XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO INTERNACIONAL

FLORISBAL DE SOUZA DEL OLMO

VALESCA RAIZER BORGES MOSCHEN

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
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

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito internacional[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Florisbal de Souza Del Olmo, Valesca Raizer Borges Moschen –
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-044-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito internacional. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO INTERNACIONAL

Apresentação

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos o Livro Eletrônico de Direito Internacional do CONPEDI. A obra possui como objetivo a divulgação e análise de diferentes questões controvertidas do Direito Internacional contemporâneo. A coletânea está composta pelos artigos selecionados e apresentados no XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, organizado pela Universidade Federal de Sergipe UFS, em Aracaju SE, entre os dias 03 e 06 de junho de 2015. Em sua estrutura observam-se temas de diversos aspectos do Direito Internacional, como aqueles inerentes:

a. à Teoria Geral do Direito Internacional, tais como O Debate entre os conceitos de Guerra Anglo-saxão e Europeu-continental: o Direito Internacional na concepção de Carl-Schmitt; Hans Kelsen e a Prevalência do Direito Internacional: um lugar para a Grundnorm; A centralidade do indivíduo no pensamento indigenista de Francisco de Vitoria; Direito Internacional em Matéria Indígena: uma ampliação necessária;

b. ao Sistema de Segurança Coletivo do Direito Internacional: O combate ao Estado Islâmico e o Uso da Força no Direito Internacional Contemporâneo; A Assembleia Geral das Nações Unidas como Pilar da Manutenção da Segurança Internacional: Uma proposta de reestruturação da ONU frente ao precedente da Resolução 377 (V) da AGNUA Cooperação Internacional como Instrumento de Enfrentamento ao Terrorismo: uma análise do caso BOKO HARAM;

c. à Integração Regional: A Economia Política Amalgamada na Forma Jurídica da União Europeia; Integração Energética no MERCOSUL: uma solução estrutural para a crise energética nacional?; Por uma reinterpretação dos elementos do Estado a partir da criação e consolidação dos processos de integração regional; O Tribunal de Justiça da União Europeia e a Construção do Direito da União;

d. ao Direito Ambiental Internacional: A Impunidade Ambiental Marítima Internacional: sobre a falta de Efetividade dos Instrumentos Protetivos por Ausência de Órgão de Competente para Julgamento dos Crimes Ambientais a Nível Internacional; As Fontes Formais do Direito Internacional do Meio Ambiente e a Necessidade de Novas Fórmulas

Jurídicas para a Proteção Ambiental; Análise a partir do Estudo da Formatação do Direito Ambiental Internacional (DAI), das Conferências sobre o Meio Ambiente e a Água; Biopirataria Internacional e o Economicismo; O Tratamento Dispensado ao Meio Ambiente em diferentes contextos: MERCOSUL/ UNASUL/ PARLASUL/ E REDE MERCOCIDADES; Marco da Biodiversidade: Instrumento Neocolonial de Internacionalização do Patrimônio Genético e Cultural Brasileiro; Boa-fé, lexorigins e lexsitus no tráfico ilícito de bens culturais;

e. ao Direito Econômico Internacional: O Regime Jurídico Brasileiro de Proteção da Propriedade Intelectual em Face da Negociação dos MEGA Acordos Regionais de Comércio: TTIP, TPP E RCEP; A Aplicação das Normas da Organização Mundial do Comércio pelo Juiz Brasileiro; O Sistema de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio Pós-Bali: a posição do Brasil; Análise Econômica dos Direitos Compensatórios: os Efeitos da Imposição de Tarifas à Importação para o Contencioso do Algodão na OMC a partir do Modelo de Equilíbrio Geral do Comércio Internacional;

f. aos temas contemporâneos do Direito Internacional Público e Privado e do Direito Comparado: Objetivos de desenvolvimento do milênio e os acordos sobre troca de informação; Caso Cesare Battisti à Luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro; A Importância Geopolítica da CPLP e o Projeto de Estatuto do Cidadão Lusófono; O Usuário de Entorpecentes: Uma Análise Internacional à Luz das Decisões das Cortes Supremas do Brasil e da Argentina; e

g. Da relação entre Fontes do Direito Internacional: O Papel dos Tratados Internacional para Evitar a Dupla (Não) Tributação Involuntária; A jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros sobre o sistema de Varsóvia e a Convenção de Montreal; O modelo brasileiro de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos 2015: considerações a respeito do impacto dos acordos internacionais de investimentos estrangeiros sobre o ordenamento jurídico interno.

Esperamos que este livro possa ser útil no estudo do Direito Internacional.

Prof. Dr. Florisbal de Souza Del´Olmo

Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen

O MODELO BRASILEIRO DE ACORDO DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS 2015: CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO IMPACTO DOS ACORDOS INTERNACIONAIS DE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS SOBRE O ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO

THE 2015 BRAZILIAN MODEL COOPERATION AND INVESTMENT FACILITATION AGREEMENT: CONSIDERATIONS ON THE IMPACT OF INTERNATIONAL INVESTMENT TREATIES ON DOMESTIC LAW

Matatias Lucas Lopes Parente

Resumo

A recente celebração dos acordos de cooperação e facilitação de investimentos (ACFI) Brasil-Moçambique e Brasil-Angola em 2015 trazem à tona a temática da entrada do Brasil no sistema de proteção de investimentos estrangeiros por meio de acordos bilaterais. Considerando que a assunção de obrigações por meio de acordos dessa natureza requer cuidadosa e prévia análise de compatibilização ex ante entre os padrões de proteção neles contidos e o ordenamento jurídico interno, buscar-se-á analisar o novo modelo de acordo a partir da necessária convergência entre as fontes de regulação estatal e convencional. A partir disso, o posicionamento brasileiro frente à proteção do investimento estrangeiro será analisado, verificando-se, entre outros elementos, as alterações percebidas nos modelos de acordos firmados na década de 90 e o novo modelo de ACFI tornado público em 2015. Por fim, será empreendida uma avaliação crítica de alguns pressupostos centrais do novo acordo, de seus fundamentos e da adequação das alterações propostas.

Palavras-chave: Acordos de cooperação e facilitação de investimentos (acfi), Investimento estrangeiro, Direito interno, Direito internacional dos investimentos.

Abstract/Resumen/Résumé

The recent entering into of the Brazil-Mozambique and Brazil-Angola Cooperation and Investment Facilitation Agreement has brought Brazil back to discussions over the foreign direct investment protection regime pursuant to bilateral agreements. Considering that undertaking obligations under such type of agreement requires a meticulous examination of the compatibility between the standards of protection contained therein and municipal law, the aim of this essay is to assess the new model agreement taking into account the necessary convergence between sources of state regulation and treaty provisions. From this perspective, the Brazilian approach to the protection of foreign investment will be analysed, and an evaluation of the changes between the model agreements in the 90s and the 2015 model agreement will be carried out. Lastly, a critical assessment of the foundations, rationale and appropriateness of certain provisions will be done.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Cooperation and investment facilitation agreement, Foreign investment, Municipal law, International investment law.

1. Introdução

A inter-relação entre o direito internacional e o direito interno, bem como o diálogo das cortes internacionais e nacionais, têm sido, ao longo dos últimos anos, objeto de intenso debate no plano teórico, verificadas as repercussões práticas expressivas dessas questões. Citam-se, como exemplos, debates doutrinários em decorrência da recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito do assunto, especialmente na seara dos direitos humanos.[1]

Mais recentemente, a celebração de dois acordos internacionais reaviva o debate dos potenciais impactos que a assunção de obrigações perante outros Estados pode gerar no ordenamento jurídico interno. Trata-se dos acordos de cooperação e facilitação de investimentos ("ACFI") celebrados entre Brasil e Moçambique, em 30 de março de 2015 e entre Brasil e Angola, no dia 01 de abril de 2015.

De acordo com informações do Itamaraty, foram realizadas, ainda, missões interministeriais para negociar ACFIs com outros países do continente africano, tais como África do Sul, Argélia, Malaui, Marrocos, e Tunísia, havendo expectativa de início de negociações com países sul-americanos[2].

Preliminarmente, cumpre destacar que na década de 90, o Brasil assinou 14 Acordos para a Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos (doravante designados "APPIs" ou, mais genericamente, Acordos Internacionais de Investimento – "AIIs")[3], muito embora não tenha ratificado nenhum deles.

Apesar disso, o Brasil não é parte da Convenção para a Resolução de Conflitos de Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados de 1965 (Convenção de

[1] A respeito, ver RAMOS, André de Carvalho. **O diálogo das cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. In AMARAL JUNIOR, Alberto; JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Quartier Latin, 2009. Nesse trabalho, o autor apresenta um estudo da influência das deliberações internacionais sobre direitos humanos e de seu impacto no desenvolvimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

[2] Conforme informações divulgadas pelo Itamaraty. Disponíveis em: <http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8511&catid=42&Itemid=280&lang=pt-BR>. Acesso em 01/04/2015.

[3] O Brasil celebrou acordos com os seguintes países: Bélgica e Luxemburgo (1999), Holanda (1998), Cuba (1997), Dinamarca (1995), Finlândia (1995), França (1995), Alemanha (1995), Itália (1995), Coreia do Sul (1995), Venezuela (1995), Portugal (1994), Suíça (1994), Reino Unido (1994) e Chile (1994).

Washington)[4] que criou o Centro Internacional para a Solução de Controvérsias Relativas aos Investimentos (o Centro, ou ICSID, sigla em inglês).[5]

No contexto do Mercosul, o Brasil é o único país que não aderiu aos AIIs, embora tenham sido concluídos dois protocolos para a promoção e proteção de investimentos quais sejam, o Protocolo de Colônia, que visa a regular os investimentos no âmbito do Mercosul, e o Protocolo de Buenos Aires, que trata de investimentos provenientes de países não membros do Mercosul (TIBÚRCIO, 2014, p. 238).

Os APPIs submetidos à apreciação do Congresso Nacional (com a Alemanha. Chile, França. Portugal, Reino Unido e Suíça) foram retirados de tramitação após mensagens presidenciais n. 1.079 a 1.084, de 11 de dezembro de 2002, conforme exposição de motivos do ministro Celso Lafer, então Ministro de Estados das Relações Exteriores (BRASIL, 2002, p. 54409 – 54415).

Em sua exposição, o ministro reconhece que a finalidade dos APPIs era fortalecer o arcabouço normativo de proteção dos investimentos estrangeiros, no intuito de reforçar a posição do Brasil como captador de recursos, em linha com o cenário internacional à época. Tal tendência seria reforçada pela adesão de vários países sul-americanos a instrumentos semelhantes, bem como outros países como a Índia e a China (BRASIL, 2002, p. 54409 – 54415).

Contudo, o ministro pondera que, a partir da experiência de negociação do Acordo Multilateral de Investimentos (Multilateral Agreement on Investments - MAl, na sigla em inglês), no contexto da OCDE, e a percepção de que a abrangência dos dispositivos protetivos ao investidor estrangeiro operariam "*em detrimento da jurisdição do Estado e da própria sociedade*", os APPIs passaram a ser fortemente criticados (BRASIL, 2002, p. 54409 – 54415).

Em fundamentação mais específica, o ministro indica (i) que os acordos não encontram respaldo político para aprovação e deixaram de refletir as tendências que então prevaleciam no cenário internacional, conforme conclusões do relatório do Grupo de Trabalho Interministerial ("GTI") estabelecido pelo Ministério da Fazenda, Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, Ministério das Relações Exteriores e o

[4] O texto integral da Convenção encontra-se disponível em <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>.

[5] Carmen Tibúrcio, em seu artigo intitulado Arbitragem de Investimento no Brasil aponta alguns argumentos que podem ter embasado a resistência do Brasil em relação à convenção que se fundamentam, em síntese, na discordância em submeter a um tribunal arbitral internacional questões constitucionalmente submetidas ao judiciário nacional e a possibilidade de criação de um sistema em que investidores estrangeiros teriam tratamento privilegiado em relação aos nacionais (TIBÚRCIO, 2014, p. 237).

Presidente do Banco Central; e (ii) que a inexistência dos APPIs não tem afetado a posição do Brasil como importante receptor de investimentos internacionais, devido à estabilidade das regras jurídicas no âmbito doméstico e a força da economia brasileira a partir de 1994 (BRASIL, 2002, p. 54409 – 54415).

A partir da retirada de tramitação dos acordos, novos GTIs foram estabelecidos pelo Conselho de Ministros da Câmara de Comércio Exterior ("CAMEX") com o intuito de estabelecer as diretrizes para as futuras negociações de acordos de investimentos.

Resultado desse trabalho foi o novo modelo de ACFI negociado, com a recente celebração dos acordos com Moçambique e Angola. Conforme informações disponibilizadas pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior ("MIDIC"), os principais objetivos do novo modelo, aprovados pela CAMEX, são: "*i) melhoria da governança institucional, ii) agendas temáticas para cooperação e facilitação dos investimentos; e iii) mecanismos para mitigação de riscos e prevenção de controvérsias*."[6]

Ressalta-se, ademais, que entre as diretrizes divulgadas pelo MIDIC, encontra-se a proibição de cláusulas de controvérsias investidor-Estado, de expropriação indireta e de outros mecanismos que limitem o "*policy space*" do Brasil[7], o que reforça a ideia, considerando-se o histórico de tramitação dos acordos, de que a postura brasileira é de cautela.

Reconhecendo a repercussão prática do tema e sem a pretensão de exaurir as múltiplas possibilidades de análise, o presente artigo visa a problematizar a entrada do Brasil no sistema de proteção de investimentos estrangeiros por meio de AIIs, sem juízos antecipados quanto aos seus resultados, à luz da constatação de que a assunção de obrigações por meio de acordos dessa natureza requer cuidadosa e prévia análise de compatibilização *ex ante* entre os padrões de proteção neles contidos e o ordenamento jurídico interno.

Buscar-se-á, assim, apresentar, como supedâneo teórico, questões centrais relativas aos impactos do Direito Internacional dos Investimentos sobre o direito interno, e a relação simbiótica e de necessária convergência entre as fontes de regulação estatal e convencional, conforme apresentadas por Dolzer (2005) e Montt (2007).

A partir disso, o posicionamento brasileiro frente à proteção do investimento estrangeiro por meio dos AIIs será analisado, verificando-se, entre outros elementos, as

[6] Conforme informação disponibilizada pelo MIDIC pelo sítio eletrônico <http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=4528>. Acesso em: 20 de março de 2015.
[7] *Ibid*.

alterações percebidas nos modelos de acordos firmados na década de 90 e o novo modelo de ACFI tornado público em 2015.

Por fim, será empreendida uma avaliação crítica de alguns pressupostos centrais do novo acordo, de seus fundamentos e da adequação das alterações propostas.

Cumpre destacar que o breve estudo proposto encontra-se inserido em um contexto de debate muito mais amplo: o surgimento de um Direito Constitucional Global e de um Direito Administrativo Global. Tal ideia encontra apoio nas discussões apresentadas em Dolzer (2008), Montt (2009), Harten e Loughlin (2006), entre outros. Cumpre salientar, contudo, que tal assunto não será tema central do presente trabalho, embora permeie a análise aqui apresentada.

Ressalta-se que os ACFIs celebrados deverão ainda passar pelo procedimento parlamentar para a aprovação do texto convencional, para que, em sequência, possa ocorrer a ratificação e promulgação dos acordos. Revela-se, assim, o caráter prospectivo da análise aqui empreendida. O que se pretende, portanto, é trazer à discussão alguns aspectos práticos da entrada do Brasil no sistema de proteção dos investimentos estrangeiros por meio dos AIIs e, de alguma forma, fornecer subsídios ao debate que seguirá em virtude da assinatura dos acordos.

2. Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos e o Direito Internacional dos Investimentos

Em linhas gerais, é possível afirmar que o Direito Internacional do Investimento "*consiste em um conjunto de standards emanados do Direito Internacional Econômico e princípios e regras específicas, incorporando-se eventualmente as leis dos países hospedeiros*" (DOLZER, SCHREUER, *apud* RIBEIRO, 2009).

Tendo emergido após a Segunda Guerra Mundial, conforme preleciona Luis Olavo Baptista,

> [...] o regime de investimentos estrangeiros se desenvolve em três planos: o do acesso do estrangeiro às atividades econômicas, o da liberdade de ele adquirir e dispor dos bens necessários para a sua atividade econômica e, finalmente, o da garantia dos direitos individuais que lhe forem concedidos no País (BAPTISTA, *apud* RIBEIRO, 2014, p. 133).

Os APPIs, um dos principais meios para a instrumentalização das garantias concedidas ao investidor e ao investimento estrangeiro[8], quando analisados comparativamente, demonstram duas características cruciais para o desenvolvimento do Direito Internacional dos Investimentos: (i) as cláusulas dos acordos são compostas de conceitos amplos e indeterminados, assemelhando-se, por vezes, à linguagem constitucional e constituindo uma verdadeira constituição econômica para o investidor estrangeiro; e (ii) os dispositivos jurisdicionais dos APPIs, em regra, substituem as cortes internas pelo tribunal arbitral, uma vez que não existe o requisito de esgotamento dos recursos jurisdicionais internos (MONTT, 2007, p. 83).

No que tange ao aspecto estrutural dos AIIs, nota-se, com frequência, ressalvadas distinções redacionais, dispositivos que, com o fito de proteger o investimento estrangeiro, determinam (i) a vedação à expropriação e a medidas de efeito equivalente em desconformidade com os parâmetros estabelecidos no AII; (ii) a forma de solução de controvérsias investidor-Estado; (iii) a previsão do tratamento justo e equitativo e a obrigação de proteção integral dos investimentos; (iv) compromissos de tratamento ao investimento estrangeiro não menos favorável que aquele dispensado ao nacional, ou ao estrangeiro mais favorecido; (v) a relação com demais acordos pré-existentes, entre outros (MONTT, 2007, p. 82; RIBEIRO, 2009; YACKEE, 2014, p. 491). Tais obrigações constituem garantias adicionais ao investimento estrangeiro em relação àquelas garantias já previstas no ordenamento jurídico interno dos Estados hospedeiros (DOLZER, 2005, p. 954).

A semelhança estrutural dos AIIs levou Montt (2007, p. 82) a concluir pela existência de uma padronização *de facto* entre tais acordos (MONTT, 2009, p. 82). Uma breve análise dos APPIs celebrados pelo Brasil na década de 90 demonstra o alinhamento dos APPIs brasileiros com a prática internacional, não havendo grandes inovações do ponto de vista estrutural ou de linguagem adotados.

A despeito da inexistência de doutrina de precedente vinculante, a prática arbitral relacionada aos investimentos internacionais tem demonstrado a tendência de utilização de casos antecedentes como suporte interpretativo das obrigações dos Estados hospedeiros. (NEWCOMBE, PARADELL, 2009, p. 59 – 60). Para comprovar tal assertiva, Newcombe e Paradell (2009, p. 60) apontam a existência de estudo empírico recente que indica que o desenvolvimento de uma jurisprudência tem sido facilitada, embora ainda lhe falte

[8] A respeito do acesso ao mercado interno, ressalta-se, conforme destaca Carmen Tibúrcio, a discricionariedade do Estado em permiti-lo, haja vista que a regra geral da igualdade dos estrangeiros não se aplicaria aos chamados direitos econômicos (TIBÚRCIO, *apud* RIBEIRO, 2009).

consistência, em virtude da publicação de decisões arbitrais, das semelhanças entre os dispositivos dos AIIs e do número relativamente restrito de árbitros que acabam compondo painéis de inúmeros casos.

Isso implica dizer que, ao optar por promover a proteção dos investimentos estrangeiros por meio dos AIIs, Estados hospedeiros devem levar em conta tais construções históricas-jurisprudenciais uma vez que, é muito provável que a interpretação do AII firmado será interpretado à luz da experiência pretérita.

Pontuadas tais questões estruturais, cumpre ponderar o que os AIIs representam do ponto de vista sistêmico.

Partindo-se da premissa de que as garantias conferidas ao investimento em um dado Estado podem não ser suficientes para a promoção de um ambiente favorável para a realização de investimentos, Dolzer (2005, p. 954) pondera que os Acordos Bilaterais de Investimento (ou "BITs", da sigla em inglês para Bilateral Investment Treaties) consistem em:

> […] um grupo de regras acordadas que serve para atrair o investimento estrangeiro por meio da redução do espaço para a atuação arbitrária e duvidosa do Estado hospedeiro e, portanto, contribui para a boa governança, condição necessária à consecução de progresso econômico em um Estado hospedeiro[9] (DOLZER, 2005, p. 954, tradução e grifo nossos).

Nesse sentido, Dolzer (2005, p. 970) e Montt (2007, p. 88 – 95) apontam que os AIIs, e o sistema por eles inaugurado, podem vir a levar ao desenvolvimento de um direito constitucional e administrativo globais. Entre vários argumentados levantados, para os fins da análise aqui empreendida, cumpre destacar que tais autores embasam aludida constatação nas seguintes observações: (i) a construção abrangente dos padrões de proteção ao investimento estrangeiro interferem em diversas áreas do direito constitucional e administrativo internos (DOLZER, 2005, p. 970; MONTT, 2007, p. 88); (ii) os AIIs levam a um sistema de solução de controvérsias internacional questões típicas do direito público interno, tais como o equilíbrio entre o direito à propriedade e o exercício do poder regulatório do Estado, ancorado em considerações de interesse público (MONTT, 2007, p. 88)[10].

---

[9] Texto original: "[…] *an agreed set of rules that serve to attract foreign investment by reducing the space for unprincipled and arbitrary actions of the host state and thus contribute to good governance, which is a necessary condition for the achievement of economic progress in the host state*" (DOLZER, 2005, p. 954).

[10] A respeito, ver ainda Harten e Loughlin (2006): "[...] *international investment arbitration – pursuant to regional and bilateral investment treaties – offers the clearest example of global administrative law, strictly construed, yet to have emerged. We present this thesis by explicating four key features of investment treaties: they permit investor claims against the state without exhausting local remedies; they allow claims for damages; they allow investors to directly seek enforcement of awards before domestic courts; and they facilitate forum-shopping. Our argument is that, owing to this unique conjunction of features, the regulatory conduct of states is, to an unusual extent, subject to control through compulsory international adjudication. Having highlighted these features, we then claim that investment arbitration is best analogized to domestic administrative law rather than to international commercial arbitration, especially since investment arbitration engages disputes arising from*

3. A inter-relação entre os acordos internacionais de investimentos e o direito interno

Levantada a hipótese da possibilidade de desenvolvimento de um direito constitucional global, a partir dos subsídios fornecidos pelo Direito Internacional dos Investimentos, reconhece-se, de plano, a existência da tensão inerente entre a "auto governança constitucional" (c*onstitutional self-governance*) e a autoridade do Direito Internacional (KUMM, 2006, p. 256), confirmado o impacto direto dos AIIs sobre o ordenamento jurídico interno dos Estados que os ratificam e a necessidade de busca por compatibilização.

No cerne da crítica aos AIIs, residem considerações a respeito de uma possível subversão do processo democrático em prol de um constitucionalismo econômico global (NEWCOMBE, PARADELL, 2009, p. 63). Somam-se a isto, preocupações relacionadas à amplitude e indeterminação dos parâmetros insculpidos nos AIIs, a assimetria entre as obrigações assumidas pelos Estados hospedeiros e as dúvidas da adequação da via arbitral para a solução de controvérsias que versam, em muitos casos, sobre os limites do poder regulatório do Estado (NEWCOMBE, PARADELL, 2009, p. 64).

Destaca-se, ainda, que as garantias materiais de proteção do investimento estrangeiro promovidas pelos AIIs, cumuladas com a possibilidade de responsabilização do Estado perante tribunal internacional, sem qualquer requisito de esgotamento das vias jurisdicionais internas, gera, ao menos a princípio, uma situação de discriminação reversa entre investidores estrangeiros e brasileiros (MONTT, 2007, p. 102).

Por outro lado, argumenta-se que os AIIs constituem ferramentas de modernização do Direito Administrativo interno (DOLZER, 2005, p. 970) uma vez que fornecem um sistema adicional de freios e contrapesos (ESTY *apud* MONTT, 2007, p.88), impondo à Administração Pública a obrigação de justificar as medidas implementadas, em um sistema de governança global (MONTT, 2007, p. 87, 88).

Para fins da análise aqui proposta, as considerações e o questionamento de Ackerman (1977) são cruciais:

---

the exercise of public authority by the state as opposed to private acts of the state. Further, we claim that the linkages between investment arbitration and domestic legal systems are more direct and more closely integrated than other forms of international adjudication in the public sphere. For these reasons, we argue that the emerging regime of investment arbitration is to be understood as constituting an important and powerful manifestation of global administrative law" (HARTEN, LOUGHLIN, 2006, p. 1).

> Nosso problema jurídico surge onde a economia capitalista e o ativismo estatal colidem. […] O Estado, municiado de uma variedade de ferramentas jurídicas, empenha-se em aprimorar a mão invisível – tributa-se aqui, subsidia-se ali, regula-se em toda a parte. O resultado […] pode até ser algo que claramente resulte em um bem público – um meio ambiente mais limpo, um local de trabalho mais seguro, uma morada mais digna. Contudo, tais ganhos em bem-estar raramente podem ser adquiridos sem um custo social – embora muitos possam ganhar, alguns perderão como resultado da nova iniciativa governamental. E é a sorte daqueles que foram invocados à se sacrificarem pelo bem público que nos preocupa [...]: Quando eles poderão, de maneira justa, demandar que o Estado os indenize pelos sacrifícios financeiros que eles se viram obrigados a suportar? (ACKERMAN *apud* MONTT, 2009, p. 90, tradução e grifo nossos.)[11]

Este é o questionamento central em inúmeras controvérsias levadas aos tribunais arbitrais ICSID. Em inúmeros casos, delega-se a tais tribunais a tarefa de determinar se, e em qual medida, certo ato consiste em medida regulatória legítima e não indenizável.

E, nesse contexto, cumpre ressaltar que o escopo *ratione materiae* dos AIIs é abrangente, podendo se estender a toda e qualquer atividade econômica empreendida por um investidor estrangeiro, a depender da definição do termo 'investimento' acordada por meio do AII (DOLZER, 2005, p. 956).

Na visão de Dolzer (2005, p. 957 – 958), entre o parâmetros de proteção trazidos pelos AIIs, três merecem destaque, quais sejam, o compromisso de tratamento justo e equitativo, as "*umbrella clauses*" que, em linhas gerais, elevam quebras de contrato com o Estado hospedeiro ao status de descumprimento do AII e as regras relativas à expropriação indireta (DOLZER, 2005, p. 957 - 958).

Tais regras, em última instância, servem o propósito de reduzir o "*regulatory space*" do Estado hospedeiro de forma a garantir a estabilidade e previsibilidade necessárias à atração e ao desenvolvimento de investimentos de longo prazo, permitido ao investidor um retorno compatível com as suas legítimas expectativas (DOLZER, 2005, p. 972).

Feitas algumas considerações a respeito do impacto dos AIIs sobre o ordenamento jurídico dos Estados hospedeiros, faz-se necessário analisar o papel desempenhado pelo direito interno na interpretação e dimensionamento do escopo de proteção ao investimento estrangeiro.

De forma elucidativa, Newcombe e Paradell (2009, p. 92) situam a questão ao afirmar que os AIIs determinam quais direitos ou ativos recebem a proteção, ao passo que a existência

[11] Texto original: "*Our legal problem arises at the point where capitalist economy and activist state collide.* […] *Armed with a prodigious array of legal tools, it sets about improving upon the invisible hand —taxing here, subsidizing there, regulating everywhere. The result* […] *may well be something that clearly redounds to the public good —a cleaner environment, a safer workplace, a decent home. Nonetheless, these welfare gains can rarely be purchased without social cost —though many may gain, some will lose as a result of the new governmental initiative. And it is the fate of those called upon to sacrifice for the public good that will concern us* […]*: When may they justly demand that the state compensate them for the financial sacrifices they are called upon to make*?" (ACKERMAN *apud* MONTT, 2009, p. 90)

de tal direito ou ativo no território do Estado hospedeiro é questão de direito interno. Além disso, várias questões relacionadas a tais direitos ou ativos (e.g. sua validade, o escopo e alcance de tais direitos) também deverão ser avaliadas à luz do direito interno do Estado hospedeiro (NEWCOMBE, PARADELL, 2009, p. 92).

A respeito, cumpre destacar que a avaliação da lei no tempo é igualmente necessária para a determinação do direito interno aplicável às questões que são de sua regência. Assim, para efeitos da avaliação do fundamento e das limitações às legítimas expectativas de um investidor, por exemplo, faz-se mister analisar a lei à época em que o investimento, conforme definido no AII, foi realizado (DOLZER, 2005, p. 968).

Dessa forma, recai sobre o investidor o ônus de conhecer a lei, havendo uma tendência dos tribunais de interpretar eventuais falhas legais pré-existentes ao investimento, como inaptas a constituírem um pleito indenizatório (DOLZER, 2005, p. 968).

Com relação ao posicionamento em relação ao diálogo necessário entre o direito internacional e o direito interno, Montt (2007, p. 100) adverte que os tribunais arbitrais deveriam

> […] abandonar doutrinas antigas e inaplicáveis acerca do dualismo estrito e estar preparados para aplicar o Direito Constitucional e Administrativo interno, ao invés de inventarem novas regras e princípios que carecem de fundamento em qualquer fonte formal do Direito Internacional (MONTT, 2007, p. 100, tradução nossa).[12]

Por fim, as proposições de Montt (2007, p. 96) a respeito das exigências exógenas dos AIIs sobre os países da América Latina e das exigências que tais Estados devem se impor, autonomamente, parecem oportunas.

Para o autor, os AIIs demandam um comprometimento dos países em desenvolvimento com a manutenção de um sistema regulatório estável de forma a manter um ambiente propício à realização de investimentos (MONTT, 2007, p. 96). Um dos benefícios decorrentes de tal compromisso poderia constituir, nas palavras de Montt (2007, p. 96), "*a desirable form of accountability of the regulatory State, and one that many developing countries have not been able to achieve internally*".

Em paralelo, Montt (2007, p. 102) defende que algumas exigências devem ser auto impostas pelos países em desenvolvimento. Entre elas, o compromisso com a solução de eventuais problemas no ordenamento jurídico interno desses Estados, em relação, por exemplo, a questão da discriminação inversa, abordada anteriormente.

[12] Texto original "[…] *abandon old and inapplicable doctrines of strict dualism, and be prepared to apply domestic constitutional and administrative law, instead of inventing from scratch new rules and principles that lack a basis in any formal source of international law*" (MONTT, 2007, p. 100).

Uma possível solução poderia residir em conferir efeito direto aos AIIs perante cortes internas (MONTT, 2007, p. 102). Na visão do autor, a aplicação do tratado internacional pelas cortes internas (o que poderia ser desejável para pleitos de menor valor, por exemplo), poderia criar um efeito de "vasos comunicantes" (MONTT, 2007, p. 103). Assim, a aplicação dos AIIs no plano nacional para o investidor estrangeiro (como *lex specialis*) poderia resultar em políticas que, para corrigir as distorções causadas, atuem no plano interno, elevando os padrões de proteção de investidores nacionais ao patamar fornecido ao investidor estrangeiro (MONTT, 2007, p. 104).

Embora consistente do ponto de vista teórico-hipotético, a sugestão apresentada por Montt (2007) poderia encontrar barreiras práticas para a sua concretização.

Em primeiro lugar, porque pressupõe que os investidores estrangeiros utilizariam as vias internas para discussões relacionadas aos seus direitos insculpidos nos AIIs. Caso tal postura se verificasse na realidade, muitos anos se passariam até que tais questões fossem definitivamente resolvidas no âmbito das cortes internas, pelo menos considerando-se a realidade brasileira.

Assim, aguardar que tais questões fossem judicializadas, resolvidas, para que a partir disso, as distorções sejam corrigidas no plano legislativo, cujo processo também se revela moroso, poderia representar postergação da resolução da desigualdade por um período incalculável.

4. A posição do Brasil quanto à proteção dos investimentos estrangeiros por meio dos acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos

Conforme já abordado, a posição do Brasil em relação aos APPIs remonta à década de 90, momento em que foram celebrados 14 acordos, além de 2 acordos no âmbito do Mercosul.

A partir da percepção de que o arcabouço normativo relacionado às questões que afetam os investimentos estrangeiros deveria ser melhorada, a fim de se criar um ambiente mais favorável para a sua captação e manutenção, o Brasil celebrou os APPIs indicados na tabela abaixo.

País	**Assinatura**	**País**	**Assinatura**
Bélgica e Luxemburgo	1999	Itália	1995

Holanda	1998	Coréia do Sul	1995
Cuba	1997	Venezuela	1995
Dinamarca	1995	Portugal	1994
Finlândia	1995	Suíça	1994
França	1995	Reino Unido	1994
Alemanha	1995	Chile	1994

Fonte: Elaboração própria com base nas informações extraídas do site <investmentpolicyhub.unctad.org>. Acesso em: 09.03.2015.

Contudo, a partir de uma percepção de que a inexistência dos APPIs não afetara a posição do Brasil como importante receptor de investimentos internacionais, devido à estabilidade das regras jurídicas no âmbito doméstico e a força da economia brasileira a partir de 1994 (BRASIL, 2002, p. 54409 – 54415).[13]

Em resumo, especula-se que alguns dispositivos dos APPIs assinados geraram desconfortos políticos, tais como a definição ampla de "investimento", baseada em ativos, a incompatibilidade de alguns requisitos da expropriação com o ordenamento jurídico interno e, de forma mais ampla, receios relacionados à redução do "*regulatory space*".

Com a recente celebração dos ACFIs com Moçambique e Angola, nota-se a mudança de estratégia do Brasil frente à sua inserção no regime de proteção dos investimentos internacionais.

Do ponto de vista conjectural, percebe-se uma mudança de paradigma a partir da consolidação do Brasil como exportador de capital, havendo, por conseguinte, o interesse de que os investimentos realizados por investidores brasileiros gozem da proteção oferecida pelos AIIs.

Conforme informações transmitidas pelo Itamaraty, "*os investimentos brasileiros em Moçambique, executados ou previstos, ultrapassam o montante de US$ 9,5 bilhões*", notadamente em projetos de construção civil, energia e exploração mineral.[14]

[13] Para uma exposição acerca de possíveis motivações que levaram à alteração da estratégia brasileira no final da década de 90 até a retirada de tramitação dos acordos em 2002, ver AZEVEDO, Deborah Bithiah de. Os Acordos para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos assinados pelo Brasil. In: Consultoria da Área Legislativa XVIII. Direito Internacional Público. Relações Internacionais. 2001.

[14] Conforme informações divulgadas pelo Itamaraty. Dados adicionais e o texto do ACFI encontram-se disponíveis em: <http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8511&catid=42&Itemid=280&lang=pt-BR>. Acesso em 30 de março de 2015.

Em relação à Angola, em 2014, o fluxo de comércio exterior foi de US$ 2,37 bilhões, havendo investimentos brasileiros em diversos segmentos incluindo setores como cosméticos, construção civil, redes de varejistas, informática e educação.[15]

Os ACFIs têm o objetivo declarado de alavancar a internacionalização das empresas brasileiras ao oferecer maior segurança para o investidor nos países signatários, tendo sido elaborado pelo MDIC, em parceria com o MRE, com a Confederação Nacional da Indústria (CNI), com a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp) e com o setor privado.[16]

4.1 Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos celebrados na década de 90

Em síntese, os principais dispositivos desses APPIs referem-se à definição de investidor[17] e de investimento[18], à estipulação da forma de solução de controvérsias investidor-Estado, à expropriação[19], à imposição do tratamento justo e equitativo[20], da

[15] Conforme informações divulgadas pelo Itamaraty. Dados adicionais e o texto do ACFI encontram-se disponíveis em: <http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8520&catid=42&Itemid=280&lang=pt-BR#acord-invest>

[16] Informação disponível em: <http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=1&noticia=13678> Acesso em: 01 de abril de 2015.

[17] Como exemplo, o Artigo 1 (1) do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Chile para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos de 1994:"*Para os fins do presente Acordo, entende-se que:* ***I.*** *O termo "investidores" designa:* ***a)*** *as pessoas físicas que tenham a nacionalidade da Parte Contratante de onde se origina o investimento, de conformidade com sua legislação interna:* ***b)*** *as pessoas jurídicas, incluindo as companhias, as sociedades comerciais e outras entidades constituídas segundo a legislação da Parte Contratante de onde se origina o investimento e que tenham sede principal no território dessa Parte*" (BRASIL, 1994).

[18] Nos termos do Artigo 1 (II) (d) do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Cuba para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos de 1997:"(...) (II) *O termo "investimentos" designa todo tipo de haveres, tais como bens e direitos de toda natureza, adquiridos ou exercidos de acordo com a legislação da Parte receptora do investimento, e, em particular, ainda que não exclusivamente, os seguintes: (...) (d*) direitos p*ara realizar atividades econômicas e comerciais outorgados por lei ou decorrentes de contrato, em particular os relacionados com a prospecção, o cultivo, a extração ou a exploração de recursos naturais;*" (BRASIL, 1997)

[19] A redação ampla do artigo 5 (1) do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Reino da Dinamarca sobre a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos inclui as expropriações e nacionalizações clássicas bem como a expropriação indireta: "*Os investimentos de investidores de cada Parte Contratante não serão nacionalizados, desapropriados ou submetidos a medidas de efeito equivalente à nacionalização ou desapropriação (doravante denominadas "desapropriação") no território da outra Parte Contratante, exceto para fins de interesse público, em bases não discriminatórias, de acordo com os devidos procedimentos legais e mediante indenização imediata, adequada e efetiva.*"

[20]O (BIT Brasil-Chile, 1994), em seu Artigo III (2): ."*Cada Parte Contratante dispensará um tratamento não discriminatório, justo e eqüitativo, em conformidade com os princípios do Direito Internacional, aos investimentos realizados por investidores da outra Parte Contratante em seu território e garantirá que não serão criados obstáculos ao exercício dos direitos assim reconhecidos*"(BRASIL, 1994).

cláusula do tratamento nacional[21] e da nação mais favorecida[22], à determinação da livre transferência de pagamentos e à coordenação do APPI com os demais acordos e compromissos internacionais.

Interessante observar que, conforme apontado por Montt (2007), a semelhança estrutural dos AIIs e da linguagem utilizada nesses acordos servem para endossar a tese de padronização *de facto* entre os AIIs. Os 14 acordos celebrados pelo Brasil na década de 90, por exemplo, contêm previsões semelhantes, com poucas variações expressivas, a respeito das cláusulas de expropriação (direta e indireta), de tratamento justo e equitativo, de tratamento nacional e de cláusula da nação mais favorecida. A tabela, abaixo, ilustra a estrutura desses acordos:

	Expropriação (direta e indireta)	**Tratamento justo e equitativo**	**Tratamento Nacional e Cláusula da nação mais favorecida**
Bélgica e Luxemburgo	Artigo 4 (1)	Artigo 3 (1)	Artigo 3 (3)
Países Baixos	Artigo 6	Artigo 3 (1)	Artigo 3 (2)
Cuba	Artigo 4	Artigo 3 (2)	Artigo 3 (3)
Dinamarca	Artigo 5 (1)	Artigo 3 (1)	Artigo 3 (2)
Finlândia	Artigo 5 (1)	Artigo 3 (1)	Artigo 3 (2)
Coréia do Sul	Artigo 5 (1)	Artigo 2 (2)	Artigo 3 (1)
Venezuela	Artigo 4 (1)	Artigo 3 (1)	Artigo 3 (2)
Portugal	Artigo 4 (1)	Artigo 3 (1)	Artigo 3 (2)
Chile	Artigo 4 (1)	Artigo 3 (2)	Artigo 3 (3) e (4)

Fonte: Elaboração própria com base nas informações extraídas do site <investmentpolicyhub.unctad.org>. Acesso em: 09 de março de 2015.

A análise dos APPIs revela a pouca preocupação do negociador em salvaguardar a coerência sistêmica do ordenamento jurídico com as obrigações assumidas por meio desses

[21] A respeito, o BIT Brasil-Chile, 1994, em seu Artigo III (*3*): "*Cada Parte Contratante concederá, aos investimentos da outra Parte Contratante, tratamento não menos favorável do que o dispensado aos investimentos de seus nacionais*" (BRASIL, 1994).

[22] Nesse sentido, BIT Brasil-Chile, 1994, em seu Artigo III (4): "*O tratamento referido no segundo parágrafo deste artigo não será menos favorável do que aquele outorgado por uma Parte Contratante aos investimentos da mesma natureza realizados em seu território por investidores de um terceiro país*" (BRASIL, 1994).

acordos. Nota-se, ainda, o potencial impacto desses APPIs sobre o direito dos Estado hospedeiros de exercer seu poder regulatório em virtude da amplitude da definição de investimentos, da redação vaga de padrões de proteção (e.g. princípio do tratamento justo e equitativo e vedação à expropriação regulatória ilícita), e de uma tendência afastativa do ordenamento jurídico interno dos Estados hospedeiros ao privilegiar fórmulas indeterminadas e abstratas a padrões já reconhecidos no direito interno das partes.

4.2 Os acordos de cooperação e facilitação de investimentos celebrados em 2015

Passa-se a uma breve exposição do modelo de ACFI disponibilizado em 30 de março de 2015. Destaca-se que, conforme informações disponibilizadas pelo Itamaraty[23], a proposta de novo acordo contou com "*subsídios de importantes organismos internacionais (UNCTAD e OCDE), estudos dos principais e mais atuais benchmarkings no tema*". Contou, ainda, com contribuições do setor privado e outros órgãos de governo. As notícias veiculadas não especificam os resultados dos referidos estudos e não foram encontrados os relatórios dos GTIs que subsidiaram a elaboração do modelo.

A preocupação brasileira com a manutenção de seu espaço regulatório pode ser verificada desde as cláusulas preambulares. Em ambos os acordos há indicação de que as partes reafirmam "*a sua autonomia legislativa e espaço para políticas públicas*".

A respeito, cumpre observar que em diversas oportunidades, tribunais arbitrais ICSID buscaram interpretar AIIs conforme sua finalidade, a partir de uma avaliação de suas cláusulas preambulares (NEWCOMBE, PARADELL, 2009, p. 113).

Ressalta-se, ainda, a intenção de busca pelo equilíbrio entre as obrigações de proteger assumidas pelo Estado hospedeiro e a imposição de obrigações e padrões de conduta ao investidor, deixando-se claro o reconhecimento do 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". Tal aspecto está materializado no Artigo 10 do modelo que dispões acerca da responsabilidade social corporativa e determina que:

> Os investidores e seus investimentos deverão se empenhar em realizar o maior nível possível de contribuições ao desenvolvimento sustentável do Estado receptor e da

[23] Conforme informações divulgadas pelo Itamaraty. Dados adicionais e o texto do ACFI encontram-se disponíveis em: <http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8520&catid=42&Itemid=280&lang=pt-BR#acord-invest>

> comunidade local, por meio da adoção de um elevado grau de práticas socialmente responsáveis, tomando por referência os princípios voluntários e padrões definidos no Anexo II – "Responsabilidade Social Corporativa". (Brasil, 2015a)

O Anexo II – "Responsabilidade Social Corporativa", visa a dar maior concretude à determinação preambular e à obrigação contida no Artigo 10, estabelecendo lista de princípios voluntários e padrões de conduta norteadores da atuação dos investidores e da condução dos investimentos.

Em linhas gerais, o modelo apresentado está estruturado em 4 seções. A primeira, é composta de três artigos, sendo que (i) o artigo 1 determina o objeto dos ACFIs, havendo pequenas diferenças na redação do dispositivo entre os dois acordos assinados; (ii) o artigo 2 estabelece os mecanismos de execução dos acordos, que incluirá a formação de um comitê conjunto, o estabelecimento de agendas temáticas e o desenvolvimento de mecanismos para redução de riscos e prevenção de disputas, entre outros instrumentos mutuamente acordados; (iii) o artigo 3 traz as definições relevantes ao ACFI (e.g. investimento, investidor, rendimento, território) residindo neste artigo, umas das diferenças principais entre o ACFI celebrado com Moçambique e Angola.

Mais especificamente, o artigo 3 do Acordo Brasil-Moçambique apresenta definição ampla de investimento, mas estabelece critério relacionado ao cumprimento de certos requisitos para que este esteja abrangido pela proteção. Consoante a redação do artigo, investimento significa:

> [...] qualquer tipo de bem ou direito pertencente ou controlado direta ou indiretamente por um investidor de uma das Partes no território da outra Parte, <u>com o propósito de estabelecer relações econômicas duradouras e destinado à produção de bens e serviços</u> (...) (Brasil, 2015a, grifo nosso)

Verifica-se a intenção de se afastar da definição de investimento o capital especulativo e permitir, em linha com o preâmbulo e as obrigações do artigo 10, uma interpretação que permita sinergia com o conceito de função social da propriedade, propiciando um grau de compatibilidade maior com os contornos do direito fundamental à propriedade no ordenamento jurídico brasileiro que o modelo antigo.

O Acordo Brasil-Angola, por outro lado, sujeita todas as definições relevantes aos ordenamentos jurídicos das Partes. Nesse caso, por exemplo, tanto a definição de investimento, como a sua existência e todas as questões a ele incidentais deverão ser interpretadas em conformidade com o direito interno dos Estados hospedeiros.

A seção II dos ACFIs incluem os artigos 4 ao 7, sendo que (i) o artigo 4 detalha a composição, competência e funcionamento do comitê conjunto, que ficará responsável por

"*buscar consensos e resolver amigavelmente quaisquer questões ou conflitos sobre os investimentos das Partes*; " e "*definir ou elaborar um mecanismo padrão para a solução de controvérsias por via arbitral entre Estados*, eventualmente administrar a participação de representantes do setor privado; (v) o artigo 5 determina o estabelecimento pelas partes de pontos focais de apoio governamental; (vi) o artigo 6 estabelece padrões para a troca de informações relevantes entre as partes e (vii) o artigo 7 estabelece obrigações das partes concernentes à relação com o setor privado.

O artigo 8, que integra a seção III do ACFI, detalha as atividades do comitê conjunto no que concerne as agendas temáticas, cujos objetivos e temas iniciais estão elencados no Anexo I aos acordos.

A seção IV (artigos 9 ao 17) dos ACFIs concentra os principais dispositivos relativos à proteção material aos investimentos.

O artigo 9 estabelece as regras relacionadas à expropriação, incluindo os requisitos para que ela seja permitida e a respectiva medida de compensação. A respeito, cumpre destacar que os requisitos para que uma expropriação seja lícita encontra-se em linha com o modelo antigo e a prática internacional (i.e, existência de razão de utilidade ou interesse público, que a medida não seja discriminatória, que haja pagamento de compensação adequada e efetiva e que a medida obedeça o devido processo legal).

Ressalta-se, contudo, que a redação não menciona medidas "de efeito equivalente à expropriação", conforme dispositivos de alguns APPIs assinados na década de 90. A falta previsão expressa da expropriação indireta demonstra a resistência dos negociadores em virtude da reconhecida amplitude do conceito de medida "*de efeito equivalente à expropriação*", e das inconsistências por vezes diagnosticadas na interpretação pelos tribunais arbitrais ICSID.

Reconhecendo-se que o potencial de redução do espaço regulatório resultante de uma definição abrangente de "expropriação", verifica-se postura cautelosa do negociador ao buscar limitar, a partir da redação dada ao artigo, a circunscrição da "expropriação" e da "nacionalização" às suas acepções clássicas.

Também foi dada redação mais específica ao se mencionar o momento em que a compensação deverá ser paga. O novo modelo indicou que a compensação deverá ser paga sem demora, "*em conformidade com a legislação da Parte onde a expropriação tenha ocorrido*", sujeitando a interpretação de um termo vago ('sem demora') aos parâmetros normativos e interpretativos do respectivo Estado hospedeiro.

O artigo 11 estabelece o padrão de tratamento que deverá ser dispensado aos investidores estrangeiros, incluindo cláusula de tratamento nacional e da nação mais favorecida, sujeitas a determinadas exceções. O artigo 11 (6) do ACFI Brasil-Moçambique – ou artigo 11 (5) do ACFI Brasil-Angola – determina que as disposições dos acordos não poderão ser interpretadas de modo a impedir que os Estados hospedeiros adotem ou executem medidas destinadas a imposição ou arrecadação equitativa ou efetiva de tributações conforme previsto na legislação da Parte.

Tal dispositivo tem o condão de afastar a possibilidade de um investidor vir a argumentar que uma medida de caráter tributário violou suas legítimas expectativas, elemento central em controvérsias relacionadas a violações de padrão de tratamento. Em virtude da redação restritiva do artigo acerca das expropriações e nacionalizações, também parece remota a possibilidade de uma medida tributária vir a constituir expropriação, nos termos do artigo 9.

O artigo 12 determina o padrão de compensação em casos específicos de perdas de investimentos em virtude de guerra, conflito armado, estado de emergência, revolta, levantamento ou distúrbios impondo que os pagamentos daí decorrentes sejam transferíveis em moeda livre.

O artigo 13 do novo modelo delineia o requisito de transparência na administração de medidas que afetem os investimentos e o artigo 14 trata da transferência de recursos relacionados ao investimento.

Questão de acentuada importância é o mecanismo de prevenção e resolução de disputas previsto no artigo 15 dos ACFIs, especialmente em virtude das diretrizes dos GTIs criados pela CAMEX para as negociações dos acordos, entre as quais incluía-se a proibição de cláusulas de controvérsias Investidor-Estado, de expropriação indireta e de outros mecanismos que limitem o "*policy space*" do Brasil[24]. A partir desses fundamentos, os ACFIs contemplaram, alternativamente, cláusulas de resolução de disputas Estado-Estado, que passa-se a analisar.

O artigo 15 (1) determina a competência dos pontos focais (artigo 5) para a prevenção, gestão e resolução de eventuais disputas entre as partes. Antes da instauração de eventual procedimento arbitral, os Estados hospedeiros deverão avaliar a disputa por meio de

[24] Tais diretrizes encontram-se divulgadas, de maneira genérica, no site do MIDIC. Disponível em: <http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=4528>. Acesso em: 20 de março de 2015.

consultas e negociações e deverão submetê-la ao exame do comitê conjunto, nos termos do artigo 15(2).

Questões de interesse de um investidor poderão ser submetidas por intermédio de um dos países signatários ao comitê conjunto, conforme procedimento previsto no artigo 15 (3).

Verificada a impossibilidade de resolução de eventual disputa, os Estados hospedeiros poderão recorrer a mecanismos de arbitragem entre Estados a serem desenvolvidos pelo comitê conjunto, quando julgado conveniente pelas partes ao ACFI.

Os últimos artigos contém regramento a respeito do escopo de aplicação dos acordos (artigo 16) e elenca as disposições finais e transitórias (artigo 17). O ACFI Brasil-Moçambique, aplica-se a todos os investimentos efetuados antes ou depois da entrada em vigor do acordo – artigo 16 (1) – , não podendo ser invocado para questionar controvérsias já resolvidas por meio do esgotamento dos recursos judiciais internos, havendo coisa julgada – artigo 16 (2) –. Esclarece-se, ainda, que direitos e benefícios concedidos a um investidor de uma parte no território da outra parte não pode ser restringido pelo ACFI – artigo 16 (3) –.

O ACFI Brasil-Angola suprimiu a cláusula genérica de aplicação a todos os investimentos, mantendo-se somente a indicação de que o ACFI não poderá ser invocado para questionar coisa julgada. Determina, ainda, como exceção à regra de não restrição de direitos e benefícios, que, sujeita à notificação e à consulta prévia, as partes poderão denegar benefícios e direitos, nos limites impostos pelo artigo 16 (3).

Por meio das disposições finais e transitórias, reitera-se a amplitude temática que as questões relativas a investimentos demandam, esclarecendo que a atuação do comitê conjunto ou dos pontos focais não deverá substituir ou prejudicar a atuação diplomática ou quaisquer outros acordos celebrados entre as partes. O artigo 17 estabelece, ainda, o prazo de vigência dos ACFIs (10 anos, no caso de Angola e 20 anos para Moçambique, renováveis por períodos iguais e sucessivos, salvo denúncia noticiada com antecedência mínima de 12 meses).

No âmbito dos ACFIs celebrados, as partes firmaram, ainda, Memorando de Promoção de Investimentos, que cria Grupo de Trabalho Bilateral (“GTB”), integrado por representantes de governo, contando com reuniões reservadas e, quando abertas, será oportunizada a participação de representantes do setor privado. Pendente a aprovação dos ACFIs, os GTBs viabilizarão o início dos projetos de internacionalização pelas partes.

Nesse mesmo objetivo, no contexto de celebração do ACFI, foram também firmados entre Brasil e Moçambique: (i) Acordo de Cooperação Técnica entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Moçambique; (ii) Memorando de Entendimento entre a República Federativa do Brasil e a República de Moçambique sobre a

Cooperação na Área de Energias Renováveis; (iii) Protocolo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Moçambique sobre a Facilitação da Concessão de Vistos de Negócios.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da mudança do posicionamento do Brasil quanto à adesão ao sistema internacional de proteção aos investimentos estrangeiros por meio de AIIs, surgem algumas indagações elementares: (i) quais os interesses que o Brasil busca salvaguardar a partir da celebração de tais acordos? (ii) quem são os beneficiários? e (iii) qual o custo de se garantir e manter tais acordos?

Para aqueles que entendem o Direito Internacional dos Investimentos como uma oportunidade de elevar os patamares de proteção, segurança, previsibilidade e transparência da ação estatal, o ACFI pode simbolizar uma excelente oportunidade para o Brasil aderir ao sistema de proteção dos investimentos estrangeiros, embora o conteúdo do acordo seja mais brando, especialmente na ausência de previsão específica de arbitragem investidor-Estado.

Além disso, em um contexto em que o Brasil começa a se consolidar como investidor, garantir a proteção aos investidores brasileiros assume papel mais premente.

A resistência brasileira em celebrar acordos que possam vir a implicar uma redução significativa do seu "*regulatory space*" por meio de cláusulas que reconheçam a expropriação regulatória, cláusulas guarda-chuva, ou o princípio do tratamento justo equitativo, combinadas com as incertezas que podem advir de uma solução de controvérsias investidor-Estado, é medida de cautela. A experiência recente demonstra que o comprometimento com tais padrões pode sair caro para países em desenvolvimento, conforme exemplo argentino.

Contudo, é importante reconhecer que todo tratado internacional, por traduzir obrigações para as partes, tem o condão de, em alguma medida reduzir o escopo de atuação soberana das partes. Para Dolzer (2005, p.955) os AIIs impõem limites ao direito soberano de um Estado de "sujeitar investidores estrangeiros ao seu sistema jurídico administrativo interno", de forma a garantir estabilidade e previsibilidade aos arcabouço normativo que rege os investimentos.

Em troca de um ambiente estável, o Estado receptor espera aumentar seus fluxos de investimentos de forma a promover seu desenvolvimento econômico, entre outros objetivos constitucionalmente concebidos.

Nesse ponto, cumpre realizar alguns esclarecimentos. A proteção adicional conferida pelos AIIs somente se justifica quando existe uma percepção de que os níveis garantidos por meio de instrumentos do ordenamento jurídico interno não são, ou podem não vir a ser, suficientes (MONTT, 2007).

Além disso, os estudos que buscaram analisar os impactos da proteção garantida pelos AIIs no aumento do fluxo de investimentos são inconclusivos, conforme levantamento recente feito por Yacker (2014, p. 492). Dessa forma, a adesão ao sistema de proteção ao investimento estrangeiro por meio dos AIIs não consiste em garantia de maior influxo de investimentos, embora o impacto restritivo e a possibilidade responsabilização sejam reais.

Ressalta-se, ainda, que mesmo em situações em que o acordo é celebrado entre um Estado predominantemente exportador de capital e outro importador, havendo a previsão de solução de disputas investidor-Estado, haverá a possibilidade de "*forum shopping*" (HARTEN, LOUGHLIN, 2006, p. 1). Há que se ponderar, ademais, que o custo dos procedimentos de solução de disputas investidor-Estado acaba por inviabilizar o recurso a este instrumentos por empresas de pequeno e/ou médio porte, o que nos poderia fazer retornar ao questionamento de a quem se dirige a proteção dos AIIs e a que custo.

Em relação às reflexões apresentadas neste artigo, destaca-se que a questão da viabilidade e conveniência da ratificação dos ACFIs firmados depende de considerações de ordem política e econômica, questões que escapam à possibilidade de investigação do presente trabalho.

Do ponto de vista jurídico, tendo em vista as inter-relações entre o ordenamento jurídico interno e os AIIs, verifica-se a necessidade de análise *ex ante* da compatibilidade entre as obrigações assumidas por meio do acordo e o direito interno.

Nesse sentido, o modelo de ACFI apresentado em 2015 representou alguns avanços em relação àqueles firmados na década de 90. Nota-se, em diversos dispositivos, a preocupação em trazer a perspectiva do Direito Constitucional e do Direito Administrativo para a leitura das obrigações previstas no ACFI (e.g. a definição de investimento – artigo 3 -, a estipulação das formas e tempo de pagamento da compensação em caso de expropriação – artigo 9 –). Além disso, a definição mais restrita de expropriação, dos padrões de tratamento do investidor, bem como a ressalva relacionada a medidas tributárias – artigo 11 (6) – parecem apropriadas às finalidades divulgadas pela CAMEX.

Quanto aos objetivos relacionados às políticas públicas que permeiam o ACFI, cumpre destacar que estes encontram-se, em certa medida, alinhados com a prática internacional recente. Em relatório publicado em fevereiro de 2015 intitulado "*Recent Trends*

in IIAs and ISDS" a UNCTAD indicou uma lista de "policy objectives" que podiam ser verificados entre os novos AIIs (UNCTAD, 2015, p. 04). Entre eles encontram-se: (i) o estímulo a práticas corporativas responsáveis; (ii) foco em investimentos que resultam em desenvolvimento; (iii) manutenção do direito de regular verificadas questões de interesse público; entre outras.

A partir do reconhecimento da inter-relação entre as obrigações contidas nos AIIs e o ordenamento jurídico interno, e a verificação prática de como tais questões permearam as diretrizes da CAMEX e a elaboração do modelo brasileiro de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos de 2015, buscou-se demonstrar a necessidade de uma abordagem integrada e dialógica entre as diferentes fontes normativas, de forma a buscar um engajamento construtivo entre o Direito Constitucional e Administrativo com as práticas institucionais transnacionais (KUMM, 2006, p. 261).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Deborah Bithiah de. **Os Acordos para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos assinados pelo Brasil**. In: Consultoria da Área Legislativa XVIII. Direito Internacional Público. Relações Internacionais. 2001.

BRASIL. **Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Chile para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos**. 1994. Disponível em: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>. Acesso em:18 de fevereiro de 2015.

BRASIL. **Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da O Governo da República de Cuba para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos**. 1997. Disponível em: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2015.

BRASIL. **Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Reino da Dinamarca para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos**. 1995. Disponível em: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2015.

BRASIL. **Acordo Brasil-Moçambique de Cooperação e Facilitação de Investimentos**. 2015. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8511&catid=42&Itemid=280&lang=pt-BR>. Acesso em: 30 de março de 2015.

BRASIL. **Acordo Brasil-Angola de Cooperação e Facilitação de Investimentos**. 2015. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8520&catid=42&Itemid=280&lang=pt-BR#mou-econ>. Acesso em: 01 de abril de 2015.

CÂMARA DE COMÉRIO EXTERIOR. **Acordos de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos (APPIs)**. 2008. Disponível em: <http://investimentos.mdic.gov.br/public/arquivo/arq1274363035.pdf> Acesso em: 20 de fevereiro de 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Ata da 234ª Sessão Solene, Matutina**. 12 de dezembro de 2002. Diário da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13DEZ2002.pdf#page=26> Acesso em: 01 de março de 2015.

DOLZER, Rudolf. **The impact of international investment treaties on domestic administrative law**. New York: New York University Journal of International Law and Politics, 2005.

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

HARTEN, Gus Van; LOUGHLIN, Martin. **Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law**. 17 European Journal of International Law. Florença: European University Institute, v. 17, n. 1, 2006.

KUMM, Mattias. **Democratic constitutionalism encounters international law**: terms of engagement. IN CHOUDHRY, Sujit. The Migration of Constitutional Ideas. New York. Cambridge University Press, 2006.

MONTT, Santiago. **What international investment law and Latin America can and should demand from each other**: Updating the Bello/Calvin Doctrine in the BIT generation. Argentina: Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (Res Publica Argentina) n. 3. 2007. Disponível em: <http://iilj.org/gal/bibliography/galbib-iiinvestment.asp>. Acesso em: 02.03.2015.

MONTT, Santiago. **State liability in investment treaty arbitration**: global constitutional and administrative law in the BIT generation. Portland: Hart Publishing, 2009.

NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. **Law and Practice of Investment Treaties**: standards of treatment. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. **O diálogo das cortes**: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In AMARAL JUNIOR, Alberto; JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito dos Investimentos e Petróleo**. In ARAGÃO, Alexandre dos Santos (org.). Direito do petróleo e outras fontes de energia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Expropriação: revisitando o tema no contexto dos estudos sobre investimentos estrangeiros**. In RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). Direito Internacional dos Investimentos. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

TIBÚRCIO, Carmen. **A Arbitragem de Investimento no Brasil**. In RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). Direito Internacional dos Investimentos. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

United Nations Conference on Trade and Development. **International Investment Agreements**: key issues. Volume I. New York: 2004. UNCTAD/ITE/IIT/2004/10. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/iteiit200410_en.pdf>. Acesso em: 20 de março 2015.

United Nations Conference on Trade and Development. **Recent Trends in IIAs and ISDS**. In: IIA Issues Note, No 1. Geneva: 2015. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2015.

YACKEE, Jason Webb. **Political Risk and International Investment Law**. Duke Journal of Comparative & International Law. Vol 24:477. 2014. Disponível em <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1406&context=djcil>. Acesso em: 29 de janeiro 2015.