e com a Europa central e o leste europeu.

¹⁸⁵ UNCTAD. **World Investment Report 2014**. Disponível em: <<http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=937>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

de investimento – somados os acordos bilaterais e os acordos de outra natureza com disposições sobre investimentos¹⁸⁶⁻¹⁸⁷.

Uma análise mais detida do que vem ocorrendo permite afirmar que essa tendência de aumento na assinatura de acordos bilaterais é o resultado da conjugação de vários fatores. Destacam-se entre esses fatores, a mudança nas estratégias de desenvolvimento por parte de muitos países que têm dado maior importância ao papel do investimento estrangeiro direto em suas economias, como também a transição para uma economia de livre mercado dos países na Europa Central, Oriental e Ásia e, notadamente, o surgimento de novos países na geografia internacional¹⁸⁸.

Tais fatos provavelmente justificaram o aumento expressivo de acordos assinados durante a década de 1990, quando o número de acordos quintuplicou. Nota-se que, inicialmente, durante as décadas de 1970 e 1980, foram concluídos acordos entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, geralmente por iniciativa do país desenvolvido. Período no qual os países desenvolvidos, nações tipicamente exportadoras de capital, passaram a negociar acordos com países em desenvolvimento, que em geral são países importadores de capital.

Esse padrão observado manteve-se ao longo de quase duas décadas alterando-se somente a partir do final da década de 1980, quando países em desenvolvimento e economias em transição passaram a assinar BITs entre si em maior escala¹⁸⁹. Momento a partir do qual se rompe o padrão que historicamente associava países desenvolvidos à exportação de capital e países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo como contumazes importadores do recurso estrangeiro.

O que se observa na atualidade é a aproximação dos países com vistas a negociar acordos com um duplo objetivo: proteger os seus investimentos realizados em território

¹⁸⁶ UNCTAD. **Database of International Investment Agreement**. Disponível em: <[http://unctad.org/en/pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20\(IIA\)/IIA-Tools.aspx](http://unctad.org/en/pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20(IIA)/IIA-Tools.aspx)>. Acesso em: 15 nov. 2016.

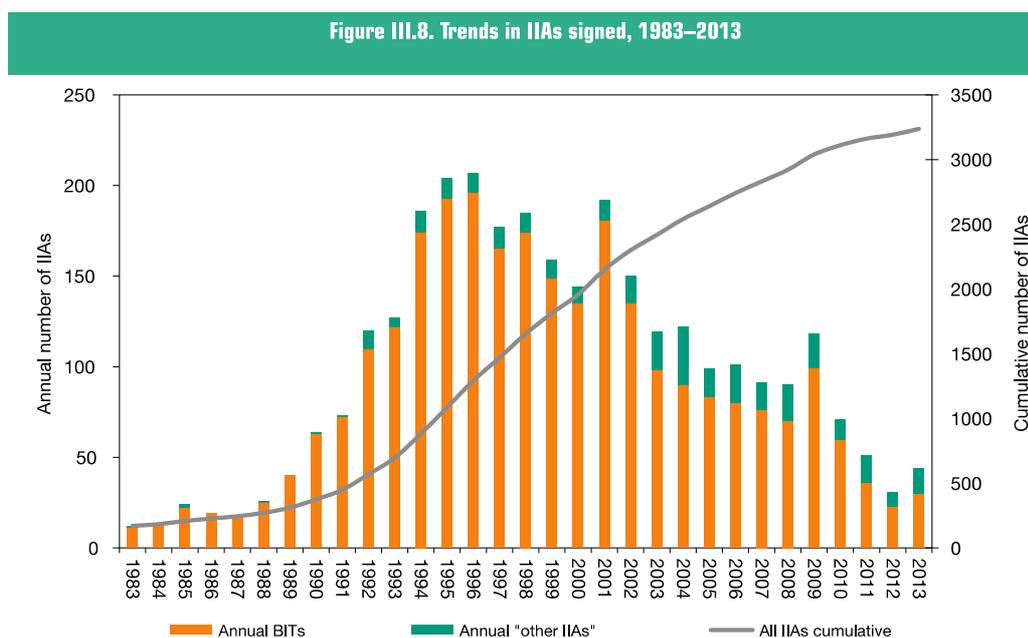
¹⁸⁷ Informação também disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

¹⁸⁸ UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties – 1959-1999**. p. 20.

¹⁸⁹ UNCTAD. **World Investment Report 2014**. Disponível em: <<http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=937>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

estrangeiro e, ao mesmo tempo, estimular investimentos de terceiros países em seu território. Sem dúvida o grau de ênfase que os países colocam em cada um desses objetivos variará consideravelmente, de acordo para acordo, e conforme o perfil e o interesse de cada um dos países nos diferentes polos de negociação. Abaixo se apresenta gráfico que ilustra o movimento descrito.

Gráfico 3. Aumento do número absoluto de acordos assinados¹⁹⁰



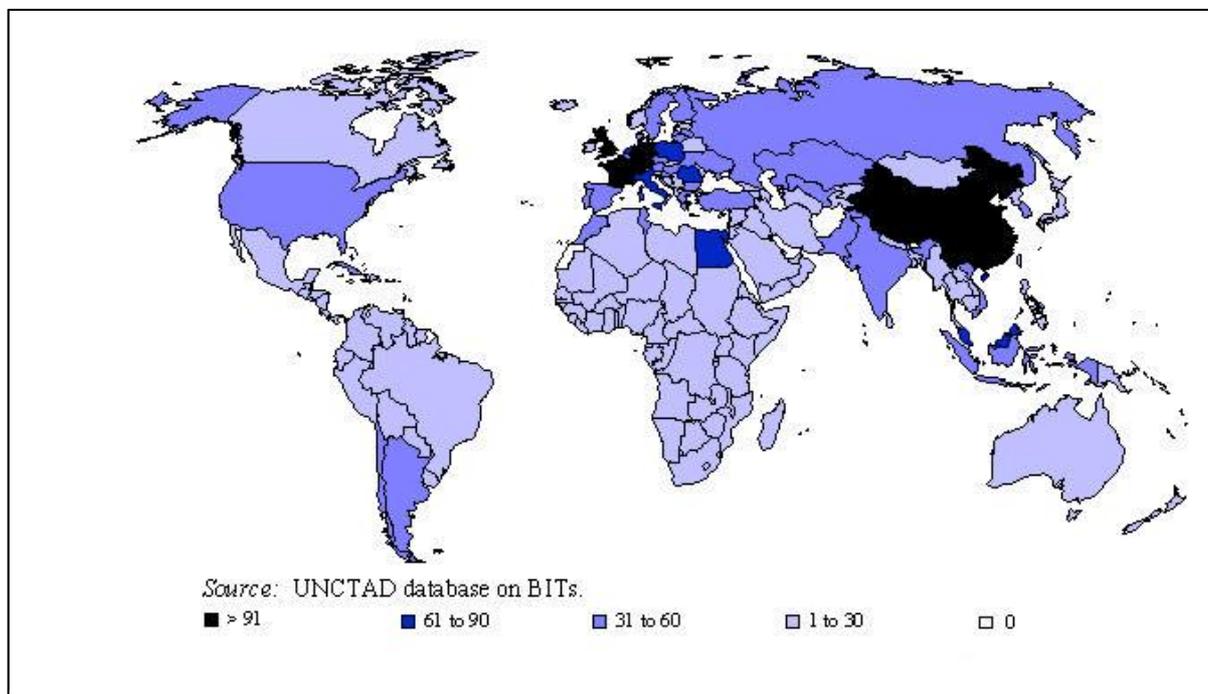
O mapa abaixo ilustra de forma clara a extensão do número de acordos assinados. Nota-se que praticamente todos os países do globo assinaram pelo menos 1 (um) acordo bilateral de investimento¹⁹¹. Estima-se, pois, que o número de países signatários de acordos de investimento supere a casa dos 170 (cento e setenta) signatários¹⁹², excluindo-se, apenas, economias muito fechadas ou muito pequenas.

¹⁹⁰ A figura traz tendências quanto à assinatura de acordos bilaterais de investimento. Do lado direito, traz a indicação dos números anuais e, no lado esquerdo, dos números acumulados.

¹⁹¹ UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties – 1959-1999**. p. 19.

¹⁹² UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties – 1995-2006 – Trends in Investment Rulemaking**. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs/iteia20065_en.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2014.

Mapa 1. Acordos bilaterais de investimento assinados



1.2. As diferentes gerações de acordos bilaterais de investimento

A fim de melhor analisar e entender a evolução desses acordos, convencionou-se categorizar a dinâmica de negociação e assinatura dos tratados relacionando-os a quatro fases distintas, ou gerações de acordos bilaterais¹⁹³, cada qual observada em um período determinado no tempo e associada a características distintas. Cada geração aponta, também, a evolução do tema e antecipa as tendências da fase seguinte.

1.2.1. A primeira geração

¹⁹³ ICTSD. International Center for Trade and Sustainable Development. **Puentes**, ano 7, v. 5, p. 8. **La cuarta generación de los acuerdos de inversión**. Disponível em: <<http://www.ictsd.org/downloads/puentes/puentes7-5.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

A primeira geração de acordos, apesar de inaugurada em 1959¹⁹⁴, compreende formalmente também toda a década de 1960, momento no qual a preocupação unilateral dos Estados desenvolvidos recaía sobre a necessidade de liberalização dos regimes de investimento de terceiros países, alguns dos quais possuíam à época legislações internas bastante herméticas que não apenas restringiam e controlavam o ingresso do capital estrangeiro, mas também, em muitos casos, o inibiam e o afastavam.

A preocupação naquele estágio era garantir o acesso de países desenvolvidos aos recursos dos países em desenvolvimento, bem como conferir maior nível de estabilidade econômica ao ingresso de capitais por meio da garantia jurídica¹⁹⁵. Em um primeiro momento, “o viés de promoção dos investimentos estrangeiros, foi característica fundamental dos BITs assinados ao longo das primeiras décadas pós II Guerra Mundial”¹⁹⁶.

Nessa fase foram negociados acordos que buscavam oferecer ampla cobertura e proteger contra ameaças potenciais. Em particular, a expropriação “em massa” no curso de planos econômicos, o que era visto como um grande problema para os investidores com relação aos países receptores recém-independentes e ex-colônias das grandes potências¹⁹⁷.

Nesse sentido, oportuno lembrar que a década de 1960 assistiu ao avanço de regimes de governos autoritários em muitas das economias latino-americanas e africanas, países que concentram grande parte das riquezas naturais do globo. A preocupação dos investidores privados de ter seu acesso a tais recursos vedado ou, ainda, seu receio de que os ativos investidos nesses países fossem expropriados ou nacionalizados alavancaram a negociação do tema e corroboraram a assinatura de acordos de investimento nessa primeira fase. Data desse período, por exemplo, o acordo assinado entre Alemanha e Paquistão, de 1959, cujos principais pontos serão analisados na sequência.

Esse acordo refletia o forte desejo da Alemanha de resguardar seus interesses, em razão da memória recente da guerra, quando muitos dos investimentos de seus nacionais

¹⁹⁴ Acordo assinado entre Alemanha e Paquistão.

¹⁹⁵ Dessa época, a exemplo do Brasil, como será analisado mais adiante, datam as principais legislações domésticas dispoendo sobre a recepção e o envio de capitais estrangeiros.

¹⁹⁶ PIMENTA, José Luiz. O Brasil e o regime internacional de investimento. In: AMARAL JR., Alberto do; CELLI JR., Umberto. **A OMC: desafios e perspectivas** São Paulo: Aduaneiras, 2014.

¹⁹⁷ UNCTAD. **Scope and Definition. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II**. p. 1. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf>. Acesso em: 10 set. 2016.

havia sido expropriados. O preâmbulo desse acordo apresenta em seu espírito a essência do que pretendiam os países, em linha com o que já apontado. De um lado, Alemanha buscava estabelecer mecanismos que conferissem previsibilidade e segurança jurídica para os investimentos de suas empresas no território paquistanês e, de outro, Paquistão buscava demonstrar o oferecimento dessa segurança jurídica e previsibilidade, afim de atrair o investimento das empresas alemãs.

*Desiring to intensify economic co-operation between the two States, intending to create favourable conditions for investments by nationals and companies of either State in the territory of the other State, and Recognizing that an understanding reached between the two States is likely to promote investment, encourage private industrial and financial enterprise and to increase the prosperity of both the States*¹⁹⁸.

Por meio do “Artigo 1”¹⁹⁹ do tratado, os países comprometeram-se a “empenhar-se” para admitir o ingresso do investimento em seu território, de acordo com sua legislação e as regras e regulamentos que regulam o investimento de capitais em seus respectivos países. Também, afim de promover os investimentos, as autoridades examinarão com “simpatia” os pedidos de concessão das permissões que porventura fossem necessárias para a concretização do investimento.

¹⁹⁸ “Desejando intensificar a cooperação econômica entre os dois Estados, Com a intenção de criar condições favoráveis para investimentos feitos por cidadãos e empresas de ambos os Estados no território do outro Estado, e Reconhecendo que um entendimento alcançado entre os dois Estados suscetível de promover o investimento, incentivar os setores industrial e financeiro e aumentar a prosperidade de ambos os Estados”. (tradução livre). Preâmbulo do Tratado entre a República Federal da Alemanha e o Paquistão.

¹⁹⁹ “Article 1 (1) Each contracting State hereafter called in this Treaty a Party will endeavour to admit in its territory, in accordance with its legislation and rules and regulations framed thereunder the investing of capital by nationals or companies of the other Party and to promote such investments and will give sympathetic consideration to requests for the grant of necessary permissions. In the case of Pakistan such permissions shall be given with due regard also to their published plans and policies.” “Artigo 1(1). Cada Estado contratante, a seguir designado no presente Tratado como Parte, procurará admitir no seu território, de acordo com a sua legislação e regulamentação, o investimento de capitais por nacionais ou empresas da outra Parte e promover tais investimentos e analisará com compreensão os pedidos de concessão de autorizações necessárias. No caso do Paquistão, essas autorizações serão concedidas tendo igualmente em conta os planos e políticas públicas.” (tradução livre)

Na segunda parte do “Artigo 1”²⁰⁰ e no “Artigo 2”²⁰¹, foram introduzidas obrigações de “tratamento nacional”, que pretendiam assegurar tratamento isonômico entre o capital estrangeiro e o nacional, garantindo tratamento não discriminatório a quaisquer atividades exercidas em relação a investimentos, incluindo a gestão eficaz, a utilização ou fruição de tais investimentos por nacionais ou empresas de qualquer das Partes no território da outra Parte.

O “Artigo 3”²⁰², de forma inovadora, apresentou o compromisso das Partes com a “segurança e proteção ao investimento”, explicitamente mencionando as circunstâncias e condições sob as quais seriam permitidas expropriações, tornando mandatária a compensação que denominou “equivalente”.

Informou, para tanto, que empresas nacionais ou de qualquer das Partes “não serão sujeitas à expropriação dos seus investimentos no território da outra Parte, exceto para benefício público, mediante compensação, que deve representar o equivalente dos investimentos afetados”. Essas compensações deveriam ainda ser realizáveis e transferíveis na moeda da outra Parte sem demora injustificada. Por fim, determinou que a “legalidade de

²⁰⁰ “Article 1 (2). Capital investments by nationals or companies of either Party in the territory of the other Party shall not be subjected to any discriminatory treatment on the ground that ownership of or influence upon it is vested in nationals or companies of the former Party, unless legislation and rules and regulations framed thereunder existing at the time of coming into force of this Treaty provide otherwise.” “Artigo 1(2) Os investimentos de capital por nacionais ou empresas de qualquer das Partes no território da outra Parte não serão sujeitos a qualquer tratamento discriminatório pelo fato de a propriedade ou a influência sobre os mesmos ser exercida por nacionais ou empresas da primeira Parte, a menos que legislações, regras e disposições em vigor no momento da entrada em vigor do presente Tratado prevejam de forma contrária”.

²⁰¹ “Article 2. Neither Party shall subject to discriminatory treatment any activities carried on in connection with investments including the effective management, use or enjoyment of such investments by the nationals or companies of either Party in the territory of the other Party unless specific stipulations are made in the documents of admission of an investment.” “Nenhuma das Partes sujeitará a tratamento discriminatório quaisquer atividades realizadas em conexão com investimentos, incluindo a gestão, o uso ou o gozo efetivos desses investimentos pelos nacionais ou empresas de qualquer das Partes no território da outra Parte, a menos que sejam estipuladas especificamente Documentos de admissão de um investimento.” (tradução livre)

²⁰² “Article 3 (2) Nationals or companies of either Party shall not be subjected to expropriation of their investments in the territory of the other Party except for public benefit against compensation, which shall represent the equivalent of the investments affected. Such compensation shall be actually realizable and freely transferable in the currency of the other Party without undue delay. Adequate provision shall be made at or prior to the time of expropriation for the determination and the grant of such compensation. The legality of any such expropriation and the amount of compensation shall be subject to review by due process of law.” “Artigo 3 (2) Os nacionais ou empresas de qualquer das Partes não serão submetidos à expropriação de seus investimentos no território da outra Parte, exceto para benefício público mediante compensação, que representará o equivalente dos investimentos afetados. Essa compensação será efetivamente realizável e livremente transferível na moeda da outra Parte sem demora injustificada. Uma provisão adequada deve ser feita no momento ou antes da expropriação para a determinação e a concessão dessa compensação. A legalidade de tal expropriação e o montante da compensação estarão sujeitos a revisão pelo devido processo legal.” (tradução livre)

tal expropriação e a quantidade de compensação está sujeita à revisão por parte de devido processo legal”. Para fins de esclarecimento, o item (3) do Protocolo adicional e que compõe parte integrante do tratado definiu “expropriação”, “na acepção do parágrafo (2) do artigo 3”, como os atos de poder soberano equivalentes a uma expropriação, bem como medidas de nacionalização²⁰³, o que denota o ato de expropriação, tanto direta quanto indireta.

Outro ponto relevante do acordo trata da inclusão e qualificação inicial do conceito de risco, que viria a se tornar uma das molas propulsoras de acordos de investimento. Esse dispositivo tem a finalidade de mitigar ou compensar as perdas do investidor decorrentes de “risco político”. Nas circunstâncias de guerra, conflito armado, revolução ou revolta no território de uma das Partes, a Parte que viesse a sofrer qualquer prejuízo observaria o mesmo tratamento que a Parte que tivesse dado causa ao problema e que viesse conceder ao seu nacional restituição, indenização, compensação ou outras considerações²⁰⁴.

Embora esse dispositivo tenha pela primeira vez sinalizado a preocupação com instabilidades políticas e conflitos, ele não ofereceu uma resposta ao problema. Informou apenas que, caso as circunstâncias de conflito mencionadas impactassem o investimento estrangeiro, para este seria conferido o mesmo tratamento concedido ao nacional. Não ofereceu, contudo, garantias ou, ainda, previu algum tipo de compensação.

O “Artigo 8”²⁰⁵ trouxe as definições de investimento, para os fins do tratado em questão, que compreendem “o capital que ingressa no território da outra Parte para o

²⁰³ “Protocol. (3) The term ‘expropriation’ within the meaning of paragraph (2) of Article 3 shall also pertain to acts of sovereign power which are tantamount to expropriation, as well as measures of nationalization.” “Protocolo. (3). O termo ‘expropriação’, na acepção do parágrafo (2) do artigo 3 compreende igualmente os atos de poder soberano que equivalem a expropriação, bem como medidas de nacionalização.” (tradução livre)

²⁰⁴ “Article (3) Nationals or companies of either Party who owing to war or other armed conflict, revolution or revolt in the territory of the other Party suffer the loss of investments situate there, shall be accorded treatment no less favourable by such other Party than the treatment that Party accords to persons residing within its territory and to nationals or companies of a third party, as regards restitution, indemnification, compensation or other considerations. With respect to the transfer of such payments each Party shall accord to the requests of nationals or companies of the other Party treatment no less favourable than is accorded to comparable requests made by nationals or companies of a third party.” “Artigo (3) Os nacionais ou empresas de qualquer das Partes que, devido a guerra ou outro conflito armado, revolução ou revolta no território da outra Parte sofram a perda de investimentos ali situados, receberão um tratamento não menos favorável por essa outra Parte do que o tratamento que essa Parte concede a pessoas que residam no seu território e a nacionais ou empresas de terceiros, no que diz respeito à restituição, indenização, compensação ou outras considerações. No que diz respeito à transferência desses pagamentos, cada Parte concederá aos pedidos de nacionais ou empresas da outra Parte um tratamento não menos favorável do que o concedido a pedidos comparáveis feitos por nacionais ou empresas de terceiros.” (tradução livre)

²⁰⁵ “Article 8 (1) (a) The term ‘investment’ shall comprise capital brought into the territory of the other Party for investment in various forms in the shape of assets such as foreign exchange, goods, property rights, patents

investimento sob várias formas como ativos, câmbio, bens, direitos de propriedade, patentes e conhecimento técnico”. Ainda, “todas as sociedades, empresas ou ativos de tipo semelhante, criado pela utilização dos ativos acima mencionados, devem ser considerados como ‘investimento’”.

O “Artigo 10”²⁰⁶ apresentou o compromisso, ainda que brando e não expresso de forma mandatória, de as Partes cooperarem para “promover o intercâmbio e utilização de conhecimentos e desenvolvimento de estruturas de formação científica e técnica em particular no interesse de aumentar a produtividade e melhorar os padrões de vida em seus territórios”. Como se verá em acordos futuros que trazem essa preocupação de forma expressa, o tratado não condicionou futuros investimentos a requisitos de desempenho ou transferência de tecnologia como condições *sine qua non* para sua realização.

O “Artigo 11”²⁰⁷, por sua vez, tratou do dispositivo que passaria a nortear a resolução de conflitos, para os casos de divergência quanto “à interpretação ou aplicação” de algum dispositivo do tratado em questão. Apresentou como primeiro passo um mecanismo de consulta entre os Estados-partes com o propósito de encontrar a solução fundada em “um espírito de amizade”. Havidas as consultas e, caso não resolvido o problema, as Partes, “se assim concordassem”, estariam autorizadas a levar o problema para a Corte Internacional de

and technical knowledge. The terra ‘investment’ shall also include the returns derived from and ploughed back into such ‘investment’. (b) Any partnerships, companies or assets of similar kind, created by the utilisation of the above mentioned assets shall be regarded as ‘investment’.” “Artigo 8 (1) (a) O termo ‘investimento’ compreende o capital introduzido no território da outra Parte para fins de investimento sob diversas formas sob a forma de ativos tais como divisas, bens, direitos de propriedade, patentes e conhecimentos técnicos. O ‘investimento’ inclui também os rendimentos obtidos e devolvidos a esse ‘investimento’. (B) As parcerias, sociedades ou bens de natureza similar, criados pela utilização dos bens supramencionados serão considerados ‘investimento’.” (tradução livre)

²⁰⁶ “*Article 10 Each Party shall co-operate with the other in furthering the interchange and use of scientific and technical knowledge and development of training facilities particularly in the interest of increasing productivity and improving standards of living in their territories.*” “Artigo 10 Cada Parte cooperará com a outra para promover o intercâmbio e a utilização de conhecimentos científicos e técnicos e o desenvolvimento de facilidades de formação, particularmente no interesse de aumentar a produtividade e melhorar o nível de vida em seus territórios.” (tradução livre)

²⁰⁷ “*Article 11 (1) In the event of disputes as to the interpretation or application of the present Treaty, the Parties shall enter into consultation for the purpose of finding a solution in a spirit of friendship. (2) If no such solution is forthcoming, the dispute shall be submitted (a) to the International Court of justice if both Parties so agree or (b) if they do not so agree to an arbitration tribunal upon the request of either Party.*” “Artigo 11 (1) No caso de litígios relativos à interpretação ou aplicação do presente Tratado, as Partes consultar-se-ão a fim de encontrar uma solução num espírito de amizade. 2) Se não houver uma solução desse tipo, a disputa será submetida: a) ao Tribunal Internacional de Justiça, se ambas as Partes assim concordarem; ou b) Se não concordarem com um tribunal arbitral a pedido de qualquer das Partes.” (tradução livre)

Justiça, ou, alternativamente, para os casos de não concordância, qualquer das Partes poderia acionar um tribunal arbitral.

O primeiro caminho, notadamente político, indubitavelmente dependeria da boa vontade dos Estados em resolver a questão de forma negociada, o que faria do investidor, quando envolvido no problema e interessado imediato de sua solução, refém do jogo político. Com relação aos caminhos jurídicos, relevante notar que a Corte Internacional de Justiça, segundo os termos de referência de sua criação e que balizam a sua atuação, é um foro para resolver conflitos entre Estados²⁰⁸. Restaria, pois, aos investidores descontentes com a interpretação ou aplicação do tratado acionar o mecanismo arbitral em face do Estado receptor dos investimentos. Aqui, se iniciam os questionamentos que serão discutidos mais adiante.

1.2.2. A segunda geração

A segunda geração de acordos, que compreende as décadas de 1970 e 1980, proporcionou o reforço às políticas de liberalização dos fluxos de investimento por meio de incentivos relativos à redução da carga tributária²⁰⁹. Observou-se nesse período a mudança de percepção dos países em desenvolvimento quanto às possibilidades desse acordo, passando a enxergá-lo também como um veículo para a viabilização do desenvolvimento²¹⁰, na medida em que teria a potencialidade de estimular melhorias nos ambientes regulatórios dos países.

Nesse sentido, e buscando conferir vantagens aos acordos, os países em desenvolvimento, ao negociar BITs com os países desenvolvidos, passaram a impor condição para a realização do investimento em seu território. Nessa linha, requisitos de

²⁰⁸ A Corte Internacional de Justiça (CIJ) é o principal órgão judicial da Organização das Nações Unidas (ONU). Foi criada em junho de 1945, na Carta das Nações Unidas. O papel do Tribunal, de acordo com o direito internacional, é resolver disputas jurídicas apresentadas pelos Estados-membros da ONU.

²⁰⁹ FONSECA, Karla Closs. **Os acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos e o equilíbrio entre o investidor estrangeiro e o estado receptor de investimentos**. Florianópolis, 2007 – Dissertação de mestrado pela UFSC. p. 43.

²¹⁰ MUCHLINSKI, Peter. In: ESTEVADEORDAL, Antoni; SUOMINEN, Kati; TEH, Robert (ed.). New York: Cambridge University Press, 2009. p. 365-417; MUCHLINSKI, Peter. Holistic approaches to development and international investment law: the role of international investment agreements. In: FAUNDEZ, Julio; TAN, Celine (Ed.). **International Economic Law, Globalization and Developing Countries**. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2012.

desempenho e disposições que permitiriam a participação do país receptor como acionistas nas sociedades a se estabelecerem em seus territórios, compartilhamento de tecnologia e emprego de mão de obra e conteúdo local, a par de outras exigências, passaram a paulatinamente ser incorporados à redação dos acordos nessa fase²¹¹.

A intenção dos países em desenvolvimento, com a inclusão de cláusulas dessa natureza nos tratados, além da preservação de seu espaço para a realização de políticas públicas, tratava da utilização dos tratados como um mecanismo para a instrumentalização de políticas industriais. Desta fase, é o acordo assinado entre França e Tunísia.

Exceção aos BITs desta fase, é o tratado de natureza “não recíproca” de investimentos que a França concluiu com a Tunísia em 1972. Tratou-se de um acordo bastante sucinto, de apenas cinco artigos, que trouxe expresso em seu preâmbulo o propósito de que o tratado buscava “contribuir para o desenvolvimento de investimentos franceses na Tunísia”. Conforme comentários de Brown²¹² sobre esse acordo, “ao contrário de acordos recíprocos que ligam o Estado receptor a uma obrigação de conceder tratamento nacional ou tratamento de nação mais favorecida para os investimentos estrangeiros, acordos não recíprocos [oferecem] unicamente garantia a investidores franceses que investem na outra Parte Contratante como uma garantia prestada pelo Estado”.

Article 1.

Le Gouvernement français pourra, après un examen cas par cas et dans le cadre de sa réglementation, accorder la garantie de l'Etat français li des investissements effectués sur le territoire de la République tunisienne par des ressortissants français, personnes physiques ou morales, dans les conditions prévues à l'article 2 ci-après.

Article 3.

Si l'État français, en vertu d'une garantie donnée pour un investissement réalisé sur le territoire de la République tunisienne, effectue des versements a ses propres ressortissants, personnes physiques ou morales, il est de ce fait subroge de plein droit li l'égard du Gouvernement tunisien dans les droits de ces ressortissants²¹³.

²¹¹ “Los requisitos de desempeño son disposiciones que se les impone a los inversionistas tales como, porcentajes de contenido local, cantidad de exportaciones, sociedades en participación, transferencia de tecnologías y empleos nacionales. En los años 70 y 80 este tipo de requerimientos fueron ampliamente utilizados por países industrializados.” “Requisitos de desempenho são disposições impostas aos investidores, tais como percentagens de conteúdo local, quantidade de exportações, *joint ventures*, transferência de tecnologia e empregos domésticos. Nos anos 70 e 80 esses requisitos foram amplamente utilizados pelos países industrializados” (ICTSD. International Center for Trade and Sustainable Development. La cuarta generación de los acuerdos de inversión, **Revista Puentes**, ano 7, v. 5, p. 8, 2006).

²¹² BROWN, Chester. **Commentaries on selected model investment treaties**. Oxford University Press. Chapter 6: France, by Yas Banifatemi and André Von Walter. European Yearbook of International Economic Law 2015 – editado por Christoph Herrmann, Markus Krajewski, Jörg Philipp Terhechte.

²¹³ “Convenção entre o Governo da República Francesa e o Governo da República da Tunísia sobre proteção dos investimentos. Artigo 1. O Governo francês pode, depois de um exame caso a caso e no âmbito de suas

Em razão de seu claro desequilíbrio, esse acordo foi extinto em 1999, quando substituído pelo acordo assinado entre os países, em 1997, em cuja designação se lê “Acordo entre a República da França e a República da Tunísia sobre o Encorajamento e a Proteção de Investimentos”.

Os BITs franceses mais antigos, que datam de fins da década de 1950 a meados da década de 1970, foram firmados em uma base não recíproca e destacavam o desejo de promover investimentos franceses no território da outra Parte. O principal objetivo desses tratados era de fato assegurar garantias de investimento no setor público e concessão para investidores franceses no exterior. Esse tipo de tratado unilateralmente emoldurado foi abandonado no início de 1970 e a promoção de investimentos recíprocos entre os dois Estados tornou-se a base das discussões dos tratados bilaterais, momento em que a França passou a apresentar como um dos critérios essenciais em seus acordos a preocupação com a transferência de tecnologia para o Estado receptor, além de iniciativas de cooperação científica e técnica²¹⁴.

O tratado entre França e Tunísia que substituiu o acordo de 1972 segue justamente nessa direção, trazendo no “Artigo I” as definições que passariam a reger as relações recíprocas de investimento; no “Artigo III”, o compromisso de tratamento justo e equitativo; no “Artigo V”, a obrigação de que ao investimento realizado no território ou zona marítima de qualquer das Partes se beneficiaria de proteção e segurança “plena e inteira”; e, no “Artigo VI”, tratou da liberdade de transferência de capitais, juros e dividendos. Observa-se, por oportuno, que as definições²¹⁵ trazidas pelo tratado quanto ao entendimento, por exemplo,

leis, conceder a garantia do Estado francês aos investimentos realizados no território da República da Tunísia por franceses, pessoas físicas ou jurídicas, em condições previstas no artigo 2 abaixo. [...] Artigo 3. Se o Estado francês, em razão de uma garantia dada a um investimento realizado no território da República da Tunísia, faz os pagamentos aos seus próprios nacionais, pessoas físicas ou jurídicas, fica sub-rogado de pleno direito com relação ao governo tunisino sobre os direitos desses cidadãos.” (tradução livre)

²¹⁴ BROWN, Chester. **Commentaries on selected model investment treaties**. Oxford University Press. Chapter 6: France, by Yas Banifatemi and André Von Walter. *European Yearbook of International Economic Law* 2015 – editado por Christoph Herrmann, Markus Krajewski, Jörg Philipp Terhechte. p. 255.

²¹⁵ “Article I. Définitions. (1) Le terme ‘investissement’ désigne toutes les avoirs, tels que biens, droits et intérêts de toutes natures et, plus particulièrement mais non exclusivement: a) les biens meubles et immeubles, ainsi que tous autres droits réels tels que les hypothèques, Privilèges, usufruits, cautionnements et tous droits analogues; b) les actions, primes d’émission et autres formes de participation, même minoritaires ou Indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire de l’une des Parties contractantes; c) les obligations, créances et droits a toutes prestations ayant valeur économique; d) les droits de propriété intellectuelle, commerciale et industrielle tels que les droits d’auteur, les brevets d’invention, les licences, les marques déposées, les modèles et maquettes industrielles, les procédés techniques, le savoir-faire, les noms déposés et

sobre investimento e investidor são abrangentes e buscam ampliar o conceito a fim de estender a proteção. No que se refere a investimentos, inclui tanto os investimentos diretos como os indiretos²¹⁶.

Na sequência, estabeleceu no “Artigo VIII” a ICSID como foro competente para resolução de conflitos. Entretanto, determinou no “Artigo IX” que divergências quanto à interpretação ou aplicação dos dispositivos do tratado resolver-se-iam por meios diplomáticos. Se a divergência não fosse resolvida no prazo de até 6 (seis) meses de sua constatação, qualquer das Partes poderia solicitar a instauração de um mecanismo arbitral que fixará suas próprias regras para a condução dos trabalhos e decidirá por maioria dos votos com relação à divergência de interpretação ou aplicação da regra.

Constata-se nessa fase um avanço com relação aos entendimentos conceituais e uma pequena evolução na forma de solução de conflitos, momento em que se passa a adotar o tribunal do Banco Mundial e mecanismos arbitrais *ad hoc* como instrumentos de solução de controvérsias, relativizando, dessa forma, a utilização de meios políticos. O acordo busca, ainda, diminuir a clara assimetria entre investidor e país receptor, na medida em que estabelece regras de não discriminação – tratamento nacional e nação mais favorecida – como nortes para o desenvolvimento das relações de investimento.

1.2.3. A terceira geração

la clientèle; e) les concessions accordées par la loi ou en vertu d'un contrat, notamment les concessions relatives a la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de richesses naturelles, y compris celles qui se situent dans la zone maritime des Parties contractantes.” “Artigo 1. Definições. (1) O termo ‘investimento’, designa todos os investimentos ativos, tais como imóveis, direitos e interesses de qualquer categoria e, em particular, mas não exclusivamente: a) bens móveis e imóveis e quaisquer outros direitos de propriedade tais como hipotecas, benefícios, usufrutuário, penhores e direitos análogos; b) ações, assuntos e outras formas de prêmios de participação, minoritária ou indireta, de empresas constituídas no território da Parte Contratante; c) títulos, reivindicações e direitos a qualquer benefício com valor econômico; d) os direitos de propriedade intelectual, industrial e comercial, tais como direitos de autor, patentes, licenças, marcas, itens e modelos industriais, processos técnicos, *know-how*, remoções de nomes e boa vontade; e) concessões atribuídas por lei ou por contrato, incluindo concessões para explorar, desenvolver, extrair ou exploração de recursos naturais, incluindo as situadas na zona marítima das Partes contratantes.” (tradução livre)

²¹⁶ “O modelo francês de BITs geralmente inclui uma definição ampla de ‘investimentos’, atendendo sua finalidade de promover investimentos e proporcionar um elevado nível de proteção aos investimentos feitos por nacionais de uma Parte Contratante no território da outra Parte Contratante” (BROWN, Chester. **Commentaries on selected model investment treaties**. Oxford University Press. Chapter 6: France, by Yas Banifatemi and André Von Walter. European Yearbook of International Economic Law 2015 – editado por Christoph Herrmann, Markus Krajewski, Jörg Philipp Terhechte. p. 243).

A terceira geração de acordos de investimentos, que compreende os BITs assinados durante a década de 1990 e início dos anos 2000, é marcada pela preocupação unilateral do investidor com a inserção de novos temas no bojo desses tratados. Nesta fase foram incorporados aos acordos temas como serviços, compras públicas, cooperação e meio ambiente. Importante destacar, conforme se analisará em tópico próprio, que foi justamente nessa época que o Brasil assinou 14 (quatorze) acordos bilaterais de investimento.

Data desta fase o Tratado entre o Governo dos Estados Unidos da América (EUA) e o Governo da República da Bolívia em Matéria de Incentivo e Proteção Recíproca de Investimentos, de abril de 1998. Nos termos da mensagem encaminhada pelo presidente dos Estados Unidos ao Congresso Americano, em maio de 2000, “o Tratado com a Bolívia é baseado no ‘protótipo’ de BIT, preparado em 1994 e satisfaz os principais objetivos dos EUA nas negociações de tratados bilaterais de investimento”²¹⁷.

*The Treaty will protect U.S. investment and assist Bolivia in its efforts to develop its economy by creating conditions more favorable for U.S. private investment and thus strengthen the development of its private sector.
The Treaty is fully consistent with U.S. policy towards international and domestic investment*²¹⁸.

Entre as preocupações endereçadas pela mensagem e observadas pelos termos do tratado, está o fato de que todas as formas de investimento dos EUA em solo boliviano haviam sido abrangidas. Para essa finalidade, o tratado definiu logo em seu início os “investimentos abrangidos”²¹⁹ para os quais seriam conferidos tratamento nacional e tratamento de nação mais favorecida²²⁰. A preocupação com a abrangência do conceito de investimento vê-se refletida em inúmeros outros acordos de investimento assinados pelos Estados Unidos.

²¹⁷ Mensagem do presidente dos Estados Unidos ao Congresso Americano, transmitindo o Tratado entre o Governo dos Estados Unidos da América e o Governo da República da Bolívia em matéria de incentivo e Proteção Recíproca de Investimentos, de 23 de maio de 2000. Disponível em: <<http://2001-2009.state.gov/documents/organization/43541.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2016.

²¹⁸ “O Tratado protegerá os investimentos dos EUA e ajudará a Bolívia nos seus esforços para desenvolver a sua economia, criando condições mais favoráveis para o investimento privado dos EUA e assim fortalecer o desenvolvimento do seu setor privado. O Tratado é plenamente coerente com a política dos EUA em relação ao investimento internacional e nacional” (tradução livre) (Idem).

²¹⁹ “Artigo I. Definições. Investimentos, Investimentos cobertos. [...] O Tratado define ‘investimento coberto’ como um investimento de um cidadão ou empresa de uma Parte no território da outra Parte. Um investimento de uma empresa nacional ou é aquele que a empresa nacional ou possui ou controla, direta ou indiretamente. Propriedade ou controle indireto poderia ser através de outros, empresas ou pessoas intermediários, incluindo os de países terceiros.” (tradução livre)

²²⁰ “Artigo II. Tratamento.”

Essa abrangência de conceito, estrategicamente pretendida pelos Estados Unidos, expôs em grande medida a Bolívia, visto que ampliou a margem para questionamento das ações e atividades estatais relacionadas ao investimento.

Ainda nos termos da mensagem, o tratado apenas permitiria a expropriação ou nacionalização de ativos nas circunstâncias contempladas pelos costumes e pelo direito internacional. Seguindo esse espírito de preservação do investidor e de proteção do investimento, a tratativa determinou a obrigatoriedade de compensação do investidor pelo Estado-parte que viesse expropriar ou nacionalizar investimentos, sem uma justificativa fundada no interesse público²²¹. Ainda sobre o tema compensação, o tratado estabeleceu a obrigatoriedade de compensação por prejuízos advindos de guerra, conflito armado, distúrbios civis ou eventos similares²²².

Segundo o compromisso, as Partes estariam obrigadas a autorizar a transferência de todos os fundos relacionados a um “investimento abrangido”, com exceções daqueles destinados para fins especificados²²³. O tratado excluiu, por sua vez, a possibilidade de criação de obrigações de cumprimento de requisitos de desempenho pelo Estado receptor como forma de condicionar o investimento a critérios de conteúdo local ou transferência de tecnologia, por exemplo²²⁴.

As disputas decorrentes de investimento com o país receptor poderiam ser questionadas por investidores ou em razão dos investimentos compreendidos, por meio de mecanismo arbitral internacional, como uma alternativa aos tribunais nacionais do país

²²¹ “Artigo III (Expropriação). Incorpora os habituais padrões de direito internacional convencional para expropriação. Artigo III também inclui disposições pormenorizadas sobre o cálculo e pagamento de indenização rápida, adequada e eficaz.”

²²² “Artigo IV (Compensação por danos causados pela guerra e eventos similares). § 1º autoriza investimentos abrangidos pelo Tratado ao tratamento nacional e da nação mais favorecida em relação a qualquer medida relativa a perdas sofridas no território de uma Parte em virtude de guerra ou outro conflito armado, distúrbios civis, ou eventos similares.”

²²³ Artigo V.

²²⁴ “Artigo VI (Requisitos de Desempenho) [...] proíbe qualquer das Partes se obrigar ou aplicar requisitos de desempenho especificados como condição para o estabelecimento, aquisição, expansão, administração, condução ou operação de um investimento coberto. A lista das exigências proibidas é exaustiva e abrange os requisitos nacionais de conteúdo e preferências de compra nacional, o ‘equilíbrio’ das importações ou vendas em relação a exportações ou receitas em divisas, requisitos para exportar produtos ou serviços, requisitos de transferência de tecnologia, e exigências relativas à realização de pesquisas e desenvolvimento no país de acolhimento.”

receptor. O que se observou ao longo das décadas foi o uso intenso e contumaz do ICSID como o principal meio para a solução de controvérsias oriundas de acordos dessa geração²²⁵.

1.2.4. A quarta geração de acordos, a inserção de novos temas na agenda de negociação e a necessidade de reequilibrar os interesses

A quarta geração de tratados passa a se preocupar com a recalibração dos acordos e dos interesses por eles representados. Nessa linha, busca-se nessa nova fase reestabelecer o equilíbrio entre os interesses dos investidores estrangeiros e os do país receptor²²⁶.

Ao longo dos anos e por conta dos inúmeros contenciosos que decorreram dos BITs, os efeitos adversos decorrentes dos acordos tornaram-se uma grande preocupação para os Estados receptores de investimentos. Notadamente, a maneira pela qual o balanço de direitos e deveres entre investidores e países receptores do investimento vinha sendo interpretada nas decisões que opunham Estado e investidor. Os países em desenvolvimento signatários de acordos, passaram a questionar, em específico, o fato de que os interesses do investidor eram amplamente protegidos em detrimento dos valores socialmente relevantes para os Estados receptores dos recursos.

Apresentando um contraponto a essa inflexão, a nova geração de acordos iniciou a revisão do balanço de direitos e responsabilidades para investidores, em soma àquelas já existentes para o Estado receptor²²⁷. Adicionalmente, os Estados de origem do capital, por meio dos acordos ou acordos revistos, assumiram a responsabilidade de assegurar o adequado fluxo de investimento para países em desenvolvimento e de vigiar o comportamento de seus investidores.

²²⁵ RAMINA, Larissa. **Direito internacional dos investimentos**: solução de controvérsias entre Estados e empresas transnacionais. Curitiba: Juruá, 2009.

²²⁶ FONSECA, Karla Closs. **Os acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos e o equilíbrio entre o investidor estrangeiro e o estado receptor de investimentos**. Florianópolis, 2007 – Dissertação de mestrado pela UFSC. p. 44.

²²⁷ MUCHLINSKI, Peter. In: ESTEVADEORDAL, Antoni; SUOMINEN, Kati; TEH, Robert (ed.). New York: Cambridge University Press, 2009. p. 365-417); MUCHLINSKI, Peter. Holistic approaches to development and international investment law: the role of international investment agreements. In: FAUNDEZ, Julio; TAN, Celine (ed.). **International Economic Law, Globalization and Developing Countries**. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2012.

*International Investment Agreements (IIAs) are in need of substantial reconsideration. This position has now entered the mainstream with bodies such as UNCTAD and the Commonwealth Secretariat offering detailed models for the recalibration of IIAs*²²⁸.

Segundo análise da UNCTAD²²⁹, muitos países continuaram a liberalizar e promover o investimento estrangeiro em várias indústrias para estimular o crescimento. Ao mesmo tempo, medidas regulamentares e restritivas continuaram a ser introduzidas, inclusive por razões de política industrial, o que se viu de forma manifesta nos ajustes de políticas de permissão de acesso para os investidores estrangeiros em setores estratégicos, a exemplo do agrícola e de produtos farmacêuticos, das indústrias extrativas. Notou-se ainda uma abordagem mais crítica em relação aos IEDs.

*International investment rulemaking continues to intensify and proliferate at the bilateral, regional, interregional and multilateral levels. Under the pressure of economic, social and environmental crises, it is widely recognized that inclusive growth and sustainable development need to be placed at the core of international investment policymaking*²³⁰.

Em sintonia com essa nova tendência, essa última fase de acordos indica, entre suas principais características, a incorporação de disposições específicas sobre o direito do Estado criar normas para a proteção do interesse público, com relação à saúde pública, segurança, meio ambiente e proteção dos direitos trabalhistas. Observa-se uma espécie de prevalência do interesse público sobre a liberalização e a proteção dos investimentos²³¹. Entre os BITs dessa nova fase, analisa-se, na sequência, o acordo entre Japão e a República da Coreia.

²²⁸ “Acordos Internacionais de Investimento (BITs) necessitam se substancial reconsideração. Esta posição ainda não é corrente entre organismos como a UNCTAD e os modelos detalhados Secretariado da Commonwealth oferecendo modelos detalhados para a recalibração dos BITs” (MUCHLINSKI, Peter. *Negotiating New Generation International Investment Agreements: New Sustainable Development Oriented Initiatives*. In: HINDELANG, Steffen; KRAJEWSKI, Markus. **Shifting Paradigms in International Investment Law**: more balanced, less isolated, increasingly diversified. Oxford: Oxford University Press, 2016).

²²⁹ **World Investment Report 2012**. Disponível em: <<http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2012-Full-en.pdf>>. Acesso em: 4 jul. 2014.

²³⁰ “A criação de regras sobre investimento internacional continua a se intensificar e proliferar nos níveis bilateral, regional, inter-regional e multilateral. Sob a pressão das crises econômicas, sociais e ambientais, é amplamente reconhecido que o crescimento inclusivo e do desenvolvimento sustentável devem ser colocados no centro da formulação de políticas de investimento internacional” (tradução livre). Disponível em: <[http://unctad.org/en/pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20\(IIA\)/About-IIA.aspx](http://unctad.org/en/pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20(IIA)/About-IIA.aspx)>. Acesso em: 4 jul. 2014.

²³¹ FONSECA, Karla Closs. **Os acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos e o equilíbrio entre o investidor estrangeiro e o estado receptor de investimentos**. Florianópolis, 2007 – Dissertação de mestrado pela UFSC. p. 45.

O Acordo entre o Governo da República da Coreia e o Governo do Japão para a Liberalização, Promoção e Proteção de Investimentos, assinado em 2002, pontifica o empenho das duas economias em estreitar seu relacionamento além do tema comércio. Esse acordo ilustra de forma clara essa nova fase de BITs, informando já em seu preâmbulo que, apesar de “desejos de promover ainda mais o investimento, a fim de fortalecer a relação econômica entre os dois países”, ambos reconhecem que²³²:

[...] estes objetivos podem ser alcançados sem flexibilizar medidas de aplicação relativas à saúde, segurança e medidas ambientais;
[...] a importância da relação de cooperação entre o trabalho e gestão na promoção do investimento entre os dois países; [...].

Em ilustração a essa nova fase, o acordo Japão-Coreia amplia a aplicação de medidas de não discriminação, conforme destaca estudo da OCDE que analisa a relação entre os países antes e pós-acordo²³³.

Contudo, apesar de regras claras sobre não discriminação, com base no Artigo 5 do tratado, seu Anexo I lista uma série de setores de ambos os países para os quais se reservou o direito de implementação de algum tipo de diferenciação, em razão de se tratar de setores de interesse. Para essa lista de setores, por razão de estratégia ou política industrial, está autorizado o uso de medidas excepcionais, inclusive exigência de requisitos de desempenho, ao arropio do Artigo 9²³⁴ do acordo.

O tratado apresenta ainda uma cláusula de proibição bastante abrangente²³⁵ que apresenta os “requisitos” que vedam a imposição de exigências condicionadas ao desempenho do investimento, a exemplo de performance exportadora, utilização de

²³² Preâmbulo do Acordo.

²³³ “Os BITs celebrados pelo Japão com a Coreia (2003) e Vietnã (2005) abrangem tanto a fase pré e pós-acordo. A previsão sobre Tratamento Nacional (artigo 2.1) estende o tratamento não menos favorável que o tratamento que concede em circunstâncias similares aos seus próprios investidores e seus investimentos e refere-se ao estabelecimento, aquisição, expansão, operação, administração, manutenção, uso, fruição e venda ou outra alienação de investimento (...)”. Uma linguagem semelhante é usada para a cláusula MFN (Artigo 2.2) (tradução livre) (HOUDE, Marie-France. **International Investment Perspective**. Part II: Chapter 6. Novel Features in Recent OECD Investment Treaties. p. 171. Disponível em: <<http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/40072428.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2016).

²³⁴ “Artigo 5. Não obstante o disposto no artigo 2, parágrafo 3 do artigo 8º, ou com o artigo 9, cada parte contratante pode manter qualquer medida excepcional, que existe, na data em que este Acordo entrar em vigor, nos sectores ou com relação às matérias especificadas no anexo a este Acordo.” (tradução livre)

²³⁵ Artigo 9.

percentual de conteúdo local, obrigatoriedade de percentual mínimo de consumo de bens ou serviços produzidos e prestados no território da Parte receptora do investimento ou, ainda, relaciona o volume ou valor das importações ao volume ou valor das exportações ou ao montante das entradas de divisas associadas a investimentos desse investidor.

Proíbe-se, também, a restrição das vendas de bens ou prestação de serviços pelo investidor e obrigatoriedade de transferência de tecnologia. Veda, outrossim, o condicionamento de investimento à localização da sede da empresa em uma região específica ou a um determinado nível ou valor da pesquisa e desenvolvimento e a obrigatoriedade de contratação de um determinado número de nacionais.

As regras que tratam de expropriação, nacionalização e compensação, nessa nova geração, reforçam o padrão anteriormente adotado, que prevê a necessidade de propósito público, utilização de padrões de não discriminação, pagamento justo e equitativo e devido processo legal²³⁶.

Outros aspectos importantes do acordo referem-se aos critérios de transparência – extensivos a leis, regulações administrativas e, mesmo, decisões judiciais²³⁷ –, assim como à obrigação de permitir o livre fluxo do capital relacionado ao investimento²³⁸.

Seguindo as novas tendências, alguns tratados têm trazido em seu bojo previsões com relação à responsabilidade socioambiental, compromissos com o desenvolvimento do Estado receptor – como capacitação de mão de obra local, saúde e segurança.

Principalmente devido ao surgimento deste último tipo de acordos, o âmbito de questões abrangidas pelos tratados relacionados com o investimento está se expandindo. Eles já não estão limitados a questões de investimento em si, mas também tratam de assuntos relacionados, tais como comércio, serviços, concorrência, propriedade intelectual e política industrial. Um número crescente de BITs apresentam compromissos de liberalização. BITs também estão se tornando mais sofisticados e complexos em conteúdo.[...] *Tratados também*

²³⁶ “Artigo 10. “Cada Parte Contratante concederá aos investimentos no seu território por investidores da outra Parte Contratante um tratamento justo e equitativo e proteção e segurança constante e plena.”

²³⁷ “Artigo 7. Cada Parte Contratante deve publicar prontamente, ou de outra forma tornar disponível ao público, as suas leis, regulamentos, decisões administrativas e decisões judiciais de aplicação geral, bem como os acordos internacionais que digam respeito ou afetem as atividades de investimento e de negócios.”

²³⁸ “Artigo 12. Cada Parte Contratante deve assegurar que todos os pagamentos relativos a um investimento em seu território de um investidor da outra Parte Contratante possam ser transferidos livremente para dentro e fora do seu território, sem demora. Essa transferência deverá incluir, em particular, mas não exclusivamente [...]”

*ênfatizam em uma forte preocupação com política pública, tais como os relacionados com a saúde, segurança e proteção ambiental*²³⁹ (grifo nosso).

Embora o conteúdo exato das provisões dos acordos varie, mesmo entre BITs assinados pelo mesmo país e reflita diferentes abordagens e posições de negociação, à medida que a prática se desenvolve, algumas disposições dos acordos bilaterais tendem a tornar-se mais elaboradas. O que se nota, contudo, é a introdução de mais “salvaguardas de interesse público”.

Um número crescente de acordos referem-se ao papel dos governos para perseguir outros objetivos políticos. [...] Muitas vezes, estes acordos também reconhecem que é inadequado incentivar o investimento por meio do enfraquecimento ou redução das proteções oferecidas no ambiente doméstico ou leis do trabalho (por exemplo, os preâmbulos dos Acordos Japão-Coreia e Japão-Vietnã)²⁴⁰.

A tendência quanto à inclusão de novos temas, a inserção das preocupações de países em desenvolvimento e a busca do reequilíbrio entre compromissos e obrigações, representa tendência na negociação de investimentos que transcende o foro bilateral e atinge as negociações regionais.

2. As novas tendências quanto aos acordos regionais – do comércio às regras sobre investimentos

A profusão de acordos regionais, que inicialmente se iniciam sob justificativa de aprofundar as relações e trocas de comércio em uma dada região, tem representado a porta de entrada para uma vasta gama de temas, dentre os quais, investimento.

Desde a segunda metade dos anos 1990, observou-se um aumento expressivo no número de acordos regionais em vigor em todo o mundo. Esse fenômeno, conhecido como a “terceira onda de regionalismo”, caracterizou-se pela pulverização de acordos com a criação de regras e mecanismos de integração que vão além do regime multilateral de comércio. Esses novos acordos dilatam ainda mais o conceito de comércio, na medida em que incorporam padrões trabalhistas e ambientais à agenda do comércio internacional e passam pelo aprofundamento da regulação sobre investimentos e direitos de propriedade intelectual. Assim,

²³⁹ UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties – 1995-2006 – Trends in Investment Rulemaking**. p. 15. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2014.

²⁴⁰ HOUDE, Marie-France. **International Investment Perspective**. Part II: Chapter 6. Novel Features in Recent OECD Investment Treaties. p. 176. Disponível em: <<http://www.oecd.org/investment/international-investmentagreements/40072428.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

nessa terceira onda de regionalismo, ocorre um aumento de conexões entre as políticas domésticas e a regulação econômica externa²⁴¹.

A tendência nos recentes acordos regionais de comércio negociados ou em negociação, tem observado a incorporação à agenda de relaciona comércio dos temas meio ambiente, padrões trabalhistas, política de proteção de direitos de propriedade intelectual, investimento e fluxo de capitais.

A observação do processo de regionalização dos diálogos permite identificar padrões de comportamento negociador na formatação desses acordos que permeiam não apenas os acordos em questão, mas que oferecem contornos e indicações para outros acordos a serem posteriormente negociados.

Nessa linha, esta tese propõe-se a examinar o capítulo de investimento nos acordos regionais coreanos e nos mega-acordos em negociação.

2.1. A tendência nos acordos coreanos

2.1.1. O Acordo Coreia-Estados Unidos (Korus)

O Acordo de Livre-Comércio entre Coreia e Estados Unidos, de junho de 2007, entrou em vigor em março de 2012. Trata-se de um acordo abrangente e detalhado. Quando de sua assinatura representava o principal acordo, em termos de comércio, assinado em décadas pelos americanos.

Historicamente, o investimento estrangeiro representa uma questão sensível entre os dois países. Americanos questionam as restrições ao investimento estrangeiro em setores importantes e estratégicos, assim como a falta de proteção à propriedade intelectual por parte dos coreanos. Por seu turno, os coreanos ao longo dos anos têm atuado com cautela ante a possibilidade de abertura para investimentos.

²⁴¹ OLIVEIRA, Ivan Tiago Machado. Os acordos regionais na atualidade: o papel dos Estados Unidos, UE e China. *Pontes*, v. 9. n. 8. Disponível em: <<http://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/os-acordos-regionais-na-atualidade-o-papel-de-estados-unidos-ue-e-china>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

Esse acordo apresenta a estrutura padrão de um BIT. Contudo, chama a atenção a preocupação intrínseca em oferecer parâmetros e critérios para a operacionalização de suas cláusulas.

Ao estabelecer, por exemplo, os princípios gerais de não discriminação de tratamento, oferece destaque para a exigência de requisitos de tratamento mínimo estabelecendo como o critério a ser cumprido o direito internacional costumeiro²⁴². A regra quanto à expropriação e compensação estabelece critérios padrão. No entanto, busca detalhar os parâmetros para avaliação do valor a ser compensado. O mesmo raciocínio se aplica para o dispositivo referente à transferência de recursos, para a cláusula que trata dos requisitos de desempenho e para a norma que estabelece os meios de solução de controvérsias.

Esse excesso de zelo em conferir operacionalidade para o acordo e apresentar em minúcias as formas e os procedimentos de execução possivelmente represente a fórmula encontrada pelos países como alternativa a um não acordo. Efeito, talvez, não intencional desse preciosismo, não se pode afirmar ao certo, trata do fato de que ao documentar em detalhes os compromissos e sua forma de execução, o acordo reduz a margem para diferentes interpretações com relação aos dispositivos que apresenta e mitiga os riscos de conflitos futuros que possam decorrer da relação de investimento.

2.1.2. O Acordo Coreia-União Europeia (Koreu)

O Acordo de Livre-Comércio entre Coreia e União Europeia representa a porta de entrada para os europeus no mercado asiático. Finalizado em julho de 2011 após cinco anos

²⁴² “Artigo 11.5 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.” “1. Cada Parte concederá aos investimentos cobertos tratamento de acordo com o direito internacional costumeiro, incluindo tratamento justo e equitativo e plena proteção e segurança. 2. Para maior certeza, o parágrafo 1 prescreve o padrão mínimo do direito costumeiro internacional de tratamento dos estrangeiros como padrão mínimo de tratamento a ser concedido aos investimentos cobertos. Os conceitos de ‘tratamento justo e equitativo’ e ‘plena proteção e segurança’ não exigem tratamento além ou além do exigido por essa norma e não criam direitos substantivos adicionais.” (tradução livre)

de intensiva negociação, é o mais ambicioso acordo negociado pela UE e impressiona pela amplitude dos temas que abrange e pela rapidez de execução do cronograma de compromissos assumidos.

Além da redução de tarifas e barreiras não tarifárias, o acordo buscou criar oportunidades de acesso ao mercado de serviços e investimentos e conduzir a avanços significativos em domínios como a propriedade intelectual, compras governamentais e política de concorrência.

O tema investimentos é tratado no capítulo de serviços²⁴³, no qual os países buscam assegurar, de forma recíproca, que fornecedores de serviços e investidores se beneficiem da necessidade mútua da importação de serviços e de investimento estrangeiro direto, assegurando, para tanto, tratamento preferencial no mercado de serviços e segurança jurídica para investidores.

A regulação a respeito de investimentos se dá pela perspectiva da garantia de acesso ao investidor e apresenta a preocupação precípua de assegurar seu estabelecimento no mercado do terceiro país²⁴⁴. O acordo, mais especificamente, o capítulo que tangencia o tema investimento, não trata da proteção ao investimento realizado. Há inclusive ressalvas no acordo nesse sentido²⁴⁵. O espírito do acordo é estimular o investimento sem, contudo, oferecer proteção.

Essa percepção denota o entendimento de que a proteção do investimento está, na maioria das vezes, associada ao relacionamento entre os países, dado que um acordo tão abrangente e ambicioso não tratou de proteger o investimento de seu nacional de eventuais

²⁴³ Chapter Seven – Trade in Services, Establishment and Electronic Commerce.

²⁴⁴ “Article 7.16: Review of the Investment Legal Framework. 1. With a view to progressively liberalising investments, the Parties shall review the investment legal framework, the investment environment and the flow of investment between them consistently with their commitments in international agreements no later than three years after the entry into force of this Agreement and at regular intervals thereafter.” “Artigo 7.16: Revisão do Quadro Jurídico sobre Investimento. 1. A fim de liberalizar progressivamente os investimentos, as Partes devem rever o quadro jurídico dos investimentos, o ambiente de investimento e o fluxo de investimento entre eles de forma coerente com os compromissos assumidos nos acordos internacionais, o mais tardar três anos após a entrada em vigor do presente Acordo e em intervalos regulares a partir daí.” (tradução livre)

²⁴⁵ A nota de rodapé 18 do Capítulo expressamente assevera: “The obligation contained in this paragraph does not extend to the investment protection provisions not covered by this Chapter, including provisions relating to investor-state dispute settlement procedures.” “A obrigação prevista no presente parágrafo não se estende às disposições de proteção de investimento não abrangidas pelo presente capítulo, incluindo disposições relativas aos procedimentos de solução de controvérsias investidor-Estado.” (tradução livre)

medidas de expropriação e nacionalização. Buscou, de outra forma, assegurar acesso e oferecer condições para tanto.

2.2. O tratamento dos investimentos nos mega-acordos

Os “mega-acordos” são iniciativas que contam com a participação de poucos e relevantes países que concentram parte expressiva do Produto Interno Bruto (PIB) do globo e compreendem parcela relevante do comércio de bens, serviços e do fluxo de capital relacionado a investimentos. Seu objetivo é o aprofundamento das relações de comércio e investimentos entre seus participantes, por meio da criação de novas regras em áreas ainda não cobertas pela OMC, assim como o estabelecimento de precedentes para ampliar as negociações multilaterais – tratados cujas regras teriam, respectivamente, natureza “OMC-extra” e “OMC+”²⁴⁶.

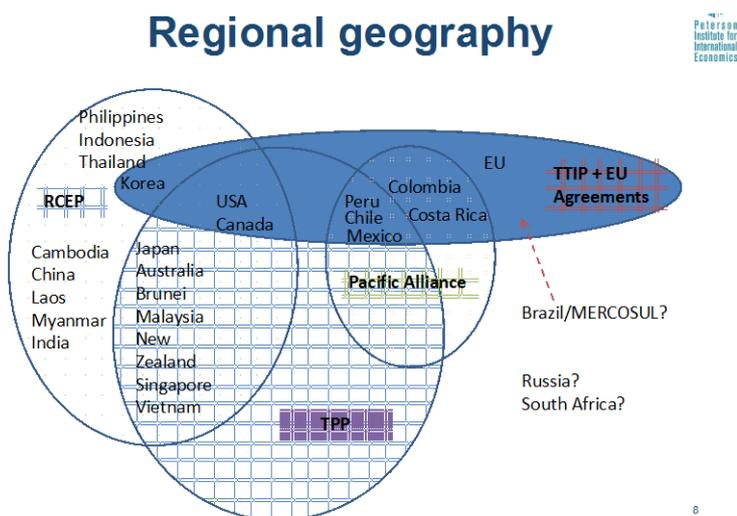
Afirmam alguns acadêmicos que o objetivo dos tratados de natureza “mega” seria criar “um modelo ambicioso para outros acordos de livre-comércio [...] forjando vínculos entre as economias dos países membros, fortalecendo sua competitividade, beneficiando consumidores e contribuindo para a criação e manutenção de empregos”²⁴⁷.

Figura 1. Geografia Regional dos Mega-Acordos²⁴⁸

²⁴⁶ Denomina-se “OMC-extra” a extensão da discussão de temas já objeto de acordo próprio nesse foro multilateral, e “OMC+” a inclusão de temas que, embora discutidos ou negociados, não possuem acordo próprio no foro. Exemplo são os temas discutidos em conferência ministerial realizada em Cingapura e cuja discussão não avançou, a exemplo do mote “política de concorrência”.

²⁴⁷ Palestra ministrada pela pesquisadora Barbara Kotschwar, do Peter. G. Peterson Institute for International Economics em Workshop realizado pelo Centro do Comércio Global e Investimento da Escola de Economia de São Paulo – EESP-FGV – e o CINDES, a respeito dos impactos dos mega-acordos de comércio sobre o MERCOSUL, em 8 de maio de 2014.

²⁴⁸ Idem.



A imagem acima retrata a abrangência dos três mega-acordos regionais em negociação: o TPP, T-TIP e RCEP. Estes acordos são denominados “megarregionais”, por se tratarem de pactos econômicos entre países que juntos têm um peso econômico significativo e nos quais o investimento é apenas um dos vários temas abordados.

O *Regional Comprehensive Economic Partnership* (RCEP) está sendo negociado pelos dez membros da Associação de Nações do Sudeste Asiático (ASEAN)²⁴⁹ juntamente com os seis parceiros²⁵⁰ com os quais os países têm acordos de livre-comércio e tem como objetivo estabelecer a maior área de livre-comércio do mundo em população.

O *Trans-Pacific Partnership* (TPP) e o *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (T-TIP), sobre os quais se discorrerá abaixo, estão sendo negociados, respectivamente, pelos países que compõem juntos o topo da lista em termos de investimento direto estrangeiro global e entre a União Europeia (UE) e os EUA e representam conjuntamente cerca de 45% (quarenta e cinco por cento) do produto interno bruto mundial.

Muitos dos países que fazem parte de um dos acordos também são parte de outros acordos regionais ou bilaterais em que os temas comércio e investimento foram ou estão sendo negociados e acordados. A negociação desses mega-acordos surge, em paralelo a BITs já em vigor e mesmo à Rodada Doha de negociação comercial da OMC, e representa mais

²⁴⁹ São países membros da ASEAN: Brunei, Camboja, Cingapura, Filipinas, Indonésia, Laos, Malásia, Mianmar, Tailândia e Vietnã.

²⁵⁰ Austrália, China, Coreia, Índia, Japão e Nova Zelândia.

uma frente negociadora. A exemplo das diversas iniciativas plurilaterais e regionais, vem consolidando a tendência inversa de multilateralizar o regionalismo²⁵¹.

Exemplo das negociações dessa natureza em curso são o *Information Technology Agreement* (ITA), cujo objetivo é a eliminação de tarifas para os produtos da tecnologia da informação, o *Government Procurement Agreement* (GPA), que pretende garantir o acesso das empresas de terceiros países às compras governamentais dos demais países, e o *Trade in Services Agreement* (TISA), cujo foco é garantir o acesso a mercado, bem como proceder à revisão das regras sobre comércio de serviços.

Nessa linha, segundo Barbara Kotschwar:

a viabilidade dos avanços dos “mega” depende da multilateralização das negociações. Neste sentido, os acordos regionais têm potencial de mobilizar os blocos envolvidos e alavancar as negociações na OMC, sendo a outra roda do veículo da teoria da bicicleta²⁵², onde o importante é não parar. Os negociadores dos plurilaterais adquirem mais bagagem a cada negociação, e a pauta avança e se aprofunda. Meio ambiente e energia já estão sendo trilhados por plurilaterais com razoável consenso, e mais áreas de convergência surgem com o avanço dos megas – já há 40 acordos plurilaterais sobre bens e 70 sobre serviços em negociações²⁵³.

Essa conclusão reforça o entendimento que ora se compartilha de que a proliferação de acordos plurilaterais e bilaterais sobre comércio e também sobre investimentos representa um caminho que dificilmente terá retorno. Realidade que mais uma vez pressiona e obriga uma tomada de decisão pelo Estado brasileiro sobre como, com quem e o escopo das negociações de comércio e, mais precisamente, investimentos. Na sequência, serão analisados os acordos TPP e T-TIP com a finalidade de ilustrar suas dimensões e potenciais impactos.

2.2.1. O Acordo *Trans-Pacific Partnership* (TPP)

²⁵¹ MANN, Catherine; LIU, Xuepeng. The Information Technology Agreement: *sui generis* or model stepping stone? In: BALDWIN, Richard; LOW, Patrick (eds.). **Multilateralizing Regionalism**. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 182-216.

²⁵² A “teoria da bicicleta”, segundo a qual para o sistema de comércio subsistir é necessário que sempre continue em movimento rumo à liberalização completa de todo o comércio internacional, foi apresentada pelo professor John Jackson da Georgetown University.

²⁵³ Perspectiva trazida em palestra ministrada pela pesquisadora Barbara Kotschwar, conforme citado acima.

O TPP foi assinado em fevereiro de 2016 por 12 (doze) países²⁵⁴⁻²⁵⁵ com interesses e motivações convergentes e que não necessariamente compartilhavam das mesmas condições econômicas, políticas e sociais. Esse tratado tem como base o Acordo de Livre-Comércio vigente entre Coreia e Estados Unidos e apresenta, entre os temas abrangidos, bens, serviços, investimentos, concorrência, questões trabalhistas, meio ambiente, barreiras técnicas e questão regulatória.

Nas palavras de seus signatários, o objetivo do tratado é criar “um modelo ambicioso para outros acordos de livre-comércio [...] forjando vínculos entre as economias dos países membros, fortalecendo sua competitividade, beneficiando consumidores e contribuindo para a criação e manutenção de empregos”²⁵⁶.

*We are delighted to have achieved the milestone in our common vision to establish a comprehensive, next-generation regional agreement that liberalizes trade and investment and address new and traditional trade issues and 21st century challenges [...] we must find appropriate ways to address those issues in the context of a comprehensive and balanced package, taking into account the diversity of our levels of development*²⁵⁷.

A ampliação da temática do acordo denota a extensão das preocupações das tratativas regionais para muito além do diálogo tradicional sobre comércio e investimentos. Embora não existam regras para tratamento especial e diferenciado, possui cláusulas de implementação gradual e assimétrica²⁵⁸.

O Capítulo de Investimentos do acordo pretende oferecer “proteções legais substanciais para os investidores e para os investimentos de cada país membro do TPP nos outros países também membros do acordo”²⁵⁹. Reconhece, contudo, as assimetrias acima apontadas e busca preservar, nesse sentido, o espaço para atuação autônoma dos países.

²⁵⁴ Esse tratado está sendo negociado entre Austrália, Brunei Darussalam, Canadá, Chile, Japão, Malásia, México, Nova Zelândia, Peru, Cingapura e Vietnã.

²⁵⁵ O acordo vem sendo ratificado gradativamente pelos países signatários.

²⁵⁶ O acordo vem sendo ratificado gradativamente pelos países signatários.

²⁵⁷ “Estamos muito felizes em ter alcançado um marco, em nossa visão comum, para atingir um acordo regional abrangente, do futuro que liberaliza o comércio e o investimento e aborda questões novas e tradicionais de comércio e os desafios do século 21 [...] temos de encontrar formas apropriadas de lidar com essas questões, no âmbito de um pacote global e equilibrado, tendo em conta a diversidade dos nossos níveis de desenvolvimento.” (tradução livre)

²⁵⁸ Autoridade de Comércio Americana – United States Trade Representative (USTR). Disponível em: <<http://www.ustr.gov/tpp>>. Acesso em: 4 jul. 2014.

²⁵⁹ Idem.

Para tanto, já em seu preâmbulo reserva aos países-partes o direito de regulamentar e decidir sobre bem-estar público, saúde pública, segurança, meio ambiente, recursos naturais exaustivos, integridade e estabilidade do sistema financeiro e da moral pública²⁶⁰, quando relativos a um investimento.

Também, com o intuito de ampliar a rede de proteção ao investidor e afastar condicionantes à realização do investimento, o texto traz conceito ampliado de investimento²⁶¹ e cláusula que afasta condicionamento do investimento a cumprimento de requisitos de performance²⁶².

Ainda, afim de assegurar às partes do acordo a discricionariedade de adotar, manter ou fazer cumprir qualquer medida de outra forma compatível com o Capítulo de Investimento que considerarem apropriadas para assegurar que a atividade de investimento no seu território seja realizada de maneira sensível a objetivos ambientais, inseriu-se o Artigo

²⁶⁰ *“Preamble: right to regulate. RECOGNISE their inherent right to regulate and resolve to preserve the flexibility of the Parties to set legislative and regulatory priorities, safeguard public welfare, and protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, the environment, the conservation of living or non-living exhaustible natural resources, the integrity and stability of the financial system and public morals;”* “Preâmbulo: direito de regular. RECONHECE o direito inerente [dos países] de regular e resolver para preservar a flexibilidade das partes a fim de definir as prioridades regulamentares e legislativas, salvaguardar o bem-estar público, e proteger objetivo legítimo de bem-estar público, como a saúde pública, a segurança, o meio ambiente, a conservação da vida ou recursos naturais não renováveis não vivos, a integridade e a estabilidade do sistema financeiro e da moral públicas;” (tradução livre)

²⁶¹ *“Article 9.1: Definitions. [...] investment means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include: [...] (b) shares, stock and other forms of equity participation in an enterprise; (c) bonds, debentures, other debt instruments and loans; (d) futures, options and other derivatives; (e) turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing and other similar contracts; (f) intellectual property rights; (g) licences, authorisations, permits and similar rights conferred pursuant to the Party’s law; and (h) other tangible or intangible, movable or immovable property, and related property rights, such as leases, mortgages, liens and pledges,”* “Artigo 9.1: Definições. [...] Investimento significa todos os ativos que o investidor possui ou controla, direta ou indiretamente, que têm as características de um investimento, incluindo as características do compromisso do capital ou outros recursos, a expectativa de ganho ou lucro, ou a assunção de risco. As formas que um investimentos pode assumir incluem: [...] (b) ações e outras formas de participação no capital de uma empresa; (c) títulos, debêntures, outros instrumentos de dívida e empréstimos; (d) [títulos] futuros, outras opções e derivados; (e) [operações de] *turnkey*, construção, gestão, produção, concessão, a receita de compartilhamento e outros contratos semelhantes; (f) direitos de propriedade intelectual; (d) licenças, autorizações, permissões e direitos similares conferido nos termos da lei da Parte; e (h) outros direitos de propriedade, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis de propriedade, e produtos relacionados, tais como arrendamentos, hipotecas, títulos e contribuições.” (tradução livre)

²⁶² *“Article 9.10: Performance Requirements. 1. No Party shall, in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, or sale or other disposition of an investment of an investor of a Party or of a non-Party in its territory, impose or enforce any requirement, or enforce any commitment or undertaking:”* “Artigo 9.10: Requisitos de Desempenho. 1. Nenhuma das Partes deverá, em conexão com o estabelecimento, aquisição, expansão, administração, condução, operação, venda ou outra forma de dispor de um investimento do investidor de outra Parte ou de não Parte em seu território, impor ou fazer cumprir qualquer exigência, ou aplicar qualquer compromisso ou entendimento.” (tradução livre)

9.16²⁶³. Para incentivar as empresas investidoras a incorporar voluntariamente em suas políticas internas as normas, diretrizes e princípios de responsabilidade social das empresas reconhecidos internacionalmente, inseriu-se o Artigo 9.17²⁶⁴.

2.2.2. O Acordo *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (T-TIP)

As discussões sobre o T-TIP iniciaram-se em julho de 2013 com a finalidade de regulamentar o intercâmbio de bens e serviços entre os EUA e a UE por meio de eliminação de tarifas, redução substancial de barreiras não tarifárias, harmonização de barreiras técnicas ao comércio, além do fomento de iniciativas para estimular o investimento cruzado entre os continentes.

Estima-se que as trocas entre ambos atinjam mais de um trilhão de dólares em comércio e cerca de quatro trilhões em investimentos. As negociações com relação ao T-TIP buscarão garantir acesso aos mercados recíprocos para serviços, investimentos e compras governamentais²⁶⁵⁻²⁶⁶.

Nos termos das declarações oficiais, o T-TIP está sendo projetado para impulsionar o crescimento e criar empregos. Pesquisas independentes apontam que o acordo poderia aumentar a economia da UE em 120 bilhões de euros; a economia dos EUA em 90 bilhões de euros; e o resto do mundo em 100 bilhões de euros²⁶⁷. Para o Brasil, os impactos

²⁶³ “Article 9.16: *Investment and Environmental, Health and other Regulatory Objectives. Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental, health or other regulatory objectives.*” “Artigo 9.16: Investimento e Meio Ambiente, Saúde e Outras. Regulação. Objetivos. Nada neste Capítulo deve ser interpretado de forma a impedir que uma Parte adote, mantenha ou imponha qualquer medida, de outra forma consistente com o presente capítulo, que considere apropriada para assegurar que a atividade de investimento em seu território seja exercida de uma forma sensível ao meio ambiente, à saúde ou a outros objetivos de regulação.” (tradução livre)

²⁶⁴ “Article 9.17: *Corporate Social Responsibility. The Parties reaffirm the importance of each Party encouraging enterprises operating within its territory or subject to its jurisdiction to voluntarily incorporate into their internal policies those internationally recognised standards, guidelines and principles of corporate social responsibility that have been endorsed or are supported by that Party.*” “Artigo 9.17: Responsabilidade Social e Corporativa. As partes reafirmam a importância de cada Parte incentivar as empresas que operam em seu território ou sujeitos a sua jurisdição, a voluntariamente integrar nas suas políticas internas, as normas internacionalmente reconhecidas, as diretrizes e princípios de responsabilidade social e corporativa que tenham sido aprovados ou sejam apoiados por essa Parte.” (tradução livre)

²⁶⁵ Informações disponíveis em: <<https://ustr.gov/ttip/>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

²⁶⁶ Informações disponíveis em: <<http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

²⁶⁷ Disponível em: <<http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

resultantes desse acordo, no que toca à redução de tarifas, eliminação de barreiras e estímulos ao investimento, serão expressivos²⁶⁸.

Embora existam pontos de conflito nas negociações – EUA e UE enfrentam oposição política de entidades regulamentadoras independentes, pois ambos possuem diferentes abordagens sobre regulamentação financeira. Há também uma forte pressão social sobre o tema “solução de controvérsias entre investidor e Estado”, no que toca à discussão sobre investimentos²⁶⁹. Contudo, as negociações estão avançando e demandam atenção em razão do impacto que esse acordo terá para os demais países.

As negociações sobre investimentos, em específico, iniciadas em junho de 2013, sinalizam a ambição dos países de incentivar o acesso ao investimento recíproco por meio da facilitação do acesso para as empresas e do oferecimento de mais certeza aos investidores de ambos os lados quanto ao investimento a ser realizado²⁷⁰. Em novembro de 2015, os europeus propuseram sua minuta para *Chapter II – Investment* –, que reforça a preocupação do continente, já observada nos acordos assinados com Canadá e Singapura em 2014.

Entre as inovações sinalizadas em tais acordos, destaca-se a nova abordagem, em termos de substância (regras de proteção do investimento) e procedimento (mecanismo investidor-Estado). Aponta-se, neste sentido, a afirmação do preâmbulo do acordo com relação ao direito das partes de regulamentar temas de saúde pública, segurança, meio ambiente, moral pública e a promoção e proteção da diversidade cultural.

Chama atenção, também, a definição mais ampla de conceitos como tratamento justo e equitativo e expropriação indireta, além da maior transparência conferida aos processos de arbitragem (aplicação dos critérios da UNCITRAL), seguindo a tendência praticada pelos

²⁶⁸ Análise quanto aos impactos do T-TIP sobre o Brasil pode ser consultada em THORSTENSEN, Vera; FERRAZ, Lucas. A proliferação dos acordos preferenciais de comércio: uma síntese dos impactos da TTIP sobre o Brasil. *Pontes*, v. 10, n. 6. International Center for Sustainable and Development. Disponível em: <<http://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/a-prolifera%C3%A7%C3%A3o-dos-acordos-preferenciais-de-com%C3%A9rcio-uma-s%C3%ADntese-dos>>. Acesso em: 5 jan. 2016.

²⁶⁹ Perspectiva trazida em palestra ministrada pela pesquisadora Barbara Kotschwar, conforme citado acima.

²⁷⁰ **Factsheets on Investment Protection in TTIP**. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153018.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2016.

BITs de última geração²⁷¹. Ressalva-se, contudo, que o texto desse acordo ainda está sendo negociado e poderá sofrer alterações.

3. O conteúdo normativo dos acordos bilaterais

A despeito das diferenças que guardam entre si quanto ao nível de proteção, tipo de investimento a ser protegido e forma de solução de conflito, os milhares de acordos de investimentos assinados observam certa sistematização, na medida em que convergem na estrutura e teor da grande maioria de suas cláusulas. Nesses termos, afirma Schill:

Contrary to this intuitive expectation, however, international investment treaties have, to a significant extent, developed a surprisingly uniform structure, often converging in their wording and endorsing uniform principles of investment protection²⁷².

Na mesma linha, Sornarajah assevera:

The structure of different bilateral treaties has a basic similarity. The treaty begins with a prefatory statement as to the aims of the treaty, which are usually the reciprocal encouragement and protection of investment flows between the two states. This is followed by an identification of the types of property which are protected and the nature of the link of nationality to one of the parties that entitles the foreign investor to the protection of the treaty. The standard of treatment to be accorded to the foreign investor is established. The right of repatriation of profits is asserted. There are statements of the nature of the compensation, if any, to be provided to the foreign investor for loss occurring during wars and civil riots. The standard of compensation in the event of a takeover of the foreign investor's property is identified. The procedure for the settlement standard contents in all bilateral agreements²⁷³ (grifo nosso).

²⁷¹ **Concept Paper – Investment in TTIP and beyond – the path for reform – Enhancing the right to regulate and moving from current *ad hoc* arbitration towards an Investment Court.** Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF>. Acesso em: 5 nov. 2016.

²⁷² SCHILL, Stephan. W. **The multilateralization of international investment law.** New York: Cambridge University Press, 2009. p. 105 (“Contrariamente a essa expectativa intuitiva, desenvolveu-se uma estrutura surpreendentemente uniforme, muitas vezes convergindo em sua escrita e endossando os princípios uniformes de proteção do investimento”). (tradução livre)

²⁷³ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The international law on foreign investment.** New York: Cambridge University Press, 2009. p. 217. “A estrutura de diferentes tratados bilaterais tem uma semelhança básica. O tratado começa com uma declaração preliminar quanto aos objetivos do tratado, que compreende geralmente o incentivo à proteção dos fluxos de investimento recíproco entre os dois estados. Isso é seguido pela identificação do tipo de propriedade que será protegida e o tipo do vínculo de nacionalidade de uma das partes, que permita ao investidor estrangeiro a proteção do tratado. É estabelecido o padrão de tratamento a ser concedido ao investidor estrangeiro. O direito de repatriação de lucros é afirmado. Há declarações do tipo da compensação, se houver, a ser fornecida ao investidor estrangeiro para a perda que ocorre durante as guerras e distúrbios civis. O padrão de compensação caso seja identificada a aquisição da propriedade do investidor

Por fim, constata Salacuse:

*For example, nearly all international investment agreements cover the following nine topics: (1) definitions and scope of application; (2) investment promotion and conditions for the entry of foreign investments and investors; (3) general standards for the treatment of foreign investors and investments; (4) monetary transfers; (5) expropriation and dispossession; (6) operational and other conditions; (7) losses from armed conflict or international disorder; (8) treaty exceptions, modifications, and terminations; and (9) dispute settlement.*²⁷⁴ (grifo nosso)

Diante dessas considerações e buscando estabelecer as bases para o exame dos acordos brasileiros que será realizada no Capítulo IV desta tese, optou-se por estruturar a investigação da estrutura básica dos tratados de investimento observando a seguinte lógica: em um primeiro momento serão verificadas o preâmbulo, as definições conceituais apresentadas das quais se denota seu propósito e escopo; na sequência, os padrões de tratamento de caráter relativo e absoluto representados, por um lado, pelas cláusulas de tratamento justo e equitativo e nação mais favorecida – tratamento nacional –, e, por outro, pelos aspectos relacionados à transferência de recursos, critérios de compensação e expropriação, transparência, cláusula guarda-chuva, assim como pelos mecanismos de solução de conflitos.

Isso considerado, apresentam-se abaixo os tópicos que compõem a estrutura essencial de um acordo de investimento.

3.1. Preâmbulo dos acordos de investimento

A intenção de dois Estados ao negociar e assinar um tratado internacional é estabelecer normas de conduta sobre o tratamento de determinada questão de interesses de

estrangeiro. O procedimento quanto ao conteúdo padrão de solução em todos os acordos bilaterais.” (tradução livre)

²⁷⁴ SALACUSE, Jeswald W. The Emerging Global Regime for Investment. **Harvard International Law Journal**, Cambridge, v. 51, n. 2, p. 427-473, summer 2010. “Por exemplo, quase todos os acordos internacionais de investimento abrangem os seguintes nove tópicos: (1) definições e escopo de aplicação; (2) promoção do investimento e condições para a entrada de investimentos estrangeiros e investidores; (3) normas gerais para o tratamento de investidores e investimentos estrangeiros; (4) transferências monetárias; (5) expropriação e desapropriação; (6) condições operacionais e outras; (7) perdas resultantes de conflitos armados ou de desordem internacional; (8) exceções, modificações e rescisões de tratados; e (9) solução de conflitos.” (tradução livre)

ambos os países, a fim de que uma vez estabelecidos os critérios acerca do tema, essas novas regras passem a orientar a condução das relações desses países, com relação a esse determinado ponto comum de preocupação²⁷⁵.

No caso dos acordos bilaterais sobre investimentos, o que se pretende é conferir segurança jurídica para as relações entre investidor e país receptor, assim como oferecer um mecanismo confiável para a solução de conflitos ante a impossibilidade de se ter certeza quanto à previsibilidade dos acontecimentos e eventuais mudanças no cenário político ou econômico. Anseios expressos no preâmbulo do acordo, cuja função é apresentar, em termos genéricos, o objeto, a finalidade do tratado e sua filosofia subjacente, sem estabelecer direitos e obrigações legais²⁷⁶.

Em linhas gerais, o preâmbulo de um BIT trará termos como a necessidade de intensificação da cooperação econômica entre os Estados, o estabelecimento de parceria estratégica, o empenho de melhores esforços para a concretização dos objetivos almejados, a criação de condições favoráveis ao investimento, assegurar o reconhecimento dos objetivos econômicos e de desenvolvimento mais amplos, a garantia de que outros valores e princípios não econômicos sejam respeitados²⁷⁷.

Importante desde já destacar que o preâmbulo de um acordo de investimento sinalizará a forma como esse tratado será firmado, além de indicar os pontos estratégicos a serem observados pelos compromissos firmados.

3.2. Cláusulas que determinam o escopo e apresentam a definição de investimento e investidor

²⁷⁵ MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. **The Oxford Handbook of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

²⁷⁶ Nos termos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, o Preâmbulo representa o contexto em conformidade com o qual o tratado será interpretado.

²⁷⁷ ASIA-PACIFIC ECONOMIC COOPERATION – UNCTAD. **International Investment Agreement Negotiators Handbook** (APEC Project CTI 15/2010T). Dezembro, 2012, p. 10. Disponível em: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/UNCTAD_APEC%20Handbook.pdf>. Acesso em: 10 set. 2016.

Um acordo de investimento deve especificar com clareza o escopo que abrange, sua competência territorial e limite temporal, assim como o objeto que compreende. Especificamente, deve definir os termos investimento e investidor afim de delimitar com exatidão “os interesses econômicos a que os governos estenderão suas proteções substantivas e o conjunto de pessoas físicas e jurídicas que podem se beneficiar do acordo”²⁷⁸. A definição de investimento determina os tipos de ativos que se qualificam como investimento para os efeitos do tratado. Pode também incluir exceções específicas. O objetivo dessa disposição é determinar a gama de interesses econômicos abrangidos pelo tratado²⁷⁹.

*In order an investor to benefit from the substantive and procedural rights of an investment treaty, the treaty in question has to be applicable *ratione materiae*, *ratione personae*, and *ratione temporis*. This requires that a covered investment has been made by a covered investor and that the State’s measure that interferes with the investment in question is subject to the treaty in time. The definition of investment, the definition of investor, and the specifications of the temporal component, therefore, determine if the scope of application of the obligations State incur under their investment treaties²⁸⁰.*

No que toca ao escopo do acordo, caberá aos Estados em negociação decidir pela extensão da proteção do tratado aos investimentos que cumprirem determinados requisitos de entrada no mercado interno ou, ainda, condicionar esses investimentos à propriedade ou controle direto ou indireto por um investidor, ou se o controle de propriedade também pode ser indireto. Nesse sentido, o tratado poderá prever que o investimento seja detido ou controlado pelo investidor direta ou indiretamente. Também deverá estabelecer a extensão no tempo, com a finalidade de oferecer limites à aplicação do acordo; em outras palavras, se a proteção estabelecida aplicar-se-á aos investimentos realizados antes e depois da entrada em vigor do tratado ou apenas aos investimentos concluídos depois da vigência do tratado.

²⁷⁸ UNCTAD. **Scope and Definition. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II** (UNCTAD/DIAE/IA/2010/2). p. xi. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf>. Acesso em: 10 set. 2016.

²⁷⁹ UNCTAD. **Scope and Definition. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II** (UNCTAD/DIAE/IA/2010/2). p. 13. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf>. Acesso em: 10 set. 2016.

²⁸⁰ “De modo que um investidor, para se beneficiar dos direitos substantivos e processuais de um tratado de investimento, o tratado em questão tem de ser *ratione materiae* aplicável, *ratione personae* e *ratione temporis*. Isso requer que um investimento coberto tenha sido feito por um investidor coberto e que a medida do Estado que interfere com o investimento em questão esteja sujeita ao tratado no tempo. A definição de investimento, a definição de investidor e as especificações do elemento temporal, portanto, determinam se o âmbito de aplicação das obrigações do Estado incorre nos tratados de investimento” (tradução livre) (SCHILL, Stephan. **W. The multilateralization of international investment law**. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 71).

Essa disposição determina – em conjunto com a definição de investimento e investidor – o assunto a que as obrigações do tratado se aplicam (âmbito de aplicação material). Enquanto a definição de investimento identifica a gama de ativos cobertos pelo tratado, essa disposição pode ser usada para excluir áreas de cobertura do tratado de políticas específicas, a exemplo de contratos públicos ou subsídios ou, ainda, indústrias específicas, como o setor de serviços de saúde.

A relevância quanto à precisão dessas definições se justifica em razão do fato de que eventuais controvérsias que venham a decorrer desse acordo com relação a uma determinada operação de investimento ou ativo dependerão do entendimento se as situações questionadas enquadram-se como um investimento protegido nos termos do acordo e/ou se o solicitante da proteção qualifica-se como um investidor que se encontra sob a proteção de determinado acordo²⁸¹.

Adicionalmente, a definição do que seja um investimento para fins de um acordo é importante na medida em que esse conceito se relacionará com outros aspectos desse mesmo acordo, a exemplo das disposições referentes à proteção do investidor, definição de investidor e de “Parte”, regras sobre transparência, exceções ao escopo do acordo, assim como cláusula do acordo que versar sobre solução de controvérsias. A definição de investidor, por sua vez, guardará relação com dispositivo que abordar aspectos referentes ao tratamento nacional, liberdade de transferências, regra quanto à nacionalidade de administrador, eventual negativa de benefícios, dispositivos sobre sub-rogação, exclusões de escopo ou mesmo restrições quanto à solução de controvérsias²⁸².

No que se refere especificamente à definição do termo investimento, faculta-se aos Estados no momento da negociação a escolha entre um termo de caráter mais amplo ou restrito ou, ainda, se desejam definir o conceito a ser adotado com base em um ativo ou em uma atividade normalmente apresentada em uma lista fechada ou ilustrativa. Aos países

²⁸¹ UNCTAD. **Scope and Definition**. **UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II** (UNCTAD/DIAE/IA/2010/2). p. 13. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf>. Acesso em: 10 set. 2016.

²⁸² UNCTAD. **Scope and Definition**. **UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II** (UNCTAD/DIAE/IA/2010/2). p. 23. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf>. Acesso em: 10 set. 2016.

negociadores é facultada ainda a possibilidade de decidir se o investimento, a fim de se qualificar para a proteção prevista no tratado, satisfaz determinadas características econômicas, como um compromisso de capital ou de outros recursos, expectativa de ganho ou lucro e assunção de riscos²⁸³.

A partir das definições de investimento, os Estados optarão por excluir ou manter determinados ativos ou transações, ampliando ou restringindo a proteção a ser conferida. Exemplos de exclusões ou manutenções compreendem os títulos de dívida pública, investimentos de portfólio, títulos do governo, transações comerciais, empréstimos de curto prazo, entre outros²⁸⁴.

Da mesma forma, a definição de investidor identifica o leque de pessoas, particulares ou entidades, que usufruirão da proteção conferida pelo tratado. O objetivo dessa disposição é estabelecer o âmbito de aplicação *ratione personae* do acordo²⁸⁵, essencial para determinar seu alcance e cobertura.

Dois tipos de pessoa estão normalmente incluídas na definição de investidor: as pessoas físicas e as pessoas coletivas, entidades jurídicas ou empresas. Critérios comumente adotados para a qualificação dessas duas categorias como investidores compreendem, no que se refere à pessoa física: sua nacionalidade ou, alternativamente, residência permanente, sem a exigência da nacionalidade, e requisitos para a regulação da dupla nacionalidade. Costuma-se excluir a dupla nacionalidade de cobertura dos tratados e adotar como critério uma nacionalidade que seja predominante e efetiva.

Da mesma forma, para determinar a nacionalidade das entidades jurídicas e empresas, estabelece-se como regra a localidade de sua incorporação, a localidade de incorporação juntamente com a exigência substantiva da localidade das operações do negócio ou o lugar de incorporação juntamente com a exigência de efetiva administração na sede da empresa²⁸⁶.

²⁸³ Idem, ibidem, p. 14-16.

²⁸⁴ UNCTAD. **Scope and Definition**. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II (UNCTAD/DIAE/IA/2010/2). p. 17-22. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf>. Acesso em: 10 set. 2016.

²⁸⁵ Idem, ibidem, p. 27.

²⁸⁶ Idem, ibidem, p. 30.

Como ensina Muschlinski, a ausência de um entendimento jurídico fechado e hermético para o termo investimento não tem representado um obstáculo para sua aplicação. De outra forma, o amplo escopo e a flexibilidade do termo oferecem vantagens. Se por um lado, o termo aberto apresenta dificuldade para a identificação de seus limites, por outro, confere vantagens para o negociador e para quem enfrenta problemas decorrente dos investimentos.

Tendo apresentado em breves linhas os parâmetros adotados para a definição do escopo e definição dos termos investimento e investidor, esclarece-se que, de modo geral, quanto mais amplo o escopo do tratado, mais efetiva é sua proteção. *Contrario sensu*, um acordo com escopo amplo alarga o leque de áreas em que as medidas de um Estado poderão ser objeto de reivindicação por uma empresa nacional de um Estado signatário, baseada nos termos desse tratado.

Por hora conclui-se que, em linhas gerais, a prática tem constado da adoção de definições mais amplas para o termo investimento, baseada no conceito de “ativos”, assim como na definição do conceito de “investidor”, lastreada na ideia de nacionalidade²⁸⁷. No Capítulo IV desta tese, serão analisadas as escolhas do Estado brasileiro para os acordos recentemente assinados.

3.3. Proteção de direitos substantivos (padrões de tratamento)

Independentemente do escopo, da abrangência das definições de um tratado, da natureza e do nível de desenvolvimento dos Estados envolvidos, um aspecto comum a todos os acordos de investimento trata da proteção de direitos substantivos assegurados à figura do investidor de cada um dos Estados-partes do tratado.

Para fins de estruturação da análise, estabelece-se a denominação padrões de tratamento para designar o conjunto de direitos substantivos, que serão divididos em padrões

²⁸⁷ UNCTAD. **Scope and Definition**. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. p. 19. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/diaaia20102_en.pdf>. Acesso em: 10 set. 2016.

de tratamento relativo e padrões de tratamento absoluto²⁸⁸. Esses padrões incluem, respectivamente, tratamento justo e equitativo e o tratamento da nação mais favorecida (tratamento nacional); e requisitos de performance, garantia de liberdade de transferência de capitais, restrições diretas e/ou indiretas a expropriações e mecanismos de compensação, regras de transparência, além de mecanismos para a solução de controvérsias.

3.3.1. Padrões relativos de proteção

3.3.1.1. *Cláusula sobre tratamento justo e equitativo*

Este dispositivo busca conferir proteção e segurança ao investidor e seu investimento no território do Estado receptor. Tema bastante controverso, o tratamento justo e equitativo representa um dos principais conceitos relacionados à proteção dos investimentos e tem sido suscitado na grande maioria das controvérsias.

A preocupação com relação a essa cláusula reside no fato de sua definição estar associada à exigência de estabilidade, previsibilidade e consistência das práticas do Estado receptor. Também aos princípios da legalidade, do devido processo legal e do acesso à justiça, do devido processo substantivo e da proteção contra a discriminação e arbitrariedades, assim como aos princípios da transparência, da razoabilidade e da proporcionalidade²⁸⁹.

De todo modo, a pretensão dos Estados negociadores, ao inserirem regra dessa natureza nos acordos de investimento, é assegurar a seus investidores nacionais a proteção contra eventual comportamento arbitrário, discriminatório ou abusivo por parte dos Estados receptores dos investimentos.

²⁸⁸ SCHILL, Stephan. W. **The multilateralization of international investment law**. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 74-75.

²⁸⁹ SCHILL, Stephan. **International Investment Law and Comparative Public Law**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

A negociação e inserção de cláusulas dessa natureza exigem, contudo, certa cautela. Se, por um lado, a formulação vaga e ampla dessa obrigação pode acarretar riscos de excesso quando de sua aplicação; por outro, a possibilidade de interferência e ingerência na capacidade da ação administrativa e governamental do país receptor tem o potencial de ameaçar seu espaço para a realização de políticas públicas²⁹⁰.

Fato é que a incerteza que permeia a construção das cláusulas de tratamento justo e equitativo decorre da dificuldade de, em um primeiro momento, definir os termos a serem empregados e, em um segundo momento, da abordagem correta para a interpretação e aplicação da norma. Duas preocupações permeiam a construção de uma cláusula dessa natureza: as fontes de direito a serem utilizadas para determinar os limites e critérios adequados; e a questão do conteúdo substantivo a ser endereçado²⁹¹.

O aspecto de incerteza dessa cláusula é de extrema relevância para sua análise. Fato que é destacado tanto por Schill quanto pela UNCTAD ao analisar o tema²⁹²⁻²⁹³.

Fair and equitable treatment does not have a consolidated and conventional core meaning as such nor is there a definition of the standard that can be applied easily. So far it is only settled that fair and equitable treatment constitutes a standard that is independent from national legal order and is not limited to restricting bad faith conduct of host States. Apart from this very minimal concept, however, its exact normative content is contested, hardly substantiated by State practice, and impossible to narrow down by traditional means of interpretative syllogism²⁹⁴.

O desafio para os negociadores nesse ambiente de incerteza é estabelecer limites claros quanto aos tipos de conduta que constituem uma violação da obrigação de tratamento justo e equitativo ou, de modo diverso, as práticas que não devem ser consideradas

²⁹⁰ UNCTAD. **Fair and Equitable Treatment. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II.** Genebra, 2012, p. 10. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf>. Acesso em: 17 set. 2016.

²⁹¹ UNCTAD. **Fair and Equitable Treatment. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II.** Genebra, 2012, p. 3. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf>. Acesso em: 17 set. 2016.

²⁹² SCHILL, Stephan. W. **The multilateralization of international investment law.** New York: Cambridge University Press, 2009. p. 263.

²⁹³ UNCTAD. Op. cit., p. 3.

²⁹⁴ “Não existe um significado geral consolidado e convencionado para o que seja tratamento justo e equitativo, não existe [também] uma definição padrão sobre o que possa ser facilmente aplicado. [O que se tem] por ora, é que o tratamento justo e equitativo constitui uma norma independente da ordem jurídica nacional e não se limita a restringir a conduta de má-fé dos Estados receptores. Para além desse conceito muito mínimo, no entanto, o seu conteúdo normativo exato é contestado, mal fundamentado pela prática do Estado e impossível de ser restringido pelos meios tradicionais de silogismo interpretativo.” (tradução livre)

descumprimento do acordo. A dificuldade reside em estabelecer o ponto de equilíbrio entre a proteção para o investidor e seu investimento e a preservação do espaço para atuação estatal no país receptor.

3.3.1.2. *Cláusula de nação mais favorecida (e tratamento nacional)*

A cláusula de tratamento de nação mais favorecida ou *most-favoured nation* (MFN) data do século XII, tornou-se disposição característica já nos muitos tratados de amizade, comércio e navegação assinados durante os séculos XVIII e XIX. Francisco de Vitória, Vattel e Hugo Grotius foram alguns dos estudiosos do direito internacional a primeiro teorizar sobre o tema, reconhecendo que dentro da categoria de coisas “que pertencem aos homens em comum” está a “norma de não discriminação de tratamento ao estrangeiro”²⁹⁵.

Inicialmente as cláusulas de não discriminação apresentavam natureza bastante ampla, aplicando-se a uma ampla gama de questões, como “direitos, privilégios, imunidades e exceções” relacionados ao comércio e à navegação ou a “deveres e proibições” relativos aos navios, importação ou exportação de bens²⁹⁶.

Amity, Navigation and Commerce Treaty (the Jay's Treaty) between the United States and Great Britain (1794)

[...]

Article 15

It is agreed, that no other or higher Duties shall be paid by the Ships or Merchandize of the one Party in the Ports of the other, than such as are paid by the like vessels or Merchandize of all other Nations. Nor shall any other or higher Duty be imposed in one Country on the importation of any articles, the growth, produce, or manufacture of the other, than are or shall be payable on the importation of the like articles being of the growth, produce or manufacture of any other Foreign Country. Nor shall any prohibition be imposed, on the exportation or importation of any articles to or from the Territories of the Two

²⁹⁵ NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Luís. **Law and Practice of Investment Treaties – Standards of Treatment**. Kluwer Law International. p. 3-4. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1375600>>. Acesso em: 4 jan. 2016. p. 4.

²⁹⁶ UNCTAD. **Most-Favoured Nation. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II**. Genebra, 2011, p. 9. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/diaeia20101_en.pdf>. Acesso em: 18 set. 2016.

*Parties respectively which shall not equally extend to all other Nations [...]*²⁹⁷.

Em linhas gerais, a cláusula MFN é um dispositivo típico de acordos de livre-comércio. É o princípio segundo o qual os membros de um acordo obrigam-se a não discriminar entre produtos originados em ou destinados a diferentes países. O objetivo dessa obrigação de tratamento é assegurar igualdade de oportunidades para importar ou exportar para todos os membros de um acordo de comércio. A expressão máxima desse princípio é apresentada pelo Acordo de Comércio da OMC²⁹⁸.

No âmbito dos acordos de investimento, diferentemente dos acordos de comércio, o dispositivo da nação mais favorecida foi inserido para suprir a ausência da cláusula de Tratamento Nacional (TN)²⁹⁹ – dispositivo que nos acordos de livre-comércio veda a concessão de tratamento preferencial aos produtos e serviços em matéria de acesso ao mercado³⁰⁰.

Nos primeiros BITs, como não houve concessão de tratamento nacional entre os Estados signatários, optou-se no momento da negociação pela inclusão da cláusula MFN com o objetivo de assegurar que os Estados receptores, embora não comprometidos como TN, se comprometessem a oferecer ao investidor estrangeiro um tratamento não menos favorável que o tratamento concedido a um terceiro investidor estrangeiro, acenando com a

²⁹⁷ **Treaty of Amity Commerce and Navigation, between His Britannic Majesty; and The United States of America, by Their President, with the advice and consent of Their Senate.** Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/18th_century/jay.asp>. Acesso em: 18 set. 2016. “Tratado de Amizade, Navegação e Comércio (o Tratado do Jay) entre os Estados Unidos e a Grã-Bretanha (1794). [...] Artigo 15. É acordado que nenhum outro ou mais onerosos deveres serão pagos pelos Navios ou Mercadorias de uma Parte nos Portos da outra [Parte], que aqueles que são pagos pelos navios semelhantes ou Mercadorias de todas as outras Nações. Nem deve ser imposta, em nenhum País, qualquer outro Imposto ou maior sobre a importação de quaisquer artigos, o crescimento, o produto ou o fabrico do outro, quer sejam devidos na importação dos mesmos artigos, bens, produtos de qualquer outro País Estrangeiro. Também não será imposta qualquer proibição à exportação ou importação de quaisquer artigos para ou provenientes dos Territórios das Partes, respectivamente, que não se apliquem igualmente a todas as outras Nações.” (tradução livre)

²⁹⁸ Artigo I.1 do GATT. “[...] qualquer vantagem, benefício, privilégio ou imunidade concedido por qualquer [Membro] a qualquer produto originado em ou destinado a qualquer outro país será conferido imediata e automaticamente aos produtos equivalentes originados em ou destinados aos territórios de todos os outros [Membros].” (tradução livre).

²⁹⁹ UNCTAD. **Most-Favoured Nation. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II.** Genebra, 2011, p. 14-15. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/diaeia20101_en.pdf>. Acesso em: 18 set. 2016.

³⁰⁰ “Artigo III.4. Aos produtos do território de qualquer [Membro] importados para o território de qualquer outro [Membro] será dado um tratamento não menos favorável do que o acordado a produtos similares de origem nacional em relação a todas as leis, regulamentos e requisitos que afetem sua venda interna, oferta para venda, compra, transporte, distribuição ou uso.” (tradução livre)

concessão de um tratamento nacional que aconteceria no longo prazo³⁰¹. Nos tratados mais recentes sobre investimentos, observa-se, na maioria dos casos, a disposição MFN ao lado da regra do TN ou, quando não, em uma única disposição referente a “não discriminação”.

De modo geral, a cláusula de tratamento MFN traz como características: uma obrigação baseada em um tratado que deve estar contida em um compromisso específico; uma relação entre o tratamento dispensado a dois investidores estrangeiros em circunstâncias semelhantes, de onde se depreende seu caráter de padrão de tratamento relativo; compreende questões pertencentes a um mesmo assunto ou da mesma categoria de assuntos a que a cláusula se refere; o padrão de tratamento opera sem prejuízo da liberdade contratual e, portanto, os Estados não possuem obrigação sob a cláusula de tratamento MFN para conceder privilégios especiais ou incentivos concedidos por meio de um contrato para um investidor individual para outros investidores estrangeiros; e, por fim, busca estabelecer critérios para determinar a violação desse padrão de tratamento³⁰².

3.3.2. Padrões absolutos de proteção

Os padrões absolutos de proteção compreendem os dispositivos a serem observados pelo país receptor do capital, a fim de resguardar os investimentos feitos pelos investidores estrangeiros. Independem do parâmetro de comparação com qualquer outro Estado investidor e tratam de condições de fato a serem respeitadas nos termos do direito.

3.3.2.1. Cláusulas que tratam de requisitos de performance³⁰³

Os requisitos de desempenho compreendem as condições impostas pelos países receptores do capital estrangeiro que condicionam a realização de um investimento em seu

³⁰¹ UNCTAD. **Most-Favoured Nation. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II.** Genebra, 2011, p. 14-15. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/diaeia20101_en.pdf>. Acesso em: 18 set. 2016.

³⁰² UNCTAD. **Most-Favoured Nation. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II.** Genebra, 2011, p. 14-15. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/diaeia20101_en.pdf>. Acesso em: 18 set. 2016.

³⁰³ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The international law on foreign investment.** New York: Cambridge University Press, 2009. p. 237.

território ao cumprimento de determinadas metas preestabelecidas. Exemplos desses condicionantes são quesitos de geração de emprego local, regras para a aquisição de recursos e matéria-prima no país, critérios atrelados à performance exportadora, compromissos com o aumento de receitas e divisas dentro do território receptor.

De modo geral, os requisitos de desempenho têm a prerrogativa de limitar as escolhas econômicas dos investidores e a discricionariedade sobre como e de que forma o negócio será conduzido no território do país receptor do investimento. Ao inserir essa cláusula na redação de acordos de investimento, busca-se disciplinar a utilização da regra pelos Estados receptores, a fim de permitir que esses investidores possam operar seus investimentos da forma economicamente mais eficiente e sem constrangimentos.

Como de conhecimento, um BIT assinado entre países membros da OMC não poderá sob nenhuma hipótese impor ou condicionar a realização de um investimento a quaisquer dos requisitos estabelecidos pelo TRIMS. A inovação trazida por essa cláusula, contudo, se dá, notadamente, em duas direções: a imposição pelos países de restrições ao condicionamento da performance do investimento que vão além daquelas trazidas pelo acordo de investimento e comércio da OMC³⁰⁴, ou disposições legais que determinam que eventuais condicionantes de desempenho, quando existentes e não conflitantes com o TRIMS, serão válidas apenas para países não signatários do acordo de investimento. Nessa linha, assevera o tratado firmado entre Finlândia e Azerbaijão, de 2003, segundo o qual:

Each Contracting Party shall not impose mandatory measures on investments by investors of the other Contracting Party concerning purchase of materials, means of production, operation, transport, marketing of its products, or similar orders having unreasonable or discriminatory effects³⁰⁵.

Contrario sensu, a inexistência de cláusula dessa natureza denota a capacidade do Estado receptor, ainda que relativizada com o advento da OMC e do TRIMS, de implementar estratégia de desenvolvimento, instrumento que pode representar, por vezes, um importante

³⁰⁴ Exemplo concreto é o acordo assinado entre Canadá e Costa Rica, em 1998.

³⁰⁵ “Cada Parte Contratante não aplicará medidas obrigatórias aos investimentos dos investidores da outra Parte Contratante no que diz respeito à compra de materiais, meios de produção, exploração, transporte, comercialização dos seus produtos ou encomendas similares com efeitos não razoáveis ou discriminatórios.” (tradução livre)

meio para o alcance de objetivos específicos ou implemento de políticas industriais, a exemplo de transferência de tecnologia, a criação de postos de trabalho etc.³⁰⁶.

3.3.2.2. *Liberdade de transferência de recursos*

Esse dispositivo do acordo busca assegurar que o Estado receptor do investimento não constrangerá a liberdade de o investidor repatriar seus lucros ou transferir quaisquer tipos de recursos relativos ao investimento realizado no território receptor. Considerando que o objetivo central de um investimento é a realização de lucro, a liberdade de fluxo de capital é condição *sine qua non* para o funcionamento próprio e adequado da relação investimento.

Qualquer ato ou ameaça de restrição que atente contra essa liberdade tem o condão de colocar em risco toda a racionalidade da relação de investimentos. Situações adversas apenas serão toleradas em circunstâncias excepcionais, a exemplo de problemas de balanço de pagamento, confiscos mediante decisão judicial, se necessária a satisfação de um débito em face de um devedor, caso assim disponha o tratado bilateral sobre investimento.

3.3.2.3. *Cláusulas sobre expropriação e compensação*

Segundo o direito internacional, os Estados têm a prerrogativa soberana de se apropriar da propriedade detida por nacionais ou estrangeiros em seu território, por meio de nacionalização ou expropriação, em razão de justificativas econômicas, políticas, sociais ou de outra natureza³⁰⁷.

³⁰⁶ ASIA-PACIFIC ECONOMIC COOPERATION – UNCTAD. **International Investment Agreement Negotiators Handbook** (APEC Project CTI 15/2010T). Dezembro, 2012, p. 89-90. Disponível em: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/UNCTAD_APEC%20Handbook.pdf>. Acesso em: 10 set. 2016.

³⁰⁷ A ideia de que o direito internacional reconhece o direito de um Estado expropriar a propriedade alheia de seu nacional ou estrangeiro está fundamentada em sua condição de Estado soberano, e representa prerrogativa inerente à própria existência do Estado. Da mesma forma, o direito internacional reconhece a propriedade privada como um direito incontestado e inviolável do sujeito de direito privado. Assim, a maneira encontrada pelas práticas e costumes do direito internacional para acomodar essa questão foi reconhecer a legitimidade ao ato de expropriar pelo Estado, desde que praticado mediante a observação de critérios objetivos, entre os quais a justa compensação.

A fim de conferir legitimidade a esse ato, o exercício dessa ação exige, nos termos das regras e princípios do direito internacional, que sejam preenchidas determinadas condições objetivas como: o uso da propriedade para uma utilidade pública; o ato seja executado em base não discriminatória e em observância do devido processo legal, bem como seja acompanhado da devida compensação.

Expropriation is not illegal per se under international law. It has always been beyond doubt that a State has the power and the right to expropriate the property of nationals and of foreigners, in principle. But a legal expropriation of foreign owned property is subject to certain conditions. These conditions are commonly referred to as public interest, absence of discrimination, due process of law and compensation that is prompt, adequate and effective³⁰⁸.

Reconhecida a prerrogativa dos Estados de expropriar a propriedade privada quando as circunstâncias assim o determinarem e mediante a observação de requisitos objetivos, ao inserir uma cláusula de expropriação, assim como regras sobre compensação em um acordo, intenciona-se resguardar o direito de investimentos e investidores, quanto à observância desses elementos objetivos.

De tal sorte que a previsão de expropriação em um acordo de investimento não tem a finalidade de restringir o Estado quanto ao seu direito de expropriar a propriedade privada, mas sim de regular a maneira pela qual esse direito será exercido, bem como de assegurar ao investidor estrangeiro a proteção contra a expropriação não compensada³⁰⁹.

Classicamente, as formas de expropriação da propriedade privada pelos Estados são classificadas em direta e indireta³¹⁰.

³⁰⁸ SCHREUER, Christoph. **The Concept of Expropriation under ECT and other Investment Protection Treaties**. Disponível em: <http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/csunpublpaper_3.pdf>. Acesso em: 22 set. 2016. “Segundo o direito internacional, a expropriação não é um ilícito *per se*. Sempre foi sem dúvida que um Estado tem o poder e o direito de expropriar os bens dos nacionais e dos estrangeiros, em princípio. Mas uma expropriação legal de propriedade estrangeira está sujeita a certas condições. Essas condições são comumente referidas como interesse público, ausência de discriminação, devido processo legal e compensação rápida, adequada e eficaz.” (tradução livre)

³⁰⁹ ASIA-PACIFIC ECONOMIC COOPERATION – UNCTAD. **International Investment Agreement Negotiators Handbook** (APEC Project CTI 15/2010T). Dezembro, 2012, p. 57. Disponível em: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/UNCTAD_APEC%20Handbook.pdf>. Acesso em: 10 set. 2016.

³¹⁰ UNCTAD. **Expropriation. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II**. Genebra, 2012, p. 5-14. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaiea2011d7_en.pdf>. Acesso em: 22 set. 2016.

A primeira trata das circunstâncias nas quais há de fato a transferência do título de propriedade ou a sua apreensão pelo Estado, circunstância na qual se opera a transferência da titularidade do titular privado para o Estado. Nessas situações, existe a clara, deliberada e inequívoca intenção do Estado em privar o proprietário de sua propriedade por meio da transferência de título ou confisco. Esse tipo de expropriação é conhecido, também, como nacionalização e ocorre de forma mais rara e em circunstâncias mais específicas.

Já a expropriação indireta ocorre quando se tem uma medida ou uma série de medidas tomadas pelo Estado receptor que têm efeito equivalente a uma expropriação direta, na medida em que retira do proprietário a efetividade de seu direito sobre a propriedade, ainda que retenha o título legal ou permaneça como sua a posse física.

Essa diferenciação torna-se relevante, na medida em que os negociadores de um acordo podem optar por esclarecer o que se entende por expropriação direta e indireta. Essa diferenciação pode ser útil para identificar os possíveis efeitos de uma expropriação. Isto é, se o ato se referiu à total privação da propriedade ou quase total privação, afim de se ter parâmetros para estabelecer a justa compensação monetária³¹¹.

Nessa linha, e com base na prática dos Estados, nos estudos desenvolvidos pela melhor doutrina e nas decisões arbitrais, definiu-se uma sequência de atos que, quando praticados de forma cumulativa, caracterizariam o caráter indireto da expropriação, a saber:

um ato imputável ao estado [cuja] interferência no exercício dos direitos de propriedade ou de outros interesses jurídicos protegidos [...] e tal modo que os direitos ou interesses relevantes perderiam todo ou a maioria do seu valor ou o proprietário seria privado de controle sobre o investimento [...] mesmo que o proprietário mantivesse o título legal ou permanecesse na posse física³¹².

Estabelecida essa diferenciação, retorna-se ao raciocínio inicial segundo o qual uma expropriação será lícita, se observados os critérios objetivos estabelecidos, circunstância na qual o investidor fará *jus* à justa compensação. Caso não observados os critérios referidos,

³¹¹ UNCTAD. **Expropriation. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II.** Genebra, 2012, p. 271. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d7_en.pdf>. Acesso em: 22 set. 2016.

³¹² Idem, ibidem, p. 5-24.

tratar-se-á de uma expropriação ilícita e contrária aos ditames do direito internacional. Situação que autorizará o direito de reparação ao investidor prejudicado.

A título de ilustração, traz-se decisão proferida pela Corte Internacional de Justiça Permanente, no caso Chorzów, que traçou a distinção entre as consequências advindas de expropriações lícitas e ilícitas.

A decisão considerou que em caso de desapropriação legal, o dano sofrido deve ser reparado por meio de “pagamento de uma compensação justa” ou “o justo preço do que foi expropriado” no momento da expropriação, ou seja, o “valor da empresa no momento de desapropriação, acrescidos de juros até a data do pagamento”. Em contrapartida, decidiu que em caso de expropriação ilegal, a lei internacional prevê a obrigação da *restitutio in integrum*, a restituição na integralidade, ou, se impossível, seu equivalente monetário no momento da sentença³¹³.

Esta será, pois, a função da cláusula de expropriação e compensação em um acordo de investimento: estabelecer o conceito a ser adotado entre os países signatários do acordo, bem como os parâmetros e critérios para a definição do que seja compensação e reparação justa.

3.3.2.4. Cláusula sobre transparência

Esse dispositivo tem a preocupação de estabelecer obrigações de transparência para os Estados signatários com relação a toda e qualquer medida que possa impactar a execução do investimento. Busca-se com essa obrigação propiciar aos investidores um quadro institucional mais previsível com relação ao país de destino do investimento.

Nesse sentido, o espírito dessa cláusula é instituir o comprometimento bilateral de que às leis, regulamentos, procedimentos e resoluções administrativas dos países membros

³¹³ UNCTAD. **Expropriation. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II.** Genebra, 2012, p. 126. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d7_en.pdf>. Acesso em: 22 set. 2016.

de um BIT que guardem relação com temas cobertos pelo referido acordo deverá ser conferida ampla e irrestrita publicidade.

A finalidade precípua desse dispositivo é oferecer ao investidor estrangeiro informações, por exemplo, quanto aos critérios de qualificação para participação em processos licitatórios, requisitos para concessão de licenças e obtenção de certificações, bem como toda e qualquer informação necessária e pertinente aos procedimentos necessários para que um investimento se concretize.

3.3.2.5. Cláusula guarda-chuva

Trata de previsão que permite aos investidores resguardados por um BIT apresentar aos tribunais internacionais violações não apenas de um compromisso previsto no acordo em questão, mas estender a abrangência da proteção a outros compromissos que vinculam o Estado signatário em outros acordos que não o acordo de investimento em questão.

A principal crítica a esse dispositivo é a extensão e a discricionariedade dos efeitos dessa proteção. Observa-se que alguns dos acordos de última geração têm evitado a inserção dessa cláusula.

3.3.2.6. Cláusula que apresenta o mecanismo de solução de controvérsias

Por muito tempo a solução de controvérsias decorrente de um investimento estrangeiro direto esteve adstrita à resolução política entre os Estados. A despolitização da solução do problema veio a ser substituída, em meados da década de 1960, quando os países paulatinamente passaram a incluir cláusulas de solução de controvérsias em seus tratados de investimento que opunham o investidor e o Estado. Na década de 1990, esse tipo de cláusula havia se consolidado como um padrão a ser adotado para a resolução de conflitos pelos BITs.

Em momento anterior à consolidação desse padrão, o investidor estrangeiro tinha duas vias a perseguir caso o Estado receptor do investimento expropriasse seus bens ou interferisse de alguma forma no investimento realizado: a primeira, socorrer-se dos tribunais

locais do Estado receptor,³¹⁴ a segunda, convencer seu governo a politicamente defender sua reivindicação perante o terceiro Estado³¹⁵.

O modelo de solução de controvérsias hoje corrente contrapõe, de um lado, o investidor e, de outro, o Estado receptor. Procura oferecer um mecanismo neutro que apresente aos investidores uma ferramenta isenta de considerações políticas internas, capaz de concentrar a solução do problema nas questões legais da disputa.

Inicialmente, os Estados receptores com menor poder político e espaço para barganha consideraram a solução neutra de disputas uma alternativa melhor que sua submissão às pressões dos países de economias mais desenvolvidas. Com o tempo, esse modelo ganhou notoriedade com a criação do ICSID, e, conforme assevera o Professor Umberto Celli Jr.: “a Convenção de Washington criou apenas um fórum para o recurso direto de investidores contra os Estados receptores de investimentos e, nessa conformidade, serviu para despolitizar a solução de disputas sobre investimentos”³¹⁶. Em um primeiro momento, o problema parecia acomodado.

Entretanto, com o decorrer dos anos e em observação à sequência de contenciosos, a cláusula investidor-Estado e as soluções que dela decorreram não necessariamente resultaram na resposta mais equilibrada ou justa para os interesses contrapostos. Se de um lado o investidor de país desenvolvido se viu satisfeito com a resolução da demanda, por outro, o país em desenvolvimento receptor se viu premido a cumprir decisões sem as condições econômicas necessárias para tanto³¹⁷.

³¹⁴ Em muitos casos observou-se que os investidores que utilizaram esse recurso enfrentaram problemas frequentes, tais como problemas de imunidade doméstica ou judiciário não independente, o que os impediu de recuperar seus prejuízos.

³¹⁵ Para os investidores de Estados fortes, essa poderia ser uma solução eficaz. Contudo, mesmo nesse caso frequentemente esses Estados se mostrariam relutantes em intervir em nome de um investidor, caso houvesse considerações políticas mais altas que o impusessem. Para um pequeno investidor desprovido de influência política em uma discreta disputa, o obstáculo para obter o consentimento poderia ser grande.

³¹⁶ CELLI JR., Umberto. **A jurisprudência da OMC e o uso de requisitos de conteúdo local como política industrial**. Tese apresentada para o concurso público de Professor Titular junto ao Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade Estadual de São Paulo – FDRP. p. 39.

³¹⁷ Vide os contenciosos da Argentina.

III – Brasil – Histórico e disciplinamento jurídico dos investimentos estrangeiros

O capital estrangeiro vem desempenhando um papel importante na economia brasileira desde que o país se tornou politicamente independente e, durante praticamente esse mesmo período, houve controvérsias quanto ao impacto causado por esse capital. Será que ele promove, sufoca ou distorce o desenvolvimento do país?³¹⁸

1. Breve análise – o investimento e a história econômica brasileira

A construção da regulação pátria sobre investimentos está intrinsecamente relacionada a aspectos importantes da história econômica do país, cujos matizes são conferidos por elementos da vida política brasileira. Para a melhor compreensão de como se deu essa construção, o presente capítulo busca traçar um breve panorama dos aspectos relevantes da economia brasileira, sob o pano de fundo histórico-político, desde fins do século XIX até os dias atuais.

Ao apontar a conjuntura, circunstâncias e preocupações que permearam e deram causa ao surgimento desse direito do investimento, pretende-se criar as bases para a análise que será desenvolvida no capítulo seguinte e que tratará da investigação pormenorizada dos Acordos sobre Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFIs), recentemente assinados pelo Brasil.

1.1. Os ciclos de recebimento de investimentos estrangeiros pelo Brasil

1.1.1. Primeiro ciclo de investimentos – de fins do século XIX a meados do século XX (relação Brasil-Inglaterra)

O nome “Brasil” origina-se do primeiro produto extraído das matas brasileiras pelos portugueses e que foi objeto de exportação – árvore cuja casca era utilizada como matéria-prima para corantes na Europa. Sem grande êxito econômico, a exportação do pau-brasil foi

³¹⁸ BAER, Werner. **A economia brasileira**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Nobel, 2009. p. 286.

sucedida por importantes ciclos econômicos, baseados na atividade extrativa condicionada à exportação, que contribuíram para a formação econômica da sociedade brasileira.

Cana-de-açúcar, ouro, borracha e café foram algumas das riquezas naturais que pautaram as vendas externas nos primeiros séculos da vida brasileira, mas que pouco se relacionaram com a atração do capital estrangeiro, para o país, com a finalidade de investimento direto. Nesse período, e em razão do forte e intenso relacionamento que unia Brasil e Inglaterra, o capital britânico prestava-se apenas a financiar a produção e antecipar os custos da exportação sem, contudo, de fato desempenhar um papel de indução econômica, característico do investimento direto³¹⁹.

A natureza da relação econômica anglo-brasileira começou a mudar ainda no segundo reinado, quando a Coroa portuguesa entendeu a necessidade de imprimir certo desenvolvimento à sociedade colonial brasileira, por meio da melhoria de sua infraestrutura. Contexto em que taxas subsidiadas e garantias de retorno oferecidos pela Coroa passaram a estimular o ingresso de capital inglês com a finalidade precípua de financiar a construção de ferrovias para melhorar o sistema de transporte do país³²⁰. Conforme explica Baer, durante pouco mais de três décadas, o investimento inglês deteve cerca de 72% (setenta e dois por cento) da extensão das linhas férreas em território nacional, que passariam às mãos do governo brasileiro apenas em meados do século seguinte, em razão da cessação, pela República, das garantias anteriormente oferecidas pela Coroa ao capital inglês³²¹.

Nessa fase, o investimento britânico no país também esteve associado à prestação de serviços públicos, manutenção de filiais de instituições bancárias e casas de câmbio, compra de terras, entre outras atividades³²². Nota-se, nesse período, que o investimento estrangeiro estava completamente associado ao comércio e que o aporte de capital realizado em diversas frentes, como bancos, transporte e outras áreas de infraestrutura, possuía a preocupação

³¹⁹ BAER, Werner. **A economia brasileira**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Nobel, 2009. p. 32-40.

³²⁰ Idem, *ibidem*, p. 41-42.

³²¹ A despeito de todo o investimento britânico, a título de curiosidade, Baer explica que “a rede de ferrovias desenvolvida mostrou ser deficiente de várias formas; linhas diferentes possuíam diferentes bitolas, já que haviam sido construídas e eram operadas por várias firmas independentes. Elas ligavam as fazendas ao porto, onde muitas tendiam a serpentear em vez de fazer a ligação do interior para o porto de maneira mais eficiente. O sistema de transporte que daí resultou não transformou o país em um mercado mais unificado” (Idem, *ibidem*).

³²² TAVARES, Maria Conceição. Império, território e dinheiro. In: FIORI, José Luís (Org.). **Estados e moedas no desenvolvimento das nações**. Petrópolis: Vozes, 1999.

única de fomentar e viabilizar as relações comerciais. Denota-se, dessa fase, um claro desequilíbrio entre os interesses do capital estrangeiro e do Estado brasileiro.

Com o passar do tempo, os desequilíbrios dessa relação começaram a se evidenciar. Destaca-se, por exemplo, o fato de que o Estado brasileiro não apenas assegurava, como também custeava o retorno do investimento inglês, sem que a empresa inglesa, ao menos, se preocupasse como valor e a qualidade do serviço prestado ao cidadão brasileiro e sua sociedade.

Outro problema, dessa fase, era a perversa relação de dependência desenvolvida entre Brasil e Inglaterra³²³ no que tocava às relações de comércio e investimento. A regulamentação erigida sobre o tema, à época, por vezes tendenciosa ao capital inglês, conferia mecanismos de garantia e custeio; em outras circunstâncias, negligente, propiciava o movimento de recursos especulativos que, no médio prazo, levariam à aceleração do fluxo de capitais e dando ensejo à primeira grande crise econômica do país, no fim do segundo reinado e início da República Velha, o Encilhamento³²⁴.

Com o passar do tempo, essa relação bilateral foi diluída e os recursos deixaram de estar concentrados apenas em setores como infraestrutura e financeiro, para serem alocados também na indústria e em outros segmentos de serviços³²⁵. Da mesma forma, espelhando o realinhamento das forças econômicas no cenário internacional, observou-se também no plano interno o fim da hegemonia britânica, passando-se a verificar o aumento gradativo da participação americana em parcela representativa do mercado. Entre 1880 e 1914, o estoque

³²³ “O controle que os britânicos exerceram sobre a estrada de ferro, as empresas de exportação, o negócio de importação, a companhia de navegação, a agência de seguros, a instituição financeira e até sobre o tesouro nacional abafou quais esforços para reduzir a dependência em relação às importações britânicas” (GRAHAM, Richard. *Britain and the onset of modernization in Brazil, 1850-1914*. In: BAER, Werner. **A economia brasileira**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Nobel, 2009. p. 303).

³²⁴ A “Crise do Encilhamento” foi uma espécie de bolha de crédito que teve lugar entre o final da Monarquia e o início da República, desencadeando a primeira grande crise financeira no país. Os então Ministros da Fazenda Visconde de Ouro Preto e Ruy Barbosa, sob a justificativa de estimular a industrialização no país, adotaram uma política baseada em créditos livres aos investimentos industriais garantidos por farta emissão monetária. A conjuntura propiciada pelo excesso de crédito, ausência de regulação estatal e facilidade de acesso ao dinheiro ensejou o movimento especulativo que causou a crise.

³²⁵ GREMAUD, Amaury P.; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JR., Rudinei. **Economia brasileira contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2002.

de capital estrangeiro no país saltou de US\$ 190 milhões para US\$ 1,9 bilhão, atingindo, em 1930, US\$ 2,6 bilhões³²⁶.

1.1.2. Segundo ciclo de investimentos – do segundo pós-guerra ao início da década de 1960 (política de industrialização por substituição das importações)

Depois de um longo período de estagnação – que perdurou pelo período que se estendeu do início da Primeira ao fim da Segunda Guerra Mundial –, o ingresso de capital estrangeiro em território brasileiro voltou a ser impulsionado, no segundo pós-guerra, pela política de substituição às importações. Tratava-se de uma estratégia de desenvolvimento industrial que, aliada a um rígido controle cambial, procurava conciliar o fomento ao crescimento fabril com o equilíbrio do balanço de pagamento. Essa política propunha, por meio de estímulos internos, desenvolver “a capacidade produtiva doméstica para tantos produtos manufaturados antes importados quanto possível”³²⁷.

A política de substituição das importações constituiu um dos pilares do “Plano de Metas” do governo do Presidente Juscelino Kubitschek. Baseado em estudo do BNDE-Cepal³²⁸, esse plano identificou a necessidade de incentivar a introdução dos setores de consumo duráveis e de capital³²⁹, por meio da estruturação do tripé “capital estatal – capital privado nacional – capital estrangeiro”³³⁰.

Nesse período, diversas políticas diretivas favoráveis e até protecionistas foram colocadas em prática, afim de inibir importações e atrair o investimento estrangeiro direto. Exemplo dessa prática tratou do Registro de Produtos Similares, conhecido como a “Lei dos Similares” – uma regra que, na realidade, datava de 1911, mas que ganhou fôlego novo por conta da política de substituição de importações.

³²⁶ GREMAUD, Amaury P.; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JR., Rudinei. **Economia brasileira contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 286-287.

³²⁷ BAER, Werner. **A economia brasileira**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Nobel, 2009. p. 273-374.

³²⁸ Estudo promovido pelo então Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico, em conjunto com a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe – criada em 1948 pelo Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas (ONU), com o objetivo de incentivar a cooperação econômica entre os seus membros. Ela é uma das cinco comissões econômicas da ONU.

³²⁹ GREMAUD, Amaury P.; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JR., Rudinei. Op. cit., p. 378.

³³⁰ TAVARES, Maria Conceição. Império, território e dinheiro. In: FIORI, José Luís (Org.). **Estados e moedas no desenvolvimento das nações**. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 462-463.

A norma determinava que aos produtores nacionais que pretendessem proteger seus mercados da competição estrangeira bastaria solicitar essa proteção requerendo o registro dos bens que produziam ou que viriam a produzir. Para viabilizar esse controle, toda mercadoria importada deveria solicitar à Carteira de Comércio Exterior – CACEX –, órgão administrativo vinculado ao Banco do Brasil, a concessão de licença de importação.

A eficácia da medida protecionista residia justamente no temor que causava. A ideia era a de que um importador, com receio da insegurança gerada quanto à possibilidade de importar a mercadoria, avaliasse a ideia de trazer o produto para montagem no Brasil ou deslocasse toda a sua produção para o país.

Em muitos casos, a simples menção de que alguma empresa brasileira ou uma concorrente estrangeira pretendia entrar no ramo de fabricação, com a implicação de que as importações de bens similares seriam excluídas, foi o fator crítico que impeliu companhias americanas a preservar sua posição no mercado através da construção de fábricas locais³³¹.

Outro efeito da Lei dos Similares era a proteção dos bens intermediários, pois,

na medida em que o processo de industrialização prosseguia, a lei era aplicada de forma a encorajar uma intensa “integração vertical”. Por meio dos IDEs [investimentos estrangeiros diretos] das ETNs [empresas transnacionais], surgiram “divisões *upstream*” fornecedoras de peças, componentes e matérias-primas usados na produção dos produtos finais das “divisões *downstream*”³³².

Nessa fase, o capital internacional que aportava no país deslocava-se, gradativamente, do setor de infraestrutura para o setor industrial.

A percepção corrente para as autoridades governamentais sustentava-se no entendimento de que a política de substituição de importações apenas resultaria no crescimento e desenvolvimento econômico desejado se, para sua implementação, colaborassem o capital estrangeiro e a transferência do *know-how* e expertise que

³³¹ GORDON, Lincoln; GROOMERS, Engelberg L. United States manufacturing investment in Brazil: the impact of Brazilian government policies, 1946-1960. Boston, Division of Research, Graduate School of Business Administration, Harvard University, 1962. In: BAER, Werner. **A economia brasileira**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Nobel, 2009. p. 79.

³³² MORAES, Orozimbo José de. **Investimento direto estrangeiro no Brasil**. São Paulo: Aduaneiras, 2003. p. 37.

normalmente acompanham esse tipo de investimento. Datam do fim desse período as primeiras normas brasileiras de caráter procedimental sobre o ingresso de capital estrangeiro no Brasil, que serão apresentadas mais adiante neste capítulo.

Nessa fase, a preocupação da política econômica de substituição de importações era pautar o crescimento e desenvolvimento do Brasil dirigindo a produção nacional de bens e reduzir sua dependência dos centros manufatureiros tradicionais no mundo. Durante os anos em que essa política esteve em vigor, as exportações foram totalmente negligenciadas. Ao final da década de 1960, os produtos primários respondiam por cerca de 90% (noventa por cento) da pauta de exportação brasileira e os bens manufaturados por apenas 2% (dois por cento)³³³. Esse quadro acarretou sérios desequilíbrios para o balanço de pagamentos nacional e deu ensejo ao ciclo econômico seguinte.

1.1.3. Terceiro ciclo de investimento – entre os anos de 1960 e 1990 (ponto de inflexão – do “milagre econômico” aos ajustes à hiperinflação)

No início da década de 1960, o Brasil vivenciava momentos de grave instabilidade política e recebia um preocupante legado econômico da década anterior. Em parte, a explicação para o primeiro problema residia na dificuldade de lidar com o segundo.

O presidente Jânio Quadros, eleito com ampla maioria dos votos, demonstrava dificuldades em gerir os desequilíbrios econômicos herdados da gestão anterior, pontuados especialmente pelos crescentes índices de inflação, e renunciaria em agosto de 1961³³⁴. João Goulart, que o sucedeu na presidência, não propunha uma linha econômica convincente e, desprovido de liderança, teve seus poderes partilhados com uma estrutura parlamentar criada na oportunidade. Sem o apoio de setores relevantes da sociedade, não perdurou no poder³³⁵.

Contudo, ainda que por um curto período de tempo como presidente, Goulart colocou em prática medidas de caráter econômico importantes e impactantes. Mais sensível às

³³³ BAER, Werner. **A economia brasileira**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Nobel, 2009. p. 276-277.

³³⁴ GREMAUD, Amaury P.; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JR., Rudinei. **Economia brasileira contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 386.

³³⁵ FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. 2. ed., 2. reimpr. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2009. p. 242-243.

pressões de determinados grupos de interesse, o presidente tentou aprovar medidas, ainda que tímidas, na tentativa de estabilizar a economia brasileira.

Durante sua administração, mais precisamente em 1962, foi aprovada uma rígida lei de controle de remessa de lucros, com a finalidade de contornar o problema com o balanço de pagamentos. No ano seguinte, formulou-se o Plano Trienal, destinado a fiscalizar a inflação e a lidar com os desequilíbrios econômicos. Entre as principais ações desse período que buscaram viabilizar a aproximação com o capital estrangeiro destacou-se a Lei n. 4.131/1962, que passaria a partir de então a disciplinar “a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior”³³⁶ e a Resolução n. 63, que possibilitava a captação de recursos externos pelos bancos comerciais e de investimentos para repasse interno³³⁷.

Em razão das incertezas políticas e econômicas desse período, os investimentos estrangeiros e a taxa de crescimento da economia brasileira nessa fase declinaram bruscamente e voltariam, respectivamente, a crescer e a se estabilizar apenas no período inicial do regime militar, conhecido como “milagre econômico”.

Buscando contornar os problemas econômicos internos, o regime militar que assumiu o comando do país em 1964 propôs uma ampla alteração da formulação da estratégia econômica e buscou a maior inserção da economia brasileira no ambiente externo. Nesse cenário, os impostos de exportação foram abolidos, os impostos de importação substancialmente reduzidos e os procedimentos de exportação foram simplificados. Mecanismos de crédito subsidiado às exportações, além de programas de incentivos fiscais, também foram criados. Paralelamente, práticas cambiais que denotavam a preocupação do equilíbrio entre uma vigorosa política de inserção no comércio internacional e a preocupação do aumento da inflação passaram a ser adotadas³³⁸.

A partir de 1964, as políticas relativas ao capital estrangeiro procuram se aproveitar da conjuntura econômica externa, que apresentava farta oferta de recursos, para promover o crescimento econômico interno, via financiamento externo. Embora, nos primeiros anos do

³³⁶ Essa lei será analisada com mais detalhes neste capítulo em tópico adiante.

³³⁷ GREMAUD, Amaury P.; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JR., Rudinei. **Economia brasileira contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 396.

³³⁸ BAER, Werner. **A economia brasileira**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Nobel, 2009. p. 92-98 e 273-276.

regime, tenha-se procurado estimular o aporte de capital por meio de empréstimo e de investimento privado, essa política levou anos para demonstrar algum resultado prático. O aumento do influxo dos investimentos estrangeiros diretos, após anos de estagnação, apenas voltaria a crescer no início da década seguinte³³⁹.

A liquidez de recursos no mercado internacional e a disponibilidade para investimentos observada nessa época refletem-se de forma clara na formalização, no plano externo, de diversos acordos e tratados que passariam a regular o fluxo de capitais entre os países, a exemplo da Carta dos Direitos e Deveres Econômicos, no âmbito da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), do Acordo MIGA, assim como da assinatura, pelo Brasil, dos primeiros acordos para evitar a dupla tributação da renda³⁴⁰.

Esse período de pujança econômica sustentada pelo endividamento externo, que se estenderia por toda a década de 1970, seria testado pelos dois choques do petróleo, em 1973 e 1979, e resultaria em uma década seguinte (economicamente) perdida. Os anos de 1980 caracterizam-se pela hiperinflação, performance inexpressiva no comércio exterior – representada por um necessário superávit para o equilíbrio das contas externas e por uma pauta exportadora composta basicamente por produtos primários –, bem como pela atuação modesta do país como receptor de investimentos estrangeiros diretos.

1.1.4. Quarto ciclo de investimentos – dos anos 1990 até o início dos anos 2000 (a abertura para o mundo)

O quarto importante ciclo de recepção de investimentos estrangeiros ocorreu após a abertura da economia brasileira, iniciada pelo presidente Fernando Collor, em meados da década de 1990, quando as tarifas de importação foram gradualmente reduzidas e a reserva de mercado – historicamente mantida para tradicionais setores da indústria brasileira – foi eliminada. Foram, ainda, removidos diversos estímulos às exportações.

³³⁹ BAER, Werner. **A economia brasileira**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Nobel, 2009. p. 276.

³⁴⁰ A lista de acordos assinados pelo Brasil para evitar a dupla tributação da renda está disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/acesso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

À época, foram também instituídas várias medidas para facilitar a realização de investimentos. A política de abertura do mercado brasileiro ao mundo seria mantida por Itamar Franco, que o sucederia, em 1992, e aprofunda por Fernando Henrique Cardoso, a partir de 1994, até o final de seu mandato, em dezembro de 2002. Nas palavras de Baer, “o objetivo de todas essas medidas foi o de aumentar a eficiência da economia por meio da concorrência estrangeira e a entrada de investimento estrangeiro direto”³⁴¹.

De formação acadêmica mais liberal, o presidente Fernando Henrique e sua equipe econômica passaram a adotar as recomendações do Consenso de Washington³⁴², que pregavam a menor participação do Estado na economia. Datam dessa época medidas como a privatização de empresas estatais, desregulamentação progressiva de determinados setores e instituição de modelo de concessão para o setor privado. A par de todo esse movimento, a gestão Fernando Henrique promoveu a abertura comercial por meio da diminuição do protecionismo e a abertura da economia para o investimento estrangeiro. Depois de anos de retração, os fluxos de IED para a economia brasileira voltaram a se elevar a partir da segunda metade da década de 1990.

De um patamar de cerca de US\$ 1,5 bilhão anual no início da década, os fluxos se intensificaram a partir de 1995. Entre 1995 e 2000, a taxa média de crescimento foi de quase 50% ao ano. No período 1990-2000 como um todo, a média anual de IED foi de US\$ 12 bilhões, o que representou participação de 2,4% nos fluxos globais de IDE e de 9,2% nos fluxos destinados aos países em desenvolvimento, posicionando o Brasil, atrás apenas de China e Hong Kong e à frente de economias emergentes, como Índia e Rússia, e desenvolvidas, como Coreia do Sul, entre os principais receptores de IDE nos países em desenvolvimento³⁴³.

Todas essas mudanças ensejaram, no plano interno, significativas alterações na Constituição Federal brasileira e a criação de um arcabouço regulatório para reger setores específicos da economia, a exemplo de energia, telecomunicações, petróleo e gás.

Internacionalmente, houve a assinatura, pelo Brasil, de tratados de promoção e proteção de investimentos em caráter bilateral com outras nações, conforme será analisado

³⁴¹ BAER, Werner. **A economia brasileira**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Nobel, 2009. p. 277.

³⁴² O **Consenso de Washington** tratou de uma conjugação de medidas formuladas no final da década de 1980 por economistas, capitaneados por John Williamson, que se tornou a partir de então um receituário de práticas macroeconômicas de países em desenvolvimento que passavam por dificuldades.

³⁴³ HIRATUKA, Célio; SARTI, Fernando. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Investimento direto e internacionalização das empresas brasileiras no período recente**. Texto para Discussão 1610. Brasília: IPEA, 2011. p. 12.

mais adiante neste capítulo. Também uma postura negociadora mais aguerrida nos foros multilaterais relacionados ao comércio internacional.

1.1.5. Quinto ciclo de investimentos – 2003 em diante

Em um primeiro momento, a eleição do presidente Luiz Inácio Lula da Silva causou certo temor à comunidade internacional, que receava a ruptura do modelo econômico ortodoxo estabelecido pela administração anterior. De modo mais específico, no que tange aos investidores estrangeiros ingressantes no Brasil, houve o receio quanto à possibilidade de uma reversão das políticas do governo anterior com relação às privatizações e ao modelo de concessão realizados ao longo da década de 1990.

Contudo, o que se assistiu nos anos de mandato do presidente Lula foi a manutenção dos compromissos assumidos, bem como a um forte desejo de ampliação do ingresso do capital estrangeiro no país, lastreado em amplo esforço para a promoção da internacionalização das empresas brasileiras, por meio da realização de investimentos brasileiros em terceiros países.

Ao analisar os números entre 2003 e 2010 e continuando até 2015 – considerando os mandatos da presidente Dilma Rousseff, de certo modo e no que concerne à política econômica, uma continuidade de seu antecessor –, consideradas as devidas oscilações econômicas, observou-se a continuidade do ingresso e da remessa de investimentos estrangeiros diretos para e pelo Brasil³⁴⁴. A partir de 2004, o volume de IED voltou a subir, seguindo a tendência internacional, atingindo US\$ 34,5 bilhões em 2007, e o recorde de US\$ 45 bilhões em 2008³⁴⁵.

Dados do Relatório Anual do Banco Mundial apresentado no mês de junho de 2016³⁴⁶ apontam variações crescentes no ingresso de investimento direto no Brasil, no

³⁴⁴ Sem dúvida, ressalva deve ser feita à crise econômica mundial de 2008 e à presente crise econômica pela qual o país passa, que corroboram para a performance dos números.

³⁴⁵ HIRATUKA, Célio; SARTI, Fernando. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Investimento direto e internacionalização das empresas brasileiras no período recente**. Texto para Discussão 1610. Brasília: IPEA, 2011.

³⁴⁶ UNCTAD. **World Investment Report (2016)**. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf>. Acesso em: 11 out. 2016.

intervalo que compreende os 10 (dez) anos anteriores. O Brasil figurou como 8º (oitavo) maior receptor de investimentos estrangeiros diretos entre os anos de 2014 e 2015 e também como um dos principais emissores de investimento da região. No último ano, dos IEDs direcionados às 20 (vinte) maiores economias do globo (G20), 2/3 (dois terços) desses investimentos estão concentrados em apenas 3 (três) destinos – Estados Unidos, China e Brasil.

Segundo o Relatório, no que se refere aos investimentos recebidos, o estoque de capital brasileiro, no ano de 2015, atingiu quase meio bilhão de dólares, mais de 10 (dez) vezes o valor de 1995, conforme se observa na tabela abaixo³⁴⁷.

FDI stock	1995	2012	2013	2014	2015
Brazil					
Inward	47 887	675 533	644 837	615 179	485 998
Outward	44 474	204 253	204 192	175 727	181 447

Fonte: World Investment Report 2016. Country Fact Sheets.

Observa-se ao longo de mais de um século de história que o ingresso de investimento no Brasil esteve continuamente atrelado aos atrativos econômicos que o país possui e às políticas pontualmente desenvolvidas. Também, que o arcabouço jurídico que se erigiu ao longo desse período, associado às perspectivas econômicas e de mercado, apresentou os elementos e compôs o cenário suficiente para atrair o investimento estrangeiro ao país.

1.2. O Brasil investidor – a internacionalização da indústria e do segmento de serviços

O processo de internacionalização das empresas brasileiras historicamente tem se apoiado nas relações de comércio. Costumeiramente, o contato inicial de uma empresa com o ambiente externo ocorre pelo processo de importação e exportação de bens e serviços. A figura da empresa receptora de investimentos estrangeiros e, principalmente, da companhia que realiza investimentos brasileiros no exterior, quando comparada à extensiva prática de compra e venda internacional, é bem mais recente.

³⁴⁷ A tabela apresenta os valores de ingresso e saída de investimentos no Brasil entre 1995 e 2015.

A projeção da empresa brasileira no exterior, por meio da realização de investimentos, é um processo relativamente novo e que tem ocorrido de modo tímido e concentrado em poucas empresas e setores. No segmento de serviço, destacam-se os casos das empresas de engenharia, construção civil e financeiros³⁴⁸; na área industrial, as companhias do segmento de mineração agronegócio e alguns fabricantes de bens de capital.

As primeiras iniciativas de promoção de investimentos brasileiros no exterior iniciaram-se nos anos de 1960. Os percursores nessa atividade foram a Petrobras, algumas instituições financeiras e empresas do setor de construção.

O movimento de internacionalização das empresas brasileiras, via promoção de investimentos, ganhou certo vigor apenas nos anos de 1990, expandindo-se ao longo da segunda metade dessa década, quando se buscou compensar no mercado externo a retração e o baixo dinamismo do mercado doméstico, na década de 1980. As iniciativas de internacionalização nessa fase valeram-se da abertura comercial então promovida e foram impulsionadas pelos movimentos de integração sul-americana, assim como pela política de integração sul-sul que se seguiu na década seguinte³⁴⁹.

A melhora dos indicadores financeiros e das condições de financiamento foi decisiva para suportar o novo ciclo de internacionalização das empresas brasileiras a partir de 2004, quando as iniciativas de investimento brasileiro no exterior adquiriram fôlego e as atividades de internacionalização passaram a abranger um número maior de setores industriais e de serviços, assim como maior variedade de empresas³⁵⁰.

³⁴⁸ HIRATUKA, Célio; SARTI, Fernando. IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Investimento direto e internacionalização das empresas brasileiras no período recente. **Texto para Discussão 1610**, Brasília: IPEA, p. 9, 2011.

³⁴⁹ DIAS, Augusto Cesar Arenaro e Mello; CAPUTO, Ana Cláudia; MARQUES, Pedro Henrique de Moraes. Motivações e impactos da internacionalização de empresas: um estudo de múltiplos casos na indústria brasileira. **Revista BNDES**, Rio de Janeiro, p. 141, 2012. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/bibliotecadigital>>. Acesso em: 12 out. 2016.

³⁵⁰ Segundo HIRATUKA, “A maior rentabilidade contribuiu para melhorar as condições de autofinanciamento das empresas, bem como sua capacidade de alavancagem financeira. Também foi decisiva a atuação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) na concessão de empréstimos e/ou nas operações de capitalização das empresas, sobretudo para viabilizar as operações de fusões e aquisições (F&A), o que aponta para estratégias de internacionalização mais ativas das empresas brasileiras” (HIRATUKA, Célio; SARTI, Fernando. Op. cit., p. 6).

Nessa fase, a realização de investimentos brasileiros no exterior ganha relevância e as empresas nacionais veem no mercado internacional numerosas motivações para assumir os riscos de um investimento fora de seu território.

Entre as motivações que justificavam a empreitada, destacavam-se a possibilidade de diversificar o fornecimento de matérias-primas, a busca de acesso a novas tecnologias, formas de capacitação de suas equipes, busca de eficiência para a mitigação de risco, diversificação geográfica, diferentes plataformas de exportação para o acesso a mercados, consolidação de cadeias globais de valor e, por fim, mas não menos importante, a redução do caminho para atingir o consumidor final de seus produtos e serviços³⁵¹.

As empresas brasileiras, nessa fase, seguiram a tendência observada por vários outros países emergentes, especialmente os asiáticos, de diversificar suas bases produtivas. Esse movimento foi liderado principalmente pelas grandes empresas brasileiras, algumas das quais, após sua internacionalização, passaram a disputar a liderança global em seus setores³⁵². O gráfico abaixo ilustra com nitidez o salto dos investimentos estrangeiros diretos brasileiros ocorridos a partir de 2004³⁵³.

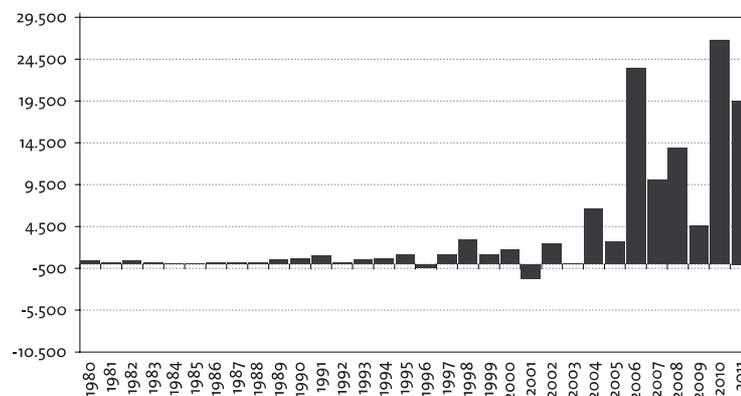
³⁵¹ Sobre esse tema, *vide* importante estudo realizado pelo BNDES, que, por meio de *survey* com algumas das principais empresas brasileiras internacionalizadas, mapeou as motivações e os impactos de sua internacionalização (DIAS, Augusto Cesar Arenaro e Mello; CAPUTO, Ana Cláudia; MARQUES, Pedro Henrique de Moraes. Motivações e impactos da internacionalização de empresas: um estudo de múltiplos casos na indústria brasileira. **Revista BNDES**, Rio de Janeiro, p. 139-180, 2012. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/bibliotecadigital>>. Acesso em: 12 out. 2016).

³⁵² HIRATUKA, Célio; SARTI, Fernando. IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Investimento direto e internacionalização das empresas brasileiras no período recente. **Texto para Discussão 1610**, Brasília: IPEA, p. 9.

³⁵³ Importante a ressalva de que as oscilações observadas entre 2008 e 2010 justificam-se, em parte, em virtude da crise econômica internacional.

Gráfico 4

Investimento brasileiro direto – participação no capital
(US\$ milhões)



Fonte: Bacen.

Contudo, a despeito dessa ampliação, o processo permaneceu ainda bastante concentrado em setores extrativos como petróleo, mineração, siderurgia, além de papel e celulose e alimentos. Também em serviços de engenharia e construção civil³⁵⁴.

O investimento brasileiro no exterior concretiza-se essencialmente sob duas formas: fusões e aquisições, os denominados investimentos *brownfield*, que representam investimentos em estruturas já em atividade ou preexistentes; ou sob a modalidade de um novo projeto ou empreendimento, os chamados investimentos *greenfields*.

Estudo abrangente realizado pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) que mapeou a atuação de 41 (quarenta e uma) empresas brasileiras transnacionais constatou que a implantação das unidades fabris de empresas brasileiras no exterior tem ocorrido, majoritariamente, sob a forma de aquisição de empresas locais. O estudo alega que “seria difícil uma expansão rápida no exterior por meio de projetos *greenfield*” e, por uma perspectiva econômica, faria mais sentido a aliança ou aquisição de uma estrutura preexistente. O mesmo estudo apontou, contudo, que outras empresas, mais conhecedoras e seguras do mercado, teriam optado por iniciar o processo do zero.

³⁵⁴ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS INDÚSTRIAS – CNI. **Os investimentos brasileiros no exterior – o desempenho exportador das empresas multinacionais brasileiras**. Brasília: CNI, 2015.

Um traço curioso do estudo é a justificativa da decisão de muitas das empresas de porque investir. A resposta comum foi ‘viabilizar o comércio o qual sem a presença comercial não seria possível’. Essas empresas afirmaram que caso o investimento não fosse realizado, seu produto ou serviço não teria condições de acessar o mercado local em razão de exigências dos governos locais, tais como conteúdo local, exigências sanitárias, barreiras tarifárias ou barreiras de outra ordem.

Nessa linha, se por um lado a demanda externa se revela um dos principais indutores da realização do investimento estrangeiro brasileiro, o cenário do país receptor desse investimento pode se apresentar um de seus principais inibidores. Talvez essa inibição revele uma grandeza de tal ordem que anule ou coloque em cheque a vantagem competitiva que esse mercado inicialmente poderia apresentar.

De todo modo, importa o destaque que mais uma vez se nota: a relação intrínseca e, em algumas circunstâncias, indissociável que há entre investimento e comércio.

2. O disciplinamento jurídico dos investimentos estrangeiros diretos no plano interno

A política e a economia impactam na instituição do direito, assim como o direito, em contrapartida, estrutura e disciplina tais expressões políticas e econômicas. O resultado simbiótico dessas instituições reflete essa interdependência³⁵⁵. Essa inter-relação resta clara na criação de um direito nacional para normatizar o ingresso de capital estrangeiro no Brasil, que se constrói de forma escalonada e gradativa, toda vez que a preocupação econômica demanda a regulação jurídica pelo Estado.

Nos tópicos abaixo, serão apresentadas as regras estatais que regulam especificamente o controle e o fluxo dos investimentos. Por escapar ao âmbito da presente tese, não serão examinadas as regras jurídicas de outra ordem como tributária, contábil ou patrimonial, que também correspondem a obrigações associadas ao investimento.

³⁵⁵ BORGES, Karla C. M. A relevância do papel da norma jurídica no sistema de comércio internacional. In: AMARAL JR; Alberto do; CELLI JR., Umberto. **A OMC: desafios e perspectivas**. São Paulo: Aduaneiras, 2016. p. 229-243.

2.1. A regulamentação brasileira sobre investimento estrangeiro direto – Constituição Federal, leis e decretos de caráter operacional

Os investimentos estrangeiros realizados no país são regulados em um primeiro momento pela Constituição Federal, que apresenta as diretrizes para a normatização do tema em sede infraconstitucional. Segundo tais ditames: “Art. 172. A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros”.

Nesses termos, o capital ingressante no Brasil é regulado pela Lei n. 4.131/1962 e pelo Decreto n. 55.762/1965, que a regulamenta. Ambos determinam que todo capital estrangeiro ingressante no país, seja recurso destinado a investimento direto ou em carteira, deve ser registrado no Banco Central do Brasil (BCB), de forma declaratória e individualizada, em moeda estrangeira ou nacional³⁵⁶. Também, que não haverá distinção de tratamento entre capital nacional e estrangeiro, visto que é assegurado ao capital estrangeiro tratamento jurídico idêntico ao capital nacional, proibida qualquer discriminação não prevista em lei³⁵⁷. Ainda, que o investidor terá liberdade para transferir os lucros, dividendos, juros e amortizações³⁵⁸.

Por oportuno, nota-se que a lei e o decreto datam da década de 1960, momento em que, conforme apontado anteriormente neste capítulo, se entendeu necessária a aplicação de lei de controle de remessa de lucros, afim de contornar o problema com o balanço de

³⁵⁶ “Artigo 1º Consideram-se capitais estrangeiros para os efeitos desta lei os bens, as máquinas e os equipamentos ingressados no Brasil que sejam destinados à produção de bens ou serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários introduzidos no País para aplicação em atividades econômicas. [...] Artigo 3º Fica instituído, na Superintendência da Moeda e do Crédito, um serviço especial de registro de capitais estrangeiros, qualquer que seja sua forma de ingresso no País, bem como de operações financeiras com o exterior, no qual serão registrados.”

³⁵⁷ “Artigo 2º Ao capital estrangeiro que se investir no País, será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas na presente lei.”

³⁵⁸ “Artigo 9º As pessoas físicas e jurídicas que desejarem fazer transferências para o exterior a título de lucros, dividendos, juros, amortizações, royalties assistência técnica científica, administrativa e semelhantes, deverão submeter aos órgãos competentes da SUMOC e da Divisão do Imposto sobre a Renda, os contratos e documentos que forem considerados necessários para justificar a remessa.”

pagamentos, assim como a implementação de políticas relativas ao capital estrangeiro, para promover o crescimento econômico interno via financiamento externo.

O procedimento de ingresso do investimento estrangeiro direto é regulamentado pela Resolução do Conselho Monetário Nacional (CMN) n. 3.844/2010 e pela Circular do BCB n. 3.689/2013.

Segundo tais regras, o residente no exterior que desejar investir no Brasil deve constituir representante no país que, juntamente com o representante da empresa receptora do investimento estrangeiro, será o responsável pelo registro da operação no Banco Central. Para que a exigência de declaração seja mandatória, referido capital deve pertencer a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior. A declaração tem função meramente declaratória e de registro.

Importante destacar, contudo, que há disposições específicas e que devem ser observadas com relação a investimentos estrangeiros em determinados setores da economia, como é o caso dos investimentos em instituições financeiras, em energia nuclear, propriedade e administração de jornais, revistas e demais publicações, assim como em redes de rádio e televisão, entre outros.

Essas restrições justificam-se ante o interesse e a necessidade do Estado de resguardar setores estratégicos da economia, conforme apontado em tópico seguinte.

Da mesma forma, para fins de controle, os capitais brasileiros no exterior estão sujeitos a declaração periódica, conforme a Resolução n. 3.854/2010, que determina a declaração anual, ao Banco Central do Brasil, dos direitos e bens detidos fora do território nacional, não excluídas as demais obrigações de ordem tributária e de outra natureza.

Tanto o registro dos capitais estrangeiros no Banco Central quanto a declaração periódica de capitais brasileiros no exterior têm por propósito o acompanhamento dos fluxos de ingresso e saída desses capitais, assim como a permanente avaliação dos seus estoques. Importante ressaltar que tal registro é meramente declaratório e não possui caráter autorizativo.

2.2. A nova ordem econômica na Constituição Federal de 1988 e a redefinição do Estado – o novo papel dos investimentos estrangeiros

A Constituição Federal de 1988, ao consolidar a nova organização política e social do país, inovou apresentando extensa orientação de natureza econômica e introduziu princípios fundamentais que passariam a pautar, sob esse prisma, a condução das relações do Estado e da vida em sociedade³⁵⁹⁻³⁶⁰.

Nas palavras do professor Eros Grau³⁶¹, “a Constituição de 1988, no seu perfil de Constituição dirigente, introduz algo de novo em relação às nossas anteriores Constituições ao institucionalizar, constitucionalmente, o Direito Econômico. Explico-me”. E segue:

A Constituição de 1988 põe o Direito Econômico a serviço da conformação da ordem econômica. Normas de Direito Econômico, a complementarem o quadro da ordem econômica (mundo do dever ser) instalada pela Constituição de 1988, são aquelas previstas nos arts. 172, 173, 174 e § 4º, art. 174, § 2º do texto constitucional, entre outras tantas. A ordenação normativa através do Direito Econômico viabiliza, assim, a fluente implementação de políticas públicas cuja realização, como vimos, constitui dever do Estado e direito reivindicável pela sociedade.

Logo no início da Carta, o artigo 1º do texto constitucional apresenta a livre-iniciativa³⁶² como um dos fundamentos do Estado brasileiro. Aponta, ainda, no artigo 3º, a construção de uma sociedade livre e justa e a garantia do desenvolvimento nacional³⁶³, entre os valores fundamentais a serem preservados.

³⁵⁹ Afirma-se, nesse sentido, que “a relação entre Constituição e Sistema Econômico ou mesmo um Regime Econômico é frequente nas constituições modernas, que contemplam pautas fundamentais em matéria econômica. Chega-se a falar que, ao lado de uma constituição política, reconhece-se a existência de uma Constituição econômica” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. Cadernos de direito constitucional e ciência política. In: MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 817).

³⁶⁰ A primeira Constituição brasileira a mencionar uma ordem econômica na vida em sociedade foi a Constituição de 1934. “Art. 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.”

³⁶¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 281.

³⁶² “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV – os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa;”

³⁶³ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

Mais adiante, o artigo 170 da Carta informa que “a ordem econômica brasileira, fundada nos valores do trabalho humano e da livre-iniciativa”, elege a soberania nacional, a propriedade privada e a livre concorrência como os princípios a reger as relações entre o Estado e privados e entre os próprios privados³⁶⁴.

Na sequência, informa, no artigo 172³⁶⁵, que a lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro. E, no artigo 173³⁶⁶, que o Brasil não intervirá na atividade econômica. Apenas explorará ele próprio, o Estado, essa atividade econômica em circunstâncias bastante específicas, a exemplo de imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, nos termos em que definidos.

Em outras palavras, a livre-iniciativa, tal como constitucionalmente apresentada, consagra a liberdade de agir e de empreender como um valor máximo da economia brasileira, celebrando a lógica do capital como uma ferramenta importante para o desenvolvimento nacional.

Nessa linha, conforme reconhece o professor José Afonso da Silva, da liberdade de iniciar algo decorrem outras importantes liberdades, como a liberdade de produzir, a liberdade de comercializar, a liberdade de contratar e também a liberdade de investir. Trata-se, em última instância, da liberdade da empresa que não reconhece restrição de acesso, organização ou contratação³⁶⁷.

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;”

³⁶⁴ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

[...]

IV – livre concorrência;”

³⁶⁵ “Art. 172. A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.”

³⁶⁶ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

³⁶⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

O direito à liberdade em seu sentido mais amplo é indissociável do direito à igualdade, ambos valores supremos consagrados pela Constituição. O valor da igualdade, expresso e defendido como valor máximo ao longo de todo o texto constitucional, refere-se não apenas ao indivíduo, mas também às empresas. A Lei Maior não estabelece distinção entre pessoas físicas ou jurídicas. Por essa razão, seria impróprio essa mesma Carta preservar em sua letra tamanha distorção.

Dessa forma, sob a justificativa de preservar a igualdade de tratamento e objetivando eliminar a distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, bem como o tratamento preferencial concedido a esta última, inclusive no que dizia respeito à aquisição de bens e serviços por parte do poder público, a Emenda Constitucional n. 6, de 1995, buscou eliminar a norma de natureza constitucional que estabelecia a exceção ao princípio da isonomia e conferia tratamento desigual às empresas brasileiras de capital nacional em detrimento das empresas brasileiras de capital estrangeiro³⁶⁸.

Referida emenda foi apresentada pelo Presidente da República, com a exposição de motivos formulada pelos Ministros da Justiça, Fazenda, Planejamento e Orçamento, Previdência e Assistência Social e Minas e Energia da época, cujo trecho transcreve-se abaixo³⁶⁹:

³⁶⁸ O artigo 171 foi eliminado por meio da Emenda constitucional n. 6, de 1995. Esse artigo informava: “Art. 171. São consideradas:

I – empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;
II – empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

§ 1º A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:

I – conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País;

II – estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:

a) a exigência de que o controle referido no inciso II do *caput* se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia;
b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno.

§ 2º Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional.

[...]” (grifos nossos)

³⁶⁹ Proposta de Emenda Constitucional n. 5/1995 (posteriormente alterada para n. 6/1995), encaminhada pela Mensagem (do Poder Executivo para a Câmara dos Deputados) n. 193/1995. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6B2981BF4F574626337150D66889DD4B.proposicoesWeb2?codteor=1242693&filename=Dossie+-PEC+5/1995>. Acesso em: 13 out. 2016.

1. Em obediência às diretrizes formuladas por Vossa Excelência no sentido do aperfeiçoamento do texto constitucional, encaminhamos a presente Emenda à Constituição Federal, que integra o conjunto de alterações necessárias à viabilização da retomada do desenvolvimento econômico e social do País.
2. A proposta tenciona eliminar a distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional e o tratamento preferencial concedido a esta última. Para tanto, firma-se conceito de empresa brasileira como aquela constituída sob as leis brasileiras e com sede e administração no País.
3. *A discriminação ao capital estrangeiro perdeu sentido no contexto de eliminação das reservas de mercado, maior inter-relação entre as economias e necessidade de atrair capitais estrangeiros para complementar a poupança interna.* Com relação ao tratamento preferencial nas aquisições de bens e serviços por parte do Poder Público, a proposta corrige imperfeições do texto constitucional, passando a favorecer os produtos produzidos e os serviços prestados no País, ao invés de empresas classificadas segundo a origem do capital. Com isso, pretende-se estabelecer um importante instrumento do poder de compra do Estado para estimular a produção, o emprego, e a renda no País (grifo nosso).

A partir dessa alteração constitucional, restou consolidada a ampla abertura para o ingresso e participação do capital estrangeiro na economia brasileira, sob o respaldo e autorização da Carta Constitucional. Restou corrigida qualquer possibilidade de distorção ou discriminação que ainda pudesse ser conferida ao capital estrangeiro, concedendo a este último acesso e tratamento isonômico em termos de investimento.

Sem dúvida permaneceu reservado ao capital nacional o investimento em setores sensíveis e estratégicos da economia brasileira, a exemplo de aviação civil e a concessão de empresas de rádio e televisão, entre outros.

A partir do texto constitucional à legislação infra legal, o arcabouço normativo brasileiro busca conferir a segurança jurídica necessária para o ingresso, a permanência e a saída do capital estrangeiro relacionado ao investimento estrangeiro direto.

2.3. Investimento estrangeiro direto – política de Estado ou de governo?

O Brasil é um Estado democrático de direito, fato que implica o reconhecimento de que sua ordem interna se rege pela supremacia da lei. Uma lei erigida de forma democrática e transparente para nortear os desígnios de uma sociedade conforme seu melhor interesse identificado pelos seus representantes.

O Estado, por sua vez, é gerido por governos que atuam de forma temporária e tomam decisões para atender à conjuntura que enfrentam e às necessidades que se apresentam em um dado momento. No entanto, os interesses a serem resguardados, estimulados, defendidos, são os interesses de uma sociedade perene.

Logo, embora as decisões e ações sejam conjunturais e, portanto, de governo, a política a ser implementada é de Estado, dadas a extensão e abrangência de suas repercussões que buscam, ao final, cumprir os ditames da Constituição Federal do Brasil.

Isso considerado, decisões referentes ao investimento estrangeiro direto brasileiro, seja como receptor ou emissor, ainda que tomadas em circunstâncias conjunturais, têm um impacto perene, razão pela qual devem ser sempre bastante refletidas e sopesadas.

Nesse contexto, a norma jurídica relacionada às decisões que disponham sobre o investimento, embora seja emanada em uma determinada conjuntura, tem efeitos que se estendem pelo tempo. Por esta razão, política de investimento embora decisão de governo, encerram regras jurídicas de Estado.

3. O Brasil e sua participação na construção do direito internacional do investimento

Ao longo da década de 1990, com a abertura da economia brasileira, o Brasil buscou inserir-se na vasta trama de acordos bilaterais até então existentes, quando negociou e assinou 14 (quatorze) Acordos de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos (APPIs).

Os acordos foram negociados e assinados com Portugal³⁷⁰, Chile³⁷¹, Reino Unido³⁷², Suíça³⁷³, França³⁷⁴, Finlândia³⁷⁵, Itália³⁷⁶, Dinamarca³⁷⁷, Venezuela³⁷⁸, República da Coreia³⁷⁹, Alemanha³⁸⁰, Cuba³⁸¹, Países Baixos³⁸² e União Econômica Belgo-Luxemburguesa³⁸³. Também no ano de 1998, houve a assinatura de uma “Declaração de Intenções” entre os governos da República Federativa do Brasil e do Canadá³⁸⁴, com vistas

³⁷⁰ Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa sobre a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos, em 9 de fevereiro de 1994. Documento disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1994/b_8/>. Acesso em: 22 out. 2016.

³⁷¹ Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Chile sobre a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos, em 22 de março de 1994. Documento disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1994/b_20/>. Acesso em: 22 out. 2016.

³⁷² Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte sobre a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos, em 19 de julho de 1994. Documento disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1994/b_42/>. Acesso em: 22 out. 2016.

³⁷³ Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça sobre a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos, em 11 de novembro de 1994. Documento disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1994/b_85/>. Acesso em: 22 out. 2016.

³⁷⁴ Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa sobre a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos, em 21 de março de 1995. Documento disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1995/b_17/>. Acesso em: 22 out. 2016.

³⁷⁵ Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Finlândia, sobre a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos, em 28 de março de 1995. Documento disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1995/b_19/>. Acesso em: 22 out. 2016.

³⁷⁶ Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Italiana, sobre a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos, em 3 de abril de 1995. Documento disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1995/b_20/>. Acesso em: 22 out. 2016.

³⁷⁷ Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Reino da Dinamarca, sobre a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos, em 4 de maio de 1995. Documento disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1995/b_33/>. Acesso em: 22 out. 2016.

³⁷⁸ Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Venezuela sobre a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos, em 4 de julho de 1995. Documento disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1995/b_51/>. Acesso em: 22 out. 2016.

³⁷⁹ Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Coreia sobre a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos, em 1º de setembro de 1995. Documento disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1995/b_69/>. Acesso em: 22 out. 2016.

³⁸⁰ Acordo entre a República Federativa do Brasil e a República Federal da Alemanha sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos, em 21 de setembro de 1995. Documento disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1995/b_73/>. Acesso em: 22 out. 2016.

³⁸¹ Acordo entre a República Federativa do Brasil e a República de Cuba sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos, em 26 de junho de 1997. Documento disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1997/b_52_2011-09-01-14-10-01/>. Acesso em: 22 out. 2016.

³⁸² Acordo de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e o Reino dos Países Baixos, em 22 de novembro de 1998. Documento disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1998/b_54/>. Acesso em: 22 out. 2016.

³⁸³ Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a União Econômica Belgo-Luxemburguesa, sobre a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos, em 6 de janeiro de 1999. Documento disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1999/b_1/>. Acesso em: 22 out. 2016.

³⁸⁴ Declaração de Intenção entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Canadá relativo à negociação de um Acordo sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos, em 15 de janeiro de 1998. Documento disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1998/b_3/>. Acesso em: 22 out. 2016.

à negociação de um acordo sobre promoção e proteção recíproca de investimento estrangeiro, que nunca avançou.

Dos esforços empreendidos nesse período, depreende-se a firme intenção dos formuladores da política comercial brasileira de lançar o país no intrincado tabuleiro de regras bilaterais de investimentos, por meio da assunção desses 14 (quatorze) compromissos mais uma declaração de intenções. Política que buscava sinalizar o alinhamento do país com o modelo de governança então predominante representado por um regimento em construção.

Contudo, com a análise madura que apenas o tempo é capaz de proporcionar, o que não resta claro hoje é o convencimento de que os formuladores da política comercial e econômica da época de fato estavam seguros quanto à real necessidade de se ter no plano externo esse tipo de liame jurídico com outros Estados. Ainda, se de fato acordos dessa natureza estimulariam o ingresso de capital no país ou, no sentido oposto, incentivariam a realização de investimentos brasileiros em outros países. Mais que isso, se os APPIs negociado e assinado representariam o melhor modelo para o Brasil.

Em fins de dezembro de 2002, na fase de transição entre os governos do presidente Fernando Henrique e Lula, quando ainda pendente a ratificação dos 14 (quatorze) tratados que tramitavam no Congresso Nacional, o Poder Executivo encaminhou mensagens à Câmara dos Deputados, solicitando a interrupção da tramitação dos acordos. Esses acordos jamais foram internalizados.

3.1. O conteúdo dos Acordos de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos assinados e não ratificados

A função de um BIT é proteger o investimento estrangeiro dos chamados riscos “não comerciais” ou políticos, por meio de dispositivos que busquem assegurar ao investidor tratamento justo e isonômico, liberdade de transferência do capital investido, compensação justa e adequada em casos de expropriação ou nacionalização e o estabelecimento de um mecanismo de solução de controvérsias para dirimir eventuais problemas que o investidor venha a enfrentar no Estado receptor.

Se por um lado o país desenvolvido busca resguardar o seu capital da ingerência do Estado receptor, por outro, o país em desenvolvimento está preocupado em criar as condições necessárias para atrair o capital estrangeiro e, justamente, estimular o crescimento econômico e o desenvolvimento de sua sociedade.

Nessa equação, o lado mais vulnerável, sem dúvida, é o país em desenvolvimento, que, em uma negociação, assumirá a posição negociadora mais flexível, quando não, aceitará as condições impostas pelo país desenvolvido.

Desde sua gênese e até os dias de hoje, a grande maioria dos acordos tem refletido, em seus compromissos, essa polarização de interesses e desequilíbrio de forças. E, não por outra razão, da própria estrutura e letra do tratado depreendem-se tais disparidades.

A razão pela qual os 14 (quatorze) acordos assinados não foram aprovados pelo Congresso brasileiro a pedido do Poder Executivo reside justamente nesta explicação: o desequilíbrio dos interesses refletido no conteúdo dos acordos afrontava a essência do Estado brasileiro e sua soberania.

Entre os dispositivos do acordo que deflagravam o problema, destacam-se 3 (três), sobre os quais brevemente se discorre: livre transferência de capitais, indenização por expropriação do investimento e possibilidade de contestação do Estado brasileiro em tribunais internacionais³⁸⁵.

Segundo o entendimento expresso à época, a preocupação com relação à transferência de capitais decorria da abrangência da definição dada ao termo investimentos, que compreendia todas as formas de ativos, englobando, mas não se restringindo a ele, o “investimento direto estrangeiro (lucros, *royalties*, juros de empréstimos, repatriação do capital investido)”, como também “recursos provenientes de empréstimos bancários e investimentos em carteira (ações, títulos, renda de capital, renda fixa, etc.), de direitos de

³⁸⁵ SCANDIUCCI FILHO, José Gilberto. O Brasil e os acordos bilaterais de investimentos. In: AMARAL JR., Alberto do; SANCHES, Michele Rattton. **Regulamentação internacional dos investimentos**: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 288.

propriedade intelectual (direitos de autor, marcas), de concessões de direito público e ainda de outras formas de investimento”³⁸⁶.

Artigo 1

Definições

Para os fins deste Acordo:

[...]

2. O termo “investimento” significa todos os tipos de haveres e inclui em particular, **ainda que não exclusivamente**: [...] ³⁸⁷

Em razão da abrangência trazida pelas “definições” do acordo, no que toca à transferência de capitais, os compromissos assumidos por meio dos APPIs seriam muito mais rígidos que os compromissos assumidos pelo Brasil, por exemplo, junto ao Fundo Monetário Internacional (FMI) ou à OMC por meio do GATS. Acordos esses que já previam o impedimento aos membros do controle cambial, bem como outros tipos de intervenções e restrições arbitrárias sobre o capital estrangeiro.

Da forma em que textualmente prevista “a livre transferência” nos APPIs, a expressão teria assumido caráter FMI e OMC “plus”, considerada a extensão das restrições que acarretaria. Em tal entendimento, caso vigente o acordo, esse dispositivo teria o potencial de limitar o exercício de políticas macroeconômicas pelo Estado brasileiro, engessar a atuação governamental em situações de problema de balanço de pagamento, bem como vedar a cobrança de tributos incidentes sobre a renda do capital, a exemplo do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) e da extinta Cobrança Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF)³⁸⁸.

Já o compromisso de indenização em caso de expropriação tratava da obrigação de pagamento “de modo imediato, em moeda conversível e livremente transferível”. Ocorre, contudo, que nas duas situações vislumbradas pela Constituição Federal em que se permite

³⁸⁶ Idem, ibidem, p. 288-294.

³⁸⁷ Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça sobre a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos, em 11 de novembro de 1994. Documento disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1994/b_85/>. Acesso em: 22 out. 2016.

³⁸⁸ SCANDIUCCI FILHO, José Gilberto. O Brasil e os acordos bilaterais de investimentos. In: AMARAL JR., Alberto do; SANCHES, Michele Rattón. **Regulamentação internacional dos investimentos**: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 288-294.

a expropriação pelo Estado, seja do imóvel territorial urbano³⁸⁹, seja do imóvel rural³⁹⁰, o pagamento é estendido no tempo e ocorre por meio de títulos da dívida pública.

Confrontando o comando constitucional com o compromisso assumido por meio do acordo, tinha-se que o dispositivo dos APPIs sobre pagamento de indenização em caso de expropriação conflitava com o texto constitucional. Exemplo é o excerto extraído do acordo assinado entre Brasil e Alemanha, no qual se lê a obrigação do Estado [que expropriar] de indenizar “imediatamente antes”, “pagamento de imediato, em moeda conversível e livremente transferível” e “acrescida de juros”.

Artigo 4

[...]

2. [...] A indenização deverá corresponder ao valor que o investimento expropriado tinha imediatamente antes da data em que a expropriação, nacionalização ou medida equivalente, já consumada ou iminente, tenha sido tornada de domínio público. A indenização deverá ser paga de imediato, em moeda conversível e livremente transferível. Será acrescida de juros à taxa Libor em vigor até a data de seu efetivo pagamento. A legalidade da expropriação, nacionalização ou medida equivalente, bem como o montante de indenização, serão suscetíveis de recurso em processo judicial ordinário³⁹¹⁻³⁹².

Por fim, o último ponto em destaque trata da “cláusula investidor-Estado”, segundo a qual, na letra dos APPIs, um investidor que discordasse de alguma medida do Estado brasileiro estaria autorizado a acioná-lo nos tribunais internacionais.

Nesse sentido, segundo a prática do direito internacional, e no melhor espírito da Doutrina Calvo, o agente econômico que vier a ter um direito seu descumprido ou não observado pelo Estado onde opera suas atividades poderá ingressar contra ele, acionando-o no sistema jurídico interno desse mesmo Estado. Outra situação seria a possibilidade de um

³⁸⁹ “Art. 182. [...] III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.”

³⁹⁰ “Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.”

³⁹¹ Acordo entre a República Federativa do Brasil e a República Federal da Alemanha sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos.

³⁹² Como se não bastasse a liberdade de transferência sem a subsunção à regra brasileira, o dispositivo do acordo acima transcrito ainda autoriza o questionamento da legalidade da decisão da autoridade nacional, assim como o montante da indenização.

Estado-membro de uma organização internacional ou acordo regional de comércio comprometer-se por meio do arcabouço regulatório dessa instituição a submeter-se ao tribunal, corte ou órgão de solução de controvérsias dessa instituição.

A inovação trazida, contudo, já pelas primeiras minutas de BITs negociadas entre os Estados trata da possibilidade de submissão a um tribunal arbitral ou mecanismo de solução de controvérsias internacional, de uma demanda entre o investidor e o Estado receptor. Há, nesse caso, a cessão parcial de soberania do Estado, que passa a se submeter à jurisdição de um foro distinto do seu sem nenhuma obrigação de discussão prévia em um tribunal interno.

Nesse sentido, o dispositivo correspondente do acordo assinado entre o Brasil e a França submetia de forma direta uma controvérsia que não houvesse sido resolvida de modo amigável, ao ICSID ou, subsidiariamente, a um tribunal *ad hoc*.

Artigo 8

[...]

Uma controvérsia não solucionada dentro do prazo de seis meses a partir do momento em que tenha sido apresentada, será submetida ao Centro Internacional para Solução de Controvérsias relativas a investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados, aberta à assinatura em Washington em 18 de março de 1965, a contar da data do dia em que a República Federativa do Brasil firmar referida Convenção.

Antes dessa data, a controvérsia será submetida a um Tribunal de Arbitragem *ad hoc*, estabelecido segundo o Regulamento da Arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL) [...].

Esse dispositivo, comum aos 14 (quatorze) APPIs negociados pelo Brasil, desafiava o texto constitucional, na medida em que colidia com um dos fundamentos da República, a soberania³⁹³. A cláusula investidor-Estado descumpria o artigo 5º, XXXV, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Ainda, nos termos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a apreciação do Judiciário constitui um poder-dever desse órgão³⁹⁴, conforme o artigo 12: “[é] competente

³⁹³ Artigo 1º, I, da Constituição Federal.

³⁹⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O esgotamento de recursos internos no direito internacional. BSB, Ed. UnB, 1984. In: AZEVEDO, Débora Bithiah de. **Os Acordos para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos Assinados pelo Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2542/acordos_promocao_azevedo.pdf?sequence=1>. Acesso em: 21 out. 2016.

a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação”.

Segundo a doutrina, a possibilidade de escolha direta da arbitragem internacional por parte do investidor significaria o abandono, por parte do Brasil, de um princípio clássico do direito internacional: a regra do esgotamento dos recursos internos. Esse princípio afirma ter o Estado o direito de sanar de modo interno um suposto ilícito antes que sua responsabilidade seja internacionalmente levantada. Nessa linha, o professor Antônio Cançado Trindade:

A aplicação da regra do esgotamento de recursos significa o respeito à soberania nacional [a regra tem a função de assegurar] certa medida de respeito pela soberania dos Estados, minimizando tensões e favorecendo as condições de intercâmbio pacífico e relações comerciais entre soberanos e Estados.

Antes mesmo da determinação do Executivo de retirar os APPIs de tramitação no Congresso Nacional, esses argumentos já se prestavam como embasamento de parlamentares que procuravam deter a aprovação desses tratados, em relatório apresentado nas comissões temáticas da Câmara dos Deputados no qual se argumentava que a “solução de controvérsias entre Estado e investidor contraria regra do direito internacional consuetudinário tradicionalmente adotada pelo Brasil, o princípio do esgotamento de recursos internos”³⁹⁵.

Uma investigação jurídica mais detida ajuda a compreender a razão pela qual se fez interromper a tramitação legislativa para a aprovação dos 14 (quatorze) acordos assinados.

Outra perspectiva a ser considerada é a econômica. A ausência de um acordo de proteção aos investimentos em décadas não representou um impedimento para o aporte do capital investidor no país.

A inexistência de acordos do gênero não tem afetado a posição do Brasil como importante receptor de investimentos internacionais, sobretudo de investimentos diretos, cujos fluxos de entrada encontram-se entre os mais altos no grupo dos países em desenvolvimento. Explicam esse notável desempenho a estabilidade das

³⁹⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Parecer da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional [ao Projeto de Decreto Legislativo n. 367, de 1996]. Exposição de Motivos do Deputado Luiz Gushiken. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, v. 60, n. 78, p. 21.693, 4 maio 2000.

regras jurídicas no âmbito doméstico e a força intrínseca que a economia brasileira passou a demonstrar a partir de 1994³⁹⁶.

Não havendo necessidade de proteger o capital brasileiro fora, não havia razões – jurídicas e econômicas – para, internamente, sustentar a assinatura de um acordo.

3.2. Problemas que o país enfrentou em decorrência da não existência de acordos

Conforme já destacado neste capítulo, o processo de internacionalização das empresas brasileiras, representado em grande medida pelo investimento direto realizado fora do país, intensificou-se ao longo da última década e meia.

Nos últimos 15 (quinze) anos, o investimento brasileiro lançou-se em território estrangeiro, adquirindo ativos, gerando empregos, transferindo tecnologia e *know-how*, produzindo riquezas, diversificando-se e estendendo a cadeia global de valor das empresas brasileiras que produzem bens e prestam serviços, muito além das fronteiras nacionais.

Ao longo dessa trajetória, os desafios têm sido muitos. Houve inúmeras dificuldades enfrentadas pelas empresas de capital brasileiro na busca de acessar o mercado estrangeiro. Em algumas circunstâncias, o investimento brasileiro não esteve protegido em sua empreitada dos riscos de natureza não comercial encontrados além de suas fronteiras.

3.2.1. Investimentos da Petrobras na Bolívia

No dia 1º de maio de 2006, o Presidente da Bolívia, Evo Morales, por meio do Decreto n. 28.701, nacionalizou as reservas de gás e petróleo e parte das ações de cinco empresas criadas a partir de um processo anterior de privatização que havia, à época, dado origem, entre outras empresas, à Petrobras Bolívia Refinación S.A.

³⁹⁶ DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. Exposição de Motivos n. 401 DSF/ARC/DE-I – MIRE – PEXT EFIN, 5 de dezembro de 2002.

Referida norma estabeleceu o controle estatal sobre essas empresas e determinou que todo gás e petróleo produzidos a partir de então deveriam ser entregues, obrigatoriamente, para a *Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos – YPFB* –, empresa estatal que havia sido refundada pelo decreto. Enquadravam-se nessas condições os campos de San Alberto e San Antonio, descobertos pela YPFB, onde a Petrobras Bolívia extraía parte do gás transportado para o Brasil pelo gasoduto Brasil-Bolívia³⁹⁷.

Na oportunidade, os jornais brasileiros noticiaram:

“A Bolívia decidiu nacionalizar a exploração dos negócios de petróleo e gás no país. O presidente Evo Morales ordenou a ocupação pelo Exército dos campos de produção das empresas estrangeiras no país, entre elas a estatal brasileira Petrobras”.

Além da Petrobras, operam na Bolívia as petrolíferas Repsol YPF (Espanha e Argentina), British Gas e British Petroleum (Reino Unido), Total (França), Dong Wong (Coreia) e Canadian Energy.

A partir de hoje as empresas estrangeiras ficam obrigadas a entregar as propriedades para a empresa estatal Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB), que assumirá a comercialização da produção, definindo condições, volumes e preços tanto para o mercado interno quanto para exportação³⁹⁸.

O país havia tomado a medida com o respaldo de sua Constituição, que já de longa data assegurava ao Estado a propriedade sobre suas jazidas de gás e petróleo de “maneira direta, inalienável e imprescritível”. O gás natural e o petróleo não foram nacionalizados em 1º de maio de 2006. Na realidade, houve a expropriação das empresas estrangeiras envolvidas na prospecção, exploração e comercialização do gás e petróleo³⁹⁹. A expropriação havia também sido legitimada pela população por meio de referendo realizado anos antes pelo presidente Carlos Meza, que questionou aos bolivianos:⁴⁰⁰⁻⁴⁰¹ “1. Você está

³⁹⁷ LIMA, Paulo Roberto Cezar. **Alterações na política de petróleo e gás da Bolívia**. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2006.

³⁹⁸ **Folha Online**, 01/05/2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u95508.shtml>>. Acesso em: 9 ago. 2016.

³⁹⁹ LIMA, Paulo Roberto Cezar. **Alterações na política de petróleo e gás da Bolívia**. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2006.

⁴⁰⁰ Essa lei tratava da possibilidade de o Estado conceder ao agente privado a exploração econômica e a distribuição dos hidrocarbonetos.

⁴⁰¹ ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. A nacionalização do gás e petróleo na Bolívia à luz do direito internacional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 101, p. 479-513, jan.-dez. 2006.

de acordo com a ab-rogação da Lei de Hidrocarbonetos n. 1.689 promulgada por Gonzalo Sánchez de Lozada? Sim ou-não”.

Venceu o sim e foi promulgada, em 2005, uma nova “Lei dos Hidrocarbonetos”. A Lei n. 3.058/2005 previu a “recuperação complementar dos hidrocarbonetos” e a nacionalização da atividade relacionada a eles. Com essa medida, o Estado boliviano passou a deter novamente o controle total sobre uma de suas principais riquezas naturais, conforme previsão constitucional e decisão soberana de sua população.

As operações da Petrobras na Bolívia ocorriam por meio de sua subsidiária, a Petrobras Internacional Braspetro BV – PIB BV –, com sede em Amsterdã, criada especificamente para estender à empresa as facilidades tributárias e decorrentes de acordos comerciais e de investimentos que beneficiavam essa jurisdição.

Entre esses acordos, destaca-se o *Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Bolivia*⁴⁰² (Tratado de Estímulo e Proteção Recíproca de Investimentos entre o Reino da Holanda e a República da Bolívia).

Esse tratado previa, em seu artigo 6º⁴⁰³, a obrigatoriedade de compensação “ao nacional que seja direta ou indiretamente privado de seus investimentos” pelo Estado receptor. E, em seu artigo 9º, apresenta mecanismos de solução de controvérsias, caso a disposição do artigo 6º não se confirme. Situação na qual, após resultar infrutífera a fase de consultas entre as partes, poderá ser instituído um tribunal *ad hoc*, ou qualquer das partes poderá submeter a contenda ao ICSID – se ambos os países forem signatários da convenção.

A Petrobras estava preservada por um acordo internacional e poderia reivindicar em uma corte internacional a justa e adequada compensação pela expropriação sofrida. A figura

⁴⁰² Esse Tratado foi assinado pelos países em 1992, entrou em vigor em 1994 e foi denunciado pela Bolívia em 2009. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/457>>. Acesso em: 25 out. 2016.

⁴⁰³ “Article 6. Neither Contracting Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, nationals of the other Contracting Party of their investments unless the following conditions are complied with: [...] (c) the measures are accompanied by provision for the payment of just compensation.” “Artigo 6. Nenhuma das Partes Contratantes tomará qualquer medida para privar, direta ou indiretamente, os nacionais da outra Parte Contratante dos seus investimentos, a menos que as seguintes condições sejam cumpridas: [...] (c) as medidas são acompanhadas por provisão para o pagamento de compensação justa.” (tradução livre)

jurídica investidora na Bolívia não era a Petrobras brasileira, mas a empresa de nacionalidade holandesa. À época da realização do investimento, a Holanda possuía um BIT em vigência com a Bolívia⁴⁰⁴.

3.2.2. Investimentos da Odebrecht no Equador

O impasse entre o governo equatoriano e a construtora Odebrecht teve início em 23 de setembro de 2008, quando Rafael Correa, presidente do Equador, assinou decreto determinando o embargo de todos os bens da construtora no país, a militarização das obras em andamento e a proibição de que funcionários da empresa deixassem o país. Presente no exterior há 6 (seis) décadas e em 21 (vinte e um) países diferentes, a Construtora Norberto Odebrecht S.A. se viu forçada, pela primeira vez, a abandonar um mercado à força.

O presidente equatoriano, Rafael Correa, ordenou no final de setembro o confisco dos bens da empresa e a militarização de suas obras, porque a Odebrecht se recusava a pagar uma indenização pelos danos que causaram a paralisação da hidrelétrica San Francisco, a segunda maior do país⁴⁰⁵.

A expulsão do país, segundo o governo equatoriano, se justificava ante os problemas na hidrelétrica de San Francisco, responsável por 12% (doze por cento) da energia do país. A usina teria tido seu funcionamento interrompido⁴⁰⁶.

Embora a construtora houvesse argumentado que durante o primeiro ano de funcionamento, no qual a usina hidrelétrica teria sido operada sob a responsabilidade do governo do Equador, a capacidade máxima exigida havia sido superior à capacidade máxima projetada, a Odebrecht ainda tentava negociar.

⁴⁰⁴ A despeito do instrumento jurídico, a empresa preferiu a solução negociada. Bolívia e Petrobras acertaram, em maio de 2007, o valor a ser pago à Petrobras pela nacionalização das refinarias. Embora inicialmente a empresa quisesse US\$ 200 milhões pelos ativos, ficou decidido em acordo que o valor de venda seria de US\$ 112 milhões. A empresa havia comprado os ativos em 1999, por US\$ 104 milhões, tendo investido US\$ 30 milhões em melhorias (**O Globo**. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL33446-9356,00.html>. Acesso em: 25 out. 2016).

⁴⁰⁵ Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/ultnot/2008/10/09/ult35u63120.jhtm>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

⁴⁰⁶ “Com uma potência prevista de 230 megawatts e com capacidade para abastecer 12% da energia do país, a central San Francisco foi construída pelo Consórcio Odebrecht – Alstom – Vatech (empresas europeias) e inaugurada em junho de 2007. A partir de junho de 2008, a San Francisco começou a apresentar falhas e logo depois foi fechada, o que, de acordo com o governo equatoriano, coloca em risco o abastecimento do país e poderia ocasionar apagões de energia” (**Valor Econômico**, 24/11/2008).

Na tentativa de sanar os problemas, a construtora ofereceu garantias que poderiam ser transferidas ao Estado, como o pagamento adiantado de uma eventual multa, caso uma auditoria internacional responsabilizasse a construtora pelas falhas encontradas na usina hidrelétrica San Francisco. A empresa também ofereceu estender a garantia das obras por mais um ano e arcar com os custos de reparação das falhas da usina.

A usina, entregue em 2007 pela Odebrecht, havia sido financiada parcialmente pelo BNDES. Alegando irregularidades no financiamento, Correa também recorreu a um organismo internacional para cancelar a dívida. O Brasil reagiu retirando o embaixador de Quito.

Em razão de sua saída às pressas, a empresa foi obrigada a demitir mais de quatro mil funcionários diretos e deixar o país com quatro obras inconclusas: o aeroporto de Tena, no interior do país; as hidrelétricas de Baba e Toachi-Pilaton e o projeto de irrigação de Carrizal Chone. A saída abrupta obrigou a empresa também a vender ou transferir equipamentos como tratores, retroscavadeiras, motoniveladoras, caminhões, automóveis e guindastes⁴⁰⁷.

Na ocasião do conflito entre o Equador e a empresa Odebrecht, o Brasil não possuía tratado ou qualquer tipo de acordo relacionado a investimento com o país. Restou à empresa negociar na medida do possível sua saída e tentar mitigar o seu prejuízo de forma dialogada. Não houve indenização. O Brasil ainda não possui nenhum tipo de acordo com o Equador.

3.2.3. Investimentos da Vale em Moçambique

A mineradora Vale é detentora da Mina de Moatize, na região de Tete, em Moçambique. A capacidade instalada estimada de produção de carvão dessa mina pode atingir onze milhões de toneladas por ano. A fim de responder à demanda desse processamento de carvão, a empresa tem investido ao longo dos anos na construção da maior

⁴⁰⁷ Valor Econômico, 24/11/2008.

central de enriquecimento de carvão de Moçambique⁴⁰⁸. Cumpre destacar que a Vale tem atuado de maneira intensa não apenas nesse país, mas de forma geral no continente africano⁴⁰⁹.

O investimento da empresa, em Moçambique, gera, contudo, certa controvérsia em razão de apresentar potencial impacto ambiental para a região. Outro ponto de atenção, é o caminho que o minério deve percorrer para ser escoado até a região portuária no litoral de Moçambique. Necessariamente, o caminho a ser percorrido deverá atravessar parte do território de Maláui, no chamado “corredor de Nacala”⁴¹⁰.

Mapa 2. Corredor de Nacala



Fonte: RTP Notícias

Na situação em questão, uma proteção efetiva ao investimento brasileiro, demandaria uma ação do Estado brasileiro não junto a um país, mas uma atuação coordenada perante dois países.

3.3. Desafios a enfrentar – a presença do investimento brasileiro no exterior

⁴⁰⁸ Disponível em: <<http://www.vale.com/mozambique/pt/business/mining/coal/moatize-coal-mine/paginas/default.aspx>>. Acesso em: 26 dez. 2016.

⁴⁰⁹ “O presidente da Vale, Murilo Ferreira, afirmou hoje que a empresa tem em sua carteira US\$ 7,7 bilhões de investimentos em projetos em nove países africanos. Durante participação em seminário no BNDES, que tem a África como tema, o executivo ressaltou a importância do continente africano na estratégia da Vale e salientou que a região deve continuar a receber atenção da empresa. ‘Nosso investimento, por exemplo, em Moçambique é altíssimo, equivale a um terço do PIB daquele país’ (Afirmção de Murilo Ferreira, Presidente da Vale).” (**Valor Econômico**, 03/05/2012).

⁴¹⁰ RTP Notícias. Disponível em: <http://www.rtp.pt/rdpafrica/noticias-africa/somague-ganha-concurso-para-corredor-de-nacala_1101>. Acesso em: 24/11/2016.

Na parte final deste capítulo foram apresentados alguns casos notórios e informações públicas e noticiadas pela imprensa. Contudo, a presença brasileira no exterior e os desafios que a empresa nacional enfrenta estão muito além do que noticiam os jornais de grande circulação.

Pequenas e médias empresas buscam empreender em terras distantes e estranhas ao seu ambiente ordinário de trabalho. Esses investimentos também requerem a proteção do Estado brasileiro.

Para os desafios de todos os tipos, o Estado buscou atuar e desenhar um modelo de acordo que compreendesse as preocupações, os receios e os interesses da empresa brasileira que investe ou pretende investir fora do país.

IV – A participação brasileira na construção de um regime internacional de investimento

Mais recentemente, sobretudo a partir de 2004, em novo contexto macroeconômico doméstico e internacional, os fluxos de saída de investimento direto passaram a ganhar importância, seguindo a tendência observada também em outros países emergentes, sobretudo asiáticos. Esse movimento foi liderado, sobretudo, por grandes empresas brasileiras, sendo que algumas passaram inclusive a disputar a liderança global em seus setores de atuação⁴¹¹.

1. Os Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFIs)

O Brasil é um dos principais receptores de investimentos do globo e, entre as principais economias⁴¹², o único país, até recentemente, não signatário de um acordo bilateral de investimento.

Historicamente, os atrativos econômicos que têm chamado a atenção do capital estrangeiro ao país e a segurança institucional e jurídica que o arcabouço regulatório do país oferece a esse capital têm sido suficientes para assegurar o conforto necessário para que o investimento estrangeiro direto para cá venha, aqui se instale e através do tempo finque raízes e permaneça.

O Brasil que necessita de um acordo que preserve investimentos não é o país receptor, e sim o Brasil investidor. Precisa de proteção o capital nacional que empreende “além-mar”, que se lança em terras estrangeiras e enfrenta os desafios de começar um negócio em um ambiente econômico e jurídico avesso e alheio às práticas e procedimentos a que se está familiarizado, cuja lógica, ambiente institucional, arcabouço regulatório e interlocução governamental são completamente estranhos ao empresário nacional e seu modo costumeiro de empreender.

Frustradas as iniciativas da década de 1990 pelos motivos e razões já apresentados, surge em meados da década seguinte uma resposta à negativa dada aos 14 (quatorze) APPIs.

⁴¹¹ HIRATUKA, Célio; SARTI, Fernando. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Investimento direto e internacionalização das empresas brasileiras no período recente**. Texto para Discussão 1610. Brasília: IPEA, 2011.

⁴¹² Os dados que corroboram com essa informação já foram apontados anteriormente neste trabalho.

Tem início, no âmbito da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), um grupo de natureza interministerial constituído especificamente para avaliar alternativas às cláusulas identificadas como “problemas” nos acordos então assinados pelo Brasil – minuta-modelo que historicamente havia se consolidado como o padrão de BIT seguido e praticado ao redor do globo.

Essa iniciativa, contudo, ganhou fôlego apenas 10 (dez) anos depois, em 2012, quando o Grupo Técnico de Estudos Estratégicos do Exterior (GTEX) da CAMEX recebeu mandato formal para desenvolver a minuta de um novo acordo bilateral de investimento.

1.1. A retomada do tema e o desenho do modelo brasileiro – as preocupações a serem endereçadas

Uma vez de posse do mandato para desenhar o novo modelo de acordo de investimento para, na sequência, dar início às negociações dos acordos, a primeira preocupação dos agentes governamentais foi fixar o objetivo a ser perseguido.

Definiu-se desde logo a prioridade: viabilizar a internacionalização das empresas brasileiras, por meio da realização de investimentos estrangeiros diretos. Para esse fim, o acordo deveria compor um mecanismo regulatório bilateral, que buscasse assegurar o acesso, o ingresso e a permanência estável do investimento brasileiro direto em outros países.

O primeiro passo para viabilizar esse processo seria dimensionar e compreender as reais necessidades e as dificuldades enfrentadas pelas empresas brasileiras que operam em solo estrangeiro. A intenção seria entender na prática e além do modelo tradicional e amplamente praticado de BIT quais os pontos de conflito enfrentados pelo investimento brasileiro direto (IBD).

Com essa finalidade, a Secretaria de Comércio Exterior Brasileiro (SECEX) deu início a uma série de consultas a empresas brasileiras, assim como a entidades representativas da comunidade empresarial, como a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) e a CNI.

Entre os questionamentos feitos constava a pergunta sobre quais os principais entraves e barreiras enfrentados no processo de internacionalização.

Para surpresa governamental, as dificuldades não compreendiam receio de expropriação ou de questões de compensação correlata ao ato de nacionalização de ativos privados pelo Estado receptor do capital ou, ainda, de exigências de desempenho ou conteúdo local associado à realização do investimento. As adversidades tinham uma natureza mais prosaica. Vistos de entrada no país, os obstáculos de acesso à legislação pertinente ao setor ou operação, as complicações para a obtenção de licenças ambientais, a dificuldade de identificação das autoridades governamentais competentes pelos assuntos afetos ao investimento no Estado receptor, os problemas de interlocução e formalização de pleitos junto a essas autoridades cujo deferimento possuem caráter condicionante à viabilidade do projeto.

A primeira constatação da SECEX, nesse sentido, foi a de que um acordo brasileiro sobre investimento deveria ir além das cláusulas do modelo tradicional de BIT para atender às demandas empresariais brasileiras e, de fato, contribuir para a resolução dos problemas associados à realização de um investimento brasileiro estrangeiro.

Entre outros pontos relevantes identificados pelas autoridades governamentais brasileiras estava a preocupação já apresentada no âmbito dos tratados de última geração que compõem o regime internacional de acordos de investimento: a calibração dos interesses.

Alerta trazido pelos países em desenvolvimento receptores de capital e tema de inúmeros contenciosos decorrentes dos acordos de investimento, o visível desequilíbrio entre os interesses dos investidores estrangeiros e dos países receptores (em desenvolvimento) tem provocado a reflexão quanto ao regime internacional de investimentos e mesmo a revisão de vários acordos.

Em sintonia com essa tendência, os formuladores da minuta do acordo brasileiro entenderam a pertinência de incorporar entre as disposições específicas do tratado a preservação do espaço para o Estado brasileiro criar normas de proteção do interesse público com relação a temas estratégicos e importantes para o país.

O aumento inesperado verificado nesse período estimulou diversas críticas sobre as limitações dos BITs, incluindo: restrições à liberdade regulatória e à capacidade dos Estados de adotarem políticas públicas; tratamento mais favorável do investidor estrangeiro em relação ao investidor nacional; [...] ⁴¹³.

Outra preocupação do governo brasileiro, novamente atento à experiência resultante das controvérsias decorrentes dos BITs, tratava justamente da prevenção e mitigação de eventuais controvérsias.

Os acordos estão sendo revisados em países em desenvolvimento e desenvolvidos (por exemplo: África do Sul, Austrália, E.U., Indonésia, etc.) [...] O aumento do litígio dificulta o desenvolvimento de relações harmoniosas de longo prazo entre os investidores estrangeiros e os países de acolhimento. [...] As empresas desejam consistência e previsibilidade. Governos, espaço político ⁴¹⁴.

Reconhecendo os limites constitucionalmente estabelecidos, segundo os quais qualquer mecanismo de solução de problemas deveria ocorrer entre os Estados signatários dos tratados, e não entre o investidor e o Estado, a autoridade governamental procurou antever, na estrutura do acordo, determinados mecanismos institucionais para evitar e mitigar conflitos decorrentes da relação de investimento.

Entende-se que a excessiva litigância resultante dos BITs prejudica tanto o ambiente de negócios e o esforço de atração de investimentos dos países em desenvolvimento [...] Nesse sentido, a prevenção de controvérsias é uma opção melhor, tanto na atração, quanto na manutenção do investimento ⁴¹⁵.

Com base em tais premissas – atenção ao interesse privado brasileiro, preocupação em preservar o espaço para atuação do Estado no que lhe for de interessante e estratégico, observância dos limites constitucionais e prevenção e mitigação de controvérsias –, desenhou-se o modelo brasileiro de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFIs).

1.2. Um acordo híbrido e em construção

⁴¹³ **Apresentação Geral do Modelo Brasileiro de Acordos de Investimentos**. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/218-negociacoes-internacionais-de-investimentos/1949-nii-acfi>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

⁴¹⁴ SOUZA, Renato Rezende de Campos (Diretor Substituto do Departamento de Negociações Internacionais do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços). **World Investment Forum 2016**, realizado em Nairóbi em julho de 2016. Documento disponível em: <http://unctad-worldinvestmentforum.org/wp-content/uploads/2015/03/Brazil_side-event-Wednesday_model-agreements.pdf>. Acesso em: 1º out. 2016.

⁴¹⁵ Idem, ibidem.

A minuta de ACFI procurou acomodar as preocupações do Estado brasileiro e as demandas do setor privado. Para tanto, seu desenho normativo apresenta dispositivos que buscam fomentar a “cooperação institucional e a facilitação dos fluxos mútuos de investimentos”. Pretendeu-se superar as dificuldades e falhas jurídicas dos BITs tradicionais; atender às necessidades dos investidores de forma concreta e pragmática; e acomodar a estratégia de desenvolvimento dos países de acolhimento⁴¹⁶.

O modelo brasileiro se estrutura em três fundamentos basilares: prevenção e mitigação de riscos, governança institucional e agendas temáticas para cooperação e facilitação dos investimentos.

A dimensão da prevenção e mitigação de riscos presente no instrumento reflete um movimento internacional que visa reduzir a exposição do investidor a riscos dos quais possam derivar a instauração de uma controvérsia entre os Estados-partes. Nesse sentido, conforme será examinado na sequência, a par dos princípios clássicos de não discriminação, o acordo apresenta disposições sobre proteção e compensação, assim como estruturas institucionais para inibir o litígio por conta de desavenças oriundas de investimentos.

O aspecto de governança reside no estabelecimento dos pontos focais ou *Ombudsman* presentes em cada um dos Estados signatários, assim como da instauração de um Comitê Conjunto intergovernamental. Segundo o entendimento posto, “essas instâncias podem ser consideradas o núcleo institucional do Acordo, pois contribuem para a concretização dos compromissos firmados e para o fortalecimento do diálogo entre as partes em matéria de investimentos”⁴¹⁷.

O caráter dinâmico e construtivo do tratado é apresentado pelas agendas de cooperação e facilitação de investimentos que buscam fomentar o ambiente favorável à realização de negócios. As agendas são construídas pelos Estados no momento da negociação do tratado “com base em seus interesses mútuos e identificados como relevantes

⁴¹⁶ SOUZA, Renato Rezende de Campos (Diretor Substituto do Departamento de Negociações Internacionais do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços). **World Investment Forum 2016**, realizado em Nairóbi em julho de 2016. Documento disponível em: <http://unctad-worldinvestmentforum.org/wp-content/uploads/2015/03/Brazil_side-event-Wednesday_model-agreements.pdf>. Acesso em: 1º out. 2016.

⁴¹⁷ **Apresentação Geral do Modelo Brasileiro de Acordos de Investimentos**. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/218-negociacoes-internacionais-de-investimentos/1949-nii-acfi>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

para a melhoria das condições de investimentos e para a superação de dificuldades pontuais de seus investidores, sempre em estrita convergência com as respectivas estratégias de desenvolvimento nacional”⁴¹⁸.

O ACFI representa, assim, um modelo híbrido de acordo de investimento que em muito difere do padrão tradicional de BIT na medida em que reflete um arcabouço regulatório que equilibra de forma singular aspectos jurídicos e políticos⁴¹⁹.

Os aspectos jurídicos estão caracterizados pelas definições, princípios, critérios, limites, estruturas e mecanismos que o tratado estabelece para regular a relação de investimento.

Os aspectos políticos estão representados pelos mecanismos de troca e diálogo institucional de natureza perene que consolidam o entendimento segundo o qual, em determinadas circunstâncias, o diálogo institucional que permite a cooperação e facilitação entre as autoridades estatais pode resultar em soluções mais eficientes para a efetiva promoção e proteção do investimento, do que a mera imposição da regra jurídica da qual derivará o litígio.

Outra inovação do modelo brasileiro trata de seu caráter dinâmico e em constante construção, representado pelas agendas temáticas. A economia muda, a política muda e o direito também precisa mudar e ser recriado para se adaptar às novas relações econômicas e políticas e, assim, atender à necessidade dos Estados e de seus investidores. Imbuída desse espírito, a agenda temática busca permitir um acordo vivo, dinâmico e em construção.

1.3. A cronologia dos acordos e os bastidores das negociações

Dos contornos geográficos do continente decorre a natural proximidade do Brasil com seus países vizinhos e a presença expressiva dos investimentos brasileiros nesses países.

⁴¹⁸ **Apresentação Geral do Modelo Brasileiro de Acordos de Investimentos.** Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/218-negociacoes-internacionais-de-investimentos/1949-nii-acfi>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

⁴¹⁹ Importante esclarecer que os BITs possuem mecanismos de consulta. No entanto, o mecanismo de permanente troca institucional entre os estados signatários confere ao ACFI caráter mais equilibrado entre aspectos jurídicos e políticos do acordo, especialmente no que toca à solução de controvérsias.

Reconhecendo a instabilidade política e econômica de alguns países da região, e dada a ausência de um acordo de investimento que resguarde os interesses privados, as empresas brasileiras têm-se valido do *treaty shopping*, mecanismo que consiste na estruturação de operações por meio do estabelecimento de empresas subsidiárias em terceiros países signatários de acordos de investimento⁴²⁰. (Cumpra esclarecer que esse expediente também é utilizado para se valer de jurisdições tributárias menos onerosas para o negócio da empresa.)

A presença das empresas brasileiras também se destaca no continente africano, consequência das riquezas minerais e oportunidades de negócios que muitos de seus países oferecem. Fruto também das escolhas das administrações Lula e Dilma quanto à condução da política externa sul-sul que, em certa medida, contaminou a política comercial e de investimento⁴²¹.

Apresentadas essas premissas, a racionalidade determinou que as negociações tivessem por alvo, em um primeiro momento, os países do continente africano e os países do continente sul-americano.

As negociações foram iniciadas em fins de 2013 e o primeiro acordo foi assinado em março de 2015, com Moçambique⁴²². Sucederam-se, ainda nesse ano, as assinaturas dos

⁴²⁰ Essa foi a escolha da Petrobras quanto a seu investimento na Bolívia.

⁴²¹ Importante esclarecer a crítica feita. Em termos pragmáticos, política externa não se confunde com política comercial, e esse tem sido um erro crasso cometido pelos últimos governos. Comércio e investimento demandam pragmatismo e estratégia, que, embora se relacionem com a atuação e a gestão da política internacional pelo Estado brasileiro, com elas não se confundem.

⁴²² **Apresentação Geral do Modelo Brasileiro de Acordos de Investimentos**, constante do site da SECEX. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/comercio-externo/negociacoes-internacionais/218-negociacoes-internacionais-de-investimentos/1949-nii-acfi>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

acordos com Angola⁴²³, México⁴²⁴, Malauí⁴²⁵, Colômbia⁴²⁶ e Chile⁴²⁷. No ano de 2016, no âmbito de ampliação do Acordo Econômico-Comercial Brasil-Peru, assinou-se o ACFI com o Peru.

Os 6 (seis) acordos até o momento assinados aguardam aprovação pelo Congresso Nacional brasileiro.

Segundo informações governamentais, as tratativas sobre um ACFI com a Índia já resultaram na rubrica de minutas, devendo em breve ocorrer a etapa de assinatura do acordo, e as negociações com a Jordânia se encontram em estágio avançado. Conversações também já foram iniciadas com Japão, Coreia, África do Sul, Marrocos, Argélia, Catar, Cingapura, Nigéria, Omã, República Dominicana, Tunísia e Vietnã. Contatos preliminares também já foram estabelecidos com Rússia e China.

2. A estrutura atípica e inovadora dos ACFIs – além das cláusulas clássicas

Os novos acordos assinados pelo Brasil apresentam, entre suas cláusulas, disposições típicas da estrutura dos BITs, entre as quais preâmbulo, definições conceituais que tratam do propósito e escopo, cláusulas de não discriminação, assim como aspectos relacionados à transferência de recursos, critérios de compensação e expropriação, transparência e mecanismos de solução de conflitos.

⁴²³ Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola, assinado em 1º de abril de 2015. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-o-governo-da-republica-federativa-do-brasil-e-o-governo-da-republica-de-angola/>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

⁴²⁴ Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos Mexicanos, assinado em 26 de maio de 2015. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-a-republica-federativa-do-brasil-e-os-estados-unidos-mexicanos/>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

⁴²⁵ Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República de Malauí, assinado em 25 de junho de 2015. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-a-republica-federativa-do-brasil-e-a-republica-do-malau/>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

⁴²⁶ Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República da Colômbia e a República Federativa do Brasil, assinado em 9 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-a-republica-da-colombia-e-a-republica-federativa-do-brasil/>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

⁴²⁷ Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Chile, assinado em 23 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-a-republica-da-colombia-e-a-republica-federativa-do-brasil/>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

De outro modo, o ACFI brasileiro inova ao privilegiar os aspectos anteriormente destacados e que compreendem a prevenção e mitigação de riscos, governança institucional do acordo e agendas temáticas para cooperação e facilitação dos investimentos, além de incluir dispositivos sobre responsabilidade social e corporativa, bem como outros dispositivos, a depender do acordo. É o que se passa a investigar.

2.1. Cláusulas padrão de acordos de investimento

2.1.1. Preâmbulo

Em linhas gerais, os preâmbulos dos 6 (seis) acordos assinados até o momento seguem em uma direção semelhante:

Reconhecer o papel do investimento na promoção do desenvolvimento sustentável, do crescimento econômico, da redução da pobreza, da criação de empregos, da expansão da capacidade produtiva e do desenvolvimento humano e entender que o estabelecimento de uma parceria estratégica entre as Partes, em matéria de investimentos, trará benefícios amplos e recíprocos⁴²⁸.

Para esse fim, inovam ao propor ferramentas para o estreitamento dos contatos entre o setor privado e os governos dos dois países, bem como “criar um mecanismo de diálogo técnico e iniciativas governamentais que contribuam para o aumento dos investimentos mútuos”⁴²⁹. Reforçam, nesse sentido, a importância de fomentar um ambiente transparente, ágil e amigável para os investimentos mútuos.

Em linha com as novas tendências, o preâmbulo já sinaliza o que será aprofundado na sequência, o direito das Partes de legislar em matéria de investimentos e de adotar novas regulamentações sobre o tema, com a finalidade de cumprir os objetivos de sua política nacional. O início de cada acordo já traz o destaque da preservação do espaço para os países realizarem suas políticas públicas.

⁴²⁸ ACFI Brasil – Angola. Preâmbulo.

⁴²⁹ ACFI Brasil – Malawi. Preâmbulo.

O acordo com o México é o único que faz referência em seu preâmbulo à palavra “proteger” associada ao termo “promover”, talvez representando um resquício da prática tradicional dos BITs.

Ainda em linha com a tendência da nova geração de tratados, os acordos com Colômbia e Chile fazem menção à obrigação de “investidores e respectivos investimentos manterem conduta socialmente responsável e contribuir para o desenvolvimento sustentável de ambas as Partes”⁴³⁰.

2.1.2. Cláusulas que determinam o escopo e apresentam as definições

Os dispositivos pertinentes dos acordos informam que seu objeto é facilitar e fomentar os investimentos recíprocos. Com exceção dos tratados com Angola e Malawi, os demais acordos estendem-se aos investimentos realizados antes e depois de sua entrada em vigor⁴³¹. Fato que denota a preocupação brasileira em procurar resguardar, dentro do possível, investimentos brasileiros anteriores ao acordo.

Determinam, ainda, que os direitos e benefícios de uma Parte não se limitarão aos garantidos pela legislação vigente no território de outra Parte ou pelo direito internacional, sem prejuízo dos compromissos assumidos por meio do TRIMS na OMC.

No que toca ao conceito de investimento⁴³², como regra, os ACFIs adotam um entendimento abrangente no que se refere ao universo dos investimentos diretos.

⁴³⁰ ACFI Brasil – Chile. Preâmbulo.

⁴³¹ ACF Brasil – Colômbia. “Art. 2º 1. Este Acordo aplica-se a todos os investimentos realizados antes ou depois de sua entrada em vigor.”

⁴³² ACFI Brasil – Chile. “Artigo 1º. 1.4 ‘Investimento’ significa um investimento direto, ou seja, todo ativo de propriedade ou controlado, direta ou indiretamente, por um investidor de uma Parte, estabelecido ou adquirido de conformidade com o ordenamento jurídico da outra Parte, no território dessa outra Parte, que permita exercer a propriedade, o controle ou um grau significativo de influência sobre a gestão da produção de bens ou da prestação de serviços no território do Estado Anfitrião, incluindo em particular, mas não exclusivamente: (a) uma empresa; (b) ações, capital ou outros tipos de participação no patrimônio ou capital social de uma empresa; (c) títulos, debêntures, empréstimos ou outros instrumentos de dívida de uma empresa, independentemente do prazo de vencimento inicial, mas não incluindo, no caso do Brasil, um instrumento de dívida ou um empréstimo a uma empresa do Estado que não desenvolva atividades econômicas em condições de mercado e, no caso do Chile, um instrumento de dívida emitido por uma empresa do Estado ou um empréstimo a uma empresa do Estado; (d) direitos contratuais, incluindo contratos de ‘turnkey’, construção, gestão, produção, de concessão, de partilha de receitas e outros contratos similares; (e) licenças, autorizações, permissões e direitos similares outorgados de conformidade com a legislação interna do Estado Anfitrião; (f) direitos de propriedade

Compreende, nesse sentido, qualquer tipo de bem ou direito pertencente ou controlado direta ou indiretamente por um investidor de uma das Partes no território da outra Parte, “com o propósito de estabelecer relações econômicas duradouras e destinado à produção de bens e serviços”⁴³³.

Entre os tratados até agora assinados, a única definição diversa do termo investimento é trazida pelo acordo com Angola, que expressamente afirma que os termos “investimento, investidor e outras definições inerentes a esta matéria serão reguladas pelos respectivos ordenamentos jurídicos das Partes”⁴³⁴.

Como regra, a abordagem de lista estabelecida designa os tipos de investimentos abrangidos e implica, necessariamente, uma lista finita de ativos que se qualificam para a proteção de tratado. O que não estiver incluído não será considerado um investimento coberto. O que estiver expressamente excluído também. Nessa linha, tem-se, por exemplo, a exclusão dos investimentos em carteira. Como esse tipo de investimento não foi expressamente mencionado, depreende-se sua exclusão da lista. Dessa exclusão deriva o entendimento de que os Estados objetivaram reduzir a exposição mútua a reivindicações múltiplas⁴³⁵.

Com relação ao conceito de investidor, conforme a prática tradicional, os ACFIs incluem os dois tipos de pessoa em sua definição, as naturais e as jurídicas, e o critério adotado para a qualificação é o da nacionalidade. Nesse caso, os nacionais de uma Parte, sem outras qualificações, serão considerados investidores. Da mesma forma será considerada empresa nacional a companhia que tiver sua sede, o que implica poder decisório, no território do país.

intelectual tal como definidos ou referidos no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio da Organização Mundial do Comércio (TRIPS); (g) direitos de propriedade, tangíveis ou intangíveis, móveis ou imóveis, e quaisquer outros direitos reais, como hipoteca, penhor, usufruto e direitos similares;”

⁴³³ Expressão padrão nos acordos.

⁴³⁴ ACFI Brasil – Angola. Artigo 3.

⁴³⁵ ACFI Brasil – Chile. “Art. 1º 1.4.1. Para maior certeza, ‘Investimento’ não inclui: (a) as operações de dívida pública; (b) uma ordem ou sentença emitida em uma ação judicial ou administrativa; (c) os investimentos de portfólio; e (d) as reclamações pecuniárias decorrentes exclusivamente de contratos comerciais para a venda de bens ou serviços por parte de um investidor no território de uma Parte a um nacional ou uma empresa no território da outra Parte ou a concessão de crédito no âmbito de uma transação comercial.”

2.1.3. Padrões de tratamento

De modo diverso dos BITs, 5 (cinco) dos 6 (seis) ACFIs assinados até o momento não apresentam disposições expressas sobre nação mais favorecida e tratamento nacional. O modelo brasileiro aborda a questão da não discriminação por meio de termos como “criar condições favoráveis”, “conduzir negócios em condições não menos favoráveis” que as condições oferecidas para o investidor doméstico.

Trazem ainda o esclarecimento de que tais disposições não poderão ser interpretadas como uma forma de estender ao nacional do Estado-parte benefício, preferência ou privilégio resultante de zonas de livre-comércio, uniões aduaneiras ou mercados comuns dos quais as Partes sejam membros ou venham a aderir⁴³⁶.

A exceção é trazida pelo último acordo, entre Brasil e Peru, que, sob o artigo 4.4 e a insígnia “Tratamento Nacional e Não Discriminação”, claramente descreve os padrões típicos de proteção MFN e de TN.

Cautela adicional é encontrada nos ACFIs com o México, Colômbia e Chile⁴³⁷, que limitam as obrigações de não discriminação, não as estendendo a eventuais soluções de controvérsias a que esses Estados venham a compor com terceiros países no âmbito de outros acordos de investimento. Contudo, se, por um lado, essas disposições preservam o Brasil via regra MFN, por outro expõem os países na medida em que não fizeram constar essa cláusula

⁴³⁶ ACFI Brasil – Moçambique. “Artigo 11 Tratamento aos Investidores e Investimentos – 1. Cada Parte, nos termos de seu ordenamento jurídico, deve permitir e encorajar a realização de investimentos da outra Parte no seu território e criar condições favoráveis para tais investimentos. 2. Cada Parte, observada a legislação aplicável, permitirá aos investidores da outra Parte estabelecer investimentos e conduzir negócios em condições não menos favoráveis que as disponíveis para outros investidores domésticos. [...] 4. O presente artigo não deverá ser interpretado como uma obrigação a uma Parte para conceder a investidores da outra Parte, no que tange a seus investimentos, benefício de qualquer tratamento, preferência ou privilégio resultante de quaisquer zonas de livre comércio, uniões aduaneiras ou mercados comuns existentes ou futuros de que cada Parte seja membro ou a que venha a aderir.”

⁴³⁷ ACFI Brasil – Colômbia. Artigo 5º Não Discriminação. [...] 3. Este Artigo não deve ser interpretado como: a) uma obrigação de uma Parte para dar ao investidor da outra Parte ou a seus investimentos o benefício de qualquer tratamento, preferência ou privilégio decorrente de: (i) disposições relativas à solução de controvérsias em matéria de investimentos constantes de um acordo internacional de investimentos; ou (ii) qualquer acordo comercial internacional, tais como uma organização de integração econômica regional, área de livre comércio, união aduaneira ou mercado comum, presente ou futuro, do qual uma das Partes seja membro ou a que venha aderir no futuro; b) a possibilidade de invocar, na solução de controvérsias, padrões de tratamento contidos em um acordo internacional de investimentos com um terceiro.”

nos ACFIs de Moçambique, Angola e Malawi, acordos que não limitaram as obrigações MFN e sujeitam suas partes a uma eventual invocação em controvérsias futuras.

No que toca, ainda, aos padrões de tratamento, notam-se ausentes nos ACFIs cláusulas típicas dos BITs que historicamente têm sido objeto de controvérsia entre Estados e investidores. Notadamente, os dispositivos pertinentes ao tratamento justo e equitativo e a cláusula guarda-chuva. A exclusão do primeiro deve se justificar, provavelmente, em razão do caráter subjetivo e amplo que possui e, conseqüentemente, de difícil negociação e interpretação. Já do segundo, em decorrência da abrangência e insegurança subjacente que traz⁴³⁸.

Por outro lado, a ausência desses dispositivos que, em essência, tratam da proteção – o quanto mais ampla possível –, denota o entendimento de que a minuta brasileira de acordo de investimento não enfatiza proteção, mas sim a facilitação e cooperação. Enfatiza a resposta do Brasil às questões controversas e conflituosas de padrões de tratamento e aponta a alternativa que o ACFI brasileiro pretendeu oferecer para o tema.

O padrão adotado pelos ACFIs busca assegurar tratamento igualitário sem que se confira excesso de proteção; visa não discriminar e neutralizar qualquer tipo de tratamento vantajoso ou preferencial sem que se crie distorção.

2.1.4. Liberdade de transferência

Os acordos de investimento assinados estabelecem a ampla liberdade de transferência de recursos pelo investidor e, buscando especificidade, discriminam em cláusula específica os tipos de recurso a que fazem referência⁴³⁹.

⁴³⁸ Para o entendimento conceitual com relação a essas cláusulas, *vide* Capítulo III. 3. desta tese.

⁴³⁹ ACFI Brasil – Moçambique. “Artigo 14 – Transferências. 1. Cada Parte permitirá a transferência de recursos relacionados ao investimento, atendidos os procedimentos de registros e autorizações estabelecidos pela legislação das Partes, a saber: i. o capital inicial ou qualquer capital adicional destinado à manutenção ou à ampliação do investimento; ii. rendimentos diretamente relacionados ao investimento; iii. o produto da venda ou liquidação total ou parcial do investimento; iv. as amortizações de empréstimos diretamente relacionados ao investimento e os respectivos juros; v. o valor da indenização, em caso de desapropriação ou de utilização temporária do investimento de um investidor da outra Parte por parte do Estado da Parte receptora daquele investimento; quando a indenização for paga em títulos, o investidor da outra Parte poderá transferir ao exterior o valor que vier a auferir com a alienação dos mesmos títulos. 2. Nenhuma disposição do presente Acordo

A exceção ao livre fluxo desses recursos é feita de modo geral para situações de problema de balança de pagamento, cuja previsão consta em todos os ACFIs, e para situações específicas como insolvência, falência e obrigação de cumprimento de decisão judicial, conforme trazido por acordos com México e Malawi⁴⁴⁰. Circunstâncias nas quais já se tem consolidada essa espécie de permissão para restringir⁴⁴¹.

No que toca à transferência de recursos e, dada a sensibilidade do tema, entendeu-se necessária a inserção deste tópico, também, na agenda temática dos acordos assinados com determinados países, com vistas a conferir maior operacionalidade aos procedimentos de transferência⁴⁴².

2.1.5. Dispositivo sobre expropriação e compensação

Observando a prática internacional e mesmo a gênese dos acordos de investimento, os ACFIs recém-assinados trazem cláusula que autoriza a expropriação pelo Estado receptor. Exceção feita aos acordos com Colômbia e Chile, que trazem o termo expresso em cláusula específica, as disposições sobre o tema nos demais tratados estão inseridas sob a rubrica “mitigação de riscos”.

As cláusulas de desapropriação ou expropriação franqueiam, em circunstâncias de utilidade ou interesse público, de modo não discriminatório e em conformidade com o

afetar o direito de uma Parte de adotar medidas regulatórias relacionadas a balança de pagamentos durante crises de balança de pagamentos, nem afetar os direitos e as obrigações dos membros do Fundo Monetário Internacional contidos no Convênio Constitutivo do Fundo, sobretudo a utilização de medidas cambiais que estejam em conformidade com as disposições do Convênio.”

⁴⁴⁰ ACFI Brasil – Moçambique. “Artigo 14 – Transferências. [...] 2. Não obstante o disposto no parágrafo 1, uma parte poderá impedir a realização de uma transferência, através de aplicação equitativa, não discriminatória e de boa-fé de suas leis relativas: a) falência, insolvência ou proteção de direito de credores; b) infrações penais ou administrativas; c) relatório de transferência de divisas ou outros instrumentos monetários; d) garantia de cumprimento de decisões jurisdicionais.”

⁴⁴¹ Acordos multilaterais como o TRIMS, e a miríade de BITs, sinalizam sua permissão, nesse sentido.

⁴⁴² ACFI Brasil – Moçambique. “Agendas Temáticas para Cooperação e Facilitação 1. Pagamentos e transferências i. A cooperação entre as respectivas autoridades financeiras terá como objetivo facilitar a remessa de divisas e capitais entre as Partes, dentro do quadro legal aplicável. ii. A cooperação entre autoridades monetárias tratará, entre outros, dos temas previamente identificados pelos Banco Central do Brasil (BCB), Agência Brasileira de Cooperação (ABC) e Banco de Moçambique nas seguintes áreas: gestão de riscos; sistema de pagamentos; inclusão financeira; auditoria interna; gestão documental, de contratos e patrimônio; planejamento estratégico e recursos humanos; ou novos temas a serem futuramente acordados.”

princípio do devido processo legal, a nacionalização de ativos privados pelo Estado receptor do investimento. Prevê, para tanto, a obrigação de o Estado expropriador compensar de forma “adequada e efetiva” (ACFIs Moçambique e Malawi), “justa” (ACFI Angola), “efetiva” (ACFI Colômbia e Peru), com o “valor justo” (ACF Chile) o investidor alvo da expropriação.

A indenização a que refere deverá ser paga “sem demora e em conformidade com a legislação da Parte receptora”, o que autoriza, no caso brasileiro, o pagamento por meio de precatórios ou títulos da dívida pública, conforme determinação constitucional. Este é um elemento bastante importante, na medida em que supera conflito levantado nos 14 (quatorze) APPIs não ratificados, que, em seu dispositivo congênere, exigia “pagamento em moeda conversível”.

Aspecto de relevância e que merece atenção é o esclarecimento constante no acordo com o Chile, que expressamente dispõe se tratar o dispositivo de “expropriação direta”, situação na qual “um investimento é nacionalizado diretamente mediante a transferência formal do título ou do direito de domínio”⁴⁴³. Os demais acordos não trazem dispositivo assertivo nesse sentido nem estabelecem qualquer distinção quanto ao tipo de expropriação que tratam.

Entende-se que a omissão expressa do termo “indireta” oferece margem a certa inquietação. O tema expropriação indireta está relacionado ao espaço reservado pelos Estados para a realização de suas políticas públicas; e a questão de estabelecer uma expropriação indireta sem prejudicar o direito dos Estados de regulamentar seu interesse público tem sido um dos problemas mais desafiadores nos últimos anos.

Recupera-se aqui conceito apresentado no Capítulo II deste trabalho, segundo o qual “expropriação indireta ocorre quando se tem uma medida ou uma série de medidas tomadas pelo Estado receptor que têm efeito equivalente a uma expropriação direta, na medida em que retira do proprietário a efetividade de seu direito sobre a propriedade, ainda que retenha o título legal ou permaneça com sua a posse física”.

⁴⁴³ “Artigo 7º [...] 5. Para maior certeza, este Artigo só prevê a expropriação direta, em que um investimento é nacionalizado ou de outro modo expropriado diretamente mediante a transferência formal do título ou do direito de domínio.”

A prática recente quanto à criação de tratados tem observado o desenvolvimento de disposições detalhadas relativas à expropriação indireta⁴⁴⁴. Dada a inexistência de uma definição uniforme sobre quais medidas conferem o caráter de expropriação indireta a uma ação governamental, muitos acordos têm adotado a abordagem de esclarecer de forma detalhada o conceito, a fim de evitar problemas e definir os limites.

Ciente do receio que esta questão possa causar, a opção estatal foi não definir e deixar aberta a definição de expropriação nos ACFIs, com a intenção de não limitar a ação estatal para a realização de políticas públicas. Contudo, acredita-se que a segurança jurídica para a ação estatal decorrerá exatamente do apontamento claro de que a disposição do acordo faz referência apenas à expropriação direta, tal qual no ACFI Chile.

2.1.6. A questão da transparência

Dispositivo padrão de acordos de investimento, essa cláusula presente em todos os ACFIs busca conferir clareza quanto às leis, regulamentos, procedimentos e resoluções administrativas dos países, a fim de assegurar e previsibilidade e segurança jurídica para o investimento⁴⁴⁵. Para essa finalidade, inclusive, o acordo prevê a institucionalização dessa transparência, por meio dos pontos focais.

⁴⁴⁴ *“Mexico-United Kingdom BIT (2006) Article 7. Expropriation “Investments of investors of either Contracting Party shall not be nationalized or expropriated, either directly or indirectly through measures having effect equivalent to nationalization or expropriation (‘expropriation’) in the territory of the other Contracting Party except for a public purpose, on a non-discriminatory basis, in accordance with due process of law and against compensation...”*. “Os investimentos de investidores de qualquer das Partes Contratantes não serão nacionalizados ou expropriados, direta ou indiretamente, por meio de medidas de efeito equivalente a nacionalização ou expropriação (‘expropriação’) no território do Estado de São Paulo. Outra Parte Contratante, exceto para fins públicos, de forma não discriminatória, de acordo com o devido processo legal e contra compensação...” (tradução livre)

⁴⁴⁵ ACFI Brasil – Malauí. “Artigo 11. Transparência– 1. Em consonância com os princípios deste Acordo, cada Parte deverá assegurar que todas as medidas que afetem os investimentos sejam administradas de maneira razoável, objetiva e imparcial, em conformidade com seu ordenamento jurídico. 2. Cada Parte garantirá que suas leis e regulamentos relativos a qualquer assunto compreendido neste Acordo, em especial em matéria de qualificação, licença e certificação, publiquem-se sem demora, e, quando for possível, em formato eletrônico. 3. Cada Parte deverá empregar seus melhores esforços para permitir oportunidade razoável aos interessados para que se manifestem sobre as medidas propostas. 4. As Partes darão devida publicidade ao presente Acordo junto dos seus respectivos agentes financeiros, públicos e privados, responsáveis pela avaliação técnica de riscos e aprovação de financiamentos, créditos, garantias e seguros afins para investimentos destinados ao território da outra Parte.”

2.2. Cláusulas específicas do modelo brasileiro

Os ACFIs buscaram repensar a tradicional lógica de acordos de investimentos, desenhando um mecanismo cuja confecção, negociação e implantação demanda maior engajamento dos atores privados que gravitam em torno do tema, assim como dos Estados envolvidos na relação.

Algumas das inovações trazidas pelos ACFIs, conforme já referido, refletem uma tendência internacional de mais governança e menos litigância no trato do tema. Aspectos ilustrados nas disposições a seguir analisadas.

2.2.1. Responsabilidade social e corporativa

As disposições sobre responsabilidade social e corporativa incluídas no ACFI seguem as inclinações mais recentes dos BITs e sinalizam o comprometimento do Brasil exportador de capital com a recalibração do equilíbrio entre Estado receptor e investidor⁴⁴⁶.

Reforçando o entendimento de que a dimensão mitigação do risco é a melhor forma de estabelecer e tornar perene uma relação de investimento, os acordos de brasileiros trazem a sinalização de comprometerimentos nessa seara para o investidor que transcendem, por vezes, o ambiente meramente corporativo.

De modo voluntário, os ACFIs propõem o estímulo e empenho de esforços na assunção de compromissos que refletem engajamento em domínios como direitos humanos, meio ambiente, comunidades locais, boas práticas corporativas, *standards* trabalhistas, entre outras práticas⁴⁴⁷. Digno de nota é o fato de que o nível de comprometimento do modelo brasileiro é mais extenso que o normalmente praticado.

⁴⁴⁶ De modo mais recente, os acordos de comércio com capítulos de investimento como o TPP e o acordo Canadá e União Europeia (CETA), assim como os tratados de investimento, a exemplo de Canada-Burkina Faso, *Foreign Investment Promotion and Protection Agreement* (FIPA), trazem referências explícitas a compromissos de responsabilidade social e corporativa.

⁴⁴⁷ ACFI Brasil – Angola. “ANEXO II. RESPONSABILIDADE SOCIAL E CORPORATIVA. Os investidores e seus investimentos desenvolverão os seus melhores esforços para observar os seguintes princípios voluntários e padrões para uma conduta empresarial responsável e consistente com as leis adotadas

Do ponto de vista dos interesses da Parte receptora, o Acordo também permite incentivar padrões de responsabilidade social, ambiental e corporativa por parte dos investidores e de seus investimentos. Ao estimular a adoção de um elevado grau de práticas empresariais socialmente responsáveis, o ACFI contribui para qualificar os investimentos realizados e para aumentar os benefícios ao desenvolvimento sustentável da comunidade local e do Estado que os recebe⁴⁴⁸.

O engajamento do acordo brasileiro ganha ainda mais relevância quando se recorda que parcela importante do capital exportador brasileiro exerce atividades severamente impactantes ao meio ambiente e a comunidades tradicionais nos países que o recebem, além de oferecer alto índice de periculosidade para os trabalhadores que emprega, a exemplo da mineração e das atividades de construção civil.

Embora haja críticas⁴⁴⁹, com relação à linguagem aberta e pouco mandatória do acordo, que se valeria de verbos como “estimular”, “fomentar”, “incentivar” compromissos nessa área, é de se reconhecer e louvar o esforço do negociador brasileiro em inserir o tema na discussão. Mais que isso, sua sensibilidade em entender que na linguagem negocial e na letra dos tratados, quão mais hermética a linguagem, mais inócua sua aplicação. Justamente o aspecto de o ACFI trazer verbos abertos e não mandatórios é que se poderá caminhar para o gradativo engajamento do setor privado, a fim de atingir a efetividade a que se almejou.

pelo Estado Parte receptor do investimento: i. Respeitar a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável e encorajar a utilização de tecnologias que não agridam o meio ambiente, de acordo com as políticas nacionais das Partes, de modo a incentivar o progresso econômico, social e ambiental; ii. Respeitar os direitos humanos daqueles envolvidos nas atividades destas empresas, em conformidade com as obrigações e os compromissos internacionais da Parte receptora; iii. Estimular o fortalecimento das capacidades locais, através de uma estreita cooperação com a comunidade local; iv. Incentivar a formação do capital humano, criando em particular oportunidades de empregos e facilitando o acesso dos trabalhadores à formação profissional; v. Observar as legislações relativas à saúde, à segurança, ao meio-ambiente e aos padrões laborais comerciais ou industriais; vi. Abster-se de procurar ou aceitar isenções que não estejam estabelecidas na legislação da Parte receptora em relação ao meio ambiente, à saúde, à segurança, ao trabalho, aos incentivos financeiros ou a outras questões; vii. Apoiar e manter princípios de boa gestão corporativa, assim como desenvolver e aplicar boas práticas de gestão corporativa; viii. Desenvolver e aplicar práticas autorreguladas eficazes e sistemas de gestão que fomentem uma relação de confiança mútua entre as empresas e as sociedades nas quais realizam as suas operações; ix. Promover o conhecimento dos trabalhadores quanto à política empresarial mediante a apropriada difusão desta política, recorrendo inclusive a programas de formação profissional; x. Abster-se de ação discriminatória ou disciplinar contra os trabalhadores que fizerem relatórios graves à direção ou, quando apropriado, às autoridades públicas competentes, sobre práticas que transgridam a lei ou violem os padrões de boa gestão corporativa aos quais a empresa estiver submetida; xi. Encorajar, quando possível, os sócios empresariais, incluindo provedores e serviços terceirizados, a aplicarem princípios de conduta empresarial em conformidade com os princípios previstos neste artigo; xii. Respeitar os processos e atividades políticas locais.”

⁴⁴⁸ **Apresentação Geral do Modelo Brasileiro de Acordos de Investimentos**. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/218-negociacoes-internacionais-de-investimentos/1949-nii-acfi>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

⁴⁴⁹ BORGES, Caio. Acordos à brasileira. **Valor Econômico**, 29/05/2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/opiniaio/4072416/acordos-bilaterais-brasileira>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

Em que pese a crítica recebida, esta tese entende que, ao sinalizar certo nível de comprometimento com o país receptor, já bastante além da prática corriqueira nessa seara, o ACFI aponta uma vantagem competitiva para o investidor brasileiro, em face de seus concorrentes internacionais.

2.2.2. A governança institucional no acordo

Um dos pilares em que se assenta o ACFI é a governança institucional entre os Estados com vista à cooperação e facilitação quanto ao investimento e temas correlatos, prevenção e mitigação de conflitos e construção de uma agenda dinâmica entre os parceiros do acordo.

O propósito maior dos mecanismos é o fomento da gestão institucional na matéria, por meio do estabelecimento de foro específico e de canais técnicos que atuem como facilitadores entre os governos e o setor privado⁴⁵⁰.

2.2.2.1. O Comitê Conjunto

O Comitê Conjunto, composto por representantes governamentais de ambas as Partes, possui entre suas atribuições a função de realizar o monitoramento da implementação do acordo celebrado entre as Partes, compartilhar oportunidades de investimento, coordenar as agendas temáticas comuns, assim como atuar de forma conjunta para prevenir controvérsias e propor, quando o caso, a solução amigável de eventuais disputas envolvendo os investimentos⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ ACFI Brasil – Angola. “Artigo 17. Disposições Finais e Transitórias 1. Considerando a amplitude temática que as questões relativas a investimentos demandam, as Partes concluem que o propósito maior da criação dos Comitê Conjunto e Pontos Focais mencionados é o fomento da gestão institucional na matéria, por meio do estabelecimento de foro específico e de canais técnicos que atuem como facilitadores entre os governos e o setor privado.”

⁴⁵¹ ACFI Brasil – Colômbia. “Artigo 16. Comitê Conjunto para a Administração do Acordo 1. Para fins deste Acordo, as Partes estabelecem um Comitê Conjunto para a gestão deste Acordo (doravante designado ‘Comitê Conjunto’). 2. Esse Comitê Conjunto será composto por representantes dos Governos de ambas as Partes, designados por seus respectivos Governos, por meio de notificação à outra Parte, no prazo mais breve possível depois da entrada em vigor do Acordo. 3. O Comitê Conjunto reunir-se-á nas datas, nos locais e pelos meios que as Partes acordarem. As reuniões serão realizadas pelo menos uma vez por ano, com presidências

Ao Comitê Conjunto é conferida a prerrogativa de convidar o setor privado e a sociedade civil, quando o caso, para que apresentem seus pontos de vista sobre as questões específicas, resolver amigavelmente quaisquer questões ou controvérsias sobre os investimentos e desenvolver, se o caso, regras complementárias de solução de controvérsias arbitrais entre Estados.

Segundo convencionado, os comitês de cada ACFI criarão de forma conjunta e acordada a regulamentação que pautará suas atividades. Como os acordos aguardam ainda a ratificação pelo Congresso Nacional brasileiro, assim como pelas contrapartes, ainda levará certo tempo para entender como a estrutura se constituirá e a dinâmica institucional que assumirá.

De todo modo, digno de nota é o fato de que, para a boa gestão institucional da iniciativa e o cumprimento do papel para o qual foi proposta, é essencial a participação em caráter não eventual, mas sim permanente e peremptório do setor privado de ambos os lados e por ambas as representações dos comitês. Nada mais coerente, visto que é em razão da atuação desse privado que o comitê e mesmo o acordo têm sua razão de ser. E é por meio desse privado que o acordo se abastece compondo a agenda temática e permanentemente se constrói.

2.2.2.2. O Ombudsman

A inspiração para a instituição desse mecanismo veio da experiência coreana. Em decorrência dos problemas resultantes da crise financeira asiática de 1997, o país iniciou

alternadas entre as Partes a cada reunião. 4. O Comitê Conjunto terá as seguintes atribuições e competências: (a) Supervisionar a implementação e execução deste Acordo; (b) Discutir e compartilhar oportunidades de investimentos em seus territórios; (c) Coordenar a implementação da Agenda para Cooperação e Facilitação de Investimentos; (d) Convidar o setor privado e a sociedade civil, quando seja aplicável, para que apresentem seus pontos de vista sobre as questões específicas relacionadas com os trabalhos do Comitê Conjunto; (e) Resolver amigavelmente quaisquer questões ou controvérsias sobre os investimentos; (f) Desenvolver, se for o caso, regras complementárias de solução de controvérsias arbitrais entre Estados, estabelecidas no Artigo 23; e (g) Analisar, caso a caso, quando uma das Partes, sem que se encontre fundamento na utilidade pública ou no interesse social, adote uma medida que impacte economicamente de forma grave um investimento de um investidor da outra Parte. 5. As Partes poderão estabelecer grupos de trabalho *ad hoc*, que se reunirão conjunta ou separadamente do Comitê Conjunto. 6. O setor privado poderá ser convidado a integrar os grupos de trabalho *ad hoc*, quando assim autorizado pelo Comitê Conjunto. 7. O Comitê Conjunto elaborará seu próprio regulamento interno.”

uma série ajustes estruturais em seus setores estratégicos e, como parte relevante do programa de reforma, promulgou, em novembro de 1998, a Lei de Promoção do Investimento Estrangeiro (FIPA), com o objetivo de recuperar a confiança dos investidores estrangeiros e, via de consequência, atrair investimentos⁴⁵².

A lei foi alterada em dezembro de 2000, com o objetivo de adaptar-se às mudanças regulatórias e corrigir problemas aparentes em sua aplicação. Entre o conteúdo alterado consta a “a introdução do *Ombudsman* de investimento estrangeiro e fortalecendo o sistema de notificação de restrições ao investimento estrangeiro”.

O “*Ombudsman* de Investimento Estrangeiro” foi idealizado para lidar com reclamações específicas apresentadas pelos investidores estrangeiros que atuavam ou pretendiam ingressar na Coreia. Essa estrutura trabalharia em conjunto com o escritório de promoção de investimentos, *Invest Korea*, a fim de compor uma espécie de “serviço de balcão único” para os investidores estrangeiros.

O *Ombudsman* do Investimento Estrangeiro coreano tem sua delegação do Presidente da República da Coreia sob recomendação do Ministro do Comércio, Indústria e Energia, com base na deliberação do Comitê de Investimento Estrangeiro. Entre suas atribuições está a resolução de consultas e reclamações. Para tanto, recebe e analisa as informações sobre os problemas que as empresas estrangeiras enfrentam e recomenda a execução de providências às agências administrativas relevantes. Propõe, ainda, ações para melhorar o sistema de promoção do investimento estrangeiro e realiza outras atividades necessárias para apoiar as empresas estrangeiras que atuam ou pretendem atuar no país⁴⁵³. Outro ponto de relevância do mecanismo é a facilidade de acesso ao *Ombudsman* por meio de plataforma digital que, além do acesso fácil, desburocratiza a atuação do investidor, informando desde logo procedimentos, cronogramas e oferecendo uma base de busca sobre a normativa no país⁴⁵⁴.

⁴⁵² OECD Working Papers on International Investment 2013/02. NICOLAS, Françoise; THOMSEN, Stephen; BANG, Mi-Hyun. **Lessons from Investment Policy Reform in Korea**. 2013. Disponível em: <http://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/lessons-from-investment-policy-reform-in-korea_5k4376zqcpf1-en>. Acesso em: 14 nov. 2016.

⁴⁵³ Informações disponíveis em: <<http://ombudsman.kotra.or.kr/eng/index.do>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

⁴⁵⁴ Idem.

A iniciativa funcionou e seu sucesso se constata ante o fato de que desde sua criação não houve um único caso de disputa de investidor-Estado envolvendo a Coreia⁴⁵⁵. De forma inovadora, a ideia coreana demonstrou que o diálogo organizado e estruturado, por vezes, se prova uma via mais eficaz que a beligerância jurídica dos contenciosos para a resolução de conflitos decorrentes de investimentos.

Baseado na inovação coreana, o ACFI brasileiro introduz na nova sistemática de acordos que propõe, também, a figura do *Ombudsman*, cuja finalidade é atuar como facilitador na relação entre investidores e o governo do país receptor. Sua função é compor um meio adicional de diálogo e apoio governamental com a intenção de “incrementar o ambiente” para a realização e manutenção do investimento.

Os 6 (seis) ACFIs até o momento assinados trazem disposições bastante semelhantes com relação à figura do *Ombudsman*⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ Segundo menciona o **Working Paper** já referenciado, “a Coreia é agora internacionalmente reconhecida pelo seu sólido ambiente para investimento estrangeiro direito e considera-se que a figura do *Ombudsman* tenha contribuído criticamente para o resultado. 1 Globalmente, o *Ombudsman* como um centro de resolução de queixas e um órgão de representação para investidores os estrangeiros tem desempenhado um papel vital na melhoria do ambiente de negócio na Coreia para esses investidores. O *Ombudsman* da Coreia é considerado um exemplo de boas práticas por muitas organizações internacionais e governos estrangeiros” (OECD Working Papers on International Investment 2013/02. NICOLAS, Françoise; THOMSEN, Stephen; BANG, Mi-Hyun. **Lessons from Investment Policy Reform in Korea**. 2013. Disponível em: <http://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/lessons-from-investment-policy-reform-in-korea_5k4376zqcpf1-en>. Acesso em: 14 nov. 2016).

⁴⁵⁶ ACFI Brasil – México. “Artigo 15 . Pontos Focais ou ‘Ombudsman’ 1. Cada Parte designará um Ponto Focal Nacional ou ‘Ombudsman’, que terá como função principal dar apoio aos investidores da outra Parte em seu território. 2. No caso da República Federativa do Brasil, o ‘Ombudsman’ será estabelecido na Câmara de Comércio Exterior – CAMEX. 3. No caso dos Estados Unidos Mexicanos, o Ponto Focal será estabelecido na Comissão Nacional de Investimentos Estrangeiros. 4. O Ponto Focal Nacional ou ‘Ombudsman’, entre outras atribuições, deverá a) esforçar-se para atender às diretrizes do Comitê Conjunto e interagir com o Ponto Focal Nacional da outra Parte, observando os termos deste Acordo; b) interagir com as autoridades governamentais pertinentes para avaliar e recomendar, quando adequado, as sugestões ou reclamações recebidas pelo Governo e investidores da outra Parte, informando ao Governo, ou investidor interessado, acerca dos compromissos derivados de tais sugestões ou reclamações; c) prevenir disputas e facilitar a sua resolução, em coordenação com as autoridades governamentais e em colaboração com entidades privadas pertinentes; d) prestar informações tempestivas e úteis às Partes sobre questões normativas relacionadas a investimentos em geral ou a projetos específicos; e e) relatar ao Comitê Conjunto suas atividades e ações, quando aplicável. 5. Cada Parte elaborará o regulamento interno para o funcionamento do seu Ponto Focal Nacional ou ‘Ombudsman’, prevendo expressamente, quando cabível, prazos para a execução de cada uma das suas atribuições e competências. 6. Cada Parte designará como seu Ponto Focal ou ‘Ombudsman’ apenas um órgão ou autoridade, que deverá responder com celeridade às comunicações e solicitações do Governo e dos investidores da outra Parte. 7. As Partes deverão prover os meios e os recursos para que o Ponto Focal Nacional ou ‘Ombudsman’ possa desempenhar suas funções, bem como garantir seu acesso institucional aos demais órgãos governamentais envolvidos na aplicação do presente Acordo.”

Em linhas gerais, informam que cada Parte apontará o ponto focal para fornecer apoio, em seu território, aos investidores da outra parte. O *Ombudsman* deverá atuar em consonância com o Comitê Conjunto, assim como interagir com as autoridades governamentais de cada Estado-parte afim de avaliar, recomendar e responder temas e preocupações recebidos pelo governo e investidores da outra Parte.

Da mesma forma, o *Ombudsman* terá a atribuição de prevenir disputas e facilitar sua resolução, em coordenação com as autoridades governamentais e em colaboração com entidades privadas pertinentes, bem como prestar informações “tempestivas e úteis” sobre matérias normativas relacionadas a investimentos em geral ou a projetos específicos. Sua regulamentação caberá a cada Estado-parte.

No Brasil, o Decreto n. 8.863, de 28 de setembro de 2016, estabeleceu o *Ombudsman* de Investimentos Diretos (OID), cuja função será prestar apoio aos investidores, atender a consultas e buscar soluções para questionamentos vinculados a ACFIs em vigor⁴⁵⁷.

Estabelecido no âmbito da CAMEX⁴⁵⁸, o *Ombudsman* integrará a estrutura da Secretaria Executiva da Câmara e estará sob a supervisão do Conselho de Ministros⁴⁵⁹.

Será composto, também, por uma “Rede de Pontos Focais”, que compreenderá órgãos e entidades da administração pública e de entidades paraestatais, a serem definidos pelo regimento do OID, e daqueles indicados por Unidades da Federação⁴⁶⁰. O caráter matricial da estrutura, caracterizado pela extensão entre os diversos órgãos da administração federal e pela capilaridade entre as diversas unidades da federação, é o item novo e inovador da proposta⁴⁶¹.

Nessa estrutura, representantes dos ministérios, entidades estaduais, municipais ou distritais poderão ser convocados a compor o Grupo de Solução de Questionamento (GSQ), sempre que necessária a instituição deste para assistir ao OID na resposta a questionamento

⁴⁵⁷ Artigo 2º do Decreto n. 8.063/2016.

⁴⁵⁸ Artigo 1º do Decreto n. 8.063/2016.

⁴⁵⁹ Artigo 3º do Decreto n. 8.063/2016.

⁴⁶⁰ Artigo 3º, IV, do Decreto n. 8.063/2016.

⁴⁶¹ Artigo 3º, IV, § 1º, do Decreto n. 8.063/2016.

apresentado por investidor estrangeiro, no que se refere à legislação ou aos procedimentos administrativos aplicados⁴⁶².

Ainda cedo para dizer, pois os acordos são recentes e o decreto, ainda pendente de regulamentação, ainda está sem funcionalidade. Contudo, a estrutura matricial do *Ombudsman*, sob a coordenação da Secretaria Executiva da CAMEX, além de conferir transparência, capilaridade e, imagina-se, agilidade ao mecanismo de consulta e difusão de informação, poderá representar um dos pilares da funcionalidade do acordo; na medida em que, se espera, a governança e a articulação institucional poderão atuar como instrumentos facilitadores do acesso ao investimento. Será necessário aguardar os desdobramentos que se seguirão para fazer uma análise mais contundente do mecanismo.

2.2.3. Prevenção e solução de controvérsias

A solução de controvérsias estabelecida de modo direto entre o investidor estrangeiro e o Estado receptor de investimento, embora opção preferida pelos investidores, visto que inibe a proteção diplomática e também os sistemas internos de solução de controvérsias nos tribunais do Estado receptor, não mais é vista como o meio mais adequado de se endereçar os conflitos de investimento. Reflexões e análises que vêm sendo promovidas apontam nessa direção⁴⁶³.

Com efeito, decisões proferidas em inúmeros contenciosos resultaram em falta de consistência legal, apresentaram conceitos vagos e trouxeram um pesado custo financeiro dos procedimentos de arbitragem, assim como altas compensações para os Estados. Algumas dessas decisões, também, têm sinalizado restrição à discricionariedade regulatória dos Estados e representado baixa proteção efetiva ao investimento e altos custos políticos⁴⁶⁴.

While the current system of investment treaty arbitration has definitely improved upon the “gunboat diplomacy” used at times to address disputes between states and foreign investors, there are signs that reform is needed: states and investors

⁴⁶² Artigo 7º, §§ 1º, 2º e 3º, do Decreto n. 8.063/2016.

⁴⁶³ As palestras do **World Investment Forum 2016**, realizado em Nairóbi, apresentam reflexões nesse sentido.

⁴⁶⁴ SOUZA, Renato Rezende de Campos (Diretor Substituto do Departamento de Negociações Internacionais do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços). **World Investment Forum 2016**, realizado em Nairóbi em julho de 2016. Documento disponível em: <http://unctad-worldinvestmentforum.org/wp-content/uploads/2015/03/Brazil_side-event-Wednesday_model-agreements.pdf>. Acesso em: 1º out. 2016.

*increasingly express concerns regarding the costs associated with the arbitration process, some states refuse to comply with arbitral awards, other states hesitate to sign new bilateral investment treaties, and citizens have begun to engage in popular unrest at the prospect of investment treaty arbitration. As a result, both investors and states are advocating for the use of mediation to supplement investor-state arbitration*⁴⁶⁵.

A observância dessa realidade somada às restrições legais internas que impedem a contraposição do investidor ao Estado brasileiro estimulou a busca de um modelo alternativo pelas autoridades governamentais brasileiras, no que toca à solução de controvérsia. Surge, dessa feita, uma minuta híbrida que prima pela prevenção, sem deixar de endereçar, sempre que a situação demandar, a efetiva solução jurídica da controvérsia.

O modelo brasileiro procura enfatizar o diálogo estruturado e a negociação promovida pelos Estados, representados na estrutura do acordo, pelo Comitê Conjunto. Parte-se do entendimento segundo o qual as vantagens da negociação superam as da solução arbitrada em controvérsia e que esse expediente representa uma opção mais rápida e menos dispendiosa.

Ao priorizar o diálogo em contraposição ao litígio, o modelo busca preservar a relação negocial. Na medida em que os governos dos Estados-partes atuam na interlocução e busca de uma solução consensual, preserva-se a relação de investimento que, por sua própria natureza, deve ser duradoura e de longo prazo. Outro fator positivo que decorreria do mecanismo de diálogo trata da permanente construção da relação de confiança entre as Partes, em oposição ao desgaste gerado pelo litígio.

Em que pese a busca pela solução dialogada, o litígio não é uma opção desconsiderada no ACFI. A atuação articulada dos pontos focais “entre si e com o Comitê Conjunto” visa “prevenir, gerir e resolver eventuais disputas entre as Partes”⁴⁶⁶. Todavia, esgotadas as tentativas de solução negociada, a arbitragem será instalada.

⁴⁶⁵ “Embora o sistema atual de arbitragem de tratados de investimento tenha definitivamente melhorado a ‘diplomacia de canhões’ usada às vezes para lidar com disputas entre estados e investidores estrangeiros, há sinais de que uma reforma é necessária: estados e investidores expressam cada vez mais preocupações quanto aos custos associados à arbitragem, alguns estados se recusam a cumprir com as concessões arbitrais, outros estados hesitam em assinar novos tratados de investimento bilateral, e os cidadãos começaram a perder sua tranquilidade receosos de uma arbitragem de tratados de investimento. Como resultado, tanto os investidores como os estados vêm defendendo o uso da mediação como forma complementar à arbitragem entre investidores e estados” (tradução livre) (WELSH, Nancy; SCHNEIDER, Andrea Kupfer. *The Thoughtful Integration of Mediation into Bilateral Investment Treaty Arbitration*. **Harvard Negotiations Law Review**, 2013. Disponível em: <file:///Users/karlaborges/Downloads/SSRN-id2297650.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2016).

⁴⁶⁶ Expressões trazidas pelos ACFIs.

As únicas exceções à possibilidade de solução arbitral são apresentadas pelos ACFIs Colômbia⁴⁶⁷, Chile⁴⁶⁸ e Peru⁴⁶⁹ que estabelecem:

Não poderão ser objeto de arbitragem o Artigo 13 (Responsabilidade Social Corporativa), o parágrafo 1 do Artigo 14 (Medidas sobre Investimentos e Luta contra a Corrupção) e o parágrafo 2 do Artigo 15 (Disposições sobre Investimento e Meio Ambiente, Assuntos Trabalhistas, Saúde e Segurança).

De modo geral, conforme a racionalidade dos acordos, “antes de iniciar eventual procedimento arbitral, qualquer disputa entre as Partes deverá ser avaliada, por meio de consultas e negociações, e examinada, preliminarmente, pelo Comitê Conjunto”⁴⁷⁰.

Por meio da sistemática estabelecida, uma Parte poderá submeter uma questão específica de interesse de um investidor à outra Parte. Será conferido um prazo para resposta e, sempre que necessário, serão promovidas reuniões com a presença de representantes do investidor interessado, das entidades governamentais ou não governamentais envolvidos na medida ou situação objeto de consulta.

Caso não seja possível solucionar a disputa, as Partes poderão recorrer a mecanismos de arbitragem entre Estados, submetendo a questão a um tribunal arbitral *ad hoc*, de acordo com as disposições do tratado.

De outro modo, as Partes poderão optar por submeter a controvérsia a uma instituição arbitral permanente para a solução de controvérsias em matéria de investimentos. Nesse sentido, os acordos mais recentes apontam as regras da UNCITRAL como o procedimento a ser observado para os casos em que a arbitragem for adotada.

Os ACFIs mais recentes trazem procedimentos mais detalhados, apresentando, caso do ACFI Brasil-Chile, anexo específico que trata do termo de referência dos tribunais arbitrais, critérios para a composição dos tribunais e a seleção de árbitros, parâmetros para a confecção e posterior cumprimento do laudo arbitral.

⁴⁶⁷ ACFI Brasil-Colômbia, Artigo 23.3.

⁴⁶⁸ ACFI Brasil-Chile, Anexo I, artigo 1.2.

⁴⁶⁹ ACFI Brasil-Peru, Artigo 2.21.3.

⁴⁷⁰ Explicação presente em todos os seis ACFIs.

2.2.4. As Agendas Temáticas de Cooperação e Facilitação do Investimento

As agendas representam parte substancial das inovações propostas pelo modelo brasileiro de acordo. Buscam oferecer respostas a questões de natureza mais prática e burocrática que, por vezes, impedem, atrasam ou oneram em demasia a concretização do investimento brasileiro.

O sucesso dessa iniciativa reside na interação e interlocução próxima e permanente entre o público e o privado. Sem os elementos trazidos pela empresa investidora, o Estado brasileiro não tem material para negociar junto a sua contraparte estatal uma solução para facilitar ou alavancar a realização do negócio.

Para que as agendas de cooperação e facilitação sejam construídas, portanto, é essencial criar mecanismos permanentes de consulta e proximidade entre o negociador estatal e o investidor privado. Da mesma forma, é necessária a difusão do esclarecimento quanto ao propósito dos acordos, além de, eventualmente, uma ferramenta que esclareça ao investidor a natureza da informação que ele pode apresentar ao agente governamental abalizado para negociar uma solução para sua dificuldade ou entrave.

Apenas dessa forma, haverá condições de gradualmente construir os compromissos específicos entre as Partes, e detalhá-los em anexos ou protocolos adicionais ao acordo. Fato é que, para a consolidação dos ACFIs como um modelo alternativo ao que se tem, de um instrumento dinâmico e em construção, além de uma resposta pragmática aos anseios do investidor, é essencial o diálogo fluido e permanente com o setor privado.

Os acordos até o momento assinados destacam aspectos *sui generis* de cada relação bilateral. No ACFI Brasil-Angola, por exemplo, destaca-se a necessidade de cooperação e facilitação em diversas frentes, entre as quais pagamentos e transferências, a questão de vistos de trabalho, a preocupação com a transparência e os procedimentos atinentes à legislação ambiental e regulamentação técnica, além da preocupação com o aprimoramento logístico e de transporte e com o número de rotas de voos⁴⁷¹.

⁴⁷¹ ACFI Brasil – Angola. “Anexo I – Agendas Temáticas para Cooperação e Facilitação 1. Pagamentos e transferências. A cooperação entre as respectivas autoridades financeiras terá como objetivo facilitar a remessa

De modo geral e considerando os demais acordos, a experiência até agora observa que os temas de interesse têm abrangido preocupações relacionadas à remissão de divisas, emissão de vistos de negócios, regulação técnica e ambiental, intercâmbio institucional para regulação setorial, bem como outras formas de cooperação.

2.2.5. Interação com o setor privado

Aspecto relevante e que enfatiza o contato permanente e natural entre os Estados e os agentes privados diz respeito ao dispositivo que trata do compromisso de disseminar, nos setores empresariais pertinentes, as informações de caráter geral sobre investimentos, quadros normativos e oportunidades de negócio no território da outra Parte⁴⁷².

de divisas e capitais entre as Partes, dentro do quadro legal aplicável. 2. Vistos. i. As Partes saúdam a assinatura do Protocolo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola sobre Facilitação de Vistos que a extensão do prazo de validade; b. a extensão do período de estadia; c. o direito a múltiplas entradas; e d. a celeridade nos procedimentos para concessão. ii. Em conformidade com as legislações domésticas, cada Parte procurará facilitar a livre circulação de gestores, executivos, funcionários qualificados dos agentes econômicos, entidades, empresas, investidores da outra Parte e outras pessoas físicas que desejem entrar no seu território e aí permanecer com o propósito de realizar atividades ligadas a investimentos. iii. Quando possível e conveniente, as respectivas autoridades migratórias das Partes procurarão atualizar um entendimento comum de modo a aprofundar os esforços para a redução de prazos, requisitos e custos para eventual concessão do visto apropriado para o investidor da outra Parte. iv. As Partes notificarão o Comitê Conjunto sobre quaisquer alterações nas respectivas legislações domésticas, em matéria de vistos de negócios, e efetuarão esforços, no âmbito do Comitê Conjunto, para promover avanços em matéria de facilitação de vistos de negócios, nos termos previstos neste Anexo. 2. Legislação ambiental e regulamentos técnicos. i. Respeitadas as legislações domésticas, as Partes tornarão mais expeditos, transparentes e ágeis os procedimentos para emissão de documentos, licenças e certificados afins necessários ao pronto estabelecimento e manutenção dos investimentos das Partes. ii. Quaisquer consultas das Partes, e também de seus respectivos agentes econômicos e investidores em matéria de registro comercial, exigências técnicas e normas ambientais receberão tratamento diligente e tempestivo da outra Parte. 3. Cooperação em matéria de legislação sectorial e intercâmbios institucionais i. As Partes promoverão a cooperação institucional para a troca de experiências na elaboração e implementação de legislação setorial. ii. As Partes procurarão promover a cooperação tecnológica, científica e cultural mediante a implementação de ações, programas e projetos para o intercâmbio de conhecimentos e experiências, de acordo com seus interesses mútuos e estratégias de desenvolvimento. iii. As Partes acordam que o acesso e a eventual transferência de tecnologia serão realizados, na medida do possível, em conformidade com o entendimento das Partes de modo a contribuir com o efetivo comércio de bens, serviços e os investimentos relacionados. iv. As Partes procurarão fomentar, coordenar e implementar ações de cooperação para capacitação de mão de obra por meio de maior interação entre as instituições nacionais competentes. v. As Partes acordam criar foros de cooperação e troca de experiências de economia solidária, avaliando mecanismos de fomento a cooperativas, programas de agricultura familiar e outros empreendimentos econômicos solidários ligados aos investimentos realizados ou a realizar. vi. As Partes promoverão a cooperação institucional para maior integração logística e de transportes, de modo a abrir novas rotas aéreas e incrementar, quando possível e conveniente, as suas conexões marítimas e frotas mercantes. vii. As Partes procurarão ainda promover a cooperação institucional para o desenvolvimento e planejamento energético, inclusive na gestão de entidades transfronteiriças, além de modelos de preservação ambiental, e gestão de carbono e água. viii. O Comitê Conjunto poderá identificar outros setores de interesse mútuo para cooperação em matéria de legislação setorial e intercâmbio institucional.”

⁴⁷² ACFI Brasil – Chile. “Artigo 22. Reconhecendo o papel fundamental que desempenha o setor privado, cada Parte disseminará, nos setores empresariais pertinentes da outra Parte, as informações de caráter geral sobre investimentos, marcos normativos e oportunidades de negócio em seu território.

3. Sinalizações e desafios – como seguir adiante

Como os acordos estão pendentes de ratificação e parte de sua regulamentação ainda será editada, é difícil prever nesse momento como esse desenvolvimento acontecerá. Em que pese, contudo, essa constatação, algumas sugestões podem ser apontadas.

A primeira constatação quanto ao resultado do acordo, dependerá de sua aceitação pelos demais estados e sua consolidação como uma minuta diferenciada. Fato que ocorrerá na medida em que mais acordos forem negociados e o modelo de ACFI, ou de suas cláusulas, passar a ser adotado por outros países⁴⁷³.

No que toca aos padrões de tratamento adotados pelos ACFIs, idealmente buscou-se assegurar tratamento igualitário sem que se conferisse excesso de proteção. Da mesma forma, procurou-se não discriminar e neutralizar qualquer tipo de tratamento vantajoso ou preferencial sem que se criasse distorção. A intenção está colocada. O tempo dirá se as disposições restaram claras e acuradas o suficiente ou se a prática demandará ajuste e, talvez, mais clareza no estabelecimento de regras MFN e TN. Os últimos acordos assinados já sinalizam maior precisão quanto aos termos, quando comparados aos primeiros tratados.

O acordo não define de forma expressa o conceito de expropriação, exceção feita ao ACFI Colômbia, que afirma se aplicar tão somente às expropriações diretas. A sugestão que se apresenta, para os próximos ACFIs, é a reflexão sobre a relevância de um apontamento claro do que se entende por expropriação indireta ou, de outro modo, que o dispositivo faça referência apenas à expropriação direta.

A linguagem sobre a responsabilidade sociocorporativa no acordo é ampla e aberta. Menciona a ideia de “melhores esforços” com uma forma de engajamento, sem que isso se configure em um comprometimento mandatório. Contudo, será necessário observar como esse engajamento se concretizará na prática ao longo da vigência de cada ACFI, aplicado a cada uma das relações bilaterais de investimento.

Sempre que possível, cada Parte dará publicidade sobre este Acordo a seus agentes financeiros públicos e privados, responsáveis pela avaliação técnica dos riscos e pela aprovação dos empréstimos, créditos, garantias e seguros relacionados com o investimento no território da outra Parte.”

⁴⁷³ Recente acordo assinado pelo México com o Kuwait já traz disposições adotadas do ACFI.

A respeito das agendas temáticas, seu sucesso e permanente construção dependerão de um mecanismo permanente e descomplicado de trocas de informação e consulta a ser realizada entre o governo brasileiro e seus agentes privados.

Quanto à gestão institucional, será importante acompanhar a criação do Comitê Conjunto e de natureza bilateral para cada ACFI e sua dinâmica de funcionamento, assim como a organização da governança intragovernamental (ministérios e agências) e da governança intraníveis (municipal-distrital/estadual/federal). Visto se tratar de um aspecto importante para a condução e estabilização do acordo.

Por fim, sobre a solução de controvérsias, optou-se por estabelecer um mecanismo preventivo ao conflito jurídico. Em um primeiro momento, a dimensão política que compreende o diálogo e a negociação; em sequência o aspecto jurídico a que trata do arbitramento do conflito para sua resolução.

O desafio, doravante, será equilibrar as duas dimensões e conferir a solução que o investidor, de modo pragmático, célere e não oneroso, demanda. Para tanto, o *Ombudsman* e o Comitê Conjunto de cada acordo deverão buscar um modo sistematizado de atuação; e o governo brasileiro, uma maneira organizada e coordenada intragoverno para, sempre que for o caso, atuar em nome e com o setor privado.

CONCLUSÕES

Certos teóricos, ao justificar as razões pelas quais os Estados criam regimes internacionais, apresentam duas explicações: a primeira delas, de natureza realista, informa que “os regimes são as formas pelas quais estados hegemônicos afirmam seu poder, a fim de avançar seus próprios interesses e, desta forma, preservar um ganho relativo sobre outros países”⁴⁷⁴. A outra explicação reside na crença de que, ao compor estruturas de cooperação, por meio de regimes jurídicos, os estados conseguirão avançar com seus próprios interesses⁴⁷⁵.

Sob a perspectiva realista, a origem e a estruturação do regime internacional de investimento oferecem resposta ao atendimento das necessidades dos “países hegemônicos”. O direito e o regime que se estrutura em seu entorno decorrem da necessidade de extensão da proteção diplomática aos ativos estrangeiros do estado emissor, no território do país receptor do capital.

Os princípios que orientaram e edificaram esse regime de investimentos internacionais e que estão representados nos acordos pelos padrões de tratamento, preocupação com a proteção da propriedade (nacionalização/expropriação) e compensação quando de sua violação, além dos mecanismos de solução de controvérsias, buscam tutelar os interesses dos investidores, bem como assegurar o cumprimento das obrigações pelos estados importadores de capital.

Em nenhuma medida ou, talvez, de modo muito acanhado, desde sua origem, esse direito buscou proteger os interesses e as necessidades dos países receptores de capital. Trata-se de compromissos pensados pelos países desenvolvidos para países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo, com vistas a facilitar e a resguardar seu comércio e o investimento.

⁴⁷⁴ KEOHANE, Robert. **After Hegemony**: Cooperation and Discord in the world of Political Economy. Princeton: Princeton University Press, 2005. p. 31.

⁴⁷⁵ SALACUSE, Jeswald W. The Emerging Global Regime for Investment. **Harvard International Law Journal**, Cambridge, v. 51, n. 2, p. 432, summer 2010.

Pode-se, desde logo, atestar que a gênese dos acordos de investimento vem da preocupação em preservar interesses comerciais. Embora com o decorrer do tempo o investimento tenha seguido trajetória própria e disciplinamento jurídico distinto do tema comércio, conforme já observado nesta tese, a origem do disciplinamento jurídico da matéria está intrinsecamente relacionada às preocupações e à necessidade de resguardar o comércio entre as nações.

O direito do investimento surge, inicialmente, atrelado ao comércio. Comércio e investimento estão interligados, não apenas na prática, mas também no direito dos tratados. Desde os primeiros tratados de amizade, comércio e navegação, os acordos de comércio incorporaram resposta às preocupações relacionadas ao investimento. Em que pese essa conexão, os direitos do comércio e do investimento têm coexistido de forma independente, ciente da presença um do outro, assim como das diferenças consideráveis na forma e no conteúdo.

O direito do comércio internacional ganha dimensão multilateral e, na sequência, regionaliza-se. O direito do investimento, após o insucesso nas tentativas de se multilateralizar, adquire força e extensão bilateral. Têm-se, dessa forma, regimes jurídicos paralelos, que, por vezes, se intersectam. No foro multilateral TRIMS e GATS, preveem disposições para as relações entre comércio e investimento. No âmbito regional, NAFTA, TPP, T-TIP, Acordos de livre comércio da Coreia, para citar alguns, trazem capítulos bastante robustos sobre investimento.

No âmbito bilateral, a função de um BIT é proteger o investimento estrangeiro dos chamados riscos “não comerciais” ou políticos a que está exposto, por meio de dispositivos que busquem assegurar ao investidor tratamento justo e isonômico, liberdade de transferência do capital investido, compensação justa e adequada em casos de expropriação ou nacionalização e o estabelecimento de um mecanismo de solução de controvérsias para dirimir eventuais problemas que o investidor venha a enfrentar no estado receptor do capital.

Se, por um lado, o país desenvolvido busca resguardar o seu capital da ingerência do estado receptor, por outro, o país em desenvolvimento está preocupado em criar as condições necessárias para atrair o capital estrangeiro e, justamente, estimular o crescimento econômico e o desenvolvimento de sua sociedade.

A estrutura produtiva brasileira tem como uma de suas principais características o elevado grau de internacionalização. Desde o início, a presença de empresas de capital estrangeiro no país se destaca nos setores de manufatura e de serviços. O Brasil é um dos principais receptores de investimentos do globo. Historicamente, os atrativos econômicos que têm atraído a atenção do capital estrangeiro ao país e a segurança institucional e jurídica que o arcabouço regulatório interno oferece a esse capital têm sido suficientes para assegurar o conforto necessário para que o investimento estrangeiro direto aqui se instale e ao longo do tempo finque raízes e permaneça.

Ao longo da década de 1990, o Brasil buscou inserir-se na vasta rede de tratados bilaterais de investimentos. Assinou à época 14 (quatorze) APPIs. Em razão de preocupações jurídicas, que gravitavam em torno do desequilíbrio dos interesses refletido no conteúdo dos acordos que afrontariam a essência do Estado brasileiro e sua soberania – entre os dispositivos do acordo que deflagravam o problema destacam-se a livre transferência de capitais, a indenização por expropriação do investimento e a possibilidade de contestação do Estado brasileiro em tribunais internacionais. Os acordos não foram internalizados.

Duas décadas depois, o ACFI representa um modelo híbrido de acordo de investimento que em muito difere do padrão tradicional de BIT, na medida em que reflete um arcabouço regulatório que busca acomodar os interesses de ambas as partes e equilibra de forma singular aspectos jurídicos e políticos.

Os aspectos jurídicos estão caracterizados por definições, princípios, critérios, limites, estruturas e mecanismos que o tratado estabelece para regular a relação de investimento. Os aspectos políticos estão representados pelos mecanismos de troca e pelo diálogo institucional de natureza perene, que consolidam o entendimento segundo o qual, em determinadas circunstâncias, o diálogo institucional que permite a cooperação e a facilitação entre as autoridades estatais pode resultar em soluções mais eficientes para a efetiva promoção e proteção do investimento, que a mera imposição da regra jurídica da qual derivará o litígio.

Esse novo acordo revê o modelo consolidado segundo o qual os problemas decorrentes de uma relação de investimentos serão resolvidos por meios jurídicos e não

políticos. Contudo, de forma subsidiária, prevê a utilização de mecanismos jurídicos preestabelecidos pelas partes do acordo, a fim de prover uma ferramenta de solução efetiva para o problema.

Para o Brasil, a composição de um regime jurídico para investimento deve representar um mecanismo equilibrado em direitos e obrigações, de modo que os Estados consigam avançar com seus próprios interesses de forma recíproca. Essa filosofia está representada na estrutura dos ACFIs pelo Comitê Conjunto, *Ombudsman*, pela Agenda Temática e pela própria forma de solução de conflitos.

Esta tese demonstra que o Brasil que precisa de um acordo de promoção de investimentos é o Brasil exportador, e não o receptor; o acordo de que o país necessita deve compreender a variedade de interesses das empresas brasileiras e se adaptar aos diversos destinos nos quais o capital ingressará. A construção jurídica (e política) de acordo ora proposta pelo ACFI, ao apresentar mecanismos flexíveis – como agenda temática dinâmica e em construção, um *ombudsman* para esclarecimento de dúvidas e o comitê conjunto formado por representantes dos países parte do acordo –, confere o caráter maleável ao tratado brasileiro, que, se bem administrado e conduzido, poderá atender às necessidades do país exportador e alavancar os interesses do Brasil receptor de capital.

Outra reflexão importante refere-se ao questionamento sobre se o modelo de ACFI facilitaria o ingresso brasileiro em negociações de acordos preferenciais/regionais de comércio com capítulos de investimento. Não obstante o modelo brasileiro compreenda dispositivos semelhantes àqueles presentes nos mais recentes acordos de livre comércio, a rigor acredita-se prematuro afirmar que a inserção de certas temáticas em acordos bilaterais de investimento possa facilitar a negociação pelo Brasil de acordos comerciais em outros foros ou com outros parceiros comerciais. Meramente se pode afirmar que a inserção de cláusulas de responsabilidade social e corporativa ou mecanismos de diálogo com o setor privado, por exemplo, tal qual apresentados nos ACFIs, tem o potencial de conferir uma vantagem competitiva para as empresas brasileiras, em face das empresas sediadas em terceiros países que não assumiram compromissos dessa natureza.

Em razão de seus alicerces e mecanismos, acredita-se que o ACFI oferece a segurança jurídica e os mecanismos de facilitação para a realização de investimentos brasileiros em terceiros países e tem o potencial de contribuir para o aumento da participação das empresas brasileiras como investidoras em terceiros países.

Na mão inversa, em razão da estrutura matricial que o *Ombudsman* assumirá, isto é, em várias estruturas do executivo federal e nos três níveis federativos, esse tratado poderá representar uma ferramenta para facilitação do ingresso de investimentos em regiões não tradicionalmente receptoras de investimentos estrangeiros no país, haja vista a existência de uma estrutura de apoio para o investidor estrangeiro, que poderá promover o acesso a informações, a identificação das autoridades estatais com as quais o diálogo se desenvolverá, assim como a visão mais nítida dos processos e procedimentos relacionados ao investimento que se pretende realizar.

Apresentadas essas considerações, de mais a mais, restam pendentes a internalização dos acordos assinados, sua regulamentação operacional e a estruturação governamental mínima para a execução dos ACFIs. Apenas o tempo poderá de fato asseverar o sucesso ou o fracasso da iniciativa. Contudo, fato é que, com os ACFIs, o Brasil deu um grande passo rumo à inserção internacional de seus investimentos. Mais que isso, mostrou à comunidade internacional que com criatividade, estudo e engajamento é possível a elaboração de uma ferramenta que busque assegurar o equilíbrio de interesses e a satisfação recíproca nas relações de investimento estrangeiro entre os Estados.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, José. E. **Is The Trans-Pacific Partnership's Investment Chapter The New'Gold Standard?** Disponível em: <https://wp.nyu.edu/megareg/wp-content/uploads/sites/3134/2016/03/Alvarez_IILJ-MegaReg_2016-3.pdf>. Acesso em: 26 out. 2016.

ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. A nacionalização do gás e petróleo na Bolívia à luz do direito internacional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 101, p. 479-513, jan.-dez. 2006.

AMARAL JR., Alberto do. **Introdução ao direito internacional público**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____; SANCHES, Michelle R. (Orgs.). **Regulamentação internacional dos investimentos**: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

AMARASINHA, Stefan D.; KOKOTT, Juliane. Multilateral investment rules revised. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. **The Oxford Handbook of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

ARAUJO, Leandro Rocha de. Decisões do NAFTA em investimentos. In: AMARAL JR., Alberto do; SANCHES, Michele Rattón. **Regulamentação internacional dos investimentos**: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

ARMIJO, Leslie E. Mixed Blessing: expectations about foreign capital flows and democracy in emerging markets. In: ARMIJO, Leslie E. (Org.). **Financial globalization and democracy in emerging markets**. New York: Palgrave, 1999.

AZEVEDO, Débora Bithiah de. **Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil**. Brasília. Câmara dos Deputados, 2001. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2542/acordos_promocao_azevedo.pdf?sequence=1>. Acesso em: 21 out. 2016.

BAER, Werner. **A economia brasileira**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Nobel, 2009.

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL –BNDES. **Perspectiva de Desenvolvimento 2015-2018 e panoramas setoriais**. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/bibliotecadigital>>. Acesso em: 12 out. 2016.

BAPTISTA, Luiz Olavo; RODAS, João Grandino; SOARES, Guido Fernando Silva Soares (Coord.). **Normas de direito internacional**: comércio internacional/OMC. São Paulo: LTr, 2001. t. III.

_____; CELLI JR., Umberto; YANOVICH, Alan (Org.). **10 anos de OMC**: uma análise do sistema de solução de controvérsias e perspectivas. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. Cadernos de direito constitucional e ciência política. In: MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BARRETO, Fernando. Investimentos. In: AMARAL JR., Alberto do (Coord.). **A OMC e o comércio internacional**. São Paulo: Aduaneiras, 2002.

BARTON, John H. Judith L.; GOLDSTEIN, Timothy E.; JOSLING, Richard H. Steinberg. **The evolution of the trade regime**. Princeton; New Jersey: Princeton University Press, 2008.

BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie. Repensando a solução de controvérsias relacionadas a investimentos. **Pontes**, v. 12, n. 1. International Center for Sustainable and Development. Disponível em: <<http://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/issue-archive/acfi-passo-%C3%A0-frente-na-promo%C3%A7%C3%A3o-de-investimentos>>.

BIASUTTI, Constanza; PANZINI, Fabrizio Sardelli. O retorno dos acordos de investimento na agenda comercial brasileira. **Pontes**, v. 12, n. 1. International Center for Sustainable and Development. Disponível em: <<http://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/issue-archive/acfi-passo-%C3%A0-frente-na-promo%C3%A7%C3%A3o-de-investimentos>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BITTAR, Eduardo. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática da monografia para os cursos de Direito. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BORGES, Caio. Acordos à brasileira. **Valor Econômico**, 29/05/2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/opiniao/4072416/acordos-bilaterais-brasileira>>. Acesso em: 27 out. 2016.

BORGES, Karla C. M. A relevância do papel da norma jurídica no sistema de comércio internacional. In: AMARAL JR., Alberto do; CELLI JR., Umberto. **A OMC: desafios e perspectivas**. São Paulo: Aduaneiras, 2016. p. 229-243.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; GONZALES, Lauro; LUCINDA Cláudio. Crises financeiras nos anos 1990 e poupança externa. **Nova Economia**, Belo Horizonte, v. 18, n. 3, p. 327-357, 2008.

BREWER, Thomas L.; YOUNG, Stephen. **The multilateral investment system and multinational enterprises**. Oxford: Oxford University Press, 1998.

BROMLEY, Simon; MACKINTOSH, Maureen; BROWN, William; WUYTS, Marc. **Making international**: the economic interdependence and political order. London: Pluto Press, 2004.

BROWN, Chester. **Commentaries on selected model investment treaties**. Oxford University Press. Chapter 6: France, by Yas Banifatemi and André Von Walter. European Yearbook of International Economic Law 2015 – editado por Christoph Herrmann, Markus Krajewski, Jörg Philipp Terhechte.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Parecer da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional [ao Projeto de Decreto Legislativo n. 367 de 1996]. Exposição de Motivos do Deputado Luiz Gushiken. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, v. 60, n. 78, p. 21.693, 4 de maio de 2000.

_____. **Proposta de Emenda Constitucional n. 5/1995** (posteriormente alterada para n. 6/1995), encaminhada pela Mensagem (do Poder Executivo para a Câmara dos Deputados) n. 193/95. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6B2981BF4F574626337150D66889DD4B.proposicoesWeb2?c odteor=1242693&filename=Dossie+-PEC+5/1995>. Acesso em: 13 out. 2016.

CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. **Droit international économique**. 2.ed. Paris: Dalloz, 2005.

CASSESE, Antonio. **International law**. Oxford; New York: Oxford University Press, 2005.

CELLI JR., Umberto. **A jurisprudência da OMC e o uso de requisitos de conteúdo local como política industrial**. Tese apresentada para o concurso público de Professor Titular junto ao Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade Estadual de São Paulo – FDRP. 2016. 243 páginas.

_____. **Comércio de serviços na OMC: liberalização, condições e desafios**. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. O impacto dos Acordos de Investimentos sobre os Estados-Membros do MERCOSUL. **Cadernos PROLAM/USP**, São Paulo, v. 1, p. 81-96, 2005.

_____. Os Acordos de Serviços (GATS) e de Investimentos (TRIMS) na OMC: espaço para políticas públicas de desenvolvimento. **Artigos CEBRI**, Rio de Janeiro, v. 1, 2007.

CHAYES, Abram; CHAYES; Antonia Handler. **The new sovereignty: compliance with international regulatory agreements**. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS INDÚSTRIAS – CNI. **O Brasil no comércio mundial de serviços: o papel dos acordos comerciais**. Brasília: CNI, 2016.

_____. **Os investimentos brasileiros no exterior: o desempenho exportador das empresas multinacionais brasileiras**. Brasília: CNI, 2015.

COSTA, José Augusto Fontoura. **Direito internacional do investimento estrangeiro**. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. O Brasil, ACFIs e a arbitragem de investimentos. **Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação**, v. 8, p. 63-81, 2015.

_____. Proteção e promoção do investimento estrangeiro no Mercosul – uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos? **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v. 29, n. 2, p. 60-77, 2006.

_____. **Proteção internacional do investimento estrangeiro no Mercosul**. Florianópolis: Gedai, 2013.

COZENDEY, Carlos Marcio Bicalho; CAVALCANTE, Pedro Mendonça. Novas perspectivas para acordos internacionais de investimentos – o Acordo de Cooperação e

Facilitação de Investimentos. **Caderno de Política Exterior**, ano I, n. 2, 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/Karla/Downloads/2015%20-%20IPRI%20-%20Cozendey%20e%20Cavalcante.pdf>. Acesso em: 1º out. 2016.

CRISTINI, Marcela; AMAL, Mohamed. **Investimento direto externo no Mercosul: o papel da Europa**. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. **Constituição e tratados internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DE DEOS, Cristina. (Coord.) **Perspectivas do investimento na dimensão do Mercosul e da América Latina**. Instituto de Economia da UFRJ, Instituto de Economia da Unicamp. [et al.]. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008/2009. 240 p.

DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. Exposição de Motivos n. 401 DSF/ARC/DE-I – MIRE – PEXT EFIN, 5 de dezembro de 2002.

DIAS, Augusto Cesar Arenaro e Mello; CAPUTO, Ana Cláudia; MARQUES, Pedro Henrique de Moraes. Motivações e impactos da internacionalização de empresas: um estudo de múltiplos casos na indústria brasileira. **Revista BNDES**, Rio de Janeiro, p. 139-180, 2012. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/bibliotecadigital>>. Acesso em: 12 out. 2016.

DINCKINSON, Edwin Dewitt. **The Equality of States in International Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1920.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Droit international public**. Paris: Librairie Général de Droit et Jurisprudence, EJA, 2002.

DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. **Principles of international investment Law**. New York: Oxford University Press, 2008.

DORNBUSCH, Rüdiger; FISCHER, Stanley. **Macroeconomia**. 11. ed. São Paulo: McGraw-Hill, 2012.

DUNNING. J. H. **Multinational enterprises and the global economy**. Wokingham: Addison-Wesley, 1993.

ELLIOT, Kiberlly. **How much “Mega” in the Mega-Regional TPP and TTIP: implications for developing countries**. Disponível em: <http://www.cgdev.org/sites/default/files/CGD-Policy-Paper-79-Elliott-Mega-Regional-TPP-TTIP_0.pdf>. Acesso em: 26 out. 2016.

ESTEVADEORDAL, Antoni; SUOMINEN, Kati; THE, Robert. **Regional Rules in the Global Trading System**. New York: Cambridge University Press, 2009.

FATOUROS, Arghyrios A. An international code do protect private investment – proposal and perspectives. **Toronto Law Journal**, v. XIV, n. 1, p. 77-102, 1961.

FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. 2. ed., 2. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

FERNANDES, Érika Capella; FIORATTI, Jete Jane. **Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil. Uma análise comparada**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/517706>>. Acesso em 1º set. 2016.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO – FIESP. **Raio X dos investimentos 2013**. Departamento de Relações Internacionais e Comércio Exterior (DEREX). Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/raio-x-dos-investimentos/>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

_____. **Raio X dos investimentos 2014**. Departamento de Relações Internacionais e Comércio Exterior (DEREX). Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/raio-x-dos-investimentos/>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

FLÔRES JR., Renato G. Investimento direto estrangeiro no Mercosul: uma visão geral. In: AMARAL JR., Alberto do; SANCHES, Michele Ratton. **Regulamentação internacional dos investimentos**: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

FONSECA, Karla Closs. **Os acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos e o equilíbrio entre o investidor estrangeiro e o estado receptor de investimentos**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

FONTANE, Lionel. **Foreign Direct Investment and Trade: complements or substitutes?** OECD Science, Technology and Industry Working Papers 1999/03. Paris, 1999.

FUSER, Igor. **Conflitos e contratos – A Petrobras, o nacionalismo boliviano e a interdependência do gás natural (2002-2010)**. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. 316 p.

GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. **A Proteção Jurídica dos Investimentos Brasileiros no Exterior**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

GILPIN, Robert. **A economia política das relações internacionais**. Brasília: UnB, 2002.

_____. **International investment agreements: recent trends in Law and policy**. Symposium for Least Developed Countries. Genebra: UNCTAD, 1999.

GRAHAM, Richard. Britain and the onset of modernization in Brazil, 1850-1914. Cambridge: Cambridge University Press, 1968. p. 73. In: BAER, Werner. **A economia brasileira**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Nobel, 2009. p. 303

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GREMAUD, Amaury P.; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JR., Rudinei. **Economia brasileira contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2002.

HAMILTON, Jonathan C.; GRANDO, Michelle. O modelo de proteção de investimento do Brasil: os novos acordos internacionais. **Pontes**, v. 12, n. 1. International Center for Sustainable and Development. Disponível em: <<http://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/issue-archive/acfi-passo-%C3%A0-frente-na-promo%C3%A7%C3%A3o-de-investimentos>>. Acesso em: 15 nov.2016.

HARTEN, Gus van. **Investment treaty arbitration and public law**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

HENCKELS, C. Protecting regulatory autonomy through greater precision in investment treaties: The TPP, CETA, and TTIP. **Journal of International Economic Law**, Oxford, Oxford University Press, p. 27-50, 2016.

HIRATUKA, Célio; SARTI, Fernando. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Investimento direto e internacionalização das empresas brasileiras no período recente**. Texto para Discussão 1610. Brasília: IPEA, 2011.

_____. **Foreign direct investment and transnational corporations in Brazil: recent trends and impacts on economic development**. Working Group on Development and Environment in the Americas, abr.2008. Disponível em: <<http://ase.tufts.edu/gdae/WGOverview.htm>>. Acesso em: 12 out. 2016.

HIRSCH, Moshe. Interaction between Investment and Non-Investment Obligations. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. **The Oxford Handbook of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

HOBSON, John A. **A evolução do capitalismo moderno**: um estudo da produção mecanizada. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

HOUDE, Marie-France. **International Investment Perspective**. Part II: Chapter 6. Novel Features in Recent OECD Investment Treaties. Disponível em: <<http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/40072428.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

HUCK, Marcelo. **Contratos com o Estado**: aspectos de direito internacional. São Paulo: Aquarela, 1989.

INSTITUTO DE ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL – IEDI. **O investimento estrangeiro na economia brasileira e o investimento de empresas brasileiras no exterior**. Fevereiro, 2003.

INSTITUTO EQUID. **Acordos de investimento à brasileira**. Rio de Janeiro: Instituto Equit, 2015. Disponível em: <https://br.boell.org/sites/default/files/livro_investimentos-a-brasileira_web_1.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2016.

INTERNATIONAL CENTRE FOR TRADE AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT – ICTSD. **Puentes**, 2006. Disponível em: <http://www.cinpe.una.ac.cr/revista_puentes/publicaciones/revistas_puentes/Puentes7-5.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2011.

JACKSON, John H. **The world trading system**: law and policy of international economic relations. 2. ed. Cambridge: MIT Press, 1997.

_____. **World trade and the law of GATT: a legal analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade.** Indianápolis: Bobbs-Merrill, 1969.

KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do juro do emprego e da moeda.** São Paulo: Atlas, 1992.

KALLÁS, Fernanda Araújo. Direito internacional dos investimentos na atualidade: uma análise da posição brasileira. **E-civitas**, Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH, Belo Horizonte, v. III, n. 1, jul. 2010.

KELLEY, Law Glen. Multilateral Investment Treaties: a balanced approach to multinational corporations. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 39, p. 225-243, 2001.

KENNEDY, Kevin C. A WTO agreement on investment: a solution in search of a problem? **University of Pennsylvania Journal of International Economic Law**, n. 24, p. 77-188, 2003.

KEOHANE, Robert. **After Hegemony: Cooperation and Discord in the world of Political Economy.** Princeton: Princeton University Press, 2005.

KEYNES, J. M. Proposals for an International Clearing Union (Keynes Plan). In: HORSEFIELD, J. K. (ed.). **The International Monetary Fund 1945-1965: Documents**, IMF. Washington, 1969 [1943]. v. III.

KISHOIYIAN, Bernard. The utility of bilateral investment treaties in the formulation of customary international law. **Northwestern Journal of International Law and Business**, n. 14, 1994.

KLAGER, Roland. **Fair and Equitable Treatment.** New York: Cambridge University Press, 2011.

KOTSCHWAR, Barbara. Mapping investment provisions in regional trade agreements: towards an international law regime? In: ESTEVADEORDAL, Antoni; SUOMINEN, Kati; TEH, Robert (ed.). **Regional Rules in the Global Trading System.** New York: Cambridge University Press, 2009, p. 365-417.

KRASNER, Stephen D. Structural Causes and Regimes Consequences: Regimes as variables, in Power. In: **The State, and Sovereignty: Essays on International Relations.** London: Routledge, 2009.

KRUGMAN, Paul R.; OBSTFELD, Maurice; MELITZ, Marc J. **International Economics: theory and policy.** 9. ed. Boston: Addison-Wesley, 2012.

LAFER, Celso. **A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LIMA, Paulo Roberto Cezar. **Alterações na política de petróleo e gás da Bolívia.** Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2006.

LIPSON, Charles. **Standing Guard**: Protecting Foreign Capital in the Nineteenth and Twentieth Centuries (Studies in International Political Economy). Oakland: University of California Press, 1985.

LOEWANEFELD, Andreas F. Investment agreements and international law. **Columbia Journal of Transnational Law**, n. 42, 2003.

MANKIWI, N. Gregory. **Introdução à economia**. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

_____. **Macroeconomia**. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

MANN, Catherine; LIU, Xuepeng. The Information Technology Agreement: *sui generis* or model stepping stone? In: BALDWIN, Richard; LOW, Patrick (ed.). **Multilateralizing Regionalism**. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 182-216.

MAVROIDS, Petros C.; SAPIR, André Sapir. Dial PTAs for Peace: the Influence of Preferential Trade Agreements on Litigation between Trading Partners. **Journal of World Trade**, Issue 3, p. 351-372, 2015.

MELÉNDEZ-ORTIZ, Ricardo; BELLMAN, Christophe; MENDOZA, Miguel Rodriguez (ed.). **The Future and the WTO**: Confronting the Challenges –A Collection of Short Essays. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), July, 2012 (Part I: A Way Forward for the WTO, p. 6-36; Part III: Developing Countries and the Multilateral Trading System, 1. The Shifting Stars: The Rise of China, Emerging Economies and the Future of World Trade Governance, p. 73-79).

MELLO, Celso. D. de A. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. II.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Sevilha. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILES, Kate. **The Origins of International Investment Law**: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa sobre a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos, em 9 de fevereiro de 1994. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1994/b_8/>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Chile sobre a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos, em 22 de março de 1994. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1994/b_20/>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte sobre a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos, em 19 de julho de 1994. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1994/b_42/>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça sobre a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos, em 11 de novembro de 1994. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1994/b_85/>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa sobre a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos, em 21 de março de 1995. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1995/b_17/>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Finlândia, sobre a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos, em 28 de março de 1995. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1995/b_19/>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Italiana, sobre a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos, em 3 de abril de 1995. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1995/b_20/>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Reino da Dinamarca, sobre a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos, em 4 de maio de 1995. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1995/b_33/>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Venezuela sobre a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos, em 4 de julho de 1995. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1995/b_51/>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Coreia sobre a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos, em 1º de setembro de 1995. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1995/b_69/>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. Acordo entre a República Federativa do Brasil e a República Federal da Alemanha sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos, em 21 de setembro de 1995. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1995/b_73/>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. Acordo entre a República Federativa do Brasil e a República de Cuba sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos, em 26 de junho de 1997. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1997/b_52_2011-09-01-14-10-01/>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. Acordo de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e o Reino dos Países Baixos, em 22 de novembro de 1998. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1998/b_54/>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a União Econômica Belgo-Luxemburguesa, sobre a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos, em 6 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1999/b_1/>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. Declaração de Intenção entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Canadá relativo à negociação de um Acordo sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos, em 15 de janeiro de 1998. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1998/b_3/>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Moçambique, assinado em 30 de março de 2015. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-o-governo-da-republica-federativa-do-brasil-e-o-governo-da-republica-de-mocambique/>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

_____. Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola, assinado em 1º de abril de 2015. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-o-governo-da-republica-federativa-do-brasil-e-o-governo-da-republica-de-angola/>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

_____. Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos Mexicanos, assinado em 26 de maio de 2015. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-a-republica-federativa-do-brasil-e-os-estados-unidos-mexicanos/>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

_____. Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República de Malawi, assinado em 25 de junho de 2015. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-a-republica-federativa-do-brasil-e-a-republica-do-malawi/>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

_____. Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República da Colômbia e a República Federativa do Brasil, assinado em 9 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-a-republica-da-colombia-e-a-republica-federativa-do-brasil/>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

_____. Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Chile, assinado em 23 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-a-republica-da-colombia-e-a-republica-federativa-do-brasil/>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

_____. Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Chile, assinado em 28 de abril de 2016. Disponível em:

<[http://www.mdic.gov.br/arquivos/Chile-Coop-e-Facilitacao-de-Investimentos-port-ass-\(002\).pdf](http://www.mdic.gov.br/arquivos/Chile-Coop-e-Facilitacao-de-Investimentos-port-ass-(002).pdf)>. Acesso em: 10nov.2016.

MITCHELL, AD. SHEARGOLD E. The TPP and Good Regulatory Practices: An Opportunity for Regulatory Coherence to Promote Regulatory Autonomy? **World Trade Review**, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Orozimbo José de. **Investimento direto estrangeiro no Brasil**. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

MOROSINI, Fabio; BADIN, Michelle Ratooin Sanchez. ACFI: o que está por trás desta inovação regulatória. **Pontes**, v. 12, n. 1. International Center for Sustainable and Development. Disponível em: <<http://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/issue-archive/acfi-passo-%C3%A0-frente-na-promo%C3%A7%C3%A3o-de-investimentos>>. Acesso em: 10 dez. 2016

_____; XAVIER JR., Ely Caetano. Regulação do investimento estrangeiro direto no Brasil: da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12. n. 2, p. 421-448, 2015.

MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. Holistic approaches to development and international investment law: the role of international investment agreements. In: FAUNDEZ, Julio; TAN, Celine (ed.). **International economic law, globalization and developing Countries**. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2012. p. 180-204.

_____. **The Oxford Handbook of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

MULLERSON, Rein. A. **Ordering Anarchy – International Law and International Society**. Netherland: Martinus Nijhoff Publishers, 2000.

NASSER, Rabih Ali. **A OMC e os países em desenvolvimento**. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

_____. Trims: A relação entre investimento e comércio e o controle multilateral na OMC. In: AMARAL JR., Alberto do; SANCHES, Michele Ratton. **Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil**. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Luís. **Law and Practice of Investment Treaties – Standards of Treatment**. Kluwer Law International. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1375600>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

NICOLAS, Françoise; THOMSEN, Stephen; BANG, Mi-Hiun. **Lessons from Investment Reform in Korea**. OECD Working Paper on International Investment 2013/02. OECD Publishing. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5k4376zqcpf1-en>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

NYE JR., Joseph S. **Understanding international conflicts: an introduction to theory and history**. New York: Longman, 2006.

_____. **The Benefits of Soft Power. A Journal of Leadership from Center for Public Leadership, from John F. Kennedy School of Government**. Harvard University, 2004.

OECD. **Benchmark Definition on Foreign Direct Investment**. 4. ed., 2008. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/inv/investmentstatisticsandanalysis/40193734.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2016.

_____. **OECD Codes of Liberalization of Capital Movements and of Current Invisible Operations – An Users’ Guide**. Paris: OCDE, 2003.

_____. Policy Paper n. 156, Maio de 2013. In: SHEPERD, Ben. **Global Value Chains and Developing Country Employment: A Literature Review**. Disponível em: <<http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/5k46j0qw3z7k.pdf?expires=1461316380&id=id&acname=guest&checksum=CE5170B44AC55B4A7C22D8CF231206AE>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

_____. STI Working Paper 1999/3. In: FONTAGNÉ, Lionel. **Foreign Direct Investment And International Trade: complements or substitutes?** Disponível em: <http://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/foreign-direct-investment-and-international-trade_788565713012>. Acesso em: 22 abr. 2016.

_____. **The OECD declaration and decisions on international investment and multilateral enterprises: basic texts**. Paris: OECD, 2000.

_____. Trade Policy Implications of Global Value Chains. In: MANN, Catherine; LIU, Xuepeng. *The Information Technology Agreement: sui generis or model stepping stone?*, in *Multilateralizing Regionalism*, Baldwin, Richard; Low, Patrick, ed. New York: Cambridge University Press, 2009, p. 182-216. Disponível em: <www.oecd.org/trade/valueadded>. Acesso em: 3 mar. 2013.

OLIVEIRA, Ivan Tiago Machado. Os acordos regionais na atualidade: o papel dos Estados Unidos, UE e China. **Pontes**, v. 9. n. 8. Disponível em: <<http://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/os-acordos-regionais-na-atualidade-o-papel-de-estados-unidos-ue-e-china>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO – OMC. **Analytical Index: guideto GATT Law and practice (Investment)**. Genebra: Bernan Press, 1995. Disponível em: <https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/trims_e.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

PANZINI, FabrícioSardeli; BIASUTTI, Costanza Negri. O retorno dos acordos de investimento na agenda comercial brasileira. **Revista Brasileira de Comércio Exterior**, Rio de Janeiro: Funcex, n. 123, p. 57-72, 2015.

PETTERSON, Luke. **Analysis**: arbitrator challenges raising tough questions as to who resolves BIT cases. *Investment Treaty News*. International Institute for Sustainable Development, 17/01/2007.

PICCIOTTO, Sol. Linkages in international investment regulation: the antinomies of the draft multilateral agreement on investment. **University of Pennsylvania Journal of International Economic Law**, Filadélfia, n. 19, p. 731-768, 1998.

PIMENTA, José Luiz. O Brasil e o regime internacional de investimento. In: AMARAL JR., Alberto do; CELLI JR., Umberto. **A OMC: desafios e perspectivas**. São Paulo: Aduaneiras, 2014.

PORTER, Michael. The Competitive Advantage of Nations. **Harvard Business Review** 68, Cambridge, n. 2, p. 73-93, March 1990.

PRADO JR., Caio. **História econômica do Brasil**. 41. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

RAMINA, Larissa. **Direito internacional dos investimentos: solução de controvérsias entre Estados e empresas transnacionais**. Curitiba: Juruá, 2009.

REINHSCHE, August. **Standards of investment protection**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

REUS-SMIT, Christian. **The politics of international law**. New York: Cambridge University Press, 2004.

REVISTA PUENTES. **La cuarta generación de los Acuerdos de Inversión**. Puentes entre el comercio y el desarrollo sostenible. v. VII, n. 5, out.-dez. 2006. Disponível em: <<http://www.ictsd.org/downloads/puentes/puentes7-5.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

ROCHA, Ângela da; SILVA, Jorge Ferreira; CARNEIRO, Jorge. Expansão internacional das empresas brasileiras: revisão e síntese. In: FLEURY, Afonso; FLEURY, Maria Tereza Leme (Orgs.). **Internacionalização e os países emergentes**. São Paulo: Atlas, 2007.

ROSENAU, James. **Governance without Government**. Chapter 3 – Governance, Order and Change in World Politics. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=yCI8y6MGTKMC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 6 ago. 2016.

SACERDOTI, Gio. In: ZERBINI, Eugenia C. G. J. ZERBINI, Eugenia C. G. J. Regras multilaterais sobre o investimento internacional. In: AMARAL JR., Alberto do; SANCHES, Michelle R. (Orgs.). **Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil**. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

SALACUSE, Jeswald W. The Emerging Global Regime for Investment. **Harvard International Law Journal**, Cambridge, v. 51, n. 2, p. 427-473, summer 2010.

SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D. **Economia**. 16. ed. Lisboa: MacGraw-Hill, 1999.

SCANDIUCCI FILHO, José Gilberto. O Brasil e os acordos bilaterais de investimentos. In: AMARAL JR., Alberto do; SANCHES, Michele Ratton. **Regulamentação internacional dos investimentos**: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

SCHENEUWLY, Anne Mirjan. **International Investment Law and Its Instruments**: Managing Risks to Investors and Host States. Fribourg, August 2012, p. 1-57 (available at: <<http://ssrn.com/abstract=2200347>>).

SCHEREUER, Christian. Commentary on the ICSID Convention. **ICSID Review – Foreign Investment Law Journal**, Baltimore, John Hopkins University, v. 11, n. 2, p. 318-492, 1996.

_____. **The ICSID Convention**: a commentary. New York: Cambridge University Press, 2001.

SCHILL, Stephan. **The multilateralization of the international investment Law**. New York: Cambridge University Press, 2009.

_____. **International investment law and comparative public law**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

SCHREUER, Christoph. **The Concept of Expropriation under ECT and other Investment Protection Treaties**. Disponível em: <http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/csunpublpaper_3.pdf>. Acesso em: 22 set. 2016.

SENNES, Ricardo Ubiraci; MENDES, Ricardo Camargo. O Brasil e a experiência do NAFTA no tema investimentos. In: AMARAL JR., Alberto do; SANCHES, Michele Ratton. **Regulamentação internacional dos investimentos**: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

SHAW, Malcolm N. **International law**. 5. ed. New York: Cambridge University Press, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Silas Thomaz da. Padrões de inserção do Brasil nas cadeias globais de valor: uma análise do investimento direto estrangeiro no país no período 2003-2012. **Boletim de Economia e Política Internacional – BEPI**, Brasília, v. 15, p. 47-81, set./dez. 2013.

SIMMONS, Beth A.; STEINBERG, Richards H. **International law and international relations**. New York: Cambridge University Press, 2006.

SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The international law on foreign investment**. New York: Cambridge University Press, 2009.

SOUZA, Renato Rezende de Campos. **World Investment Forum 2016**, realizado em Nairóbi em julho de 2016. Disponível em: <http://unctad-worldinvestmentforum.org/wp-content/uploads/2015/03/Brazil_side-event-Wednesday_model-agreements.pdf>. Acesso em: 1º out. 2016.

STERN, Brigitte. How to regulate globalization. In: BYERS, M. (Org.). **The Role of Law in international politics**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

STROKER, Gerry. Governance as theory: five propositions. **International Social Science Journal**, 155 (1998): 17-28.

TAVARES, Maria Conceição. Império, território e dinheiro. In: FIORI, José Luís (Org.). **Estados e moedas no desenvolvimento das nações**. Petrópolis: Vozes, 1999.

TEMPONE, Rubén E. **Protección de inversiones extranjeras**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003.

THORSTENSEN, Vera. **A OMC – Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre investimentos e concorrência**. (1998). Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v41n1/v41n1a04.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2016.

_____. **OMC: Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais**. São Paulo: Aduaneiras, 2009.

_____; FERRAZ, Lucas. A proliferação dos acordos preferenciais de comércio: uma síntese dos impactos da TTIP sobre o Brasil. **Pontes**, v. 10, n. 6. International Center for Sustainable and Development. Disponível em: <<http://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/a-prolifera%C3%A7%C3%A3o-dos-acordos-preferenciais-de-com%C3%A9rcio-uma-s%C3%ADntese-dos>>. Acesso em: 5 jan.2016.

TITI, Catherine. **International investment law and the protection of foreign investment in Brazil**. Disponível em: <<https://www.transnational-dispute-management.com/journal-advance-publication-article.asp?key=592>>. Acesso em: 1º set. 2016.

TRACHTMAN, Joel P. (ed.). **International law and politics. The Library of Essays in International Relations**. Burlington: Ashgate Publishing Limited, 2008.

_____. **The economic structure of international law**. Cambridge; Massachusetts: Harvard University Press, 2008.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O esgotamento de recursos internos no direito internacional. BSB, Ed. UnB, 1984. In: AZEVEDO, Débora Bithiah de. **Os Acordos para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos Assinados pelo Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2542/acordos_promocao_azevedo.pdf?sequence=1>. Acesso em: 21 out. 2016.

UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties – 1959-1999**. Disponível em: <<http://UNCTAD.org/en/docs/poiteiid2.en.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

_____. **Development Implications of International Investment Agreements (2007) – UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2007/2**. Disponível em: <http://www.UNCTAD.org/en/docs/webiteiia20072_en.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2011.

_____. **Fair and Equitable Treatment. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II.** Genebra, 2012. Disponível em: <http://UNCTAD.org/en/Docs/UNCTADdiaeia2011d5_en.pdf>. Acesso em: 17 set. 2016.

_____. **International Investment Agreements: Key Issues – Vol.1, 2004 – UNCTAD/ITE/IIT/2004/10.** Disponível em: <http://www.UNCTAD.org/en/docs/iteiit200410_en.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2011.

_____. **Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement (2010).** UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2010/3. Disponível em: <http://www.UNCTAD.org/en/docs/webdiaeia20103_en.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2011.

_____. **Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement.** UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2010/3 (2003). Disponível em: <http://www.UNCTAD.org/en/docs/webdiaeia20103_en.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2011.

_____. **Most-Favoured Nation. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II.** Genebra, 2011. Disponível em: <http://UNCTAD.org/en/Docs/diaeia20101_en.pdf>. Acesso em: 18 set. 2016.

_____. **Recent developments in international investment agreements (2007-June 2008).** Disponível em: <<http://unctad.org/en/pages/publications/Intl-Investment-Agreements---Issues-Note.aspx>>. Acesso em: 11 dez. 2016.

_____. **Research Note. Recent developments in international investment agreements (2005) – UNCTAD/WEB/ITE/ITT/2005/1** Disponível em: <http://www.UNCTAD.org/sections/dite_dir/docs/webiteiit20051_en.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2011.

_____. **Scope and Definition. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II.** Genebra, 2011. Disponível em: <http://UNCTAD.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf>. Acesso em: 10 set. 2016.

_____. **South-South Cooperation in international Investment Agreements (2005).** Disponível em: <http://www.UNCTAD.org/en/docs/iteiit20053_en.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2011.

_____. UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2008/1. Disponível em: <http://www.UNCTAD.org/en/docs/webdiaeia20081_en.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2011.

_____. **World Investment Report (2013).** Disponível em: <http://UNCTAD.org/en/PublicationsLibrary/wir2013_en.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2014.

_____. **World Investment Report (2014).** Disponível em: <http://UNCTAD.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2014.

_____. **World Investment Report (2016).** Disponível em: <http://UNCTAD.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf>. Acesso em: 11 out. 2016.

UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE. **Diplomacy in Action. Investment Executive Summary.** Disponível em: <<http://www.state.gov/r/pa/ei/bgn/35640.htm>>. Acesso em: 12 out.2016.

VEIGA, Pedro da Motta. **Foreign Direct Investment in Brazil: regulation, flows and contribution to development**. Disponível em: <http://www.iisd.org/pdf/2004/investment_country_report_brazil.pdf>. Acesso em: 12 out. 2016.

VERNON, Raymond. International investment and international trade in the product cycle. **The Quarterly Journal of Economics**, Cambridge, MIT Press, p. 190-207, 1966.

VILAS-BÔAS, Júlia Covre. **A presença de empresas brasileiras na África: incentivos, atrativos e motivações**. 2014. Dissertação apresentada ao Instituto de Relações Internacionais da Universidade de Brasília como requisito à obtenção do título de Mestre em Relações Internacionais. Brasília.

VINUALES, Jorge. **Foreign Investment and the Environment International Law: an ambiguous relationship**. Introduction. Chapters 11 (Conceptualizing interactions) and III (Investment proceedings). **Foreign Investment and the Environment in International Law: an ambiguous relationship. IV. Investment claims; V. Future Trends**. OECD. Trade Policy Implications of Global Value Chains. Disponível em: <www.oecd.org/trade/valueadded>. Acesso em: 3 mar. 2013.

_____. The source of international investment law. In: BESSON, S.; D'ASPREMONT, J. (eds.). **The Oxford Handbook on the Sources of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

VIBERT, Frank. Democracy and dissent – The Challenge of international rule making, Edward Elgar, 2011.

WEISS, Friedl. Trade and Investment. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. **The Oxford Handbook of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

WELSH, Nancy; SCHNEIDER, Andrea Kupfer. The Thoughtful Integration of Mediation into Bilateral Investment Treaty Arbitration. **Harvard Negotiations Law Review**, Cambridge, 2013. p. 71-144. Disponível em: <<file:///Users/karlaborges/Downloads/SSRN-id2297650.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2016.

WOLFFENBÜTTEL, Andrea. União Aduaneira. **Revista Desafios do Desenvolvimento**, Brasília: IPEA, ano 4, edição 32, 2007. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2130:catid=28&Itemid=23>. Acesso em: 7 jul. 2016.

WOUTERS, J. **Investment treaties: a renewed plea for multilateralism** – OECD Insights. Paris: OECD, 2016. Disponível em: <oecd-ilibrary.org>. Acesso em: 12 out. 2016.

WU, Mark. The Scope and Limits of Trade's Influence in Shaping the Evolving International Investment Regime. In: DOUGLAS, Zachary; PAUWELYN, Joost; VINUALES Jorge E. **The Foundations of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

ZERBINI, Eugenia C. G. J. Regras multilaterais sobre o investimento internacional. In: AMARAL JR., Alberto do; SANCHES, Michelle R. (Orgs.). **Regulamentação**

internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

ANEXO I

Brazilian Negotiation Model / Modelo Brasileiro de Negociação

COOPERATION AND FACILITATION INVESTMENT AGREEMENT BETWEEN THE FEDERATIVE REPUBLIC OF BRAZIL AND

The Federative Republic of Brazil

and

(hereinafter designated as the “Parties” or individually as “Party”),

PREAMBLE

Wishing to strengthen and to enhance the bonds of friendship and the spirit of continuous cooperation between the Parties;

Seeking to create and maintain favourable conditions for the investments of investors of a Party in the territory of the other Party;

Seeking to stimulate, streamline and support bilateral investments, thus opening new integration opportunities between the Parties;

Recognizing the essential role of investment in promoting sustainable development;

Considering that the establishment of a strategic partnership between the Parties in the area of investment will bring wide-ranging and mutual benefits;

Recognizing the importance of fostering a transparent and friendly environment for investments by investors of the Parties;

Reassuring their regulatory autonomy and policy space; **Wishing** to encourage and strengthen contacts between the private sectors and the Governments of the two countries; and

Seeking to create a mechanism for technical dialogue and foster government initiatives that may contribute to a significant increase in mutual investment;

Agree, in good faith, to the following Cooperation and Facilitation Investment Agreement, hereinafter referred to as “Agreement”, as follows:

PART I – Scope of the Agreement and Definitions

Article 1 Objective

1. The objective of this Agreement is to promote cooperation between the Parties in order to facilitate and encourage mutual investment, through the establishment of an institutional framework for the management of an agenda for further investment cooperation and facilitation, as well as through mechanisms for risk mitigation and prevention of disputes, among other instruments mutually agreed on by the Parties.

Article 2 Scope and Coverage

1. This Agreement shall apply to all investments made before or after its entry into force.
2. This Agreement shall not limit the rights and benefits which an investor of a Party enjoys under national or international law in the territory of the other Party.
3. For greater certainty, the Parties reaffirm that this Agreement shall apply without prejudice to the rights and obligations derived from the Agreements of the World Trade Organization.
4. This agreement shall not prevent the adoption and implementation of new legal requirements or restrictions to investors and their investments, as long as they are consistent with this Agreement.

Article 3 Definitions

1. For the purpose of this Agreement:
 - 1.1 **Enterprise** means: any entity constituted or organized under applicable law, whether or not for profit, whether privately owned or State--owned, including any corporation, trust, partnership, sole proprietorship, joint venture and entities without legal personality;
 - 1.2 **Host State** means the Party where the investment is made.
 - 1.3 **Investment** means a direct investment of an investor of one Party, established or acquired in accordance with the laws and regulations of the other Party, that s, directly or indirectly, allows the investor to exert control or significant degree of influence over the management of the production of goods or provision of services in the territory of the other Party, including but not limited to:
 - a) an enterprise;
 - b) shares, stocks, participations and other equity types in an enterprise;

- c) movable or immovable property and other property rights such as mortgages, liens, pledges, encumbrances or similar rights and obligations;
- d) concession, license or authorization granted by the Host State to the investor of the other Party;
- e) loans and debt instruments to a company;
- f) intellectual property rights as defined or referenced to in the Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights of the World Trade Organization (TRIPS)

For the purposes of this Agreement and for greater certainty, “Investment” does not include:

- i) an order or judgment issued as a result of a lawsuit or an administrative process;
- ii) debt securities issued by a Party or loans granted from a Party to the other Party, bonds, debentures, loans or other debt instruments of a State-owned enterprise of a Party that is considered to be public debt under the legislation of that Party;
- ii) portfolio investments, i.e., those that do not allow the investor to exert a significant degree of influence in the management of the company; and
- iii) claims to money that arise solely from commercial contracts for the sale of goods or services by an investor in the territory of a Party to a national or an enterprise in the territory of another Party, or the extension of credit in connection with a commercial transaction, or any other claims to money that do not involve the kind of interests set out in sub-paragraphs (a)-(e) above.

1.4 **Investor** means a national, permanent resident or enterprise of a Party that has made an investment in the territory of the other Party;

1.5 **Income** means the values obtained by an investment, including profits, interests, capital gains, dividends or “royalties”.

1.6 **Measure** means any measure adopted by a Party, whether in the form of law, regulation, rule, procedure, decision, administrative ruling, or any other form.

1.7 **National** means a natural person that has the nationality of a Party, according to its laws and regulations.

1.8 **Territory** means the territory, including its land and aerial spaces, the exclusive economic zone, territorial sea, seabed and subsoil within which the Party exercises its sovereign rights or jurisdiction, in accordance with international law and its internal legislation.

PART II – Regulatory Measures and Risk Mitigation

Article 4 Admission and treatment

1. Each Party shall admit and encourage investments of investors of the other Party, according to their respective laws and regulations.
2. Each Party shall grant to investments and investors of the other Party treatment according to the due process of law.
3. In line with the principles of this Agreement, each Party shall ensure that all measures that affect investment are administered in a reasonable, objective and impartial manner, in accordance with their respective laws and regulations.

Article 5 National Treatment

1. Without prejudice to the exceptions in force under its legislation on the date of entry into force of this Agreement, each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.
2. Without prejudice to the exceptions in force under its legislation on the date of entry into force of this Agreement, each Party shall accord to investments of investors of the other Party treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of its own investors with respect to the expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.
3. For greater certainty, whether treatment is accorded in ‘like circumstances’ depends on the totality of the circumstances, including whether the relevant treatment distinguishes between investors or investments on the basis of legitimate public interest objectives.
4. For greater certainty, this Article shall not be construed to require any Party to compensate for any inherent competitive disadvantages which result from the foreign character of the investor or investments.

Article 6 Most-Favoured-Nation Treatment

1. Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to investors of any non-Party with respect to the expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.

2. Each Party shall accord to investments of investors of the other Party treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of investors of any non-Party with respect to the expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

3. This Article shall not be construed to require a Party to grant to an investor of another Party or their investments the benefit of any treatment, preference or privilege arising from:

(i) provisions relating to investment dispute settlement contained in an investment agreement or an investment chapter of a commercial agreement; or

(ii) any agreement for regional economic integration, free trade area, customs union or common market, of which a Party is a member.

4. For greater certainty, whether treatment is accorded in ‘like circumstances’ depends on the totality of the circumstances, including whether the relevant treatment distinguishes between investors or investments on the basis of legitimate public welfare objectives.

Article 7 Expropriation

1. Each Party shall not directly nationalize or expropriate investments of investors of the other Party, except:

a) for a public purpose or necessity or when justified as social interest;

b) in a non-discriminatory manner;

c) on payment of effective compensation, according to paragraphs 2 to 4;
and

d) in accordance with due process of law.

2. The compensation shall:

a) Be paid without undue delay;

b) Be equivalent to the fair market value of the expropriated investment, immediately before the expropriating measure has taken place (“expropriation date”);

c) Not reflect any change in the market value due to the knowledge of the intention to expropriate, before the expropriation date; and

d) Be completely payable and transferable, according to Article 9.

3. The compensation to be paid shall not be inferior to the fair market value on the expropriation date, plus interests at a rate determined according to market criteria accrued

since the expropriation date until the date of payment, according to the legislation of the Host State.

4. The Parties shall cooperate to improve the mutual knowledge of their respective national legislations regarding investment expropriation.

5. For greater certainty, this article only provides for direct expropriation, where an investment is nationalized or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or ownership rights.

Article 8 Compensation for Losses

1. The investors of a Party whose investments in the territory of the other Party suffer losses due to war or other armed conflict, revolution, state of emergency, insurrection, riot or any other similar events, shall enjoy, with regard to restitution, indemnity or other form of, compensation, the same treatment as the latter Party accords to its own investors or the treatment accorded to investors of a third party, whichever is more favourable to the affected investor.

2. Each Party shall provide the investor restitution, compensation, or both, as appropriate, in accordance with Article 6 of this Agreement, in the event that investments suffer losses in its territory in any situation referred to in paragraph 1 resulting from:

(a) requisitioning of its investment or part thereof by the forces or authorities of the latter Party; or

(b) destruction of its investment or any part thereof by the forces or authorities of the latter Party.

Article 9 Transparency

1. Each Party shall ensure that its laws, regulations, procedures and general administrative resolutions related to any matter covered by this Agreement, in particular regarding qualification, licensing and certification, are published without delay and, when possible, in electronic format, as to allow interested persons of the other Party to be aware of such information.

2. Each Party shall endeavour to allow reasonable opportunity to those stakeholders interested in expressing their opinions on the proposed measures.

3. Whenever possible, each Party shall publicize this Agreement to their respective public and private financial agents, responsible for the technical evaluation of risks and the approval of loans, credits, guarantees and related insurances for investment in the territory of the other Party.

Article 10 Transfers

1. Each Party shall allow that the transfer of funds related to an investment be made freely and without undue delay, to and from their territory. Such transfers include:
 - (a) the initial capital contribution or any addition thereof in relation to the maintenance or expansion of such investment;
 - (b) income directly related to the investment;
 - (c) the proceeds of sale or total or partial liquidation of the investment;
 - (d) the repayments of any loan, including interests thereon, relating directly to the investment;
 - (e) the amount of a compensation.

2. Without prejudice to paragraph 1, a Party may, in an equitable and non-discriminatory manner and in good faith, prevent a transfer if such transfer is prevented under its laws relating to:
 - (a) bankruptcy, insolvency or the protection of the rights of creditors;
 - (b) criminal infractions;
 - (c) financial reports or maintenance of transfers' registers when necessary to cooperate with law enforcement or with financial regulators; or
 - (d) the guarantee for the enforcement of decisions in judicial or administrative proceedings.

3. Nothing in this Agreement shall be construed as to prevent a Party from adopting or maintaining temporary restrictive measures in respect of payments or transfers for current account transactions in the event of serious difficulties in the balance of payments and external financial difficulties or threat thereof.

4. Nothing in this Agreement shall be construed as to prevent a Party from adopting or maintaining temporary restrictive measures in respect of payments or transfers related to capital movements:
 - (a) in the case of serious difficulties in the balance of payments or external financial difficulties or threat thereof; or (b) where, in exceptional circumstances, payments or transfers from capital movements generate or threaten to generate serious difficulties for macroeconomic management.

5. The adoption of temporary restrictive measures to transfers if there are serious difficulties in the balance of payments in the cases described in paragraphs 1 and 2,

must be non-discriminatory and in accordance with the Articles of the Agreement of the International Monetary Fund.

Article 11 Tax Measures

1. No provision of this Agreement shall be interpreted as an obligation of one Party to give to an investor from the other Party, concerning his or her investments, the benefit of any treatment, preference or privilege arising out of any agreement to avoid double taxation, current or future, of which a Party to this Agreement is a party or becomes a party.

2. No provision of this Agreement shall be interpreted in a manner that prevents the adoption or implementation of any measure aimed at ensuring the equitable or effective imposition or collection of taxes, according to the Parties' respective laws and regulations, so long as such a measure is not applied as to constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination or a disguised restriction.

Article 12 Prudential Measures

1. Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or maintaining prudential measures, such as:

(a) the protection of investors, depositors, financial market participants, policy-holders, policy-claimants, or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial institution;

(b) the maintenance of the safety, soundness, integrity or financial responsibility of financial institutions; and

(c) ensuring the integrity and stability of a Party's financial system.

2. Where such measures do not conform with the provisions of this Agreement, they shall not be used as a means of circumventing the commitments or obligations of the Party under this Agreement.

Article 13 Security Exceptions

1. Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or maintaining measures aimed at preserving its national security or public order, or to apply the provisions of their criminal laws or comply with its obligations regarding the maintenance of international peace and security in accordance with the provisions of the United Nations Charter.

1. Measures adopted by a Party under paragraph 1 of this Article or the decision based on national security laws or public order that at any time prohibit or restrict the realization of an investment in its territory by an investor of another Party shall not be subject to the dispute settlement mechanism under this Agreement.

Article 14

Corporate Social Responsibility

1. Investors and their investment shall strive to achieve the highest possible level of contribution to the sustainable development of the Host State and the local community, through the adoption of a high degree of socially responsible practices, based on the voluntary principles and standards set out in this Article.

2. The investors and their investment shall endeavour to comply with the following voluntary principles and standards for a responsible business conduct and consistent with the laws adopted by the Host State receiving the investment:

- a) Contribute to the economic, social and environmental progress, aiming at achieving sustainable development;
- b) Respect the internationally recognized human rights of those involved in the companies' activities;
- c) Encourage local capacity building through close cooperation with the local community;
- d) Encourage the creation of human capital, especially by creating employment opportunities and offering professional training to workers to;
- e) Refrain from seeking or accepting exemptions that are not established in the legal or regulatory framework relating to human rights, environment, health, security, work, tax system, financial incentives, or other issues;
- f) Support and advocate for good corporate governance principles, and develop and apply good practices of corporate governance;
- g) Develop and implement effective self-regulatory practices and management systems that foster a relationship of mutual trust between the companies and the societies in which its operations are conducted;
- h) Promote the knowledge of and the adherence to, by workers, the corporate policy, through appropriate dissemination of this policy, including programs for professional training;
- i) Refrain from discriminatory or disciplinary action against employees who submit grave reports to the board or, whenever appropriate, to the competent public authorities, about practices that violate the law or corporate policy;
- j) Encourage, whenever possible, business associates, including service providers and outsources, to apply the principles of business conduct consistent with the principles provided for in this Article; and
- k) Refrain from any undue interference in local political activities.

Article 15
Investment Measures and Combating Corruption and Illegality

1. Each Party shall adopt measures and make efforts to prevent and fight corruption, money laundering and terrorism financing with regard to matters covered by this Agreement, in accordance with its laws and regulations.
2. Nothing in this Agreement shall require any Party to protect investments made with capital or assets of illicit origin or investments in the establishment or operation of which illegal acts have been demonstrated to occur and for which national legislation provides asset forfeiture.

Article 16
Provisions on Investment and Environment, Labor Affairs and Health

1. Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure it deems appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner according to labor, environmental and health legislations of that Party, provided that this measure is not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination or a disguised restriction.
2. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by lowering the standards of their labor and environmental legislation or measures of health. Therefore, each Party guarantees it shall not amend or repeal, nor offer the amendment or repeal of such legislation to encourage the establishment, maintenance or expansion of an investment in its territory, to the extent that such amendment or repeal involves decreasing their labor, environmental or health standards. If a Party considers that another Party has offered such an encouragement, the Parties will address the issue through consultations.

PART III– Institutional Governance and Dispute Prevention

Article 17
Joint Committee for the Administration of the Agreement

1. For the purpose of this Agreement, the Parties hereby establish a Joint Committee for the administration of this Agreement (hereinafter referred as “Joint Committee”).
2. This Joint Committee shall be composed of government representatives of both Parties designated by their respective Governments.
3. The Joint Committee shall meet at such times, in such places and through such means as the Parties may agree. Meetings shall be held at least once a year, with alternating chairmanships between the Parties.
4. The Joint Committee shall have the following functions and responsibilities:

- a) Supervise the implementation and execution of this Agreement;
 - b) Discuss and divulge opportunities for the expansion of mutual investment;
 - c) Coordinate the implementation of the mutually agreed cooperation and facilitation agendas;
 - d) Consult with the private sector and civil society, when applicable, on their views on specific issues related to the work of the Joint Committee;
 - e) Seek to resolve any issues or disputes concerning investments of investors of a Party in an amicable manner; and
 - f) Supplement the rules for arbitral dispute settlement between the Parties.
5. The Parties may establish ad hoc working groups, which shall meet jointly or separately from the Joint Committee.
6. The private sector may be invited to participate in the ad hoc working groups, whenever authorized by the Joint Committee.
7. The Joint Committee shall establish its own rules of procedure.

Article 18 **Focal Points or “Ombudsmen”**

1. Each Party shall designate a National Focal Point, or “Ombudsman”, which shall have as its main responsibility the support for investor from the other Party in its territory.
2. In Brazil, the “Ombudsman”/National Focal Point shall be within the Chamber of Foreign Trade – CAMEX⁴⁷⁶.
3. In, the “Ombudsman”/National Focal Point shall be.
4. The National Focal Point, among other responsibilities, shall:
- a) Endeavour to follow the recommendations of the Joint Committee and interact with the National Focal Point of the other Party, in accordance with this Agreement;
 - b) Follow up on requests and enquiries of the other Party or of investors of the other Party with the competent authorities and inform the stakeholders on the results of its actions;

⁴⁷⁶The Chamber of Foreign Trade (CAMEX) is part of the Government Council of the Presidency of the Federative Republic of Brazil. Its main body is the Council of Ministers, which is an interministerial body.

- c) to assess, in consultation with relevant government authorities, suggestions and complaints received from the other Party or investors of the other Party and recommend, as appropriate, actions to improve the investment environment;
 - d) seek to prevent differences in investment matters, in collaboration with government authorities and relevant private entities;
 - e) Provide timely and useful information on regulatory issues on general investment or on specific projects; and
 - f) Report its activities and actions to the Joint Committee, when appropriate.
5. Each Party shall determine time limits for the implementation of each of its functions and responsibilities, which will be communicated to the other Party.
6. Each Party shall designate a single agency or authority as its National Focal Point, which shall give prompt replies to notifications and requests by the Government and investors from the other Party.

Article 19 **Exchange of Information between Parties**

1. The Parties shall exchange information, whenever possible and relevant to reciprocal investments, concerning business opportunities, procedures, and requirements for investment, particularly through the Joint Committee and its National Focal Points.
2. For this purpose, the Party shall provide, when requested, in a timely fashion and with respect for the level of protection granted, information related, in particular, to the following items:
- a) Regulatory conditions for investment;
 - b) Governmental programs and possible related incentives;
 - c) Public policies and legal frameworks that may affect investment;
 - d) Legal framework for investment, including legislation on the establishment of companies and joint ventures;
 - e) Related international treaties;
 - f) Customs procedures and tax regimes;
 - g) Statistical information on the market for goods and services;
 - h) Available infrastructure and public services;
 - i) Governmental procurement and public concessions;

- j) Social and labour requirements;
- k) Immigration legislation;
- l) Currency exchange legislation;
- m) Information on legislation of specific economic sectors or segments previously identified by the Parties; and
- n) Regional projects and agreements related to on investment.

3. The Parties shall also exchange information on Public-Private Partnerships (PPPs), especially through greater transparency and quick access to the information on the legislation.

Article 20 Treatment of Protected Information

1. The Parties shall respect the level of protection of information provided by the submitting Party, according to the respective national legislation on the matter.

2. None of the provisions of the Agreement shall be construed to require any Party to disclose protected information, the disclosure of which would jeopardize law enforcement or otherwise be contrary to the public interest or would violate the privacy or harm legitimate business interests. For the purposes of this paragraph, protected information includes confidential business information or information considered privileged or protected from disclosure under the applicable laws of a Party.

Article 21 Interaction with the Private Sector

Recognizing the key role played by the private sector, the Parties shall publicize, among the relevant business sectors, general information on investment, regulatory frameworks and business opportunities in the territory of the other Party.

Article 22 Cooperation between Agencies Responsible for Investment Promotion

The Parties shall promote cooperation between their investment promotion agencies in order to facilitate investment in the territory of the other Party.

Article 23 Disputes Prevention

1. The National Focal Points, or “Ombudsmen”, shall act in coordination with each other and with the Joint Committee in order to prevent, manage and resolve any disputes between the Parties.

2. Before initiating an arbitration procedure, in accordance with Article 24 of this Agreement, any dispute between the Parties shall be the object of consultations and negotiations between the Parties and be previously examined by the Joint Committee.

3. A Party may submit a specific question and call a meeting of the Joint Committee according to the following rules:

- a) To initiate the procedure, the interested Party must submit a written request to the other Party, specifying the name of the affected investors, the specific measure in question, and the findings of fact and law underlying the request. The Joint Committee shall meet within sixty (60) days from the date of the request;
- b) The Joint Committee shall have 60 days, extendable by mutual agreement by 60 additional days, upon justification, to evaluate the relevant information about the presented case and to submit a report. The report shall include:
 - i) Identification of the Party;
 - ii) Identification of the affected investors, as presented by the Parties;
 - iii) Description of the measure under consultation; and
 - iv) Conclusions of the consultations between the Parties;.
- c) In order to facilitate the search for a solution between the Parties, whenever possible, the following persons shall participate in the bilateral meeting:
 - i) Representatives of the affected investors;
 - ii) Representatives of the governmental or non-governmental entities involved in the measure or situation under consultation.
- d) The procedure for dialogue and bilateral consultations may be concluded by any Party, after the sixty (60) days referred to in subparagraph b). The Joint Committee shall present its report in the subsequent meeting of the Joint Committee, which shall be held no later than fifteen (15) days after the date of the submission of the request of a Party to conclude the procedure for dialogue and bilateral consultations.
- e) The Joint Committee shall, whenever possible, call for special meetings to review matters that have been submitted.
- f) In the event that a Party does not attend the meeting of the Joint Committee described in subparagraph (d) of this article, the dispute may be submitted to arbitration by the other Party in accordance with Article 24 of the Agreement.

4. The meeting of the Joint Committee and all documentation, as well as steps taken in the context of the mechanism established in this Article, shall remain confidential, except for reports submitted by the Joint Committee.

Article 24 **Settlement of Disputes between the Parties**

1. Once the procedure under paragraph 3 of Article 23 has been exhausted and the dispute has not been resolved, either Party may submit the dispute to an ad hoc Arbitral Tribunal, in accordance with the provisions of this Article. Alternatively, the Parties may choose, by mutual agreement, to submit the dispute to a permanent arbitration institution for settlement of investment disputes. Unless the Parties decide otherwise, such institution shall apply the provisions of this Section.

2. The purpose of the arbitration is to determine the conformity with this Agreement of a measure that a Party claims to be not in conformity with the Agreement.

3. The following may not be subject to arbitration: Article 13 – Corporate Social Responsibility; Paragraph 1 of Article 14 – Investment Measures and Combating Corruption and Illegality; and paragraph 2 of Article 15 – Provisions on Investment and Environment, Labor Affairs and Health.

4. This Article shall not apply to any dispute concerning any facts which have occurred, nor any measures which have been adopted before the entry into force of this Agreement.

5. This Article shall not apply to any dispute if more than five (5) years have elapsed since the date on which the Party knew or should have known of the facts giving rise to the dispute.

6. The Arbitral Tribunal shall consist of three arbitrators. Each Party shall appoint, within three (3) months after receiving the "notice of arbitration", a member of the Arbitral Tribunal. Within three (3) months of the appointment of the second arbitrator, the two members, shall appoint a national of a third State with which both Parties maintain diplomatic relations, who, upon approval by both Parties, shall be appointed chairperson of the Arbitral Tribunal. The appointment of the Chairperson must be approved by both Parties within one (1) month from the date of his/her nomination.

7. If, within the periods specified in paragraph 6 of this Article, the necessary appointments are not concluded, either Party may invite the Secretary General of the International Court of Justice to make the necessary appointments. If the Secretary General of the International Court of Justice is a national of one Party or is prevented from fulfilling said function, the member of the International Court of Justice who has the most seniority who is not a national of a Party will be invited to make the necessary appointments.

8. Arbitrators must:

(a) have the necessary experience or expertise in Public International Law, international investment rules or international trade, or the resolution of disputes arising in relation to international investment agreements;

(b) be independent of and not be affiliated, directly or indirectly, with any of the Parties or with the other arbitrators or potential witnesses nor take instructions from the Parties; and

(c) comply with the “Rules of conduct for the understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes” of the World Trade Organization (WTO / DSB / RC / 1, dated December 11 1996), as applicable to the dispute, or any other standard of conduct established by the Joint Committee.

9. The “Notice of Arbitration” and other documents relating to the resolution of the dispute shall be presented at the location designated by each Party in Annex II (Delivery of Documents of a Party) or any other location that may be informed by the Parties.

10. The Arbitral Tribunal shall determine its own procedure in accordance with this Article or, alternatively, the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). The Arbitral Tribunal will render its decision by majority vote and decide on the basis of the provisions of this Agreement and the applicable principles and rules of international law as recognized by both Parties. Unless otherwise agreed, the decision of the Arbitral Tribunal shall be rendered within six (6) months following the appointment of the Chairperson in accordance with paragraphs 6 and 7 of this article.

11. The decision of the Arbitral Tribunal shall be final and binding to the Parties, who shall comply with it without delay.

12. The Joint Committee shall approve the general rule for determining the arbitrators’ fees, taking into account the practices of relevant international organizations. The Parties shall bear the expenses of the arbitrators as well as other costs of the proceedings equally, unless otherwise agreed.

13. Notwithstanding paragraph 2 of this Article, the Parties may, through a specific arbitration agreement, request the arbitrators to examine the existence of damages caused by the measure in question under the obligations of this Agreement and to establish compensation for such damages through an arbitration award. In this case, in addition to the provisions of the preceding paragraphs of this Article, the following shall be observed:

(a) The arbitration agreement to examine the existence of damages shall be taken as “notice of arbitration” within the meaning of paragraph 6;

(b) This paragraph shall not be applied to a dispute concerning a particular investor which has been previously resolved and where protection of res judicata applies. If a investor had submitted claims regarding the measure at issue in the Joint Committee to local courts or an arbitration tribunal of the Host State, the arbitration to examine damages can only be initiated after the withdrawal of such claims by the investor in local courts or an arbitration tribunal of the Host State. If after the establishment of the arbitration, the existence of claims in local courts or arbitral tribunals over the contested

measure is made known to the arbitrators or the Parties, the arbitration will be suspended.

(c) If the arbitration award provides monetary compensation, the Party receiving such compensation shall transfer to the holders of the rights of the investment in question, after deducting the costs of the dispute in accordance with the internal procedures of each Party. The Party to whom restitution was granted may request the Arbitral Tribunal to order the transfer of the compensation directly to the holders of rights of the affected investment and the payment of costs to whoever has assumed them.

PART IV – Agenda for Further Investment Cooperation and Facilitation

Article 25

Agenda for Further Investment Cooperation and Facilitation

1. The Joint Committee shall develop and discuss an Agenda for Further Cooperation and Facilitation on relevant topics for the promotion and enhancement of bilateral investment. The topics that shall be initially addressed and its objectives are listed in Annex I – “Agenda for Further Investment Cooperation and Facilitation”.
2. The agendas shall be discussed between the competent government authorities of both Parties. The Joint Committee shall invite, when applicable, additional competent government officials for both parties in the discussions of the agenda.
3. The results of such negotiations shall constitute additional protocols to this Agreement or specific legal instruments.
4. The Joint Committee shall coordinate schedules of the discussions for further investment cooperation and facilitation and the negotiation of specific commitments.
5. The Parties shall submit to the Joint Committee the names of government bodies and its official representatives involved in these negotiations.

PART V – General and Final Provisions

Article 26

General Amendments and Final Provisions

1. Neither the Joint Committee nor the Focal Points or Ombudsmen shall replace or impair, in any way, any other agreement or the diplomatic channels existing between the Parties.

2. Without prejudice to its regular meetings, after 10 (ten) years of entering into force of this Agreement, the Joint Committee shall undertake a general review of its implementation and make further recommendations, if necessary.

3. This Agreement shall enter into force 90 (ninety) days after the date of the receipt of the second diplomatic note indicating that all necessary internal procedures with regard to the conclusion and the entering into force of international agreements have been completed by both Parties.

4. At any time, either of the Parties may terminate this Agreement by providing written notice of termination to the other Party. The termination shall take effect on a date the Parties agree on or, if the Parties are unable to reach an agreement, 365 (three hundred and sixty-five) days after the date on which the termination notice is delivered

IN WITNESS WHEREOF the undersigned, duly authorized thereto by their respective Governments, have signed this Agreement.

DONE at, on the day of in duplicate in the English and Portuguese languages, both texts being equally authentic.

**FOR THE FEDERATIVE REPUBLIC OF
BRAZIL**

FOR

ANNEX I

AGENDA FOR FURTHER INVESTMENT COOPERATION AND FACILITATION

The agenda listed below represents an initial effort to improve investment cooperation and facilitation between the Parties and may be expanded and modified at any time by the Joint Committee.

a. Payments and transfers

i. The cooperation between the financial authorities shall aim at facilitating capital and currency remittances between the Parties.

b. Visas

i. Each Party shall seek, whenever possible and convenient, to facilitate the free movement of managers, executives and skilled employees of economic agents, entities, businesses and investors of the other Party.

ii. Respecting national legislation, immigration and labour authorities of each Party shall seek a common understanding in order to reduce time, requirements and costs to grant appropriate visas to investors of the other Party.

iii. The Parties will negotiate a mutually acceptable agreement to facilitate visas for investors with a view to extend its duration and stay.

c. Technical and environmental regulations

i. Subject to their national legislation, the Parties shall establish expeditious, transparent and agile procedures for the issuing of documents, licenses and certificates related to the prompt establishment and maintenance of the investment of the other Party.

ii. Any query from the Parties, or from their economic agents and investors concerning commercial registration, technical requirements and environmental standards shall receive diligent and timely treatment from the other Party.

d. Cooperation on Regulation and Institutional Exchange

i. The Parties shall promote institutional cooperation for the exchange of experiences on the development and management of regulatory frameworks.

ii. The Parties hereby undertake to promote technological, scientific and cultural cooperation through the implementation of actions, programs and projects for the exchange of knowledge and experience, in accordance with their mutual interests and development strategies.

iii. The Parties agree that the access and the eventual technology transfer shall be carried out, whenever possible, and be aimed at contributing with effective trade of goods, services and related investment.

iv. The Parties shall undertake to promote, foster, coordinate and implement cooperation in professional qualification through greater interaction between relevant national institutions.

v. Fora for cooperation and exchange of experiences on solidarity economy shall be created, evaluating fostering mechanisms for cooperatives, family farms and other solidary economic enterprises related to current and future investment.

vi. The Parties shall also promote institutional cooperation for greater integration of logistics and transports in order to open new air routes and increase, whenever possible and appropriate, their connections and maritime merchant fleets.

vii. The Joint Committee may identify other areas of mutual interest for cooperation in sectorial legislation and institutional exchange.

ANEXO II

DECRETO N. 8.863, DE 28 DE SETEMBRO DE 2016

Dispõe sobre a criação, a estrutura e as atribuições do **Ombudsman** de Investimentos Diretos e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, **caput**, inciso IV, da Constituição, tendo em vista o disposto no Decreto n. 4.732, de 10 de junho de 2003,

Considerando que os Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos – ACFIs contêm dispositivo que prevê a designação de um Ponto Focal Nacional ou **Ombudsman** para apoio aos investidores da outra Parte; e

Considerando que as atribuições do **Ombudsman** previstas nos ACFIs, na República Federativa do Brasil, serão exercidas pela Câmara de Comércio Exterior – Camex,

DECRETA:

Art. 1º Fica estabelecido o **Ombudsman** de Investimentos Diretos – OID no âmbito da Câmara de Comércio Exterior – Camex.

Parágrafo único. Para efeitos deste Decreto e do funcionamento do OID, serão aplicadas as definições de investimento e investidor estabelecidas nos ACFIs em vigor na República Federativa do Brasil.

Art. 2º O OID oferecerá apoio a investidores, atenderá consultas e buscará soluções para questionamentos vinculados a ACFIs em vigor.

Parágrafo único. O OID poderá receber consultas e questionamentos dos investidores nacionais com relação aos seus investimentos nos países com os quais a República Federativa do Brasil tenha ACFI em vigor, aos quais dará seguimento por meio dos mecanismos previstos em tais acordos, a exemplo daqueles referidos no art. 4º, **caput**, incisos IV e V.

Art. 3º O OID integrará a estrutura da Secretaria-Executiva da Camex, que estará sob a supervisão do Conselho de Ministros da Camex, e será composto:

I – pelo Secretário-Executivo da Camex, que representará institucionalmente o OID e coordenará as suas atividades;

II – por uma Secretária, que se valerá da estrutura da Secretaria-Executiva da Camex e contará com funcionários e servidores especializados em temas afins a investimentos para apoio ao Secretário-Executivo da Camex no desempenho de suas funções no âmbito do OID;

III – por um Grupo Assessor, composto por representantes dos Ministérios que constituem a Camex;

IV – pela Rede de Pontos Focais, que será composta por pontos focais de órgãos e entidades da administração pública e de entidades paraestatais, a serem definidos pelo regimento do OID, e daqueles indicados por Unidades da Federação.

§ 1º Para alcançar os fins descritos no **caput**, os órgãos e as entidades integrantes da Rede de Pontos Focais designarão servidor de seus quadros como ponto focal, a fim de atuar em conjunto com o OID, com vistas a oferecer informações sobre investimentos, sanar dúvidas e buscar soluções para os questionamentos dos investidores, em sua área de competência, entre outras atividades a serem definidas no regimento do OID.

§ 2º Ao servidor designado como ponto focal deverá ser dado acesso às informações pertinentes e aos recursos humanos e materiais necessários para o desempenho de suas funções.

Art. 4º Compete ao OID:

I – prestar assistência e orientação aos investidores, de maneira a esclarecer dúvidas, receber consultas e recomendar soluções para os questionamentos apresentados;

II – prestar assistência e orientação a investidores nacionais com relação a investimentos nos países com os quais a República Federativa do Brasil tenha ACFI em vigor, além de dar seguimento a demandas e questionamentos desses investidores;

III – realizar relatos periódicos dos trabalhos do OID em órgão integrante da estrutura da Camex e, se necessário ou conveniente, propor, neste foro, medidas de promoção e facilitação de investimentos;

IV – participar das reuniões dos comitês conjuntos previstos nos ACFIs em vigor ou indicar representante, sempre que necessário;

V – interagir com os **ombudsmen**, ou pontos focais, das Partes com as quais a República Federativa do Brasil tenha ACFI em vigor;

VI – divulgar oportunidades de investimento e prestar informação acerca de políticas de investimento;

VII – propor aos órgãos ou às entidades da administração pública pertinentes melhorias na legislação ou nos procedimentos adotados, nos casos em que a solução de um questionamento assim o recomende;

VIII – fornecer aos investidores, de maneira tempestiva, fácil e objetiva, informações não sigilosas, utilizando, para tanto, conforme necessário, a Rede de Pontos Focais;

IX – realizar, quando necessário, visitas às empresas instaladas no País ou, se for o caso, a suas empresas congêneres no exterior; e

X – manter diálogo permanente com os órgãos ou as entidades da administração pública, especialmente aqueles responsáveis pela avaliação de permissões e licenças necessárias à realização de investimentos no País.

Parágrafo único. Nos casos de questionamentos apresentados com base no inciso I do **caput** o OID poderá:

I – solicitar informações detalhadas, necessárias à análise do OID, aos órgãos e às entidades da administração pública que tenham relação com o questionamento recebido;

II – buscar solucionar, junto aos órgãos e às entidades da administração pública pertinentes, o questionamento enviado pelo investidor; e

III – recomendar, se necessário, aos órgãos e às agências de governo envolvidos na resposta aos questionamentos recebidos, alterações na legislação, com vistas ao aperfeiçoamento contínuo do ambiente de investimentos.

Art. 5º O Grupo Assessor será presidido pelo Secretário-Executivo da Camex e acompanhará e orientará os trabalhos do OID, inclusive na elaboração e nas eventuais revisões de seu regimento interno.

Art. 6º As áreas de atuação dos agentes públicos especializados que integrem a Secretaria do OID serão definidas no regimento interno de funcionamento do OID.

Art. 7º O Secretário-Executivo da Camex, após notificação, por escrito, ao Grupo Assessor, poderá instituir Grupo de Solução de Questionamentos –GSQ para a finalidade de assistir o OID na resposta a questionamento apresentado por investidor, no que se refere à legislação ou aos procedimentos administrativos aplicados a caso concreto.

§ 1º O GSQ será composto por representantes dos órgãos ou das entidades da administração pública que tenham relação com a matéria objeto do questionamento e será coordenado pelo Secretário-Executivo da Camex ou por representante por ele indicado.

§ 2º Os Ministérios integrantes do Grupo Assessor poderão indicar representantes para compor o GSQ.

§ 3º Os órgãos ou as entidades estaduais, municipais e distritais poderão ser convidados a participar do GSQ.

§ 4º Os órgãos ou as entidades da administração pública deverão, sem demora injustificável, contribuir com o OID na formação do GSQ, no esclarecimento e na solução do questionamento, especialmente, com relação:

I – ao fornecimento de dados ou informações relevantes para a solução do questionamento;

II – à manifestação de posição do órgão ou da entidade em questão; e

III – à formulação de eventuais recomendações de melhorias na legislação ou em procedimentos administrativos.

§ 5º Após análise do GSQ e preparação, pelo OID, nos termos do regimento interno, do relatório final acerca da questão, eventuais recomendações de solução do questionamento

serão formalmente apresentadas aos órgãos ou às entidades da administração pública envolvidos para as devidas providências.

§ 6º Caso algum órgão ou entidade da administração pública entenda não ser conveniente ou encontre obstáculos legais ao atendimento das recomendações propostas, deverá apresentar justificativa por escrito.

§ 7º Na hipótese do § 6º, o tema será pauta de reunião do Grupo Assessor, que avaliará a pertinência de encaminhar a questão ao Conselho de Ministros da Camex, considerado o disposto no art. 8º.

Art. 8º O OID respeitará as competências específicas dos demais órgãos e entidades da administração pública, que, por sua vez, responderão prontamente aos pedidos de informações e darão a devida consideração às recomendações formuladas pelo OID.

Art. 9º O OID desenvolverá atividades para divulgar sua atuação.

Art. 10. O OID elaborará seu regimento interno, o qual será submetido à deliberação da Camex.

Art. 11. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 28 de setembro de 2016;

195º da Independência e 128º da República.

MICHEL TEMER

José Serra

Henrique Meirelles

Marcos Pereira

Este texto não substitui o publicado no *DOU* de 29/9/2016.