

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**DIREITO INTERNACIONAL I**

**FLORISBAL DE SOUZA DEL OLMO**

**GUSTAVO ASSED FERREIRA**

**ANDERSON ORESTES CAVALCANTE LOBATO**

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 I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF;

Coordenadores: Anderson Orestes Cavalcante Lobato, Florisbal de Souza Del Olmo, Gustavo Assed Ferreira – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-164-7

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Internacional. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



# **XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

## **DIREITO INTERNACIONAL I**

---

### **Apresentação**

O Direito Internacional passou por importantes transformações nas últimas décadas. De um lado, a globalização e o incremento da tecnologia da informação significaram novos limites para os mais distintos campos do Direito Internacional e para as Relações Internacionais. Por outro lado, a crise global de 2008 e seus impactos, também significaram desafios adicionais para a disciplina e para os seus operadores. Os artigos apresentados no GT Direito Internacional I enfrentam o quadro acima descrito. Os trabalhos debatem as mais distintas áreas do Direito Internacional, tais como comércio internacional, meio ambiente, investimentos e arbitragem. Essa compilação de textos sintetiza, com a devida profundidade, a essência dos debates acontecidos em Brasília.

Prof. Dr. Florisbal de Souza Del Olmo (URI)

Prof. Dr. Gustavo Assed Ferreira (USP)

Prof. Dr. Anderson Orestes Cavalcante Lobato (FURG)

## **O BRASIL E OS NOVOS DESENVOLVIMENTOS NO DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS**

### **BRAZIL AND THE NEW DEVELOPMENTS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW**

**Gustavo Assed Ferreira  
Paula Christine Schlee**

#### **Resumo**

Este artigo reflete sobre os novos desenvolvimentos na área do Direito Internacional dos Investimentos e comenta a postura brasileira em tal cenário, desde a década de 1990, quando o País assinou uma série de tratados bilaterais de investimento, sem que tenha ratificado qualquer deles, até os dias de hoje, com a proposta de um novo tipo de acordo. Para tanto, aborda: (i) as novidades na área, provenientes dos EUA e da China; (ii) o cenário e as razões das negociações brasileiras na década de 1990; (iii) o processo de internacionalização de empresas; e (iv) as novas negociações iniciadas pelo Brasil.

**Palavras-chave:** Direito internacional dos investimentos, Internacionalização de empresas, Brasil, Acordos de cooperação e facilitação de investimentos

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

This article deals with the new developments in the field of International Investment Law and comments on the Brazilian posture towards this subject, since de 1990's, when the country signed a number of bilateral investment treaties, without ratifying any of them, until today, with the proposal of a new type of agreement. To that end, it discusses: (i) new developments coming from USA and China; (ii) the scenario and the reasons for the Brazilian negotiations in the 1990's; (iii) the process of internationalization of companies; and (iv) the new negotiations started by Brazil.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** International invesment law, Internationalization of companies, Brazil, Cooperation and investment facilitation agreements

## **Introdução**

Este artigo pretende refletir sobre os novos desenvolvimentos na área do Direito Internacional dos Investimentos e comentar a postura brasileira em tal cenário, desde a década de 1990, quando o País assinou uma série de tratados bilaterais de investimento, sem que tenha ratificado qualquer deles, até os dias de hoje, com a proposta de um novo tipo de acordo.

A hipótese central do artigo é a de que a mudança de postura do Brasil nesta seara se deve ao fato de que o Brasil passou da posição de mero receptor de investimentos estrangeiros para a posição de um país cujas empresas se internacionalizam e investem no exterior. Desta forma, passa a ser desejável o desenvolvimento de um arcabouço normativo que dê algum tipo de proteção às empresas brasileiras que se internacionalizam pela via do investimento estrangeiro direto.

O artigo está estruturado em quatro itens, a saber: (i) as novidades na área do Direito Internacional dos Investimentos que provêm dos EUA e da China; (ii) o cenário das negociações e as razões pelas quais o Brasil negociou acordos bilaterais de investimento na década de 1990; (iii) comentários acerca do processo de internacionalização de empresas; e (iv) as novas negociações iniciadas pelo Brasil.

## **1 Os Novos Desenvolvimentos do Direito Internacional dos Investimentos: EUA e China**

Os Estados Unidos iniciaram seu “programa de acordos bilaterais de investimentos (“ABIs)” no final de década de 1970, como uma forma de substituir os tratados de amizade, comércio e navegação (“TACN”) característicos da política externa estadunidense. Ademais, no final dos anos de 1980, deram início a um programa de negociação de tratados de livre comércio de escopo mais amplo do que a mera liberalização comercial, sendo que uma característica distinta de tais tratados sempre foi seu capítulo sobre investimentos, sendo o Capítulo 11 do *North American Free Trade Agreement* (“NAFTA”) o exemplo mais conhecido desta prática.

Ao longo da vida do programa de ABIs dos EUA, os ABIs modelos foram sendo revisados e atualizados, tendo sido a atualização mais recente a de 2012. O mesmo ocorre com os capítulos sobre investimentos dos tratados de livre comércio que, em geral, influenciam e são influenciados pelos ABIs modelos.

Acerca do processo de revisão dos ABIs modelo dos EUA pode-se dizer, em termos gerais, que tem seguido na direção de diminuir os direitos concedidos aos investidores e aumentar o espaço regulatório do Estado receptor. (ALVAREZ, 2010)

Os motivos para uma guinada pró-Estado, por assim dizer, no programa de ABIs dos Estados Unidos podem ser explicados (i) pela perda de confiança no modo de governança preconizado pelo Consenso de Washington; (ii) pelo fato de o governo estadunidense ter se dado conta de que arbitragens entre investidor e Estado receptor não são despolitizadas; (iii) pelo risco de fragmentação interna e externa do Direito Internacional dos Investimentos, derivado de decisões proferidas por tribunais arbitrais que nem sempre são coerentes entre si; (iv) pelo fato de que a positivização do Direito Internacional dos Investimento pela via de ABIs não conseguiu diminuir a dependência de outras fontes do Direito Internacional; e (v) pelos questionamentos oriundos de atores não estatais (ALVAREZ, 2010).

Assim, por exemplo, as cláusulas de definição de investimento e de tratamento justo e equitativo (“TJE”) incluídas nos ABIs modelos dos EUA foram revisadas, no sentido de limitar, ainda que não de maneira severa, o alcance da definição de investimento e de esclarecer, tanto quanto possível, o conteúdo da cláusula de TJE, especialmente em razão dos impactos que uma interpretação muito ampla desta cláusula pode ter sobre o espaço para implementação de políticas públicas (regulação) pelo Estado receptor do investimento.

A China, de outro lado, parece estar trilhando caminho oposto. Partindo de uma abordagem refratária aos tratados em matéria de investimento estrangeiro, em razão das particularidades de seu sistema político e econômico, a China passou a adotar postura mais amigável às negociações nessa área à medida que a exportação de capitais chineses passou a ganhar importância. Esta mudança de posição ocorreu no final dos anos de 1990, década que assistiu também, à mudança dos fluxos de investimento chineses, de países desenvolvidos, para países em desenvolvimento (uma estratégia Sul-Sul) (BERGER, 2008).

Com efeito, da análise das disposições contidas no ABI modelo da China, de 1994, e os ABIs por ela firmados mais recentemente, pode-se notar, em primeiro lugar, que o modelo chinês não prevaleceu. No que se refere ao padrão de TJE, a mudança mais notável é a referência ao direito internacional como elemento de conformação do padrão, algo que não aparecia no modelo chinês. No que se refere à definição de investimento, ela se manteve mais ou menos constante em termos de conteúdo, embora redigida em formatos diversos. O elemento comum à definição contida nos ABIs analisados é a referência à necessidade de que os investimentos sejam feitos de acordo com as leis do Estado receptor, o que sempre esteve de acordo com a política chinesa de usar sua legislação interna como filtro para os

investimentos estrangeiros (BERGER, 2008) e que parece estar se tornando uma tendência nos ABIs recentes.

Assim, pode-se argumentar no sentido de que vem aumentando a percepção dos Estados de que o regime internacional dos investimentos deve ser um regime minimamente equilibrado, que leve em consideração as preocupações dos investidores em relação à segurança de seus investimentos sem, no entanto desconsiderar as necessidades dos Estados que recebem investimentos. Para o Brasil, esta é uma lição que deve ser aprendida, uma vez que o Brasil também passa por um período de internacionalização de empresas para se tornar, assim como a China e também os EUA, um Estado que recebe investimentos ao mesmo tempo em que investe no exterior.

## **2 Cenário e razões das negociações pelo Brasil na década de 1990**

Durante a década de 1990, o Brasil assinou quatorze ABIs e dois protocolos no âmbito do Mercosul relacionados com o tema do investimento estrangeiro mas, por fim, não chegou a ratificar nenhum deles. Algumas questões devem ser feitas a partir desse movimento: em que contexto o Brasil assinou tais acordos? Por que o Brasil não ratificou nenhum desses acordos e nem sequer os protocolos do Mercosul?

Para fins de contextualização, há que se considerar que a década de 1980 marcou na economia e na política mundial a tendência a uma marcante internacionalização dos capitais, um incremento na importância do comércio internacional e a superação do modelo de Estado de bem estar social. A chamada onda neoliberal iniciou a década de 1990 como uma força irresistível e a crise do Estado nação parecia assumir contornos dramáticos.

Após a chamada década perdida, ou seja, os anos 1980, o Brasil aderiu fortemente a essa tendência liberalizante desde o início do governo Collor de Mello. Foi a chamada reforma do Estado, que se consolidou no governo Fernando Henrique Cardoso (BRESSER PEREIRA, 1998).

Durante toda a década de 1990, a Constituição Federal passou por uma série de emendas tendentes a adaptá-la aos novos ventos e para garantir a devida constitucionalidade às reformas necessárias no marco normativo infraconstitucional. De forma rápida, e para aquilo que interessa a este trabalho, destacam-se os seguintes aspectos do processo de reforma constitucional dos anos de 1990 (SCHLEE, 2005):

- Emenda Constitucional n. 5: modificou o § 2º do art. 25 e retirou de seu texto a referência a empresa estatal, abrindo a possibilidade de empresas privadas serem concessionárias dos serviços de gás canalizado.

- Emenda Constitucional n. 6: modificou, dentre outros, o art.176, § 1º, que passou a vigorar com redação que exclui a figura “empresa brasileira de capital nacional”, substituindo-a pela “empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País”.
- Emenda Constitucional n. 7: modificou a redação do art. 178 para afastar a vedação, até então existente, de participação de embarcações estrangeiras na navegação de cabotagem e na navegação de interior.
- Emenda Constitucional n. 8: mirou os serviços de telecomunicações que, em seu regramento original, eram de competência da União (os serviços públicos de telecomunicações (art. 21, inciso XI) somente poderiam ser concedidos a empresas sob controle acionário estatal). A partir da EC n. 8, todos os serviços de telecomunicações, de caráter público ou não, podem ser objeto de concessão a empresa privada, sem fazer o texto constitucional exigência de controle nacional ou estrangeiro.
- Emenda Constitucional n. 9: direcionada ao setor petrolífero, introduziu no texto constitucional a possibilidade de a União contratar com empresas estatais ou privadas a realização de uma séria de atividades, dentre as quais: pesquisa e lavra de jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; refinação de petróleo nacional ou estrangeiro; importação e exportação de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos e seus derivados; transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, do petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem.
- Emenda Constitucional n. 36: aprovada em 2002, esta EC modificou o art. 222 para (i) permitir a participação de pessoa jurídica na propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens; e (ii) fixar percentual máximo de participação de capital estrangeiro (30%) em tais empresas. Esta EC tornou-se notória por ter sido aprovada quando um grande grupo nacional de mídia passava por sérias dificuldades financeiras, tendo ele se beneficiado, à época, de receber aporte de capitais estrangeiros.
- Emenda Constitucional n. 40: aprovada em 2003, a EC n. 40 modificou o art. 192, que trata do sistema financeiro nacional, revogando todas as disposições constitucionais sobre a matéria e remetendo a regulamentação do (novo) art. 192 a leis complementares que, até hoje, não foram aprovadas. A participação de capital estrangeiro no sistema financeiro nacional é considerável, mas se sujeita, em todos os casos (entrada de novos players ou aumento de participação de capital estrangeiro em instituições financeiras já existentes) à aprovação, por decreto, da Presidência da República.

A década de 1990 também assistiu a finalização da Rodada Uruguaí do *General Agreement on Tariffs and Trade* (“GATT”) e o surgimento da Organização Mundial do Comércio (“OMC”), oportunidades em que o Brasil preocupou-se em assumir uma posição francamente favorável à liberalização do comércio internacional. No âmbito regional, houve o nascimento do Mercosul e a tentativa de criação da Área de Livre Comércio das Américas (“ALCA”), tema este que dominou a cena das discussões sobre Direito Internacional após a entrada em vigor da OMC em janeiro de 1995.

Em tal contexto, e respondendo a primeira questão, entre 1994 e 1999, o Brasil assinou tais ABIs com o intuito de favorecer a atração de investimento (ARAÚJO; SOUZA JR., 1998). A assinatura de tais acordos imaginava-se, sinalizaria aos investidores estrangeiros a disposição brasileira de adotar padrões de proteção e tratamento de investimentos estrangeiros considerados adequados à época.

Com efeito, a Exposição de Motivos que acompanhou a Mensagem n. 1.158/94, por meio da qual o Poder Executivo enviou ao Congresso Nacional, para análise, o primeiro texto de ABI, firmado entre Brasil e Portugal, mencionava justificava a assinatura dos ABIs nos seguintes termos:<sup>1</sup>

(...)

Acordos para a promoção e a proteção contra riscos não comerciais constituem hoje relevante fator de atração do capital estrangeiro. De fato, com a irrupção da chamada “crise da dívida” e a conseqüente retração das fontes internacionais de poupança, associada à queda na taxa de poupança interna dos países industrializados - fato que marcou a década de oitenta e levou a que parte dos outrora exportadores de capital viessem a concorrer, eles próprios, nos processos de atração da poupança disponível – configurou-se a situação em que garantias oficiais a investimentos diretos – tais como liberdade de retorno do capital, compensação face a eventuais desapropriações e a possibilidade de recurso à arbitragem internacional em caso de litígio entre o investidor e o país hospedeiro – passaram a adquirir peso crescente na decisão quanto a investir.

O Governo brasileiro, por conseguinte, com o objetivo de sinalizar à comunidade financeira internacional uma postura receptiva ao investimento estrangeiro, decidiu aderir, em 1990, à Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA), associada ao Banco Mundial, e criou, em março de

---

<sup>1</sup> O texto completo da Mensagem, com a Exposição de Motivos, está disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD06JAN1995.pdf#page=6>. Acesso em 29.11.2014.

1992, Grupo de Trabalho Interministerial encarregado de elaborar modelo de acordo para a promoção e a proteção de investimentos estrangeiros. Em setembro de 1991, o Ministério de Relações Exteriores, e o então Ministério de Economia, Fazenda e Planejamento adotaram texto padrão de acordo sobre a matéria, o qual tem sido gradativamente adaptado às tendências internacionais nessa área.

(...)

Ao envio do ABI Brasil-Portugal para o Congresso Nacional seguiram-se outros: Chile (MSC 1159/94), Reino Unido (MSC 8/95), Suíça (MSC 10/95), Mercosul/Extra-Partes (MSC 749/95), França (MSC 652/97) e Alemanha (MSC 755/98) (AZEVEDO, 2001).

No âmbito da Câmara dos Deputados, tais ABIs foram submetidos a estudo da Consultoria Legislativa, que identificou, à época, algumas razões pelas quais não parecia adequado favorecer a entrada de investimento estrangeiro no Brasil com base nos ABIs. Tais razões incluíam (AZEVEDO, 2001):

- (i) o prazo de validade de tais acordos, considerado muito longo (poderia chegar a até 25 anos);
- (ii) o fato de que os ABIs beneficiariam o investidor estrangeiro em detrimento do investidor nacional (uma vez que se reconhecia que os ABIs estavam sendo assinados para atrair capital estrangeiro e não para exportar capitais brasileiros, a conclusão que se impunha, e não se razão, era a de que as regras do ABI serviriam, basicamente, aos investidores estrangeiros);
- (iii) problemas de constitucionalidade, relacionados com as regras relativas à forma de indenização por desapropriação e com a arbitragem entre investidor e Estado; e
- (iv) previsão de livre transferência de fundos para o exterior, sem fazer ressalvas a eventuais problemas de balanço de pagamentos.

Sugestão foi feita, à época, no sentido de que o Congresso Nacional trabalhasse pela reforma dos ABIs, para torná-los semelhantes ao Protocolo do Mercosul relacionado aos investimentos externos à região, considerado mais adequado (AZEVEDO, 2001).

O fato que remanesce é que tais ABIs nunca foram analisados definitivamente pelo Congresso Nacional em razão de que, em novembro de 2002, a Presidência da República, por meio da Mensagem n. 1.084 /02, solicitou sua retirada de tramitação.

As razões para tal solicitação, conforme a Exposição de Motivos que acompanhou a Mensagem,<sup>2</sup> foram as seguintes:

(...)

A partir de 1997 testemunhou-se crescente questionamento quanto ao chamado Acordo Multilateral de Investimentos (*Multilateral Agreement on Investments* – MAI, na sigla em inglês), que vinha sendo negociado no âmbito da OCDE. Os dispositivos que aquele documento contemplava foram avaliados como um conjunto demasiado abrangente de direitos e prerrogativas que estariam sendo concedidos às empresas multinacionais, em detrimento da jurisdição do Estado e da própria sociedade. Dessa evolução resultou um declínio do apoio político àquelas negociações, particularmente por parte de alguns países europeus, movimento que culminou com o colapso do processo negociador. O Governo Brasileiro participava como Observador das negociações da OCDE. Setores do Congresso Nacional passaram a ecoar fortemente as críticas formuladas àquele projeto e os APPI assinados pelo Brasil começaram a ser vistos como um espécie de versão bilateral do MAI e, como tal, não merecedores de endosso político.

Embora o Governo tenha oferecido argumentos para dirimir dúvidas e esclarecer questões levantadas no Congresso, é forçoso constatar que os acordos, por um lado, nunca encontrou (*sic*) o respaldo político necessário para sua aprovação e, por outro, deixaram de refletir as tendências que hoje prevalecem no cenário internacional. (...)

A inexistência de Acordos do gênero não tem prejudicado a posição do Brasil como importante receptor de investimentos internacionais, sobretudo de investimentos diretos, cujos fluxos de entrada encontram-se entre os mais altos no grupo dos países em desenvolvimento.

Explicam esse notável desempenho a estabilidade das normas jurídicas no âmbito doméstico e a força intrínseca que a economia brasileira passou a demonstrar a partir de 1994.

(...)

---

<sup>2</sup> O texto completo da Mensagem está disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13DEZ2002.pdf#page=26>. Acesso em 29.11.2014.

Ou seja, e respondendo à segunda pergunta feita acima, o Brasil não ratificou nenhum dos ABIs que assinou por ter chegado à conclusão de que o objetivo almejado com a assinatura de tais tratados, qual fosse, a atração de investimentos estrangeiros, estava sendo alcançado mesmo na ausência de regras de direito internacional.

Com efeito, as dificuldades listadas pelo estudo da Consultoria Legislativa do Congresso Nacional não eram insanáveis e, no que se refere às inconstitucionalidades apontadas, com o julgamento da constitucionalidade da lei de arbitragem pelo Supremo Tribunal Federal, em dezembro de 2001,<sup>3</sup> restou somente a questão da forma de pagamento de compensação em caso de desapropriação. Este, no entanto, segue sendo um ponto de desacordo entre o direito brasileiro de matriz constitucional e o direito internacional dos investimentos (ANDRADE; COSTA, 2012).

De todo modo, pode-se dizer que a postura brasileira de décadas passadas se mostrou mais prudente do que conservadora, dado que ao longo das últimas décadas, o próprio regime internacional de regulação dos investimentos estrangeiros amadureceu e está sendo, de certa forma, reconstruído, a partir de novos modelos de tratados bilaterais de investimento (MOROSINI; XAVIER JR, 2015).

### **3 Internacionalização de empresas: comentários introdutórios<sup>4</sup>**

Quando se analisa a internacionalização de empresas, três searas devem ser consideradas: (i) a organização e a estratégia das empresas envolvidas, (ii) o ambiente macroeconômico das economias nacionais e (iii) as condições sistêmicas da economia mundial. Tem-se a internacionalização da produção quando residentes de determinado país obtêm acesso a bens e serviços com origem em outro.

O agente principal da internacionalização, a empresa transnacional, é aquela que possui e controla ativos produtivos em mais de um país. Para compreender a escolha entre a entrada em outro mercado via investimento ou via exportação, a empresa deve atentar para os condicionantes microeconômicos e comportamentais do mercado no qual está inserida. Em muitos casos, as empresas que atuam em mercados externos adquirem vantagens específicas

---

<sup>3</sup> Entendimento firmado no processo de julgamento de recurso no processo de homologação de sentença estrangeira SE 5.206-Espanha.

<sup>4</sup> Seção elaborada com base no Termo de Referência elaborado pelo Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior em 2009.

que permitem a obtenção de resultados financeiros significativos que compensam os custos de operar internacionalmente.

Empresas, grosso modo, possuem três formas de se internacionalizarem: comércio internacional, ou seja, exportações; investimento externo direto (“IED”); e relação contratual, ou seja, transferência de ativos específicos, como tecnologia, por exemplo, que permitem a produção no exterior, por terceiros, de acordo com contrato firmado entre as partes. Cada uma dessas possibilidades envolve graus diversos de substituição e complementaridade.

O IED, obviamente, representa neste caso uma espécie de substituição das exportações, ao permitir a produção internamente. Ademais, o IED pode, ele próprio, voltar-se para o comércio internacional, como acontece em empresas que se instalam estrategicamente para exportar, ou nos casos em que se verifica demanda das subsidiárias por insumos da matriz (comércio intra-firma). O IED, assim como a internacionalização via comércio internacional, são formas de internacionalização internas à empresa, uma vez que ela mantém a produção dentro de sua estrutura. No caso de internacionalização via relações contratuais, opta-se por externalizar a produção.

Assim sendo, o IED é uma forma interessante de internacionalização das empresas de países emergentes para acumularem importantes vantagens competitivas. A decisão das empresas em expandir suas atividades no exterior depende, basicamente, de três tipos diferentes de vantagens: (i) as específicas à propriedade, pertencentes à empresa; (ii) as de localização, que dependem das características do país de origem e daquele que recebe o investimento; e (iii) a internalização, que depende da oportunidade da empresa para internalizar determinadas características ao invés de explorá-las nos mercados, o que a levaria a incorrer em relevantes custos de transação. As firmas utilizam suas vantagens na atuação no exterior de maneiras diferenciadas.

As razões para que uma empresa decida pela internacionalização são variadas: (i) captar novas tecnologias; (ii) utilizar recursos naturais; (iii) acessar novos mercados para se beneficiar das economias de escala; (iv) reduzir o risco do negócio por meio da diversificação de mercados fornecedores e consumidores; (v) adquirir e desenvolver novas competências de maneira a obter maior conhecimento das necessidades dos consumidores internacionais; (vi) explorar a competitividade nos custos e diferenciação de produtos; (vii) aproximar-se do cliente final; e (viii) suplantam eventuais restrições presentes em barreiras tarifárias e não-tarifárias.

A internacionalização pode gerar benefícios para os países sede, benefícios estes que tanto podem ser de ordem financeira, como, por exemplo, aqueles derivados das remessas de

lucros, quanto de ordem política, relacionais com a consolidação da sua “imagem” no mundo. Assim, apesar de o IED, de início, envolver a saída de capital ao exterior, também pode representar, em um segundo momento, o ingresso de capitais na forma de lucros e royalties, além de contribuir para o aumento das exportações, geralmente por meio do incremento do comércio intrafirma. Quanto à crítica recorrente de que a internacionalização de empresas gera desemprego no país de origem, na prática, com o crescimento da demanda por exportações e prestação de serviços há a tendência de que exista uma expansão do quadro de trabalhadores especializados no país de origem.

#### **4 A internacionalização das empresas brasileiras e as novas negociações sobre regras de investimentos**

Mais de dez anos se passaram desde a mensagem da Presidência da República solicitando a retirada dos ABIs que estavam sob análise no Congresso Nacional. Desde então, os EUA, como visto alhures, já revisaram por duas vezes o seu ABI modelo e a China deu novo fôlego a seu programa de assinaturas de tratados em matéria de investimentos.

Outro dado relevante neste cenário é a internacionalização de empresas brasileiras. Com efeito, de acordo com dados do ranking das multinacionais brasileiras relativo a 2012, empresas brasileiras estão presentes em 84 países, de todos os continentes, sendo os EUA o país com o maior número de empresas brasileiras estabelecidas, seguido pela Argentina, Chile, Colômbia e Uruguai. A China aparece na sétima colocação. Dentre os dez países com maior presença de empresas brasileiras, sete são latino-americanos (FDC, 2013).

Pesquisa realizada em 2013 entre multinacionais brasileiras buscou mensurar o impacto da política externa brasileira sobre a atividade daquelas. Ações que foram julgadas muito favoráveis para a internacionalização de empresas brasileiras incluem: dar apoio diplomático às empresas brasileiras com investimentos no exterior; buscar cooperação bilateral e integração sul-americana; e buscar maior aproximação política e econômica com os BRICS (FDC, 2013).

Em tal cenário, parece ser chegada a hora de, assim como já fez a China, repensar a estratégia brasileira de não negociar acordos internacionais em matéria de investimento. Em um movimento que parece reconhecer tal necessidade, o Governo brasileiro desenvolveu uma proposta de novo “Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos” (ACFI). Os principais objetivos do Acordo, já aprovados pela CAMEX em 2013, 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 (MDIC, 2014).

Dentre as características dos novos acordos, podem ser citadas: (i) a existência de Pontos Focais em cada parte do acordo, cuja missão é funcionar como canal de suporte e comunicação entre investidores e o Estado receptor e melhorar as condições de investimento neste último; (ii) a existência de um Comitê, composto de representantes dos governos de ambas as partes, responsável por disseminar as oportunidades de investimento mútuo, monitorar a implementação do Acordo e prevenir disputas; (iii) o foco em uma agenda mais ampla, compreendendo áreas que estimulem a criação de um ambiente atrativo para os negócios, como, por exemplo: remessas de divisas, vistos de negócios, regulamentação técnica e ambiental; (iv) cláusulas de não discriminação, tais como aquelas prevendo tratamento nacional e tratamento de nação mais favorecida, além de cláusulas sobre transparência e condições para desapropriação e compensação; (v) solução de controvérsias baseada no diálogo e nas consultas bilaterais, seguidos, se necessário, de arbitragem entre Estados (MDIC, 2014).

Durante o ano de 2015, o Brasil assinou ACFIs com Angola, Malawi e Moçambique, na África, além de México, Colômbia e Chile, na América Latina.<sup>5</sup> Da leitura dos ACFIs já firmados, pode-se notar que a minuta brasileira prevaleceu com maior intensidade no caso dos acordos assinados com os países africanos. No caso dos acordos firmados com os vizinhos latino-americanos, a minuta sofreu mais alterações e apresenta mais características dos acordos de investimentos clássicos.

De acordo com Costa, os novos ACFIs firmados pelo Brasil pretendem ser uma nova categoria – instrumentos de fomento – distinta da anterior - tratados priorizadores da proteção de investimento. O próprio nome seria indicativo do fato de que os ACFIs não são feitos para proteger os investidores, mas sim criar normas mínimas com base nas quais os Estados possam negociar para promover fluxos de investimento ou, então, quando investidores estiverem enfrentando problemas e o quadro regulatório do país receptor não seja suficiente para oferecer quaisquer garantias. Desta forma, e levando-se em consideração que os ACFIs não preveem a possibilidade de arbitragem investidor-Estado, a proteção oferecida por eles vai depender da capacidade dos investidores de convencer o governo de seu país de origem de que vale a pena lutar por seus interesses (dos investidores) (COSTA, 2015).

Assim, para Costa, embora os ACFIs sejam “muito bem-vindos”, eles continuam sendo insuficientes para proteger os investidores brasileiros no exterior, mormente pelo

---

<sup>5</sup> Conforme informações obtidas no site <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/>. Acesso em 30.3.2016.

formato estabelecido para a solução de controvérsias. Costa avalia, contudo, que esta deficiência pode ser mitigada pela atribuição, no Direito nacional, de iniciativa aos investidores nacionais, no sentido de por em movimento a arbitragem entre Estados e intervir ativamente como assistentes processuais. Ainda assim, contudo, “mantido tudo como está, a proteção será apenas aquela dada pelo Direito do Estado receptor” (COSTA, 2015).

Ao que parece, portanto, a posição do Governo brasileiro é a de favorecer negociações bilaterais sobre o tema, o que se afigura como acertado. Com efeito, os efeitos da crise de 2008, que ainda resistem, não favorecem o ímpeto negociador multilateral. Historicamente, em tempos de crise, países se tornam mais protecionistas e menos propensos a grandes esforços de cooperação na arena internacional, como os que seriam necessários para se chegar a um acordo global sobre investimentos, quer no âmbito da OMC, quer fora dela.

Uma nota dissonante em relação a esse aparente favorecimento de negociações bilaterais pode ser a aprovação, em 16.12.2010, pelo Conselho do Mercado Comum (“CMC”), da Decisão 30/10, que institui Diretrizes para a Celebração de um Acordo de Investimentos no Mercosul, acordo este que, uma vez aprovado, deverá revogar os Protocolos assinados sobre o tema, no âmbito do Mercosul, na década de 1990.

As diretrizes aprovadas pelo CMC, e que constam do anexo à Decisão acima referida, são, em linhas gerais, as seguintes: (a) o acordo deverá aplicar-se ao investimento estrangeiro direto em bens; (b) deverá estabelecer obrigações relativas a tratamento nacional, transparência, regulamentação doméstica e pessoal chave; (c) deverá estabelecer disciplinas de proteção em relação a expropriações; (d) deverá definir como serão consignados compromissos; (e) deverá definir uma modalidade de liberalização das restrições consignadas em listas; (f) deverá definir uma classificação comum para a consignação de compromissos; (g) preverá a possibilidade de solução de controvérsias entre Estados Partes, com base no Protocolo de Olivos; (h) definirá condições para a livre transferência de capitais; e (i) preverá a vigência bilateral do Acordo.

Ainda não se tem notícia de uma minuta de acordo, nos moldes aprovados em 2010; é certo, porém, que será uma minuta bastante diferente dos Protocolos assinados na década de 1990, refletindo, com isso, uma mudança na orientação dos Estados do Mercosul em relação ao tema. Tal mudança se deve tanto à guinada à esquerda dos governos da região nos anos 2000, afastando-se das inspirações fortemente neoliberais da década de 1990, como também responde à experiência prática que os Estados Partes, sobretudo a Argentina, tiveram com arbitragens iniciadas por investidores estrangeiros contra si, com base nos ABIs firmados na década de 1990.

No caso do Brasil, conforme mencionado, não ocorreu a ratificação de nenhum dos ABIs assinados e o País permaneceu à margem da teia de tratados internacionais que regulam a matéria para, nos últimos anos, ensaiar um retorno à arena, com uma proposta de acordo bastante diferente daquela prevalente na década de 1990 e mais alinhada com as diretrizes aprovadas no âmbito do Mercosul.

O Brasil, de outro lado, tem uma posição não exatamente clara no cenário internacional, ou seja, é um país de grandes dimensões e grande população, que exerce considerável influência no seu espaço regional mais próximo e não se vincula automaticamente a posições de terceiros em questões internacionais, que tem uma pauta exportadora variada mas que não se caracteriza por ser intensiva em produtos de alto valor agregado.

Tal posição intermediária demanda do Governo brasileiro esforço extra em prol do desenvolvimento das empresas nacionais, mormente tendo em vista seu processo de internacionalização. Este esforço se compõe de três aspectos.

Em primeiro lugar, um esforço de preparação, no sentido de auxiliar as empresas brasileiras capazes e desejosas de se internacionalizarem a mapear oportunidades de negócios e desenvolver relações com mercados-alvo. O esforço que desaguou nos primeiros ACFIs acima mencionados é um exemplo do esforço de preparação requerido do Governo brasileiro, que diminui o quadro de incertezas tão típico da vida quotidiana das empresas brasileiras no que se refere à análise das ações governamentais. Assim, os novos ACFIs sinalizam a perspectiva de se romper a dependência da trajetória nesta seara, ou seja, o Brasil pode passar de uma postura historicamente defensiva para uma postura propositiva em matéria de direito internacional dos investimentos.

O passo seguinte é a escolha cuidadosa de parceiros com quem entrar em negociações efetivas sobre investimentos, considerando as possibilidades reais de internacionalização de empresas brasileiras, em comparação com os custos advindos da assunção de regras bilaterais sobre investimentos, ou seja, sem esquecer que os mesmos direitos buscados para os investidores brasileiros no exterior deverão ser garantidos a investidores estrangeiros no Brasil.

Neste sentido, uma estratégia bilateral de negociação, como a que parece ser favorecida pelo Governo brasileiro, apresenta vantagens em relação ao cenário multilateral, uma vez que em uma negociação bilateral o espaço para concessões a situações particulares dos Estados negociadores é muito maior do que em um ambiente multilateral. Atenção deve ser dada, contudo, à redação da cláusula de nação mais favorecida, que está contemplada nos

ACFIs. Por sua natureza, tal cláusula multilateraliza concessões feitas em um ambiente de negociações bilaterais. Imaginando que negociações bilaterais resultem em acordos mais adaptados às necessidades particulares das partes negociadoras, a inclusão de uma cláusula de nação mais favorecida pode não fazer muito sentido, pois ela tem o potencial de desfazer o equilíbrio do tratado, normalmente logrado a duras penas no processo de negociação, quando logrado. Opções para lidar com esta questão seriam: (i) a não inclusão de tais nos ACFIs; ou (ii) a inclusão de cláusulas condicionais, por meio das quais o tratamento de nação mais favorecida seria concedido mediante compensação ou promessa de reciprocidade. (RADI, 2007)

Com relação à seleção de parceiros para negociações, em que pese os EUA sejam o país onde esteja presente o maior número de empresas brasileiras, a negociação de regras bilaterais de investimento não parece adquirir tanta importância, ao menos se for encarada do ponto de vista da proteção do investimento. Neste sentido, então, pode-se entender o esforço brasileiro de discutir a minuta de ACFI preferencialmente com estados africanos e latino-americanos (em sua maioria, caracterizados como Estados emergentes), regiões do globo em que, respectivamente, o investimento direto brasileiro vem crescendo em anos recentes e para onde ele historicamente se direcionou (FCD, 2013).

Se os ABIs clássicos são instrumentos vistos como pró-investidor e, neste sentido, desequilibrados, a ideia do Governo brasileiro com o novo ACFI é obter um acordo mais balanceado (MDIC, 2014), que contenha um nível de proteção adequado aos investidores, ao mesmo tempo em que resguarda os interesses do Estado receptor.

Desta forma, também, pode-se dizer que o Brasil passa por um período de transição regulatória, deixando de lado a resistência em assumir compromissos internacionais para ser “protagonista no desenho de um novo modelo de acordo de investimento com características desenhadas a partir de diferentes interesses e preocupações” (MOROSINI; XAVIER JR, 2015).

No que se refere à definição de investimento, a bilateralidade dos futuros acordos abre espaço para cláusulas pensadas para atender as necessidades de cada situação concreta. Assim, por exemplo, a definição de investimento pode ser restrita a determinados setores da economia; ou pode ser uma definição ampla, com a exclusão apenas dos setores considerados sensíveis pelas partes; ou, ainda, uma definição ampla, qualificada pela vinculação a elementos econômicos presentes nos investimentos ou pela vinculação ao processo de desenvolvimento do Estado receptor do investimento. Em relação a esta última possibilidade, e aos problemas que a implementação deste tipo de definição pode suscitar, os mecanismos de

comunicação bilateral presente nos ACFIs e acima comentados podem ser de especial utilidade.

Também no que se refere às cláusulas de proteção, como, por exemplo, a de tratamento justo e equitativo (“TJE”), sua redação deve ser adequada, em um contexto bilateral, à realidade institucional dos Estados envolvidos. Assim, a depender de fatores internos de cada Estado envolvido como, por exemplo, a organização do Poder Judiciário e o acesso à justiça, o relacionamento entre Estado-Administração e os cidadãos, incluindo o grau de transparência existente em tal relacionamento, a estabilidade política e econômica do Estado receptor do investimento, a cláusula de TJE adquirirá contornos mais amplos ou mais estreitos. Em atenção a aspectos concretos atinentes à vida institucional dos Estados envolvidos, a cláusula de TJE poderá exigir, em alguns casos, detalhamento mais profundo, para não deixar dúvidas acerca do que se esperar receber do Estado receptor como tratamento mínimo para os investimentos.

Parece importante, em tal cenário, levar em consideração aspectos concretos atinentes à vida institucional dos Estados envolvidos para que a cláusula de TJE não seja redigida de forma a exigir do Estado receptor mais do que ele poderia, efetivamente, oferecer. Uma cláusula de TJE que crie um padrão mínimo de tratamento para o investimento estrangeiro que seja muito superior ao tratamento nacional e percebido como exagerado pela população local pode acabar se transformando em elemento contrário ao investimento estrangeiro, por contribuir para angariar e canalizar contra si ressentimentos de outras ordens.

Acordos de investimento desequilibrados (ou percebidos como desequilibrados pela população do Estado receptor) contribuem para moldar a imagem externa do Estado de onde partem os investimentos. Nesta seara, a “marca” Brasil é vista pelas multinacionais brasileiras, em geral, como algo positivo e que pode ter impacto igualmente positivo em seus negócios no exterior (FDC, 2014). Parece desejável, então, trabalhar para que os ACFIs não tenham, em razão de se mostrarem desequilibrados, ou de assim serem percebidos, impacto negativo sobre a imagem brasileira, com impacto igualmente negativo sobre as operações das empresas brasileiras no exterior.

O terceiro aspecto diz respeito ao monitoramento da execução de acordos que possivelmente venham a ser assumidos. Neste aspecto, os ACFIs, pela previsão da existência de Pontos Focais, encarregados de atuarem como canal de suporte e comunicação entre investidores e o Estado receptor e de um Comitê, composto de representantes dos governos de ambas as partes, responsável por monitorar a implementação do Acordo e prevenir disputas, parecem conter ferramentas adequadas.

Neste sentido, a solução de disputas pela via das negociações bilaterais, preferencialmente, seguida de arbitragem entre Estados, pode favorecer uma abordagem mais global das controvérsias surgidas em conexão com a implementação dos acordos que forem assinados. Conforme mencionado acima, em relação à experiência dos EUA com arbitragens investidor-Estado, o fato de o Estado de origem do investimento não participar do processo de solução de disputas não diminui a intensidade política do processo. Em um processo desenvolvido entre Estados a dimensão política da controvérsia não precisa se escamoteada, podendo figura no centro do debate, mormente se o processo de solução de disputas for entendido como um meio de recuperar ou, ao menos, não prejudicar o equilíbrio do tratado.

### **Considerações Finais**

Vem-se assistindo, recentemente, a uma reconfiguração do regime aplicável aos investimentos internacionais, reconfiguração esta que responde à necessidade de se ter acordos mais equilibrados regendo a matéria.

Assim, os EUA vêm revisando seu modelo de ABI de forma a torna-lo menos protetivo aos investidores ao mesmo tempo em que amplia o espaço deixado para a atuação regulatória do Estado que recebe os investimentos. De outro lado, a China também vem atualizando seu modelo de tratado, mas em movimento distinto: abrindo-se mais à praxe internacional sobre a matéria, o que responde ao fato de que também os fluxos de investimento estrangeiro relacionados com a China vêm se modificando, na medida em que a China deixa de ser somente receptora de investimentos estrangeiros e passa a ser, também, um país cujos nacionais investem no exterior.

No caso do Brasil, depois da onda de negociação de acordos bilaterais de investimento na década de 1990 e da subsequente retirada de tais acordos da pauta do Congresso Nacional, cujo resultado prático foi a não ratificação pelo Brasil de nenhum dos acordos assinados, assiste-se agora a um movimento semelhante ao chinês. Com efeito, na medida em que também as empresas brasileiras começam a lançar-se ao mundo, internacionalizando-se pela via do IED, o Brasil sentiu a necessidade de começar a negociar a construção de um arcabouço regulatório que alcance tais investimentos.

Desta forma, desde o ano de 2015, o Brasil vem negociando e assinando Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos que, como o próprio nome indica, diferem dos ABIs clássicos. Embora o modelo de acordo proposto pelo Brasil mereça críticas variadas e possa ser bastante melhorado, deve ser saudada a mudança de postura brasileira, não somente pelo fato de refletir preocupação com a sorte de empresas brasileiras que se aventuram no

campo do IED, mas também pelo fato de propor uma alternativa ao regime até então consolidado, muitas vezes percebido como desequilibrado, por proteger o investidor em demasia, em prejuízo do Estado receptores do investimento.

## Referências

ALVAREZ, José E. Why Are We Re-Calibrating Our Investment Treaties? **World Arbitration & Mediation Review**, Vol. 4. No. 2, p. 143-61, 2010. Disponível em <[http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM\\_PRO\\_068204.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_068204.pdf)>.

ANDRADE, Thiago Pedroso de. COSTA, José Augusto Fontoura. Direito, Desenvolvimento e o Investimento Estrangeiro Direto: crítica ao padrão de indenização por danos perpetrados pelo Estado conforme o Direito Brasileiro. In: SCHAPIRO, Mário G.; TROUBEK, David M. **Direito e Desenvolvimento: um diálogo entre os BRICs**. São Paulo: Saraiva, 2012.

AZEVEDO, Débora Bithiah de. **Os Acordos para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos Assinados pelo Brasil**. Estudo da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, maio/2001.

BERGER, Axel. **China's New Bilateral Treaty Programme: substance, rational and implications for international investment law making**. Disponível em <[http://www.die-gdi.de/uploads/media/Berger\\_ChineseBITs.pdf](http://www.die-gdi.de/uploads/media/Berger_ChineseBITs.pdf)>.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania: a Reforma Gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Editora 34; Brasília: ENAP, 1998.

COSTA, José Augusto Fontoura. Os ACFIs e (a falta de) proteção dos investidores, **Valor Econômico**, 30.7.2015.

FUNDAÇÃO DOM CABRAL. Ranking FDC das Multinacionais Brasileiras 2014: a força da marca Brasil na criação de valor internacional. Disponível em <[http://www.fdc.org.br/blogespacodialogo/Documents/ranking\\_fdc\\_multinacionais\\_brasileiras2014.pdf](http://www.fdc.org.br/blogespacodialogo/Documents/ranking_fdc_multinacionais_brasileiras2014.pdf)>. Acesso em 30.11.2014.

MDIC. **Apresentação do Sr. Daniel Godinho**, World Investment Forum 2014 – IIA Conference: the reform of the IIA regime.

MOROSINI, Fabio; XAVIER JR, Ely Caetano. Regulação do investimento estrangeiro direto no Brasil: da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório, **Revista de Direito Internacional**, vol. 12, No. 2, 2015, p. 421-447.

RADI, Yannick. The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: domesticating the Trojan horse, **European Journal of International Law**, Vol. 18, No. 4, 2007, p. 757-774.

SCHLEE, Paula C. **Os Padrões de Tratamento do Investimento Estrangeiro**: o direito brasileiro frente ao direito internacional. Dissertação de Mestrado, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005.