

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITO INTERNACIONAL II

FLORISBAL DE SOUZA DEL OLMO

GIOVANNI OLSSON

LUIS RENATO VEDOVATO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito internacional II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Florisbal de Souza Del Olmo, Giovanni Olsson, Luis Renato Vedovato – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-320-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Internacional. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016: Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO INTERNACIONAL II

Apresentação

A presente obra é fruto dos artigos apresentados no Grupo de Trabalho (GT) Direito Internacional II, do XXV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado na cidade de Curitiba entre os dias 7 e 10 de dezembro de 2016, no Centro Universitário de Curitiba - UNICURITIBA.

Com pungente atividade de pesquisa desenvolvida por todo o país, foram selecionados para este Grupo de Trabalho dezessete (17) artigos relacionados ao tema, os quais sustentam esta obra, apresentando o mais elevado nível de pesquisa desenvolvido nacionalmente.

O Congresso teve como pano de fundo a temática “Cidadania e Desenvolvimento Sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito”. A escolha pode ser tida como bastante adequada por conta do cenário global construído nessas primeiras décadas do Século XXI, com toda a sensível marca do processo de globalização e da nova fronteira dos direitos humanos, mormente diante da atuação empresarial, muitas vezes citada nas apresentações, impondo uma série de novos desafios ao Direito, que tem que lidar constantemente com as questões atinentes à afirmação da cidadania e aos desafios para a construção e alcance do desenvolvimento sustentável. Nesse contexto, a implementação dos direitos fundamentais nas relações sociais, do trabalho e empresariais deve buscar garantir a sua efetividade resolvendo a colisão de direitos fundamentais, num contexto de fortalecimento da cidadania e do desenvolvimento social, ambiental e humano, que só podem ser concretizados num contexto de busca pela sustentabilidade. Os diversos casos de ataques à cidadania, aos direitos sociais e ao meio ambiente por ação ou omissão (tanto do Estado quanto das empresas) constroem um enorme número de dificuldades e desafios às teorias do direito, trazendo obstáculos mais complexos a serem vencidos.

Novos paradigmas devem ser construídos e foram propostos especificamente no Grupo de Trabalho, sendo certo que somente por intermédio da ciência do direito é possível desenvolver as bases para a concretização da reflexão sobre a cidadania e o desenvolvimento sustentável, criando-se as bases para se cobrar dos atores sociais o exercício de seus papéis no Estado Democrático de Direito. Sempre com vistas à proteção dos direitos humanos na nova fronteira de violação de direitos, na estrutura de uma sociedade globalizada, tanto na economia quanto no direito.

Ressalta-se a ementa do GT, com o seguinte conteúdo:

EMENTA:

DIREITO INTERNACIONAL - Refletir sobre: Direito Internacional Público. Direito Internacional Privado. Direito Internacional do Comércio e Blocos Econômicos. Relações Internacionais e Direito. Aspectos Transnacionais e Transnormativos do Direito. Teoria do Direito Internacional. Cooperação Jurídica Internacional. América Latina entre a cooperação e a integração. Direito dos Tratados; aspectos da negociação e contração internacionais. Direito Internacional Processual. O Direito Internacional entre a fragmentação e o pluralismo jurídico. Tribunais Internacionais e sua jurisdição. Sujeitos e novos atores do Direito Internacional. Aspectos sobre os princípios e fontes do Direito Internacional em suas mais variadas ramificações. Direito Internacional do Meio Ambiente. Direito Penal Internacional e sua construção jurisprudencial.

Direito comunitário e da integração do Mercosul. Análise jurisprudencial dos tribunais superiores em matéria de Direito Internacional.

Os trabalhos apresentados se relacionam, de forma bastante direta, com a ementa apresentada, o que indica uma preocupação com a seleção de artigos que mantém entre si afinidade científica, o que favoreceu sobremaneira os debates no momento das discussões no GT.

A obra, em razão dos trabalhos apresentados, pode ser subdividida em três blocos temáticos, sendo todos relativos ao Direito Internacional. O primeiro grupo temático ficou reservado para a temática do Direito Internacional Ambiental. O segundo trabalhou com a questão relativa aos vários aspectos da aproximação entre direito internacional e economia, sendo reservado ao terceiro bloco o conjunto de trabalhos referentes à mobilidade humana internacional.

Para o primeiro bloco, numa análise específica de cada artigo, é possível fazer as seguintes considerações, a começar pelo primeiro apresentado que tem o título de OS NOVOS DESAFIOS DO ACORDO DE PARIS: UMA BUSCA POR UM CLIMA SUSTENTÁVEL, apresentado por Bruno Manoel Viana De Araujo e Oton De Albuquerque Vasconcelos Filho, nele, buscou-se demonstrar que o mundo despertou tarde para a luta contra o aquecimento global, pois durante muitos anos, a maioria dos Estados, principalmente os desenvolvidos, relutaram em reconhecer que o Planeta aquecia por causa da interferência humana, assim, o regime jurídico contra a mudança do clima começou a estabelecer seu marco geral com

Convenção Quadro das Nações Unidas contra a Mudança do Clima, passando pelo período de compromissos do Protocolo de Quioto e agora com o Acordo de Paris, no qual se depositam as esperanças mundiais, que se renovam para um caminho de sustentabilidade ambiental.

Em seguida, veio, com igual brilhantismo, o trabalho DIREITO INTERNACIONAL DO MEIO AMBIENTE: O DIREITO TRANSNACIONAL COMO SOLUÇÃO À EFETIVIDADE DAS NORMAS INTERNACIONAIS SOBRE ÁGUA DOCE, de Leonardo Leite Nascimento, que buscou expor que o Direito Internacional Ambiental tem encontrado dificuldades para viabilizar a gestão conjunta e integrada das águas de Bacias de Drenagem Internacional, prevalecendo, mesmo com a crise hídrica, os interesses econômicos sobre os socioambientais. Nesse sentido, o trabalho teve como objetivo analisar o Direito Transnacional como solução à efetivação da gestão e tutela hidrosocial das águas compartilhadas, os resultados demonstraram a relevância dos instrumentos de regulação transnacional, se implantados com cooperação e foco na sustentabilidade, para garantir o acesso de todos à água doce.

Na sequência, de forma escurteira e com conteúdo relevante, foram apresentados artigos instigantes e muito bem desenvolvidos com os títulos assim elencados: O FENÔMENO DOS “RIOS VOADORES” E O DIREITO INTERNACIONAL, de Késia Rocha Narciso, que cuidou da importância da preservação da Amazônia, destacando o papel da floresta no transporte de vapor de água por meio de massas de ar como grande aliado do clima para a região Centro-Oeste, Sudeste e Sul do Brasil e para países fronteiriços, o que é essencial para o regime de chuvas nessas regiões; seguiu-se a apresentação do trabalho sobre INTEGRAÇÃO REGIONAL COMO MEIO DE FORMAÇÃO DE UMA CONSCIÊNCIA AMBIENTAL PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DAS FUTURAS GERAÇÕES, de Amanda Madeira Reis e Márcia Baião De Azevedo Ribeiro, que refletiram sobre o fato de que, atualmente, vêm sendo observados processos de integração regional, por meio dos quais os Estados se agrupam em blocos, principalmente, com fins econômicos, fazendo os Estados se apresentarem como potenciais poluidores do meio ambiente, precisando assumir o compromisso de desenvolvimento sustentável, o que demanda a inserção de políticas internas de educação ambiental, com o fito de conscientizar toda a sociedade para a promoção de mudanças de atitude relacionadas ao meio ambiente.

Ainda no bloco de ambiental, apresentou-se o artigo STATUS QUO DO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL, de Érica Tatiane Soares Ciorici, em que se defendeu que o Direito Internacional Ambiental tem evoluído, acompanhando as mudanças de paradigma do Direito Internacional Público, não obstante essa evolução, é ainda notória a disparidade

existente entre a profusão normativa e o efetivo alcance dos resultados pretendidos pelos diversos tratados e acordos internacionais que visam a proteção e preservação do meio ambiente, discorrendo ainda sobre o caso da Fundação de Trail no sentido de fundamentar a posição adotada. Também foi apresentado na sequência, por evidente pertinência, o trabalho **O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E SUA RECEPÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL**, de Patrícia Jung, no qual se assume que, no Direito Internacional, as contradições relacionadas ao desenvolvimento sustentável se concentram em procurar entender se estar-se-ia ou não diante de um direito, apesar disso, objetivou-se compreender como o direito ao desenvolvimento sustentável se insere no Direito Internacional, visando ponderar sobre os debates quanto a sua caracterização como fonte deste ramo do direitos.

No fechamento desse conjunto foi apresentado mais um trabalho, intitulado **DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS E SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATO JUDICIAL**, de Leila Maria Da Juda Bijos, que analisou os direitos dos povos indígenas às terras que ocupam tanto à luz do sistema jurídico interno brasileiro, como em relação ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, tomando-se como referência a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o caso Raposa Serra do Sol, buscando-se verificar a possibilidade de responsabilização internacional do Brasil por ato do Poder Judiciário que restrinja a abrangência das normas protetivas dos direitos territoriais indígenas, fazendo um relato minucioso da situação dos indígenas no país, com destaque à região de Chapecó (SC).

As apresentações foram brindadas com excelente debate e reflexões sobre elas, com efetiva participação de todos e de todas, além de falas dos coordenadores do grupo de trabalho Direito Internacional II. Dessa forma, foi destacado que os artigos olham para além da ortodoxia do direito.

Na segunda parte das apresentações, focada no comércio, nos investimentos e na temática da economia internacional, houve uma complementação das reflexões de direito internacional, sendo trazidas reflexões sobre temas pontuais com profundidade equivalentes às encontradas na maioria dos casos desenvolvidos no cotidiano da pesquisa científica.

E assim avançam os debates com os seguintes textos: **O CENTRO INTERNACIONAL PARA ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTOS DO BANCO MUNDIAL NA RESOLUÇÃO DE POSSÍVEIS CONFLITOS DECORRENTES DO ACORDO DE INVESTIMENTOS FIRMADO ENTRE BRASIL E MOÇAMBIQUE**, de Marcelo Markus Teixeira e Robson Fernando Santos, destacando que, em 2015, na capital de

Moçambique, foi firmado um Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre os Governos do Brasil e Moçambique., assim, o trabalho, ao analisar o teor do acordo firmado, buscou demonstrar quem são os investidores e que tipos de investimentos são possíveis realizar, pois é feita uma análise do Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos do Banco Mundial, órgão do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento, para demonstrar que este órgão de arbitragem também é competente para julgar possíveis conflitos decorrentes deste acordo firmado entre Brasil e Moçambique.

Na sequência, veio a apresentação o artigo ACORDOS BILATERAIS DE INVESTIMENTOS E DESENVOLVIMENTO: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DOS INCENTIVOS CRIADOS PELA REGULAÇÃO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS, exposto por Michele Alessandra Hastreiter e Luís Alexandre Carta Winter, que visou analisar os incentivos aos investidores criados pelos acordos de proteção e promoção de investimentos (APPRI), expondo-se que os postulados da análise econômica do Direito (AED) deram substrato à reflexão sobre o funcionamento destes acordos e seu conteúdo, levando o enfoque a recair sobre o método da AED e como esta corrente aborda o Direito como ferramenta de incentivos, concluindo-se que os APPRI geram efeitos contraproducentes ao desenvolvimento uma vez que são modestos na atração de capital e, em contrapartida, agressivos no solapamento da soberania estatal.

Também veio ao grupo de trabalho o artigo A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS JOGOS AO COMERCIO INTERNACIONAL: LIBERALISMO E INTERVENCIONISMO, de Thalles Alexandre Takada, que demonstrou que o caminhar da história foi profundamente marcado por mudanças sociais, principalmente, em decorrência da forma de agir dos indivíduos em relação ao meio em que habitam, sendo evidenciada a influência econômica que, em grande parte, ocorreu por meio do surgimento e evolução do comércio, o que exige a apresentação de um modelo teórico denominado de Teoria dos Jogos com o intuito de demonstrar o que leva os governos a intervir no comércio com outros países.

Nessa mesma esteira, destaca-se a exposição do trabalho O CONFLITO DE DELIMITAÇÃO DE FRONTEIRAS MARÍTIMAS ENTRE PERU E CHILE: UM OLHAR À LUZ DA GEOPOLÍTICA E DO DIREITO, de Ane Elise Brandalise Gonçalves, que buscou explicar o conflito de delimitação de fronteiras marítimas entre Peru e Chile, sendo que a hipótese foi a de que as lições de Alfred Mahan, aliadas com o uso do Direito Internacional, que ganham destaque na atualidade, com a importância do Poder Marítimo, assim, mostra-se, segundo a expositora, necessário estar em consonância com as normas do Direito Internacional Marítimo, sendo que em havendo disputas, a decisão será da Corte Internacional de Justiça. Logo após o artigo de Ane Elise Brandalise Gonçalves, foi

apresentado o trabalho O PROJETO DE ARTIGOS SOBRE RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DA COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL: PROCESSO DE CODIFICAÇÃO E CONTEÚDO JURÍDICO, de Alexandre Cardeal de Oliveira Arneiro e Vanessa Toqueiro Ripari, que aprofundou o tema da codificação do Direito Internacional Público, processo de estabelecimento de regras escritas sobre um já praticado direito costumeiro, reconhecendo que nele está a matéria da responsabilidade internacional, os autores trouxeram por problemática o processo de codificação de normas gerais sobre responsabilidade internacional, que se iniciou no âmbito da CDI, mas que ainda não se concluiu, buscando assim compreender o desenvolvimento da disciplina, sob a perspectiva de um fenômeno de codificação do direito internacional, estruturando-se segundo o método dedutivo, visando na pesquisa bibliográfica e documental respostas para a problemática proposta.

Imediatamente na sequência, iniciou-se o bloco com temas relacionados com a mobilidade humana internacional, que complementou o debate a ser realizado em conjunto com a temática econômica. Sendo o primeiro o trabalho A EXTRADIÇÃO E A SOLIDARIEDADE INTERNACIONAL NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO, de Junior Dominguesck e Aldo Rene Segovia, que abordou a extradição como instrumento legal, em que se verifica o poder de deter e extraditar estrangeiros criminosos, sendo relevante no julgamento das extradições solicitadas por outros países ao Governo do Brasil a existência de tratados internacionais e de reciprocidade. Na sequência, veio o trabalho intitulado REPRESSÃO A PIRATARIA NOS TERMOS DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR, de Flávia Fagundes Carvalho de Oliveira e Joelma Beatriz De Oliveira, que teve por finalidade discutir a repressão da pirataria no âmbito internacional, analisando-se, dessa forma, a motivação pela qual a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar trata da questão que atualmente ameaça a segurança marítima ao colocar em perigo o bem-estar dos marítimos, a segurança da navegação e do comércio e, em consonância com a Convenção, além de quais meios utilizados para coibição da fraude marítima.

O trabalho seguinte foi MIGRAÇÃO E VIOLÊNCIA: O PODER DOS ATORES NÃO ESTATAIS VIOLENTOS NA DINÂMICA DOS PROCESSOS MIGRATÓRIOS EM REDE, de Maria Luiza Roman Folle e Giovanni Olsson, que expôs que, na medida em que guerras, epidemias, perseguições e catástrofes ocorrem, milhões de pessoas são impulsionadas a viverem em condições transitórias. Assim, a inserção dos atores não estatais violentos no protagonismo do processo migratório foi alicerçada pela poderosa rede, alimentada pela globalização e instrumentalizada para garantia da ilusão coletiva de ordem pública gerenciada pelo Estado, logo, o processo migratório em rede, amoldado pelo poder

político dos atores não estatais violentos, demonstra-se como um eficiente instrumento de passagem de fluxos, e é utilizada para expansão de poder político e práticas voltadas ao enriquecimento ilícito.

Em finalização do bloco, os seguintes trabalhos foram apresentados, primeiro “BREXIT”: DA INTEGRAÇÃO REGIONAL À POLÍTICA DE CONTROLE DE MOBILIDADE HUMANA, de Florisbal de Souza Del Olmo e Diego Guilherme Rotta, que reflete sobre a saída do Reino Unido da União Europeia e as possíveis consequências nos processos migratórios no continente europeu, que foi elaborado a partir de revisão bibliográfica e documental, nesse sentido, entende-se que o Brexit marca um retorno ao Direito Internacional centrado no Estado Nação soberano como único sujeito de participação no jogo de políticas internacionais, expondo-se que a opção tomada pode gerar restrições da mobilidade de pessoas, políticas mais rígidas de controle de fronteira, além de afronta aos tratados internacionais de Direitos Humanos, levando ao aumento de população em situação de limbo jurídico ou permanência irregular no Estado britânico.

Por fim, foi apresentado o artigo A CONSTRUÇÃO DE UM ELEMENTO DE EXCLUSÃO - A NACIONALIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO, de Luis Renato Vedovato e Josué Mastrodi Neto, que tenta expor que a nacionalidade deixou de ser elemento de conexão do estatuto pessoal no Brasil em 1942, apesar de sua exclusão, no entanto, ela continua a ser relevante para definição da norma aplicável, especialmente no tocante a direitos fundamentais. No Brasil, o direito de voto só pode ser exercido pelos nacionais, com a exceção do caso dos portugueses, o artigo busca demonstrar que a nacionalidade como fator diferenciador viola a igualdade entre os indivíduos, especialmente se, no caso do voto, o cargo a ser escolhido não for determinante para a segurança do país.

Os debates foram realizados logo após o término das exposições desses dois blocos, o que demonstrou envolvimento de todos os presentes, os quais foram responsáveis pelo aprofundamento de temas pontuais dos trabalhos trazidos a todos.

A grande amplitude dos debates e das perguntas no GT demonstraram a importância dos temas levantados e apresentados por todos os pesquisadores e pesquisadoras desse grupo.

Assim, é com muita felicidade que apresentamos a toda sociedade jurídica a presente obra, que certamente será bastante importante para futuras pesquisas a partir das inúmeras reflexões expostas nas páginas seguintes.

Prof. Dr. Giovanni Olsson - UNOCHAPECO

Prof. Dr. Florisbal de Souza Del'Olmo - URI

Prof. Dr. Luís Renato Vedovato - UNIMEP

ACORDOS BILATERAIS DE INVESTIMENTOS E DESENVOLVIMENTO: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DOS INCENTIVOS CRIADOS PELA REGULAÇÃO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS

BILATERAL INVESTMENT AGREEMENTS AND DEVELOPMENT: AN ECONOMIC ANALYSIS OF THE INCENTIVES CREATED BY INTERNATIONAL INVESTMENT LAW

Michele Alessandra Hastreiter ¹
Luís Alexandre Carta Winter ²

Resumo

Este artigo tem como objetivo analisar os incentivos aos investidores criados pelos acordos de proteção e promoção de investimentos (APPRI). Os postulados da análise econômica do Direito (AED) darão substrato à análise. Inicialmente, abordar-se-á o funcionamento destes acordos e seu conteúdo. Na sequência, o enfoque recairá sobre o método da AED e como esta corrente aborda o Direito como ferramenta de incentivos. Por fim, serão analisados os incentivos gerados pelos acordos. Ao final, conclui-se que os APPRI geram efeitos contraproducentes ao desenvolvimento uma vez que são modestos na atração de capital e, em contrapartida, agressivos no solapamento da soberania estatal

Palavras-chave: Acordos bilaterais, Investimentos estrangeiros, Análise econômica do direito, Direito internacional, Incentivos

Abstract/Resumen/Résumé

This paper's objective is to analyze incentives provided by bilateral investment agreements (BITs) to foreign investors. At first, the paper will focus on the agreement's functioning and main dispositions. The research will then focus on the method of the Economic Analysis of Law, and on how this line of thinking approaches Law as a tool of incentives. At the end, the incentives generated by the agreements will be analyzed. The conclusion is that BITs fail to promote development, since they provide a small incentive to investment, at the same time that represent a strong limitation on national sovereignty.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Bilateral investment agreements (bits), Foreign investment, Economic analysis of law, Internacional law, Incentives

¹ Professora de Direito Internacional Público e Privado no Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) e na Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESP-PR).

² Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) na graduação, mestrado e doutorado. Professor da UNICURITIBA e da FAMEC.

INTRODUÇÃO

Os acordos bilaterais de proteção e promoção de investimentos (APPRI) estrangeiros são a principal fonte do Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros. Especialmente difundidos na década de 1990, em um período em que imperava a crença de que o desenvolvimento econômico seria resultado imediato da liberação dos mercados, estes acordos são destinados unicamente à concessão de padrões de proteção dos investidores estrangeiros – partindo da premissa de que tal proteção seria um estímulo ao investimento.

Nota-se, portanto, que os APPRI são exemplos da lógica econômica aplicada ao Direito: um dos postulados centrais à análise econômica do Direito é o de que o Direito pode servir como incentivo a determinadas condutas. Os APPRI são resultado da crença de que a concessão de padrões amplos de proteção aos investidores por meio de compromissos internacionais serão incentivos que estimularão os investidores a investir nos países signatários.

Em razão de sua alta disseminação entre os mais diferentes países, vários estudos empíricos já se dedicaram a verificar se de fato os acordos tem servido como estímulo ao investimento e, ainda, se os investimentos recebidos em razão dos acordos são benéficos ao desenvolvimento. É hoje sabido também, porém, que tais acordos geram alguns “efeitos colaterais”, na medida em que criam incentivos para os investidores que transcendem a mera aplicação de capital.

O objetivo deste artigo é, portanto, a partir dos postulados teóricos da análise econômica do Direito, analisar a correlação entre a assinatura de APPRI e a atração de investimentos, enfocando – também – outros incentivos criados por este mecanismo de regulação internacional da matéria.

1. OS ACORDOS BILATERAIS DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTOS (APPRI)

Os Acordos bilaterais de Proteção e Promoção Recíproca de Investimentos (APPRI) são instrumentos através dos quais dois países concordam com os padrões de tratamento que concederão para os investidores de um país signatário no território do outro (WOUTERS, DUQUET e HACHEZ, 2013 p. 44). É por isto que FONSECA (2008, p. 57) afirma que estes acordos se caracterizam pela trilateralidade, uma vez que são firmados entre

dois Estados, visando salvaguardar os interesses de uma terceira parte: os investidores internacionais.

Embora o primeiro destes acordos tenha sido celebrado entre Alemanha e Paquistão, em 1959, foi na década de 1990 - quando o *mainstream* econômico defendia que o desenvolvimento seria o resultado de um regime que permitisse que os atores de mercado transacionassem livremente, nacional e internacionalmente - que estes acordos encontraram o cenário ideal para sua disseminação. Em 1990 eram 446 os acordos bilaterais existentes no mundo (SCANDIUCCI FILHO, 2007, p. 279). Ao final de 2013, havia 3.236 acordos sobre a temática em vigor, sendo 2.902 acordos bilaterais de proteção e outros 334 acordos de outras naturezas, dentre os quais os acordos regionais ou de livre comércio que também abordam a matéria (UNCTAD, 2014, p. 112).

No que tange aos investidores, os direitos que estes instrumentos estabelecem são recíprocos. Isto é: “os direitos dos investidores do país A no país B são os mesmos do país B em A” (FONSECA, 2008, p. 60). Nem sempre, porém, esta reciprocidade teórica é corroborada na prática, já que em muitos casos o fluxo de capital se dá apenas de forma unilateral e o acordo acaba se caracterizando por um Estado investidor e um Estado receptor - em muitos casos, um país desenvolvido e um país em desenvolvimento¹. Em verdade, os países desenvolvidos dificilmente celebram acordos bilaterais entre si, ao passo que nos acordos entre países em desenvolvimento, na maior parte das vezes, também os investimentos ocorrem em um fluxo único². Os acordos, portanto, sugerem uma igualdade entre as partes contratantes que, na maior parte dos casos não se verifica na prática.

Grande parte dos acordos foi assinada na década de 1990, quando os países desenvolvidos formulavam um modelo de acordo bilateral e passavam a negociá-lo com países pobres e importadores de capital. Estes, por sua vez, movidos pela necessidade de atrair o capital e atendendo as exigências de ajustes estruturais impostas pelo FMI e pelo Banco

¹ Os Estados Unidos, por exemplo, até o final de 2014 havia assinado acordos de investimento com o Haiti, Marrocos, Panamá, Senegal, Turquia, Zaire, Argentina, Equador, Bolívia, Jamaica, Bielorrússia, Ucrânia, Georgia, Estônia, Trinidad e Tobago, Mongólia, Uzbequistão, Albânia, Latvia, Honduras, Nicarágua, Moçambique, El Salvador, Camarões, Croácia, Jordânia, Azerbaijão, Bahrain, Uruguai, Ruanda, Congo, Granada, Polônia, Tunísia, Romênia, Armênia, Bulgária, Moldávia, Sri Lanka, República Checa, Eslováquia, Kazaquistão, Egito e Bangladesh – o que por si só evidencia a pequena plausibilidade do caráter recíproco de grande parte destes acordos. Neste sentido, ver em: UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **United States of America**. Bilateral Investment Treaties (BITs). Disponível em: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/223#iialInnerMenu>. Acesso em: 14 nov. 2014.

² Destaca-se exemplo de Karla Closs Fonseca: acordos como os celebrados entre Cingapura e Sri Lanka ou Tailândia e Bangladesh servem, sobretudo, para respaldar os interesses dos investidores de Cingapura e Tailândia recebidos por Sri Lanka e Bangladesh, respectivamente. (FONSECA, Karla Closs. op. cit. p. 60).

Mundial, concordavam com as regras estabelecidas³, ainda que elas fossem manifestamente assimétricas, na esperança de, com isto, atraírem o capital internacional.

Esta assimetria de obrigações, contudo, não era oculta ou sorrateira. Ao contrário, era explícita justamente porque considerada legítima, uma vez que havia, na época, uma grande preocupação com a assimetria pré-existente entre o investidor estrangeiro e o Estado receptor. Conforme explicou ALVAREZ (2011, p. 118), os investidores privados teriam elevado poder de barganha em sua relação com o Estado receptor do investimento apenas no momento de decidir realizar o investimento. Após a realização do aporte de capital, o Estado receptor estaria em uma enorme vantagem, podendo mudar sua regulação unilateralmente e até mesmo expropriar o investimento – em razão de seu poder de império – fazendo com que os investidores estrangeiros ficassem totalmente expostos ao arbítrio dos Estados em que investiam. Assim, os acordos internacionais de investimento eram propositadamente, reconhecidamente e explicitamente assimétricos ao conceder obrigações apenas ao Estado receptor. Esta assimetria, contudo, era justificada como sendo “a imagem reflexa no espelho da exposição do investidor ao arbítrio do Estado receptor”⁴.

O objetivo dos acordos é, portanto, garantir um padrão de tratamento aos investidores assegurado pelo Direito Internacional. A regulamentação internacional dos investimentos estrangeiros seria vantajosa na medida em que ofereceria uma maior segurança aos investidores, uma vez que as regras de Direito nacional podem ser unilateralmente alteradas a qualquer tempo, por um ato soberano do Estado receptor do investimento. Por outro lado, as regras previstas em acordos internacionais, quando descumpridas, caracterizam um ilícito internacional passível de responsabilização do Estado, por violação do princípio do *pacta sunt servanda* (HASTREITER e WINTER, 2013, p. 93).

Embora não sigam um padrão único, estes acordos possuem regras comuns, que representam a essência do Direito Internacional do Investimento contemporâneo. Dentre elas, destacam-se as regras sobre Expropriação (direta e indireta) o Tratamento Nacional, o Tratamento da Nação Mais Favorecida e o Tratamento Justo e Equitativo. Além disto, boa parte deles também estabelece um consentimento arbitral genérico por parte dos países

³ José Alvarez é mais radical nesta afirmação e sustenta que os países em desenvolvimento frequentemente assinavam tais acordos com o equivalente a uma “arma” do FMI apontada à suas cabeças “with the equivalent of na IMF gun pointed at their heads”. (ALVAREZ, José E. **The Public International Law Regime Governing International Investment Law**. The Hague: The Hague Academy of International Law, 2011. p. 96).

⁴ “The apparent asymmetry of the investment treaties is thus nothing but the reverse mirror image of investor exposure to host State adjudication”. (ALVAREZ, José E. **The Public International Law Regime Governing International Investment Law**. The Hague: The Hague Academy of International Law, 2011. p.119, tradução livre).

signatários, que podem ser demandados por quaisquer empresas provenientes dos países com quem possuem acordos bilaterais perante uma corte arbitral, para solucionar as controvérsias oriundas destes acordos.

1.1 Proteção contra a expropriação:

A expropriação é a mais severa forma de interferência que um investidor estrangeiro pode sofrer do Estado receptor (DOLZER e SCHREURER, 2008, p. 1). Quando os acordos bilaterais de investimento foram criados, na década de 1990, o objetivo intrínseco do Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros era justamente proteger os investidores do perigo de uma expropriação feita pelo Estado receptor. Na época, os países exportadores de capital viam-se preocupados com os movimentos de socialização e nacionalização que colocavam em cheque seus direitos à propriedade. Assim, estabelecer regras que garantissem os direitos dos investidores nos casos de expropriação era uma preocupação central.

Deve-se destacar que a expropriação, por si só, não é proibida pelo Direito Internacional. Em verdade, o direito de expropriar é considerado uma decorrência da soberania estatal, sendo assegurado aos Estados seu direito de controlar a propriedade e os recursos econômicos em seu território (SORNARAJAH, 2010, p. 543). Mesmo os APPRIs reconhecem e respeitam esta posição, não sendo vedado ao Estado signatário desapropriar os investidores estrangeiros (DOLZER e SCHREURER, 2008, p. 1). No entanto, as condições e consequências da expropriação sujeitam-se a limites de Direito Internacional.

Para que uma expropriação seja considerada legal perante os acordos de investimento, DOLZER e SCHREURER (2008, p. 3) afirmam que devem estar configurados os seguintes requisitos:

- a) a medida deve servir a um propósito de interesse público;
- b) a medida não pode ser arbitrária ou discriminatória;
- c) o processo de desapropriação deve observar o devido processo legal;
- d) a expropriação deve ser acompanhada de uma compensação pronta, adequada e efetiva.

Os acordos de investimento falam, também, de medidas equivalentes a expropriação ou de “expropriação indireta”. Segundo SORNARAJAH (2010, p. 543), a expropriação direta, caracterizada pela desapropriação física da propriedade, é facilmente identificada. Quando há o confisco da propriedade do investidor com a retirada do seu controle sobre o

investimento, não há dúvidas de que se está diante de uma medida expropriatória. Atualmente, porém, as expropriações diretas tornaram-se práticas anacrônicas. Elas eram comuns no período de nacionalização ou socialização que demarcou a origem dos APPRIs, mas com o fim da Guerra Fria, e a prevalência do pensamento capitalista liberal, a propriedade não enfrenta mais as mesmas ameaças expropriatórias de outrora (ALVAREZ, 2011, p. 149). Assim, as regras de proteção contra a expropriação direta dificilmente são invocadas em disputas de investimento contemporâneas.

O grande enfoque da cobertura contra expropriações prevista nos acordos internacionais de investimento na contemporaneidade recai, então, sobre o que se convencionou chamar de expropriação indireta ou de medidas equivalentes à expropriação. A expropriação indireta deixa intacta a titularidade do investimento, mas priva o investidor de usá-lo de modo significativo (DOLZER e SCHREURER, 2008, p. 6). Uma faceta característica deste tipo de expropriação é o fato de que raramente ela é admitida pelo Estado receptor como tal, não sendo, de modo geral, compensada espontaneamente.

1.2 Padrões de Tratamento

O principal objetivo dos países exportadores de capital ao assinarem os APPRIs é o de estabelecer um padrão de tratamento para os investimentos provenientes de seu país no território do outro país signatário. Há uma variedade de padrões que são oferecidos pelos acordos bilaterais – que ou condensam em um mesmo artigo os diferentes padrões esperados, ou estipulam, em artigos diferentes, cada um dos padrões de tratamento exigidos. Os principais padrões de tratamento presentes nos acordos são o tratamento nacional, o tratamento da nação mais favorecida e o tratamento justo e equitativo.

O tratamento nacional pode ser definido, no entendimento de FONSECA (2008, p. 97) como “o princípio por meio do qual o país receptor concede ao investidor/investimento estrangeiro tratamento não menos favorável do que o tratamento concedido ao investidor/investimento nacional”. Note-se, neste caso, que o tratamento concedido ao investidor estrangeiro não precisa ser idêntico ao nacional – mas não pode ser inferior (COSTA, 2010, p. 142). Isto significa que a proteção dos investidores estrangeiros não está confinada aos limites da proteção do investidor nacional, sendo perfeitamente possível conceder aos investidores estrangeiros um padrão de tratamento superior, o que de fato geralmente ocorre. O que a cláusula proíbe é a concessão de um tratamento privilegiado aos investidores nacionais em detrimento dos estrangeiros.

Por sua vez, o tratamento da nação mais favorecida, no entendimento de FONSECA (2008, p. 103), determina que o país receptor deve conceder ao investidor ou investimento estrangeiro um tratamento não menos favorável do que o concedido a um investidor estrangeiro de outra origem. Nota-se que a Cláusula do Tratamento da Nação mais Favorecida não estabelece, por si só, um padrão de tratamento. Ao contrário, trata-se de uma disposição de caráter relativo, que depende da comparação do tratamento concedido ao estado signatário com o tratamento concedido a terceiros estados (COSTA, 2010, p. 140), devendo ser aplicado o tratamento mais benéfico.

A principal função da cláusula é a de evitar a discriminação entre investidores provenientes de diferentes países. Ao lado do Tratamento Nacional, a regra serviria para garantir a igualdade de competição entre investidores que é tão cara ao livre-mercado. Porém apenas igualdade não é suficiente para atender aos parâmetros desejados pelos investidores. Segundo ALVAREZ (2011, p. 177), o tratamento justo e equitativo é o coração do regime de proteção dos investidores estrangeiros. A cláusula é a mais invocada em disputas arbitrais – e também a que mais frequentemente tem sido considerada violada pelos países nestas disputas. Na realidade, segundo DOLZER (2005, p. 87), praticamente inexistem processos arbitrais que não invocam o padrão justo e equitativo na defesa do interesse dos investidores. Não obstante, a interpretação da cláusula é uma das mais polêmicas questões a respeito da aplicação dos APPRIs.

A vagueza intrínseca dos termos empregados faz com que ALVAREZ (2011, p. 188) tenha elencado algumas possíveis interpretações sobre o significado do padrão:

- a) o tratamento justo e equitativo é um padrão de tratamento exigível por si só;
- b) o tratamento justo e equitativo equivale ao Direito Internacional consuetudinário;
- c) o tratamento justo e equitativo inclui o Direito Internacional consuetudinário, mas vai além deste conceito, podendo englobar a violação de outras normas de Direito Internacional (os acordos da OMC, por exemplo), a violação da lei doméstica do Estado receptor ou, até mesmo, a ruptura de um contrato entre investidor e Estado receptor;
- d) tratamento justo é uma coisa, tratamento equitativo é outra;
- e) o tratamento justo e equitativo pode ser entendido como o respeito às legítimas expectativas do investidor;
- f) o tratamento justo e equitativo concede liberdade para que os árbitros das disputas decidam a questão levando em consideração critérios de equidade.

Nota-se, portanto, que a expressão engloba múltiplas interpretações possíveis e - justamente por isto - pode comprometer a segurança e a previsibilidade de sua aplicação.

1.3 Mecanismos de solução de controvérsias

Ao contrário do sistema multilateral de comércio – no qual o acesso aos mecanismos de solução de controvérsias é restrito aos Estados – os acordos internacionais de investimentos estrangeiros frequentemente preveem, além da tradicional disputa Estado-Estado, a possibilidade de investidores estrangeiros fazerem valer diretamente suas pretensões em tribunais arbitrais. As cláusulas que autorizam a arbitragem entre investidor e Estado são os principais instrumentos dos APPRIIs para conceder proteção aos investidores (COSTA, 2010, p. 162).

O cerne de qualquer processo arbitral é o consentimento entre as partes quanto à submissão da controvérsia à arbitragem (SORNARAJAH, 2010, P. 465). Enquanto nas arbitragens baseadas em contratos o consentimento é específico – e não restam dúvidas de que as partes anuíram com o procedimento arbitral para dirimir a controvérsias que deles advém – nos acordos internacionais o Estado fornece um consentimento genérico com a arbitragem como o meio para solucionar qualquer tipo de controvérsia envolvendo todos os presentes e futuros investidores cujos investimentos estiverem englobados pelo tratado.

Este entendimento foi consolidado a partir do caso *AAPL v. Republic of Sri Lanka*⁵, resolvido em 27 de junho de 1990 pelo ICSID – no qual pela primeira vez o órgão apreciou uma disputa entre investidor e Estado com fundamento na autorização para arbitragem prevista genericamente em um acordo bilateral. A partir de então, tem se entendido que, ao firmar um acordo bilateral de investimento, o Estado faz uma oferta unilateral de submeter todas as controvérsias por ele suscitadas à arbitragem internacional. Quando o investidor, então, pleiteia a instauração de um painel arbitral, entende-se que está aceitando a oferta e criando, neste momento, o compromisso arbitral, fazendo da arbitragem internacional um meio legítimo para solucionar a disputa (SORNARAJAH, 2010, p. 465).

Ao lado dos padrões de proteção, a possibilidade de investidores demandarem os Estados diretamente torna o Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros um dos ramos mais efetivos do Direito Internacional. Resta saber que tipo de impactos tais acordos

⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. Asian Agricultural Products Ltda (AAPL) v. Republic of Sri Lanka. Case No. ARB/87/3. **ICSID Review – Foreign Investment Law Journal**. Disponível em: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2014.

estão produzindo para a economia dos países signatários. É o que se pretende fazer a partir de uma análise de seus incentivos, com a ajuda do método econômico.

2. OS INCENTIVOS COMO PRESSUPOSTO CENTRAL DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A primeira premissa a ser destacada quando se enfoca a análise econômica do Direito é o fato de que, embora os desejos dos seres humanos sejam ilimitados, o mundo possui *recursos escassos* para realizá-los (PINHEIRO FILHO, 2011, p. 98). Se não fosse a escassez de recursos, não haveria problemas ou escolhas econômicas, uma vez que todas as necessidades seriam satisfeitas – fossem elas quais fossem. Neste contexto, sequer haveria conflito e o Direito seria desnecessário, já que as pessoas não precisariam competir para satisfazerem suas necessidades conflitantes em um mundo de recursos ilimitados (GICO JUNIOR, 2010, p. 22). No mundo real, porém, a escassez de recursos impõe à sociedade que escolha entre alternativas possíveis e excludentes, sendo que toda escolha gera um custo de oportunidade (também chamado de *trade off*), o qual pode ser definido como “a segunda alocação factível mais interessante para o recurso, mas que foi preterida” (GICO JUNIOR, 2010, p. 22).

Para escolher entre as opções possíveis, os indivíduos ponderam custos e benefícios de cada curso de ação – decidindo pela opção que atende melhor os seus interesses. Neste contexto, a conduta dos agentes econômicos é *racional maximizadora* - isto é, os indivíduos tendem a agir de forma a maximizar suas utilidades, visando extrair o máximo de satisfação possível para si com o menor custo (GICO JUNIOR, 2010, p. 22).

É importante destacar que o termo “utilidade” deve ser entendido como a satisfação extraída de uma dada escolha, sem necessariamente que tal conceito se restrinja a questões materiais, muito menos monetárias (GICO JUNIOR, 2010, p. 27). A teoria econômica supõe que os agentes racionais escolherão sempre a alternativa que lhes proporcionar mais utilidade - isto é, satisfação - maximizando seus interesses, sem, contudo, fazer juízos de valor sobre que interesses são estes.

Nesta análise de custos e benefícios, os agentes são influenciados pelas instituições. Segundo Douglass NORTH (1990, p. 22), as instituições afetam os preços que os indivíduos pagam, e por isto influenciam a tomada de decisões. Em outras palavras, as instituições – dentre elas, o Direito - funcionam como incentivos ou desincentivos para que as escolhas sejam tomadas pelos agentes e *as pessoas respondem a incentivos* (GICO JUNIOR, 2010, p.

22).É este o ponto fulcral da análise econômica do Direito: através das regras jurídicas, criam-se incentivos ou desestimula-se o exercício de determinadas atividades, direcionando as escolhas dos indivíduos.

A percepção de que o Direito pode ser uma ferramenta de incentivos não é nova: o Direito Penal, por exemplo, parte do pressuposto de que, ao estabelecer suas penas, elevam-se os custos da prática de delitos e, portanto, a incidência de sua ocorrência tende a diminuir (POSNER e SYKES, 2013, p. 18). Por outro lado, outros ramos do Direito destinam-se a estimular certos comportamentos para que as pessoas o pratiquem, trazendo mais bem estar à sociedade como um todo. A análise econômica do Direito permite ponderar quais as condutas que estão sendo induzidas por uma determinada norma – bem como auxilia o Direito a atuar, ao mesmo tempo, como um instrumento de estímulo a realização de transações benéficas à economia e de mitigação das ações prejudiciais (SHAPIRO, 2011, p.225).

É a partir destas premissas que os incentivos gerados pelos Acordos de Proteção e Promoção Recíproca de Investimentos (APPRI) merecem ponderação.

3. OS APPRIS COMO UMA ESTRUTURA DE INCENTIVOS

Como já se mencionou, os acordos de investimento se caracterizam por uma trilateralidade, sendo firmados, em regra, por dois Estados racionais que visam criar direitos para outro ator racional: os investidores estrangeiros. Em estudo anterior HASTREITER e WINTER (2015, p. 298) identificaram que, ao criarem estes direitos, os países desenvolvidos visam proteger seus investidores internacionalmente, ao passo que os países em desenvolvimento buscam superar a desconfiança dos investidores quanto as suas instituições domésticas, firmando um compromisso com o objetivo de *estimular os investidores a investir*. Em última instância, é a crença de que os APPRIs contribuirão para uma maior atração de capital internacional o que impulsionou a disseminação de tais acordos globalmente.

Esta crença baseia-se na premissa de que o Direito pode funcionar como uma ferramenta de incentivos – impulsionando a conduta dos agentes na direção desejada. Como bem destacou Bruno SALAMA (2011, p. 45) “as instituições importam, no fundo, porque os indivíduos e organizações reagem aos incentivos por elas criados”. O que se buscará responder agora é como os investidores estão reagindo à existência dos APPRIs e para qual direção os acordos internacionais de investimento têm impulsionado seus Estados signatários.

3.1 Influenciando a decisão do investidor: a estrutura de incentivos para investir

O que motiva as empresas a levarem a cabo processos de internacionalização são as suas possibilidades de lucro. As empresas podem, contudo, ter diferentes razões estratégicas para acreditar que o investimento irá aumentar sua lucratividade. Para STOPFORD, STRANGE e HENLEY (1991, p.69-70) a internacionalização pode ser levada à cabo em meio a uma estratégia para atingir novos mercados (*market seeking*), obter melhores acessos a matérias primas (*resource seeking*) ou melhorar o seu processo produtivo (*efficiency seeking*). COLEN, MAERTENS e SWINNEN (2013, p. 102) destacam, além destas, também a busca por capacidades em pesquisa em desenvolvimento (*strategic-asset seeking*), a qual ocorre, por exemplo, quando o investimento busca mão de obra qualificada e barata – como as empresas de desenvolvimento de *software* que se situam em países periféricos bem exemplificam.

Tendo em mente o pressuposto da escassez de recursos, é natural assumir que quando investidores estrangeiros optam por investir em um determinado local, esta escolha pressupõe que localidades alternativas para o investimento foram preteridas – e, assim, deixaram de receber o capital. Assumindo que os investidores são agentes racionais, é razoável pressupor que farão uma análise de custos e benefícios de cada uma das localidades em que têm a opção de investir antes de realizarem o aporte do capital. Assim, decidirão investir no local que apresentar a maior vantagem comparativa – ou, em outras palavras, a maior expectativa de lucro.

No processo de tomada de decisão sobre o local onde irão investir, as condições institucionais e o ambiente regulatório do país com potencial para ser receptor do investimento são aspectos relevantes (COLEN, MAERTENS e SWINNEN, 2013, p. 149). Não é para menos, afinal, as instituições jurídicas afetam a lucratividade e viabilidade de determinadas atividades econômicas (SALAMA, 2011, p. 45). Em verdade, como destacado por COLEN, MAERTENS e SWINNEN (2013, *passim*) as instituições podem afetar todos os determinantes do investimento discutidos anteriormente (barreiras à exportação podem comprometer os investimentos voltados à estratégia de *efficiency seeking*, restrições ao acesso de recursos naturais podem comprometer o investimento *resource seeking*, etc). Como o investimento estrangeiro direto envolve uma quantidade grande de recursos no momento de sua instalação – os quais não podem ser facilmente recuperados – os riscos institucionais mostram-se particularmente relevantes. Por isto, importam à decisão de investimento tanto as estruturas regulatórias domésticas (como as regras que determinam o funcionamento do mercado local, os dispositivos de entrada e operações dos investidores internacionais e as

instituições jurídicas do país de modo geral) como a estrutura regulatória internacional (incluindo, neste contexto, os acordos internacionais de investimento estrangeiro).

Um ambiente inseguro e que não oferece proteção ao investidor, fundado em regras imprecisas e com amplas margens para controvérsias, faz com que os investidores tenham menos disposição para aplicar seus recursos e, com isto, financiar projetos (SHAPIRO, 2011, p.224). A assinatura de acordos internacionais de investimento sinalizaria a existência de um ambiente favorável ao investimento – o que funcionaria como um estímulo à decisão de investir. De fato, foi partindo desta premissa que os acordos se disseminaram na década de 1990. Não obstante, a correlação entre a assinatura de acordos de investimento e o aumento no capital internacional recebido tem se mostrado empiricamente questionável.

Analisando comparativamente alguns estudos empíricos realizados, COLEN, MAETERNS e SWINNEN (2013, p. 156) concluem que os resultados variam conforme a metodologia usada, os países incluídos e o período coberto. Apesar disto, os estudos mais recentes indicariam um aumento – embora não muito alto – no número de investimentos recebidos por países signatários. Boa parte deles sugerem que os APPRIs são especialmente importantes para países com um ambiente institucional fraco e que não afetam apenas os investimentos provenientes dos países com os quais existem relações de acordos bilaterais, mas a todos os investidores – mesmo de outros países – pois acabam funcionando como um “sinal” de que o país adotará boas práticas no tocante ao trato de investidores estrangeiros.

Porém a existência de acordos internacionais de investimento não é pré-requisito obrigatório para a decisão de investir. COLEN, MAETERNS e SWINNEN (2013, p. 152) citam o Brasil como indicador de que não há relação necessária entre a atração de investimento e a assinatura de APPRIs: o país figura entre os maiores receptores de investimento, embora tenha sido resistente à assinatura de instrumentos internacionais de proteção aos investidores. Em contrapartida, a despeito da existência de acordos, as economias de menor nível de desenvolvimento (*less developed countries – LDC*) ainda têm na ajuda oficial (*official development assistance – ODA*) sua maior fonte de capital externo (em 2012 foram \$48 bilhões recebidos sob a forma de ajuda, contra \$ 28 bilhões de investimento estrangeiro direto) (UNCTAD, 2014, p. 146).

Conforme bem asseverou COSTA (2010, p. 135), a regulação internacional dos investimentos tem como pressuposto que o simples fato de fornecer guarida aos ativos estrangeiros é um instrumento de incentivo à realização de investimentos diretos – os quais, por sua vez, repercutiriam positivamente nas economias receptoras. Por isto, embora tragam como objetivo o desenvolvimento econômico dos países signatários, os acordos não contêm

nenhuma outra estratégia destinada a este fim que não seja a concessão de especiais padrões de proteção aos investidores. Os estudos empíricos, contudo, indicam a existência apenas de uma pequena contribuição dos APPRIs na atração dos investimentos – sendo que os incentivos econômicos (como o tamanho do mercado, a existência de recursos naturais, a abertura ao comércio internacional, por exemplo) e as políticas internas parecem ser mais importantes na decisão do investidor (COLEN, MAETERNS e SWINNEN, 2013, p. 156). Da mesma forma concluiu SORNARAJAH (2010, p. 301), para quem a atração de investimentos estrangeiros depende muito mais do clima político e econômico do que da assinatura de acordos internacionais de investimentos.

É possível também que estes acordos tenham surgido com o potencial de atraírem investimentos, na medida em que aumentariam o nível de proteção do investidor, atuando como uma vantagem comparativa. Porém, sua ampla disseminação aniquila seus efeitos enquanto vantagem comparativa aos olhos dos investidores. Por isto, a relação entre investimentos recebidos e acordos firmados não é tão nítida.

Ademais, a maior parte dos estudos empíricos que medem a correlação entre a assinatura de um APPRI e o recebimento de investimentos enfoca o fluxo de capital em termos numéricos. Não obstante, nem todos os investimentos estrangeiros são igualmente capazes de produzir desenvolvimento. COLEN e GUARISO (2013, p. 163 e ss.) buscaram mensurar o impacto heterogêneo que os acordos bilaterais podem ter nos diferentes tipos de investimento e descobriram que os APPRIs produzem efeitos mais significativos na atração de investimentos que envolvem um elevado custo de instalação e nos quais há, também, um maior risco de expropriação – como é o caso de setores de exploração de recursos naturais (como petróleo e minérios, por exemplo) ou de concessões para o fornecimento de certas utilidades (como eletricidade, água e serviço de comunicações), uma vez que são considerados setores politicamente sensíveis à economia receptora. Diante disto, as autoras concluíram que os APPRIs não são boas ferramentas para atrair investimentos que produzem bons resultados sob o ponto de vista do desenvolvimento, já que os investimentos nestes setores geralmente produzem limitadas conexões com a economia local, criam pouca oportunidade para a transferência de recursos e costumam repatriar a maior parte dos lucros obtidos (COLEN e GUARISO, 2013, p. 176.)

Questiona-se, portanto se os acordos internacionais de investimento têm ajudado a levar capital aos lugares que dele necessitam e, ainda, se os custos associados à assinatura de tais instrumentos não estão sendo elevados demais quando comparados aos ganhos (SCHUTTER, SWINNEN e WOUTERS, 2013, p. 1). Isto porque ao assinarem acordos

internacionais de investimento, os países despendem não apenas tempo e esforços – mas também cedem parcelas de seu poder soberano para lidarem com suas questões internas (COLEN e GUARISO, 2013, p. 163).

Embora não existam evidências claras de que os APPRIs trazem um substancial incremento no influxo de capital estrangeiro para o país signatário e os acordos internacionais de investimento não estabeleçam deveres para os investidores ou distingam entre tipos determinados de investimentos ou setores específicos de aplicação do capital, seria inadequado afirmar que os acordos internacionais de investimento *nada* incentivam. Ainda que não gerem incentivos para que os investimentos sejam aplicados em setores benéficos ao desenvolvimento e que tenham efeitos tímidos no fluxo internacional de capital, as regras dos APPRIs produzem outros efeitos, que possivelmente não correspondem ao almejado pelos países quando tomaram a decisão de firmá-los.

3.2 O que os acordos de fato incentivam

Para que sejam mensurados os reais incentivos gerados pelos APPRIs é preciso que se recorde que estes acordos são – ao menos nos moldes tradicionais – formulados de modo bastante simples, estipulando, em suma, *padrões* de tratamento a serem concedidos aos investidores estrangeiros. Isto porque, em razão da incerteza que permeia o futuro nas negociações de investimentos, há elevados custos de transação na elaboração destes acordos e os países não conseguem antever de modo detalhado todas as situações possíveis que podem vir a ser concretizadas, estabelecendo consequências específicas para cada situação. Trata-se do que SCOTT e STEPHAN (2006, p. 8) chamaram de “contratos incompletos”, os quais são formulados quando um acordo ideal que cobre todas as situações possíveis e suas sanções correspondentes não é possível. Nestes casos, as partes recorrem a regras que estipulam padrões de comportamento amplos e genéricos – o que fica evidente, nos casos dos acordos de investimento, pela vagueza intrínseca dos conceitos de expropriação indireta e do padrão justo e equitativo, por exemplo.

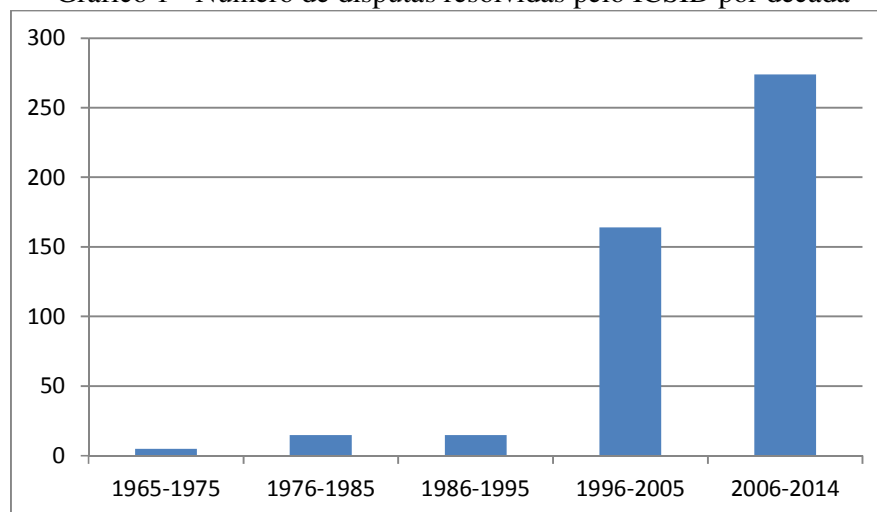
Ocorre, porém, que a ausência de uma delimitação clara do conteúdo destas regras gera problemas no momento de sua aplicação. De modo geral, a regra que estabelece um padrão deveria ser aplicada tentando extrair dela a solução que teria sido estipulada pelas partes caso a situação concreta pudesse ter sido prevista no momento da formulação do acordo (SANTOS, 2010, p. 193). Não obstante, nem sempre é fácil determinar qual seria o caminho elegido pelas partes e, ainda que isto seja possível, são os investidores estrangeiros,

movidos por suas preocupações privadas (e não os Estados signatários que estabeleceram o padrão e, que, em tese, teriam ponderações de ordem pública), que invocam o descumprimento de um padrão genérico por parte do país receptor. Nestas situações, as interpretações podem divergir e emergem controvérsias quanto à aplicabilidade do acordo e a violação ou não da conduta acordada.

Como já se mencionou, uma das principais ferramentas de proteção dos investidores é o mecanismo de solução de controvérsias erigido para assegurar o cumprimento dos acordos – de tal forma que os APPRIs são considerados por SCOTT e STEPHAN (2006, p. 75) como exemplos do fortalecimento do Direito Internacional e do alvorecer de mecanismos de coercitividade formais à disciplina. Assim, havendo uma discordância sobre a ocorrência de uma violação do acordo (por exemplo, uma violação do padrão justo e equitativo) entre o investidor e o Estado receptor, pode-se recorrer a um tribunal arbitral internacional com capacidade de estabelecer sanções pecuniárias ao infrator. O principal órgão de solução de controvérsias entre investidores e Estados, como já se mencionou, é o ICSID – o qual foi criado, assim como os primeiros APPRIs, em meio a preocupações com as nacionalizações e socializações que caracterizaram o período das décadas de 1960 e 1970.

A despeito de o ICSID ter sido criado já na década de 1960, é notável o aumento recente no número de disputas entre investidores e Estados nos últimos anos. Até 30 de junho de 2014, 473 casos foram resolvidos pelo ICSID (ICSID, 2014, p. 7), dos quais mais da metade aconteceram na última década. O Gráfico 2 evidencia esta evolução:

Gráfico 1 - Número de disputas resolvidas pelo ICSID por década



Fonte: elaboração própria com dados do ICSID.

Segundo COSTA (2007, p.339), esse significativo aumento no número de controvérsias resolvidas pelo ICSID foi impulsionado pelos seguintes fatores:

- a) a ocorrência das privatizações dos anos 1990;
- b) o crescimento no número de acordos bilaterais de investimento a partir da década de 1990;
- c) a afirmação da competência do ICSID a partir da autorização dada pelo Estado em um acordo bilateral, confirmada – no caso *AAPI v. Sri Lanka*, em 1990.

O autor destaca, também, que o aumento no número de casos é um sinal de “normalização” do sistema. A normalização, segundo o autor, deve ser entendida como “a estabilização em patamares mínimos da demanda pelos serviços de arbitragem relacionada a conflitos entre investidores e Estados, independente de ocorrências excepcionais, como revoluções ou crises profundas” (COSTA, 2007, p. 343). Assim, se outrora o sistema de solução de controvérsias servia como uma garantia do investidor contra medidas graves e arbitrárias do Estado - o qual, por sua influência política também contaminaria a imparcialidade das cortes nacionais - hoje o sistema de solução de controvérsias tem sido visto como uma opção comum ao investidor para questionar medidas ordinárias de direito interno.

Esta percepção, somada ao enorme incremento no número de disputas arbitrais entre investidores e Estados que acompanhou a disseminação dos APPRIs nas últimas décadas (conforme o Gráfico 1 ressaltou) indicam que os acordos internacionais de investimentos estrangeiros têm servido como incentivos à *litigância internacional*. Não obstante, como os APPRIs estabelecem apenas direitos aos investidores e obrigações aos Estados signatários, esta litigância também acontece de modo unilateral – de tal forma que os países signatários têm cada vez mais sido colocados na posição de réus em disputas de investimentos, tendo que despende significativos montantes de recurso para defenderem-se de alegações de infração aos acordos que colocam em cheque questões regulatórias ordinárias.

De fato, apesar de originalmente terem concebido o sistema como um meio para comprometerem-se a evitar a prática de atos de clara ingerência ao capital estrangeiro, estas práticas se tornaram raras (BUBB e ROSE-ACKERMANN, 2007, p. 306) - e os APPRIs e seu sistema de solução de controvérsias tornaram-se um meio para o investidor buscar compensações na ocorrência de qualquer alteração regulatória que lhe seja desfavorável, ainda que tais alterações tenham sido motivadas por razões legítimas⁶. Além disto, a vagueza

⁶ Um exemplo marcante neste sentido é o caso *Philip Morris vs. Austrália*. A empresa de tabaco acionou o governo australiano, em 2011, solicitando a instauração de arbitragem, em razão de uma nova regulação – a

intrínseca nos termos empregados abre margens para grande discricionariedade na interpretação dos árbitros.

Por este motivo, o sistema de solução de controvérsias entre investidor e Estado tem sido alvo de críticas crescentes. Um dos mais notórios críticos deste sistema é Gus VAN HARTEN (2007). O autor afirma que a arbitragem internacional dos investimentos estrangeiros tem se utilizado do modelo da arbitragem comercial privada, ao invés de um órgão jurisdicional permanente, para decidir – em última instância – o que os administradores públicos, legisladores e cortes nacionais podem fazer no exercício de seu poder regulatório. Ele afirma que o sistema é falho, sobretudo, porque submete a autoridade soberana e o orçamento dos Estados ao controle de árbitros que seriam suspeitos de decidirem favoravelmente ao investidor com o objetivo de criar um incentivo à litigância internacional (uma vez que são remunerados caso a caso – e já que os acordos bilaterais oferecem apenas obrigações aos Estados, apenas os investidores procuram a arbitragem internacional).

COSTA (2010, p. 244-245) afirma que este desvio nas decisões arbitrais é difícil de ser verificado empiricamente, mas afirma que “embora não seja razoável supor que os árbitros de elevada qualidade e reputação internacionais atuem maliciosamente com o objetivo de favorecer investidores, tampouco se pode negar a existência de incentivos neste sentido”. Da mesma forma, VAN HARTEN (2007, p. 7) conclui que:

[...] ainda que este viés possa ser efetivamente afastado pela reputação individual dos árbitros de equilíbrio e razoabilidade, esta continua sendo uma base não confiável para sustentar um sistema que, de outro modo, poderia trazer uma importante contribuição à economia global contemporânea.

Assim, aos padrões de tratamento amplos e genéricos, soma-se o fato de que os árbitros, por serem árbitros privados escolhidos (e remunerados) em tribunais *ad hoc* podem ter incentivos a interpretar extensivamente estes padrões e a decidir favoravelmente aos investidores internacionais. Ainda que esta crítica não se confirme na prática, ela é, claramente, uma fonte de fundado receio e desconfiança quanto ao sistema.

Ademais, as múltiplas interpretações cabíveis aos padrões – mesmo dentro do próprio ICSID – indicam que cláusulas genéricas como a do padrão justo e equitativo não contribuem trazendo a certeza e calculabilidade das ações esperada do Direito – já que são, em verdade, incertas e imprevisíveis. Em verdade, nos dizeres de Perry WALLACE (2012, p. 22), a

Plain Package Bill - que, por razões de saúde pública, proibia a identificação das marcas em embalagens de cigarro, substituindo-as por avisos quanto aos efeitos nocivos do produto à saúde.

imprecisão desta cláusula e as divergências em suas interpretações fazem do padrão justo e equitativo uma caixa preta de onde podem emergir indesejadas surpresas para os países signatários. Além disto, outras regras - como a do tratamento nacional ou a do tratamento da nação mais favorecida - podem fazer com que o Estado se veja obrigado a conceder certas prerrogativas aos investidores de modo indesejado – e, muitas vezes, incompatível com o interesse público.

Em última instância, os APPRIs, justamente por permitirem o questionamento internacional das decisões regulatórias dos Estados, podem elevar o custo de determinadas políticas públicas, *desincentivando* sua adoção. É neste sentido que STIGLITZ (2007, p. 69) afirma que “o modo como a globalização foi administrada tirou grande parte da soberania dos países em desenvolvimento e de sua capacidade de tomar decisões em áreas essenciais e que afetam o bem estar de seus cidadãos”. Os APPRIs parecem ser exemplos claros disto – sendo possível afirmar que os incentivos gerados por estes instrumentos não são condizentes com seu propósito de concretizar o desenvolvimento dos países signatários.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou analisar os efeitos trazidos pelos APPRIs ao desenvolvimento dos países signatários. Partindo do pressuposto de que o Direito age como uma ferramenta de incentivos – postulado central da análise econômica do Direito - pode-se dizer que os APPRIs não têm sido eficientes no seu propósito de incentivar o desenvolvimento.

Em primeiro lugar, a correlação entre a assinatura de acordos e o influxo de capital mostrou-se empiricamente questionável nos estudos já realizados (o que possivelmente decorre da ampla difusão destes acordos, que já não são mais considerados como um diferencial). Há indícios empíricos, ainda, de que os APPRIs contribuem de modo mais significativo para a atração de investimentos voltados a exploração de recursos naturais, justamente por mitigarem riscos políticos nesta que é uma área sensível. Não obstante, os investimentos voltados à exploração de recursos naturais não são os investimentos com maior potencial benéfico aos países receptores – ao contrário, sua atuação frequentemente gera impactos negativos de diversas ordens à sociedade em que se insere. No que diz respeito aos investimentos em setores condizentes com o desenvolvimento sustentável, não há qualquer disposição nos APPRIs tradicionais que lhes conceda um tratamento preferencial – o que evidencia que não são gerados incentivos para aplicação de recursos com o maior potencial benéfico por estes instrumentos.

Por outro lado, em decorrência dos APPRIs, nota-se um incentivo para a litigância internacional e os países receptores do investimento têm se visto cada vez mais na condição de réus, tendo que arcar com custosas despesas de procedimentos arbitrais para defenderem-se de alegações de violações ao acordo, mesmo quando estão adotando medidas de interesse público. Em razão disto, aumentam-se os custos para a adoção de políticas públicas nacionais de desenvolvimento – o que pode fazer com que os governos vejam-se aleijados de sua capacidade de atender às necessidades prementes de sua população em razão dos compromissos internacionais firmados visando a proteção de investidores privados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, José E. **The Public International Law Regime Governing International Investment Law**. The Hague: The Hague Academy of International Law, 2011.

BUBB, Ryan J.; ROSE-ACKERMAN, Susan. BITs and bargains: strategic aspects of bilateral and multilateral regulation of foreign investment. **International Review of Law and Economics**, v. 27, n. 3, p. 291-311, Setembro, 2007.

COLEN, Liesbeth; GUARISO, Andrea. **What type of foreign direct investment is attracted by bilateral investment treaties?** In: SCHUTTER, Olivier de; SWINNEN, Johan; WOUTERS, Jan. Foreign Direct Investment and Human Development: the law and economics of international investment agreements. London and New York: Routledge, 2013, p.163-179

COLEN, Liesbeth; MAERTENS, Miet; SWINNEN, Johan. **Determinants of foreign direct investment flows to developing countries: the role of international investment agreements**. In: SCHUTTER, Olivier de; SWINNEN, Johan; WOUTERS, Jan. Foreign Direct Investment and Human Development: the law and economics of international investment agreements. London; New York: Routledge, 2013, p. 142-162.

COSTA, José Augusto Fontoura. **Direito Internacional do Investimento Estrangeiro**. Curitiba: Juruá, 2010.

COSTA, José Augusto Fontoura. **Modelos de Solução de Controvérsias Investidor-Estado: os mecanismos nacionais e internacionais**. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton. Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 325-354

DOLZER, Rudolf. Fair and Equitable Treatment: a key standard in investment treaties. **The International Lawyer**, v. 39, n. 1, p. 87-106, spring 2005. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/40707790>. Acesso em: 22 nov. 2014.

DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

FONSECA, Karla Closs. **Investimentos Estrangeiros: Regulamentação Internacional e Acordos Bilaterais**. Curitiba: Juruá, 2008.

GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun.

HARTEN, Gus Van. **Investment Treaty Arbitration and Public Law**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

HASTREITER, Michele Alessandra; WINTER, Luís Alexandre Carta. **Os acordos regionais de investimentos estrangeiros**. In: MENEZES, Wagner; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. *Direito Internacional*. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

HASTREITER, Michele Alessandra; WINTER, Luís Alexandre Carta. Racionalidade Econômica e os acordos bilaterais de investimento. **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 12, n. 2.2015. p. 283-302.

NORTH, Douglass C. Economic Performance through Time. **American Economic Review**. American Economic Association, v. 84, n. 3, p. 359-368, jun. 1994.

PINHEIRO FILHO, Francisco Renato Codevila. **Teoria da agência (problema agente-principal)**. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). *O que é análise econômica do Direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

POSNER, Eric A.; SYKES, Alan O. **Economic Foundations of International Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 9th edition. New York: Wolters Kluwe Law & Business, 2014

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Sete enigmas do desenvolvimento em Douglas North**. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri. (Org.). *Estado de direito e o Desafio do Desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Alexandre Leite dos. O Direito Internacional Público como jogo institucional. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 2, p. 179-195, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1%20EALR%20174/1%20EALR%20174>. Acesso em: 10 nov. 2014.

SCANDIUCCI FILHO, José Gilberto. **O Brasil e os Acordos Bilaterais de Investimentos**. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton. *Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

SCHUTTER, Olivier de; SWINNEN, Johan; WOUTERS, Jan. **Foreign Direct Investment and Human Development**. In: SCHUTTER, Olivier de; SWINNEN, Johan; WOUTERS, Jan. *Foreign Direct Investment and Human Development: the Law and Economics of International Investment Agreements*. New York: Routledge, 2013.

SCOTT, Robert E.; STEPHAN, Paul B. **The limits of Leviathan: contract theory and the enforcement of international law.** Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

SHAPIRO, Mário Gomes. **Repensando a relação entre Estado e Direito: os limites do paradigma Rule of Law e a relevância das alternativas institucionais.** In: VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri. Estado de Direito e o desafio do Desenvolvimento. São Paulo: Saraiva, 2011.

SORNARAJAH, M. **The international Law on Foreign Investment.** Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

STIGLITZ, Joseph E. **Globalização: como dar certo.** São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

STOPFORD, John M.; STRANGE, Susan; HENLEY, John S. **Rival States, Rival Firms: competition for world market shares.** Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

WALLACE, Perry. International Investment Law and Arbitration, Sustainable Development, and Rio+20: Improving Corporate Institutional and State Governance. **Sustainable Development Law & Policy**, v. 12, n. 3, p. 22-28; 55-56, 2012. Disponível em: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1535&context=sdlp>. Acesso em: 29 jan. 2015.

WOUTERS, Jan; DUQUET, Sanderijn; HACHEZ, Nicolas. **International investment law: the perpetual search for consensus.** In: SCHUTTER, Olivier de; SWINNEN, Johan; WOUTERS, Jan. Foreign Direct Investment and Human Development: the law and economics of international investment agreements. London; New York: Routledge, 2013, p. 44-98.