

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS FACULDADE NACIONAL
DE DIREITO**

**A ATUAÇÃO BRASILEIRA NO CONTEXTO DO SISTEMA INTERNACIONAL DE
INVESTIMENTO ESTRANGEIRO**

ANTONIO AMARAL VILLANOVA

Rio de Janeiro

2022

ANTONIO AMARAL VILLANOVA

**A ATUAÇÃO BRASILEIRA NO CONTEXTO DO SISTEMA INTERNACIONAL DE
INVESTIMENTO ESTRANGEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Carolina Araújo de Azevedo Pizoeiro Gerolimich**

Rio de Janeiro

2022

ii

CIP - Catalogação na Publicação

A635a Amaral Villanova, Antonio
 A ATUAÇÃO BRASILEIRA NO CONTEXTO DO SISTEMA
 INTERNACIONAL DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO /
 Antonio Amaral Villanova. -- Rio de Janeiro, 2023.
 87 f.

 Orientadora: Carolina Araújo de Azevedo Pizoeiro
 Gerolimich .

 Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
 Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2023.

 1. Investimento estrangeiro. 2. Acordos de
 Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFIs). 3.
 Direito Internacional. I. Araújo de Azevedo
 Pizoeiro Gerolimich , Carolina, orient. II. Título.

ANTONIO AMARAL VILLANOVA

**A ATUAÇÃO BRASILEIRA NO CONTEXTO DO SISTEMA INTERNACIONAL DE
INVESTIMENTO ESTRANGEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Carolina Araújo de Azevedo Pizoeiro Gerolimich**

Data da Aprovação: 04 /01 /2023.

Banca Examinadora:

Orientadora: Prof. Dra. Carolina Araújo de Azevedo Pizoeiro Gerolimich

Membro da Banca: Alberto Lopes da Rosa

Membro da Banca: Paulo Victor Habib

Rio de Janeiro

2022

iii

DEDICATÓRIA

*À minha avó Maria Augusta e ao meu tio Paulo Sérgio
Cujo amor e carinho sempre estarão comigo.*

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais, Eduarda e Carlos, por me introduzirem a sua *alma mater*, e como em tudo na vida, me apoiarem ao longo do trajeto na UFRJ. Também pela revisão deste trabalho, bem como sua discussão ao longo do processo de redação. Seus conselhos e ensinamento me inspiram a todo momento.

À minha mãe, agradeço por ensinar como viver de forma leve, e amar com todo o coração. Prova diariamente que o esforço para com aquilo que amamos é essencial, e nos levará a caminhos fantásticos.

Ao meu pai, agradeço por mostrar que, apesar do medo, temos que persistir com nossos ideais, e que os pequenos momentos existem para serem apreciados. A despeito da distância, sempre estaremos juntos.

Aos meus irmãos, Bernardo e Carolina, por me lembrarem todos os dias que o mundo é um lugar incrível, e que vale a pena ser gentil.

À minha boadrasta, Maria, por sempre acreditar em mim, aconselhando e cuidando com tanto afinho e amor.

Aos meus amigos do CFG, por todos os anos juntos, todas as nossas aventuras e histórias. Por me ouvirem e estarem lá por mim. Não poderia pedir amigos melhores, nem tentaria.

À minha namorada Júlia, pelo amor e cumplicidade, e também por sua doçura e compreensão. A calma que me trazes é enorme.

À Faculdade Nacional de Direito, por estes 5 incríveis anos de aprendizado e descobertas, para muito além do Direito. Também aos amigos que fiz nela, em especial ao João Felipe Ortega e ao Patrick Scalco, sem os quais o caminho teria sido infinitas vezes mais difícil (e certamente muito menos emocionante). Tenho certeza que somos companheiros para a vida.

À ECEARB pelas experiências fantásticas e por me apresentar a tantas novas possibilidades. Às muitas amizades que formei nos anos de competição, principalmente Daniel Ninio, Julia Maria Dias e João Gabriel Libório, pelo companheirismo e dedicação conjunta. Ao Matheus Bastos por plantar a semente e guiar o caminho do que veio a ser a inspiração para este trabalho

Por fim, à minha orientadora, Carolina Pizoeiro, pelos anos de aulas maravilhosas, inclusive como monitor, pelo cuidado com a FND e com seu alunato e por toda a orientação ao longo dos meses.

EPÍGRAFE

“Brasileiros, chegou a hora de realizar o Brasil.”

- Mário de Andrade

RESUMO: O aumento do fluxo global de investimento estrangeiro posiciona o tema da regulação dos investimentos estrangeiros no cerne das preocupações de muitos países. Apesar da pluralidade de alternativas, o principal meio de regulamentação dos investimentos estrangeiros hoje são os acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos (BITs). Este modelo, contudo, já se mostrou problemático anteriormente, exacerbando as dicotomias entre os interesses dos Estados-parte. É neste cenário que o Brasil busca se inserir de maneira a nortear o debate no âmbito da América-Latina e, até mesmo, do Sul-Econômico como um todo. O País busca esta dominância regional a partir da criação de seu próprio modelo de acordo bilateral, o Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI). Este estudo busca compreender o cenário contemporâneo do sistema internacional de investimento estrangeiro. Em seguida, se examina o cenário brasileiro, o histórico legislativo e político que impediu a ratificação dos BITs nos anos 90. Por fim, analisa-se os ACFIs especificamente, visando a compreender se esses atingiram seus objetivos. Concluiu-se que o direcionamento dos esforços brasileiros tem sido frutífero, e que, a despeito da adesão ainda ser limitada, cada vez mais países têm aceitado o novo modelo de acordo investimento estrangeiro proposto pelo Brasil.

Palavras-chave: Investimento estrangeiro; Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFIs); Direito Internacional; Regulação.

ABSTRACT

The increase in the global flow of foreign investment places the issue of regulating foreign investment as a central concern for many countries. Despite the plurality of alternatives, the main means of regulating foreign investments today are bilateral investment treaties (BITs). This model, however, has proven to be problematic before, exacerbating the dichotomies between the interests of the contracting parts. It is in this scenario that Brazil aims to insert itself in order to guide the debate within Latin America and even within the economic South as a whole. The Country pursues this regional dominance through the creation of its own model of bilateral agreement, the Investment Cooperation and Facilitation Agreement (ACFI). This study seeks to understand the contemporary scenario of the international foreign investment system. Then, the Brazilian scenario shall be examined, as well as the legislative and political history that prevented the ratification of the BITs in the 1990s. Finally, the ACFIs are analyzed specifically, in order to understand whether they have achieved their objectives. It was concluded that the direction of the Brazilian effort has been fruitful, and that, despite the adhesion still being limited, more and more countries have accepted the new model of foreign investment agreement proposed by Brazil.

Keywords: Foreign investment; Investment Cooperation and Facilitation Agreements (ACFIs); International right; Regulation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACFIs - Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos

Acordo TRIMs - Acordo sobre Medidas de Investimentos Relacionados ao Comércio

Acordo TRIPs - Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio

APPRI – Acordos de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos

BIRD - Banco Internacional da Reconstrução e Desenvolvimento

BIT - Acordo de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos

CAMEX - Câmara de Comércio Exterior

EUA – Estados Unidos da América

FMI - Fundo Monetário Internacional

GATS - Acordo Geral sobre Comércio de Serviços

GATT - Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio

GETEX - Grupo Técnico para Estudos Estratégicos de Comércio Exterior

ICSID - Centro Internacional para a Solução de Disputas sobre Investimentos ICSID
Convention - Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and
Nationals of other States

ISDS - Solução de Controvérsias investidor-Estado

IIA – Acordo Internacional de Investimento

IISD - Instituto Internacional para o Desenvolvimento Sustentável

IED – Investimento Estrangeiro Direto

MERCOSUL - Mercado Comum do Sul

NAFTA - North American Free Trade Agreement

OCDE – Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OMC – Organização Mundial do Comércio

ONU – Organização das Nações Unidas

PCFI – Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimento Intra-MERCOSUL

TCE – Tratado da Carta de Energia

UE - União Europeia

UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law

UNCTAD - Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Tendências em casos conhecidos de ISDS, 1987-2021	23
Figura 2 - Estados Requeridos mais frequentes, 2012-2021	23
Figura 3 - Estados originários dos requerentes mais frequentes, 2012-2021	24
Figura 4 - Resultados dos casos concluídos, 1987 - 2021.....	25
Figura 5 - Resultados de decisões no mérito, 1987-2021	26

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - ACFIs assinados pelo Brasil	43
---	-----------

LISTA DE ANEXOS

Anexo 1 - REQUERIDOS E ESTADOS ORIGINÁRIOS EM CASOS DE ISDS CONHECIDOS, 1987-2020	67
Anexo 2 - QUADRO-SÍNTESE DAS MODIFICAÇÕES TRIBUTÁRIAS E DA REGULAMENTAÇÃO RELATIVAS AO CAPITAL ESTRANGEIRO NO BRASIL NOS ANOS 90	71

SUMÁRIO

RESUMO.....	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUÇÃO	2
1 O INVESTIMENTO ESTRANGEIRO	5
1.1 Noção de Investimento Estrangeiro	5
1.2 O Contexto do Investimento Estrangeiro.....	10
1.3 Acordos de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos	14
1.4 As Disputas de Investimentos Estrangeiros	22
2 INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NO BRASIL	28
2.1 A história do investimento estrangeiro no País.....	28
2.1.1 O contexto regional: América Latina e o investimento estrangeiro	29
2.1.2 As mudanças econômicas dos anos 90.....	34
2.2 Os tratados bilaterais de investimento brasileiros.....	35
2.3 O futuro do investimento estrangeiro no País.....	40
3 OS ACORDOS DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS (ACFIS)	43
3.1 Previsões materiais.....	44
3.2 Mecanismos de Prevenção de Controvérsias dos ACFIs.....	50
3.3 Mecanismos de Solução de Controvérsias dos ACFIs	54
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60
ANEXOS	67

INTRODUÇÃO

A regulação dos investimentos estrangeiros é um tópico historicamente controverso no Direito Internacional. Embora a questão tenha sido debatida por séculos, no âmbito das regras originadas no Direito Internacional Público, o cenário jurídico e econômico contemporâneo trouxe à tona a importância dos investimentos estrangeiros para o desenvolvimento de vários países, dentre eles o Brasil.

A regulamentação dos investimentos estrangeiros em âmbito internacional vem recebendo cada vez mais atenção nas últimas décadas. Isso ocorre em grande parte por conta da alteração nos fluxos internacionais de investimentos, onde países que tradicionalmente eram exportadores de capital passaram a receber investimentos estrangeiros, ao mesmo tempo em que países que tradicionalmente eram receptores de capital passaram a exportá-lo.

Entre os diversos benefícios que a atração de investimentos estrangeiros pode proporcionar para os países, Thorstensen, Mesquita e Gabriel enfatizam:

“(i) a facilitação do desenvolvimento de cadeias globais de valor; (ii) a complementação da poupança doméstica para a promoção de investimentos internos por meio da redução do custo do capital; (iii) o aumento da transferência de tecnologia, conhecimento e know-how; (iv) a criação de postos de trabalho; (v) a otimização da alocação de recursos; (vi) o aumento da competitividade; o impulso ao comércio; (vii) e a promoção do desenvolvimento sustentável.”¹

Nesse cenário, os países buscam o refinamento dos seus instrumentos jurídicos, assegurando a promoção e proteção de seus investimentos, a fim de aumentar sua capacidade de atração de fluxos de capitais. A década de 90 foi o ápice dessa corrida nas negociações de acordos de investimento, diretamente relacionado à mentalidade neoliberal da época, que fazia muitos acreditarem que estes acordos seriam um fator extremamente relevante na atração de investimentos estrangeiros.

¹ THORSTENSEN, Vera; MESQUITA, Alebe; GABRIEL, Vivian. **A Regulamentação Internacional do Investimento Estrangeiro: Desafios e Perspectivas para o Brasil**. São Paulo: VT Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda., 2018. p.8.

A época, o Brasil já era um dos principais receptores de investimentos estrangeiros no mundo, e começava a despontar como exportador de capital, mas não possuía nenhum acordo internacional de investimento. Apesar das tentativas que ocorreram nos anos subsequentes – o País chegou a assinar 14 Acordos Bilaterais de Investimento – nenhuma foi ratificada e o tema se deu por esquecido por alguns anos.

Essa situação mudou com a elaboração do Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI). O ACFI é um modelo de tratado internacional bilateral ou multilateral com objetivo de criar condições favoráveis para a promoção e proteção de investimentos entre investidores dos Estados signatários.

Esse modelo de regulação jurídica internacional de investimento foi desenvolvido pelo Brasil para promover a internacionalização das empresas nacionais e atrair investimentos diretos (IED) para o País. Ele foi desenvolvido a partir das discordâncias brasileiras – e de certos outros países, em especial do sul econômico – com o tradicional modelo de BIT e as imposições que ele traz.

Dessa forma, o presente estudo pretende propor uma reflexão sobre a atual postura do Brasil no âmbito do sistema internacional de investimento estrangeiro. Para isso, o trabalho se divide em três capítulos.

O primeiro buscará introduzir o cenário do sistema internacional de investimento estrangeiro, passando pela sua formação, desenvolvimentos ao longo da história, bem como as tendências atuais que vem sendo seguidas. Este capítulo irá trazer alguns dados concretos para demonstrar objetivamente determinadas predisposições dos BITs.

Em seguida, se analisará o investimento estrangeiro no âmbito nacional, pormenorizando as mudanças que ocorreram para que o Brasil se encontre em sua posição atual. Será dada particular atenção para o processo de assinatura e não ratificação dos 14 BITs brasileiros, e para o processo jurídico-político que levou ao surgimento dos ACFIs.

Por fim, trabalhar-se-á a temática dos ACFIs, seus objetivos centrais, previsões materiais e principais tópicos nos quais se difere dos BITs. Para isto, serão analisados com especial minúcia os ACFIs já assinados e em funcionamento, que poderão trazer um melhor entendimento das novas direções as quais o investimento estrangeiro no País vem seguindo.

A análise proposta tem como objetivo contribuir para o debate referente aos rumos da regulação internacional do investimento estrangeiro e as possíveis contribuições brasileiras para as novas dinâmicas de negociação comercial e de investimentos, que hoje se encontram intimamente concatenadas

1 O INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

O investimento estrangeiro direto (IED) é uma das principais fontes de financiamento externo disponível para os Estados. No cenário atual, marcado pela crescente desigualdade econômica entre os países, o IED muitas vezes funciona como um catalisador para a promoção de desenvolvimento dos países mais pobres. Contudo, não há uma regra única para o funcionamento do IED ao redor do mundo, o que abre espaço para práticas que não cumpram esta função, ou, nos piores casos, tenha o efeito contrário.²

Neste capítulo, se explorará o histórico de desenvolvimento do investimento estrangeiro, passando primeiro pelo seu surgimento, mencionando as tentativas de consolidação de leis internacionais sobre o tema, e chegando no cenário atual.

1.1 Noção de Investimento Estrangeiro

Não há uma definição única e consolidada de investimento estrangeiro, tanto na doutrina jurídica quanto na doutrina econômica. Seu sentido varia historicamente de acordo com as possibilidades e necessidades econômicas, bem como do ambiente jurídico.³ Soma-se a isso a existência de diversas definições trazidas pelos diferentes ordenamentos jurídicos, ou pelos diversos instrumentos internacionais que tratam do assunto, fatores que causam extrema dificuldade para a construção de uma noção única.⁴

Para compreender a expressão “investimento estrangeiro”, busca-se, em primeiro lugar, tratar dos termos que a compõem: “investimento” e “estrangeiro”. Em seu sentido econômico, “investimento” pode ser definido como:

² FONSECA, Karla Closs. **Os Acordos de Promoção e Proteção Recíprocas de Investimento e o Equilíbrio entre o Investidor Estrangeiro e o Estado Receptor de Investimentos**. 2007. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007, p. 15.

³ COSTA, José Augusto Fontoura. **Direito Internacional do Investimento Estrangeiro**. 1.ed. Curitiba: Editora Juruá, 2010, p.29.

⁴ CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. **Droit International Économique**. 5 ed. Paris: Dalloz, 2005, p. 460.

“a aplicação de recursos (dinheiro ou títulos) em empreendimentos que renderão juros ou lucros, em geral a longo prazo, bem como a compra de máquinas, equipamentos e imóveis para a instalação de unidades produtivas e a compra de títulos financeiros (letras de câmbio, ações etc.). Essencialmente, investimento é toda aplicação de capital com expectativa de lucro.”⁵

Observa-se que, além de a definição de “investimento” já estar cristalizada na doutrina econômica, ela também traz um sentido muito mais estrito do que se verá nas definições jurídicas internacionais. Apesar disso, a falta de uma definição cristalizada de “investimento” não é vista como um impeditivo para seu uso, mas sim uma vantagem, por conta da amplitude de possibilidades as quais podem ser englobadas dentro dela. ⁶ De qualquer maneira, a necessidade de definição ainda existe, mas optou-se por deixá-la a cargo dos Estados, que o fazem por meio de sua participação em acordos multilaterais, como o NAFTA (Tratado Norte-Americano de Livre-Comércio), ou o Tratado da Carta da Energia, ou acordos bilaterais.⁷

Vale ressaltar que, mesmo após inúmeras tentativas por organismos multilaterais, pouquíssimos conseguiram atingir uma definição para “investimento” que fosse aceita por todas as partes. ⁸ Inclusive o Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI - ICSID), um dos principais órgãos que tratam de conflitos referentes a investimentos estrangeiros diretos, falhou por diversas vezes em chegar a um acordo quanto a

⁵ SANDRONI, Paulo. *Novíssimo dicionário de economia*. 10.ed. São Paulo: Best Seller, 2002, p. 308 Apud FONSECA, Karla Closs. **op. cit.**, p. 17.

⁶ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. New York: Oxford University Press, 2008, p.60.

⁷ CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. **Op.cit.**, p. 378.

⁸ A fim de demonstrar a complexidade requerida para se satisfazer as necessidades de múltiplas partes quanto a esta definição, transcreve-se a cláusula 1139 do NAFTA, órgão composto por apenas 3 membros, utilizada para definir “investimento”: “investment means: (a) an enterprise; (b) an equity security of an enterprise; (c) a debt security of an enterprise (i) where the enterprise is an affiliate of the investor, or (ii) where the original maturity of the debt security is at least three years, but does not include a debt security, regardless of original maturity, of a state enterprise; (d) a loan to an enterprise (i) where the enterprise is an affiliate of the investor, or (ii) where the original maturity of the loan is at least three years, but does not include a loan, regardless of original maturity, to a state enterprise; (e) an interest in an enterprise that entitles the owner to share in income or profits of the enterprise; (f) an interest in an enterprise that entitles the owner to share in the assets of that enterprise on dissolution, other than a debt security or a loan excluded from subparagraph (c) or (d); (g) real estate or other property, tangible or intangible, acquired in the expectation or used for the purpose of economic benefit or other business purposes; and (h) interests arising from the commitment of capital or other resources in the territory of a Party to economic activity in such territory, such as under (i) contracts involving the presence of an investor's property in the territory of the Party, including turnkey or construction contracts, or concessions, or (ii) contracts where remuneration depends substantially on the production, revenues or profits of an enterprise; but investment does not mean, (i) claims to money that arise solely from (i) commercial contracts for the sale of goods or services by a national or enterprise in the territory of a Party to an enterprise in the territory of another Party, or (ii) the extension of credit in connection with a commercial transaction, such as trade financing, other than a loan covered by subparagraph (d); or (j) any other claims to money,

esta definição para ser adicionado à sua Convenção, como foi exposto por seus Trabalhos Preparatórios.⁹ Este tema será esmiuçado no capítulos a seguir.

Quanto ao caráter estrangeiro do investimento, as leis internacionais de investimento são projetadas para promover e proteger as atividades de investidores estrangeiros privados, estes podendo ser pessoa física ou jurídica. O critério utilizado para determinar a nacionalidade da pessoa jurídica baseia-se no país onde a entidade tem sede ou propriedade, ou ainda no local de controle da entidade. No tocante à pessoa natural, por sua vez, são utilizados três principais elementos de conexão: o Estado de constituição da empresa, o Estado dos acionistas ou sócios e o local de administração (leia-se, controle) ou da principal atividade.¹⁰

De acordo com a doutrina moderna, não há impeditivo para que uma entidade-estatal seja considerada um investidor, desde que esteja agindo de maneira comercial, e não em sua função governamental. Entende-se, também, que organizações não governamentais podem vir a ser consideradas investidores, no entanto, isso está menos cristalizado na prática e irá depender da natureza de suas atividades.¹¹

Importa mencionar que a expressão “investimento estrangeiro” é diferente do termo corrente “investimento internacional”, apesar do seu uso como sinônimo, principalmente na doutrina internacional. Investimento internacional deve ser entendido como aquele realizado entre Estados soberanos, agindo na sua função de governo, ou por meio de organizações internacionais, via de regra os bancos ou agências globais, como o Banco Mundial, o Banco Interamericano de Desenvolvimento bem como o Fundo Monetário Internacional (FMI).¹²

⁹ SCHREUR, Christoph; MALINTOPPI, Loretta; AUGUST, Reinisch. **The ICSID Convention: A Commentary**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2009. p. 53.

¹⁰ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **International Investment Agreements: key issues**. 2004. UNCTAD. Disponível em: http://unctad.org/en/docs/iteit200410_en.pdf. Acesso em 15 de out. 2022. p. 113.

¹¹ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, **op. cit.**, p.46.

¹² COSTA, José Augusto Fontoura. **op. cit.**, p. 32.

Dadas estas definições, é necessário distinguir entre o investimento estrangeiro direto, tópico alvo, e o investimento em carteira, ou indireto. Costa traz o seguinte comentário quanto às relações entre ambos:

“Como a diferença entre claro e escuro, a distinção entre investimento direto e em carteira apresenta-se como um daqueles casos em que os extremos são bastante evidentes, mas, como estão distribuídos de modo contínuo, não há modo de traçar, em meio às sombras, uma linha distintiva que não seja arbitrária. (...) existe uma verdadeira miríade de formas jurídicas, envolvimento na atividade empresarial e modulações de objetivos que criam, sem dúvida, uma zona cinzenta bastante larga. Destarte, os instrumentos jurídicos que buscam criar regras e regimes para a liberalização e proteção dos investimentos e investidores estrangeiros – ou de direito interno ou internacionais – podem, muitas vezes, traçar linhas divisórias entre investimentos diretos e indiretos.”¹³

Outra prova da dificuldade de diferenciação é a definição dada pelo FMI ¹⁴ para investimentos em carteira:

“Investimento em carteira é definido como uma posição e operação transfronteiriça envolvendo débito ou títulos de capital, além daquelas definidas como investimento estrangeiro direto (...)” (tradução nossa)¹⁵

Dolzer, buscando trazer maior certeza quanto à definição, elencou cinco pontos a serem visitados na caracterização de um investimento estrangeiro direto: “(a) há transferência de recursos, (b) é um projeto de longo prazo, (c) com intuito de gerar renda constante, (d) há participação da pessoa transferindo os recursos, pelo menos em algum grau, na gestão do projeto, e (e) se há risco no negócio.”¹⁶ Contudo, mesmo este teste não é suficiente para lidar com alguns nuances que se são costumeiramente aparentes em investimentos destas categorias.

¹³ Ibid. p. 33.

¹⁴ O Fundo Monetário Internacional (FMI) é uma organização multilateral que busca atingir o desenvolvimento sustentável e prosperidade para todos os seus 190 países membros. Para tal, ele busca promover a cooperação monetária global, assegurar estabilidade financeira, facilitar o comércio internacional, promover o emprego de alta e crescimento econômico sustentável e reduzir a pobreza em todo o mundo. Fonte: < <https://www.imf.org/en/About>>. Acesso em: 20 out. 2022

¹⁵ FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. **Balance of Payments Statistics Introductory Notes**. Disponível em: <https://data.imf.org/?sk=7A51304B-6426-40C0-83DD-CA473CA1FD52>>. Acesso em: 16 out. 2022. Tradução nossa. No original: “Portfolio investment is defined as cross-border transactions and positions involving debt or reserve assets, other than those included in direct investment (...)”.

¹⁶ DOLZER, Rudolf. The Notion of Investment in Recent Practice. In: CHARNOVITZ, S., STEGER, D.; VAN DEN BOSSCHE, P. **Law in the Service of Human Dignity: Essays in Honour of Florentino Feliciano**. Cambridge: Cambridge University Press. 2005. p. 261. Tradução nossa. No original: “(a) the transfer of funds, (b)

Esta situação de incerteza quanto à existência de um investimento direto é o tópico central de jurisdição de inúmeros conflitos de investimento estrangeiro. Em boa parte dos casos, um investimento indireto não se enquadrará nos requisitos de “investimento” contido nos Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos, de maneira que o investimento em questão não estaria protegido pelas cláusulas do acordo.¹⁷

A solução trazida por alguns estudiosos para solucionar essa questão foi, para além dos testes já propostos anteriormente, verificar se haveria “controle” do investidor sobre o investimento, ou não.¹⁸ Este controle pode se manifestar de forma direta, por meio da posse majoritária das ações da empresa, ou indireta por meio de influência garantida na constituição da empresa, ou em seus objetivos, bem como direitos societários exclusivos.¹⁹

Controle, nestes casos, é definido utilizando o Black’s Law Dictionary, que define controle, como um substantivo, “poder ou autoridade para gerir, direcionar, superintender, restringir, regular, governar, administrar ou supervisionar”, e como verbo, “exercer influência de restringir ou direcionar sobre; regular; restringir; dominar; controlar; impedir de agir; governar”.²⁰

Dessa forma, a partir do uso desses testes, é possível atingir uma definição de investimento estrangeiro direto aceitável, desde que já se tenha aceitado que o fato em questão é um investimento. Há também outras definições fora as mencionadas,²¹ algumas as quais serão

a longer-term project, (c) the purpose of regular income, (d) the participation of the person transferring the funds, at least to some extent, in the management of the project, and (e) a business risk.”

¹⁷ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **op. cit.**, p.2.

¹⁸ COSTA, José Augusto Fontoura. **op. cit.**, p. 34.

¹⁹ Ver: AIG v. Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/01/6, Award. 7, oct. 2003. §9.4.8(1), p.41.; Maffezini v. Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction. 25, jan. 2000. §76, p. 28. Em ambos os casos, o constatou-se controle direto e indireto da empresa, uma vez que havia favorecimento na constituição empresarial, bem como posse de mais de 50% dos ativos da empresa.

²⁰ CONTROL. *In*: Blacks Law Dictionary,. St. Paul: West Publishing Co., 1967. Disponível em: <<https://cekhukum.com/control-blacks-law-dictionary/>>. Acesso em: 02/11/2022. Tradução nossa, no original: “n. Power or authority to manage, direct, superintend, restrict, regulate, direct, govern, administer, or oversee.” e “v. To exercise restraining or directing influence over; regulate; restrain; dominate; curb; to hold from action; overpower; court, teract; govern.”.

²¹ COSTA, José Augusto Fontoura. **op. cit.**, p. 36.

tratadas posteriormente, ainda neste capítulo. Passa-se, então, a analisar o contexto no qual estes investimentos estrangeiros estão inseridos, historicamente e juridicamente.

1.2 O Contexto do Investimento Estrangeiro

A partir de uma análise histórica, é possível afirmar que o papel e significado do investimento estrangeiro na modernidade cresceram em duas grandes ondas que seguiram as tendências de globalização mundial: primeiro, entre os anos 1870 e 1914, onde uma nova dimensão de mobilidade financeira internacional levou a um enorme crescimento dos investimentos estrangeiros.

De um ponto de vista Legal, esta mudança ocorreu por conta de leis nacionais, que pavimentaram um caminho para que o investimento estrangeiro fosse realizado, diante da falta de acordos internacionais específicos que regulassem o tema. Ao mesmo tempo, a modernização nas áreas da telecomunicação e transporte facilitaram esta primeira mudança nas dinâmicas entre economias nacionais.²² Este primeiro período foi interrompido em 1914 pela Primeira Guerra Mundial, as questões econômicas subsequentes nos anos 20, e pela Segunda Guerra Mundial.

Neste interim, houve uma tentativa de regulamentação dos investimentos estrangeiros pela Carta de Havana, em 1948, dentro do contexto da reconfiguração da economia internacional a época. Segundo Thorstensen, o objetivo da carta seria organizar adequadamente o comércio internacional dentro de um quadro mais amplo, incluindo seus diversos subtemas, inclusive o investimento.²³ O tema era tratado no terceiro capítulo da Carta (Desenvolvimento Econômico e Reconstrução), onde era previsto a possibilidade da promoção e adoção de um acordo geral, ou declaração de princípios, em relação à conduta, prática e tratamento do investimento estrangeiro.

Para além disso, estabelecia ainda direitos para que seus membros pudessem determinar os termos nos quais os investimentos seriam realizados, de maneira a não interferir em seus

²² BALDWIN, Richard; MARTIN, Philippe. **Two Waves of Globalization: Superficial Similarities, Fundamental Differences. Globalization and Labour**, National Bureau of Economic Research, Working Paper 6904, 1999. p. 13.

²³ THORSTENSEN, Vera. **Organização Mundial do Comércio**. 2 ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001, p. 306.

negócios internos ou políticas nacionais. Os membros consentiriam em garantir oportunidades razoáveis aos investimentos que fossem admitidos, assim como segurança e proteção a eles, visando-a evitar discriminação entre investimentos estrangeiros.²⁴ Contudo, uma vez que apenas o artigo IV da Carta (Política Comercial) foi implementado sob a denominação de GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) nenhuma regra diretamente relacionada ao tema foi avançada.

Kotschwar indica que a oposição à inclusão das regras de investimento no texto do GATT adveio principalmente dos países em desenvolvimento, em especial dos latino-americanos, que defendiam a inviolabilidade da Cláusula Calvo, a qual resguardava o direito dos países soberanos de manter total controle sobre suas jurisdições, garantindo poder exclusivo às cortes locais para solucionar disputas resultantes de investimentos estrangeiros. Este posicionamento protecionista também era a principal preocupação dos investidores estrangeiros, uma vez que a jurisdição dos países anfitriões poderia facilmente ser facciosa para o Estado receptor do investimento.²⁵

Ao longo das décadas seguintes, houve um extenso debate na OMC entre as duas posições. Por um lado, os países desenvolvidos, liderados pelos Estados Unidos, buscavam obter um acordo amplo que restringisse uma ampla gama de medidas protecionistas que pudessem ser impostas pelas legislações nacionais aos investimentos estrangeiros. Por outro lado, os países em desenvolvimento arguíam que um acordo nestes moldes limitaria demasiadamente a sua prerrogativa de regulação do investimento estrangeiro no âmbito nacional. Para este grupo, não caberia ao GATT regular o investimento, apenas os seus efeitos comerciais.²⁶

²⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Havana Charter Final Act 1948. **OMC**. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/82fira.pdf>. Acesso em: 26 out. 2022.

²⁵ KOTSCHWAR, Barbara. Mapping Investment Provisions in Regional Trade Agreements: towards an international investment regime? In: ESTEVADEORDAL, A.; SUOMINEN, K.; TEH, R.. **Regional Rules in the Global Trading System**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 367.

²⁶ NASSER, Rabih Ali. Trims: A Relação entre Investimentos e Comércio e o Controle Multilateral na OMC. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; SANCHEZ, Michelle Rattón (Coords.). **Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil**. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 157.

Para Nasser, nenhum dos grupos atingiu seu objetivo completamente, mas os países desenvolvidos saíram com alguma vantagem: conseguiram celebrar um acordo no qual algumas das medidas de investimento relacionadas ao comércio foram vedadas.²⁷

A despeito de todo o debate acerca da matéria, o crescimento do investimento estrangeiro só foi voltar ao patamar anterior às grandes guerras nos anos 90, quando quadruplicou entre 1990 e 2000,²⁸ novamente impulsionado pelas inovações tecnológicas e redução do custo de transporte. Neste segundo momento, contudo, está explosão de investimentos estrangeiros veio acompanhada de um crescimento igual no número de tratados bilaterais, que cresceram de 500 em 1990 para cerca de 2000 no ano de 2000.²⁹

À época, por conta da predominância do pensamento neoliberal, entendia-se que os tratados poderiam ser decisivos para a atração de investimentos estrangeiros, apesar de haver questionamentos quanto à sua efetividade.³⁰ Em 2005, o fluxo global de investimento estrangeiro direto atingiu um pico de 916 bilhões de dólares, e o número de tratados de proteção de investimentos passou de 2500.

Ao passo em que se expandiu o investimento estrangeiro, os princípios que governam a matéria foram se desenvolvendo, formando características próprias, diferindo-se das mais abrangentes leis internacionais econômicas. Cada vez mais, há matérias e até cursos completos especializados na área sendo ofertados em algumas das instituições de ensino mais aclamadas ao redor do globo, bem como o conhecimento da área vem sendo mais requisitado no mercado de trabalho.³¹

Quatro décadas atrás, no entanto, a codificação do direito internacional referente ao investimento estrangeiro não havia chegado a este ponto terminológico e de especialização profissional. A área era *governada* principalmente por um conjunto limitado de leis

²⁷ Ibid., p.158.

²⁸ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **2005 World Investment Report: Overview. UNCTAD.** Disponível em: <https://unctad.org/system/files/official-document/wir2005_en.pdf>. Acesso em: 5 out. 2022, p. 20. (2005).

²⁹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **2001 World Investment Report UNCTAD.** Disponível em: <https://unctad.org/system/files/official-document/wir2001_en.pdf>. Acesso em: 5 out. 2022, p. 34. (2001).

³⁰ THORSTENSEN, Vera; MESQUITA, Alebe; GABRIEL, Vivian. **op. cit.**, p.8.

³¹ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **op. cit.** p.2.

internacionais, e por um pequeno número de tratados bilaterais, que a época não possuíam influência suficiente para serem de fato utilizados para fins decisórios.³² Este avanço a passos curtos inclusive foi alvo de crítica pela Corte Internacional de Justiça a época:

“Considerando os desenvolvimentos importantes do último meio século, o crescimento do investimento estrangeiro e a expansão de atividades internacionais por parte de corporações, em particular empresas de *holding*, que costumam ser multinacionais, e considerando a forma como o interesse econômico estatal vem se proliferando, à primeira vista parece surpreendente que a evolução da Lei não tenha progredido mais, e que ainda não tenha se cristalizado um conjunto de leis geral para reger o assunto”.³³

Esta situação mudou durante os anos 90, com a expansão significativa do investimento estrangeiro, o que fica claro a partir de uma análise do volume de acordos assinados ao longo dos anos, que passou de menos de 50 em 1989 para quase 2000 em 2001.³⁴

casos tratados pelo Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI - ICSID), que contava com mais de 100 processos pendentes em 2006, e uma pletera de outros casos trazidos para outros foros.³⁵

Schreuer e Dolzer afirmam que as leis de investimento estrangeiro consistem em camadas de direito internacional, padrões gerais da lei internacional econômica e leis peculiares específicas do campo, de maneira que seu estudo tem de lidar com estes três níveis de lei. Além disso, é necessário observar que, em todo caso, as leis de investimento estrangeiro sempre irão incorporar aspectos da lei do país anfitrião.

Os autores ressaltam que, a depender do caso, a interação entre a lei doméstica do país anfitrião e as leis internacionais aplicáveis podem ser o ponto central a ser dirimido num

³² THORSTENSEN, Vera; MESQUITA, Alebe; GABRIEL, Vivian. **op. cit.**, p. 22.

³³ ICJ. **Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd., Julgamento de 5 de Fevereiro de 1970**, ICJ Rep. 5. nov. 1970, p. 47. Tradução nossa. No original: “Considering the important developments of the last half-century, the growth of foreign investment and the expansion of international activities of corporations, in particular of holding companies, which are often multinational, and considering the way in which the economic interests of states have proliferated, it may at first sight appear surprising that the evolution of the law has not gone further and that no generally accepted rule in the matter have crystallized on the international plane”.

³⁴ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Recent Developments in the International Investment Regime**. 2018. UNCTAD. Disponível em: < https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2018d1_en.pdf > . Acesso em: 28 set. 2022. p. 2

³⁵ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review**. 2006. UNCTAD. Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/iteiit20054_en.pdf . Acesso em: 20 set. 2022. p. 4-5.

conflito, como por exemplo nos casos de definições domésticas de investimento, jurisdição de tribunais internacionais, leis de nacionalidade entre outros aspectos comumente definidos em leis nacionais que vão de encontro com os padrões internacionais.³⁶

Não apenas a distinção entre lei internacional e lei doméstica vem se embaçando por conta do atual funcionamento das atuais leis de investimento estrangeiro, mas o mesmo vem acontecendo com a clássica separação entre direito público e privado.³⁷ As leis que governam contratos entre investidores e estados anfitriões advém tanto do direito público quanto do privado, inclusive criando uma ligação direta entre eles. Como resultado dessas peculiaridades, as leis de investimento estrangeiro modernas adquiriram características específicas as quais exigem um estudo separado.

Contudo, como Thorstensen, Mesquita e Gabriel ressaltam, ainda falta um acordo multilateral que regule extensivamente o tema do investimento no âmbito internacional, tratando especificamente da situação na OMC, mas que se aplica também aos demais órgãos internacionais:

“Assim, ainda não existe, no âmbito da OMC, um acordo multilateral que reúna todas as questões relacionadas ao tema dos investimentos, de maneira clara, objetiva e ordenada. No momento, o ambiente para a negociações multilaterais da matéria tem se mostrado inóspito, não sendo possível avançar nas suas tratativas. Enquanto o tema encontra-se suspenso no âmbito da OMC, outras alternativas para a regulamentação da matéria vêm ganhando cada vez mais força, como é o caso dos Tratados Bilaterais de Investimento e dos Acordos Preferenciais de Comércio (APCs).”³⁸

Como os autores destacam, diante da ausência de uma norma internacional abrangente, a qual possa ser utilizada em qualquer situação de investimento entre duas nações, os países se vêm obrigados a realizar acordos entre si. É neste contexto que surgem os Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos³⁹

1.3 Acordos de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos

³⁶ SCHREUR, Christoph; DOLZER, Rudolf. **op. cit.**, p. 3.

³⁷ VICUÑA, Francisco. Of Contracts and Treaties in the Global Market. 8. ed. **Max-Planck Yearbook of United Nations Law**, 2004. p. 341-343.

³⁸ THORSTENSEN, Vera; MESQUITA, Alebe; GABRIEL, Vivian. **op. cit.**, p. 21.

³⁹ COSTA, José Augusto Fontoura. **op. cit.**, p. 29.

A despeito da importância de alguns acordos multilaterais, como o GATS, o ICSID e o MIGA,⁴⁰ e os esforços das Nações para entrar em um acordo geral para melhor construir o Direito Internacional do Investimento, e diante do que foi exposto até o momento, não há dúvidas de que o modo mais amplo e influente de se regular internacionalmente os investimentos estrangeiros são os Acordos de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos (APPRI).⁴¹

De modo geral, os APPRI têm como objetivo preencher as lacunas deixadas pelo Direito Internacional, de maneira a facilitar a relação entre o investidor e o país anfitrião do investimento.⁴² Assegura-se previsibilidade e estabilidade em ambiente de possível incerteza, por meio da concordância dos participantes em garantir certos padrões de tratamento e de tê-los executados por meios de solução de controvérsias internacionais, como o sistema ICSID, o sistema UNCITRAL ou outras cortes ou tribunais administrativos a escolha das partes.⁴³

Por questão de clareza, classifica-se os APPRI conforme seu âmbito territorial, podendo ser acordos bilaterais, multilaterais ou regionais.⁴⁴ Em relação aos acordos regionais, Costa dita o seguinte:

“Os acordos regionais de investimento, por seu turno, são aqueles destinados a vigorar em uma determinada região, como o capítulo 11 do Nafta e o Protocolo de Colônia de 1994, do Mercosul, o qual não chegou a entrar em vigor. Esses acordos têm adesão limitada a membros de tratados mais amplos, voltados à integração regional (Nafta e Tratado de Assunção, com seus protocolos, nos casos exemplificados), e, portanto, são aqui denominados regionais.”⁴⁵

Pode-se afirmar que, os IIAs⁴⁶ com âmbito multilateral em vigor tem materialidade muito limitada, resumindo-se basicamente a TRIMs e GATS, no sistema da OMC, e um único

⁴⁰ O MIGA (Agência Multilateral de Garantia de Investimentos) é uma organização multilateral, membra do Grupo Banco Mundial, cujo objetivo é promover investimentos transfronteiriços em países em desenvolvimento, oferecendo garantia (seguro de risco político e melhoria de crédito) para investidores e credores. Fonte: < <https://www.miga.org/about-us>>. Acesso em: 20 out. 2022

⁴¹ COSTA, José Augusto Fontoura. **op. cit.**, p. 125.

⁴² SCHREUR, Christoph; DOLZER, Rudolf. **op. cit.**, p. 22.

⁴³ KOTSCHWAR, Barbara. **op.cit.**, p. 373.

⁴⁴ COSTA, José Augusto Fontoura. **op. Cit.**, p. 127.

⁴⁵ COSTA, José Augusto Fontoura. **op. Cit.**, p. 127.

⁴⁶ A UNCTAD especificamente utiliza em uma série de seus documentos a expressão “*International Investment Agreements*”, Acordos Internacionais de Investimento para se referir tanto aos APPRI quanto aos acordos de livre comércio com capítulos sobre investimento e os contratos dos quais Estados são partes.

acordo setorial de investimentos em energia, o Tratado da Carta da Energia (TCE), que inclusive não se limitou a tratar de investimentos. Apesar de ter sido criado originalmente com pretensão de ser um tratado regional, o TCE foi lentamente se expandindo e hoje inclui 53 membros.⁴⁷

Os APPRIs bilaterais são comumente chamados de BITs, do inglês, *Bilateral Investment Treaty*, e, constituem o conjunto de regras mais significativo para a proteção e promoção de investimentos no exterior.⁴⁸ São acordo internacionais firmados entre dois Estados – fala-se em geral em um Estado exportador de capital e um Estado receptor de capital – por meio do qual se estabelecem obrigações e direitos recíprocos entre ambos, de maneira a beneficiar os investidores de ambos os países. São marcados por esta relação tríplice entre Estado exportador, Estado receptor e investidores estrangeiros (de ambos os países).⁴⁹

Muchlinski elucida:

“um acordo bilateral para a promoção e proteção de investimento estrangeiro (BIT) pode ser definido como um acordo internacional juridicamente vinculativo entre dois Estados onde cada estado promete, de maneira recíproca, observar os padrões de tratamento acordados no tratado quando estiver lidando com investidores do outro país contratante.”⁵⁰

Como o autor menciona, alguns fatores foram essenciais para a intensificação do uso dos BITs. Por um lado, há o interesse dos países em desenvolvimento que veem os acordos bilaterais como um meio de atrair recursos estrangeiros, essenciais para seu desenvolvimento. Por outro lado, os países desenvolvidos têm a oportunidade de assegurar condições mais seguras para que seus investidores atuem, uma vez que poderão determinar as regras que regularão a relação deles, não ficando reféns da legislação local do país anfitrião.⁵¹

⁴⁷ SCHREUR, Christoph; DOLZER, Rudolf. **op. cit.**, p.p. 27-28.

⁴⁸ THORSTENSEN, Vera; MESQUITA, Alebe; GABRIEL, Vivian. **Op. cit.**, p. 22.

⁴⁹ FONSECA, Karla Closs. **Op. Cit.**, p.p. 37-38.

⁵⁰ MUCHLINSKI, Peter. **Multinational enterprises and the law**. Oxford: Blackwell, 1995. p. 617. Tradução nossa. No original “A bilateral treaty for the promotion and protection of foreign investments (BIT) can be defined as a legally binding international agreement between two states whereby each states promises, on a reciprocal basis, to observe the standards of treatment lead down by the treaty in its dealing with investors from the other contracting state.”

⁵¹ MOISÉS, Claudia Perrone. **Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 25.

Parece natural, portanto, que historicamente a maior parte dos BITs tenha sido celebrado entre esses dois grupos, países desenvolvidos e países em desenvolvimento, uma vez que há sinergia entre as vantagens para ambos.⁵² Assim, apesar de os direitos estabelecidos pelos BITs serem recíprocos, na prática, é comum que os investimentos venham de apenas uma das partes, enquanto a outra apenas o recebe.⁵³

Vale ressaltar que BITs entre países desenvolvidos são menos comuns, uma vez que estes Estados normalmente se valem de acordos preferenciais, como no âmbito do NAFTA ou da União Europeia, bem como de convenções ou de *soft law* proveniente da OCDE para regular a matéria entre si.⁵⁴ Em contraste, chama-se a atenção hodiernamente para o crescente número de BITs celebrado entre países em desenvolvimento, demonstrando a estratégia de cooperação Sul-Sul, jogando um holofote em seu papel como atores globais.⁵⁵

Este aumento no número de BITs entre países em desenvolvimento não é apenas decorrência do aumento de investimentos provenientes destes países⁵⁶, ocorre por conta de uma série de fatores. Quanto aos fatores que tem efeito nesta relação, Fonseca destaca: “o aumento da concorrência e limitação de oportunidades nos mercados domésticos; fornecimento de matéria-prima; custo da mão-de-obra; oportunidades de acesso a mercados; e proximidade geográfica.”⁵⁷ A autora ressalta:

“Do total de BITs ao final de 2004, 40% constituíam-se em acordos firmados entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, 25% entre países em desenvolvimento, 13% entre países desenvolvidos e economias em transição, 10% entre países em desenvolvimento e economias em transição, 8% entre países desenvolvidos e 4% entre economias em transição.”⁵⁸

⁵² LOWENFELD, Andreas F. **International Economic Law**. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 554.

⁵³ HALLWARD-DRIEMER, Mary. Do bilateral investment treaties attract FDI? Only a bit... and they could bite. **World Bank Policy Research**, Working Paper 3121, 2003. Disponível em: <<http://www.worldbank.org>>. Acesso em 27. out. 2022. p. 8.

⁵⁴ SCANDIUCCI FILHO, José Gilberto. O Brasil e os Acordos Bilaterais de Investimento. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; SANCHEZ, Michelle Rattton (Coords.). **Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil**. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 279.

⁵⁵ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **South-South cooperation in international investment arrangements**. New York and Genève: UNCTAD, 2005g. Disponível em: <<http://www.unctad.org>>. Acesso em 20. out. 2022.

⁵⁶ UNCTAD, 2005g, p. 8.

⁵⁷ FONSECA, Karla Closs. **op. cit.**, p. 40.

⁵⁸ FONSECA, Karla Closs. **op. cit.**, p. 39.

Além disso, ao longo das últimas décadas, o conteúdo dos BITs tem se tornado gradualmente mais padronizado. Isso se dá, em parte, pois os dois principais atores desde o fortalecimento dos BITs, Estados Unidos e União Europeia, utilizam-se de modelos para seus acordos, de maneira a influenciar todo o regime de formação de investimentos em suas regiões.⁵⁹ Os modelos de acordos bilaterais usados pelos Estados Unidos têm uma abordagem mais ampla comparada ao modelo europeu, mais estrito. Os países europeus tendem a focar na proteção dos investimentos estrangeiros, enquanto a abordagem estadunidense defende tanto a proteção quanto a liberalização dos investimentos estrangeiros.⁶⁰

Os BITs Sul-Sul tendem a adotar o modelo europeu, estabelecendo regras de proteção e promoção dos investimentos, sendo mais permissivos à influência do Estado nas atividades do investidor. Outra diferença relevante é a presença recorrente da cláusula “*fork-in-the-road*”, que força o investidor a optar entre a jurisdição nacional e a internacional nos casos de litígio.⁶¹

No entanto, deve-se levar em conta que cada Estado possui sua própria política externa e econômica, peculiaridades e posições, de maneira que cada BIT irá variar a depender das partes. Por conseguinte, o que se tem são modelos, como uma espinha dorsal, que possuem uma série de cláusulas comumente presentes, mas com lacunas a serem preenchidas de acordo com as negociações e as necessidades das partes.⁶²

De forma geral, contudo, é possível observar uma certa estrutura de regras de tratamento presentes na maioria dos BITs: (i) declaração de intenção; (ii) escopo; (iii) admissão e estabelecimento; (iv) cláusula de tratamento nacional; (v) cláusula de nação mais favorecida; (vi) tratamento justo e equitativo/proteção integral; (vii) regras contra expropriação e padrões de compensação; (viii) transferência de fundos; (ix) resolução de conflitos Estado-Estado; e (x) resolução de conflitos investidor-Estado.⁶³

⁵⁹ KOTSCHWAR, Barbara, *op. cit.*, p. 374.

⁶⁰ UNCTAD, 2005g, p. 31.

⁶¹ UNCTAD, 2005g, p. 31-32.

⁶² CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick, *op. cit.*, p. 460.

⁶³ Importa notar que nem todo BIT contém todas estas disposições, mas estas são as mais utilizadas na maioria dos acordos. SORNARAJAH, M. **The international law on foreign investment**. 3.ed. United Kingdom: Cambridge

Todo BIT se inicia com uma declaração de intenção do tratado, que geralmente afirma a reciprocidade da promoção e proteção de investimentos. Também é comum a afirmação de que os países envolvidos assinam o tratado convencidos de que o investimento estrangeiro é um importante instrumento para a promoção do desenvolvimento.⁶⁴

O escopo de um tratado é delimitado a partir de três dimensões: (i) a cobertura geográfica, ou seja, o limite territorial dos Estados parte; (ii) a aplicação temporal, o tratado tendo efeito apenas após sua entrada em força, a não ser que seja decidido o contrário de forma expressa;⁶⁵ e (iii) o objeto, determinando as definições de “investimento” e de “investidor” que serão utilizadas no tratado. Todo BIT realiza esta especificação, por mais ou menos específica que seja.⁶⁶ Como visto acima, este é um tópico de grande debate dentro da matéria do investimento estrangeiro internacional, portanto, é necessário que os países especifiquem de forma clara o que deverá ser considerado. Modernamente, os acordos vêm contendo uma lista ilustrativa dos tipos de direitos incluídos.⁶⁷

University Press, 2010. p. 187; UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **International Investment Agreements: key issues**. 2004. UNCTAD. Disponível em: http://unctad.org/en/docs/iteiit200410_en.pdf. Acesso em 15 de out. 2022.

⁶⁴ COSTA, José Augusto Fontoura. **Op. Cit.**, p.p. 130-131.

⁶⁵ SCHREUR, Christoph; DOLZER, Rudolf. **op. cit.**, p. 38.

⁶⁶ SORNARAJAH, M. **op.cit.**, 187.

⁶⁷ DOLZER, Rudolf, STEVENS, Margrete. *Bilateral investment treaties*. The Hague: M. Nijhoff. 1995. p. 26. Um exemplo de como estas definições complexas são realizadas na prática é o BIT Argentina-Estados Unidos de 1991, que prevê em seu artigo I: “a) “investment” means every kind of investment in the territory of one Party owned or controlled directly or indirectly by nationals or companies of the other Party, such as equity, debt, and service and investment contracts; and includes without limitation: (i) tangible and intangible property, including rights, such as mortgages, liens and pledges; (ii) a company or shares of stock or other interests in a company or interests in the assets thereof; (iii) a claim to money or a claim to performance having economic value and directly related to an investment; (iv) intellectual property which includes, inter alia, rights relating to: literary and artistic works, including sound recordings, inventions in all fields of human endeavor, industrial designs, semiconductor mask works, trade secrets, knowhow, and confidential business information, and trademarks, service marks, and trade names; and (v) any right conferred by law or contract, and any licenses and permits pursuant to law; b) “company” of a Party means any kind of corporation, company, association, state enterprise, or other organization, legally constituted under the laws and regulations of a Party or a political subdivision thereof whether or not organized for pecuniary gain, and whether privately or governmentally owned; c) “national” of a Party means a natural person who is a national of a Party under its applicable law; d) “return” means an amount derived from or associated with an investment, including profit; dividend; interest; capita gain; royalty payment; management, technical assistance or other fee; or returns in kind; e) “associated activities” include the organization, control, operation, maintenance and disposition of companies, branches, agencies, offices, factories or other facilities for the conduct of business; the making, performance and enforcement of contracts; the acquisition, use, protection and disposition of property of all kinds including intellectual and industrial property rights; and the borrowing of funds, the purchase, issuance, and sale of equity shares and other securities, and the purchase of foreign exchange for imports. f) “territory” means the territory of the United States or the Argentine Republic, including the territorial sea established in accordance with international law as reflected in the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea. This Treaty also applies in the seas and seabed adjacent to the territorial sea in which the United States or the Argentine

As regras de admissão e estabelecimento determinam as especificidades da entrada e estadia dos investidores no país, incluindo a restrição ou permissão de certos tipos de investimento.⁶⁸

A cláusula de tratamento nacional busca garantir que todo investidor estrangeiro receba um tratamento pelo menos tão favorável quanto aquele oferecido aos investidores nacionais. Por esta definição não ser inteiramente concreta, utiliza-se de *case law* para as lacunas de entendimento.⁶⁹

Similarmente, a cláusula da nação mais favorecida busca impedir a discriminação entre diferentes investidores estrangeiros – em geral de países diferentes. Esta cláusula garante que investidores estrangeiros possam cobrar do Estado receptor o mesmo tratamento oferecido a outros investidores estrangeiros de países terceiros.⁷⁰

Tratamento justo e equitativo e proteção integral (do inglês “*fair and equitable treatment*” e “*full protection and security*”) são dois padrões de tratamento que hoje, entre si, acabam por englobar quase toda forma de proteção que possa ser necessária para os investimentos estrangeiros, em relação a fatores externos, burocraticamente ou mesmo em caso de “violência direta”.⁷¹ Apesar de suas origens, como assinala Xavier Junior, falando especificamente de tratamento justo e equitativo, mas que se encaixa também para proteção integral, estes padrões de tratamento viraram “uma espécie de camião polivalente do Direito Internacional do Investimento”⁷²

Republic has sovereign rights or jurisdiction in accordance with international law as reflected in the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea.” Disponível em: < <http://2001-2009.state.gov/documents/organization/43475.pdf>>. Acesso em: 24. out. 2022.

⁶⁸ THORSTENSEN, Vera; MESQUITA, Alebe; GABRIEL, Vivian. **op. cit.**, p. 25.

⁶⁹ SCHREUR, Christoph; DOLZER, Rudolf. **op. cit.**, p.p. 178-180.

⁷⁰ SORNARAJAH, M. **op.cit.**, p.p. 204-205.

⁷¹ SCHREUR, Christoph; DOLZER, Rudolf. **op. cit.**, p.p. 119/149.

⁷² XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. Direito Internacional dos Investimentos e o Brasil: uma perspectiva a partir do padrão de tratamento justo e equitativo. Rio de Janeiro, 2014. 280 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 205.

Os dispositivos referentes à expropriação e padrões de compensação tem como objetivo definir o que deverá ser considerado uma expropriação direta ou indireta do investimento estrangeiro, bem como um padrão de compensação para cada caso.⁷³ Em geral, é definido que expropriações só são permitidas nos casos em que haja finalidade pública.⁷⁴

Os termos de transferência de fundos têm como objetivo garantir a obrigação de livre transferência de fundos ao país anfitrião, bem como as hipóteses em que não será possível. Esta cláusula não protege os investidores do risco da conversão para a moeda local.⁷⁵

Apesar das diversas disposições contidas nos BITs, não é possível prever todas as situações que poderão vir a gerar controvérsias entre as partes. Dessa forma, visando a possibilitar a solução destas problemáticas, inclui-se os mecanismos que deverão ser acionados, pelo Estado ou investidor, para lidar com a questão dentro da situação específica.⁷⁶ Estas normas são essenciais para manter a efetividade dos tratados, garantindo o respeito mútuo das partes para com seus direitos e obrigações por meio de mecanismos que permitam exigir a aplicação dos padrões contidos no acordo.⁷⁷

O caso da solução de controvérsias Estado-Estado é o meio utilizado para dirimir conflitos quando o investidor não for juridicamente capaz de levar o Estado receptor a um tribunal arbitral para solucionar a disputa. Neste caso, o Estado de origem do investidor tem de desempenhar a função de representante dos interesses do seu investidor nacional, utilizando-se de suas instituições diplomáticas e respectivos mecanismos.⁷⁸

Entende-se que, em realidade, ao defender o interesse de seus nacionais, o Estado estaria defendendo a si próprio internacionalmente.⁷⁹ Hodiernamente, esta forma de solução de

⁷³ COSTA, José Augusto Fontoura. **Op. Cit.**, p.p. 149

⁷⁴ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Expropriation: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II**. 2012. UNCTAD. Disponível em: <https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d7_en.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2022.

⁷⁵ FONSECA, Karla Closs. **op. cit.**, p.p. 93-94.

⁷⁶ UNCTAD, 2004d, p. 317.

⁷⁷ UNCTAD, 2004d, p.p. 318/347.

⁷⁸ FONSECA, Karla Closs. **op. cit.**, p. 99.

⁷⁹ SCHREUR, Christoph; DOLZER, Rudolf. **op. cit.**, p. 211.

conflitos é utilizada cada vez menos, numa busca pela despolitização dos conflitos de investimentos, visando a preservar as relações entre Estados.⁸⁰

A solução de controvérsias investidor-Estado é inserida no tratado a fim de garantir ao investidor possibilidade de postular suas reclamações caso sinta que algum de seus direitos tenha sido desrespeitado. Para tal, a cláusula em geral estabelece o sistema mediante o qual os investidores podem pleitear sua causa.⁸¹

A depender do tratado, haverá ou não a possibilidade – ou até mesmo necessidade – de levar a controvérsia para o judiciário local. Inclui-se na maioria das vezes a possibilidade do investidor levar o Estado receptor a um mecanismo de solução de controvérsias internacional para realizar uma arbitragem mista, ou puramente de investimentos, a depender da instituição arbitral. Os principais procedimentos utilizados são as regras da UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*)⁸² e do ICSID.⁸³

Analisados os principais dispositivos contidos nos BITs, bem como seu funcionamento e sentido típico, busca-se compreender como os conflitos gerados por estes tratados são solucionados. Como se verá, há uma série de tendências históricas e pontos de dificuldade nas resoluções de controvérsias investidor-Estado que devem ser observadas atentamente.

1.4 As Disputas de Investimentos Estrangeiros

Inicialmente é importante ressaltar que, ao passo que o número de acordos internacionais de investimento foram crescendo ao longo dos anos, em especial o número de BITs, o número de resoluções de litígio investidor-Estado (ISDS – Investor-State Dispute Settlement) seguiu o mesmo curso.

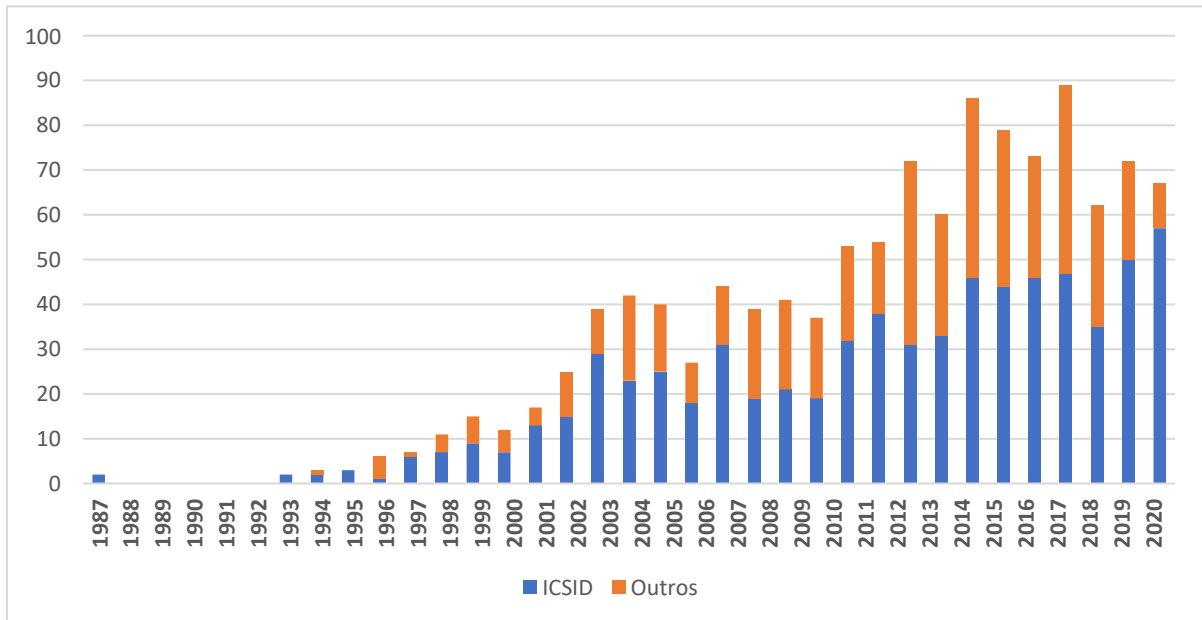
⁸⁰ SORNARAJAH, M. *op.cit.*, p. 216.

⁸¹ COSTA, José Augusto Fontoura. *Op. Cit.*, p.162.

⁸² A UNCITRAL é o órgão legal central do sistema das Nações Unidas em questões de direito comercial. É um órgão legal com adesão universal especializando na reforma global do direito comercial por mais de 50 anos. A UNCITRAL trabalha para modernizar e harmonização das leis internacionais do comércio internacional. Fonte: < <https://uncitral.un.org/en/about>>. Acesso em: 27 out. 2022.

⁸³ THORSTENSEN, Vera; MESQUITA, Alebe; GABRIEL, Vivian. *op. cit.*, p. 28.

Figura 1 - Tendências em casos conhecidos de ISDS, 1987-2021



Fonte: UNCTAD⁸⁴

Como se pode observar, o número de casos vem se crescendo significativamente, em especial desde 2011, e a maioria dos procedimentos vêm sendo realizados no sistema ICSID. Em 2021, os novos casos de ISDS foram trazidos contra 42 países.⁸⁵ A maioria dos casos trazidos são referentes a tratados de investimento dos anos 90 ou anteriores. Até hoje, sabe-se que ao menos 124 países e um grupo econômico figuraram como requeridos em um ou mais ISDSs.⁸⁶

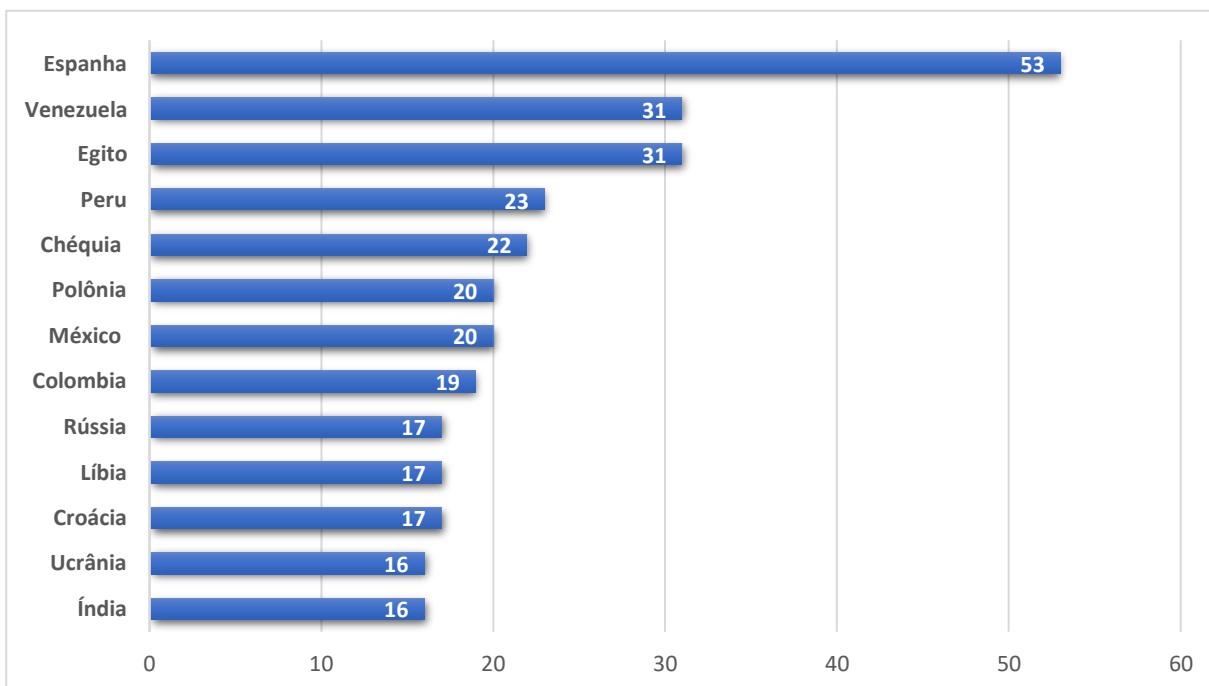
Figura 2 - Estados Requeridos mais frequentes, 2012-2021

⁸⁴ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **FACTS ON INVESTOR-STATE ARBITRATIONS IN 2021: WITH A SPECIAL FOCUS ON TAX-RELATED ISDS CASES**. 2022. UNCTAD. Disponível em: <https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2018d1_en.pdfm/files/official-document/diaepcbinf2022d4_en.pdf>. Acesso em: 25. nov. 2022. p. 1

⁸⁵ UNCTAD, 2022. p. 3.

⁸⁶ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **INVESTOR-STATE DISPUTE**

SETTLEMENT CASES: FACTS AND FIGURES 2020. 2021. UNCTAD. Disponível em: <
https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2021d7_en.pdf>. Acesso em: 25. nov. 2022. p.1.



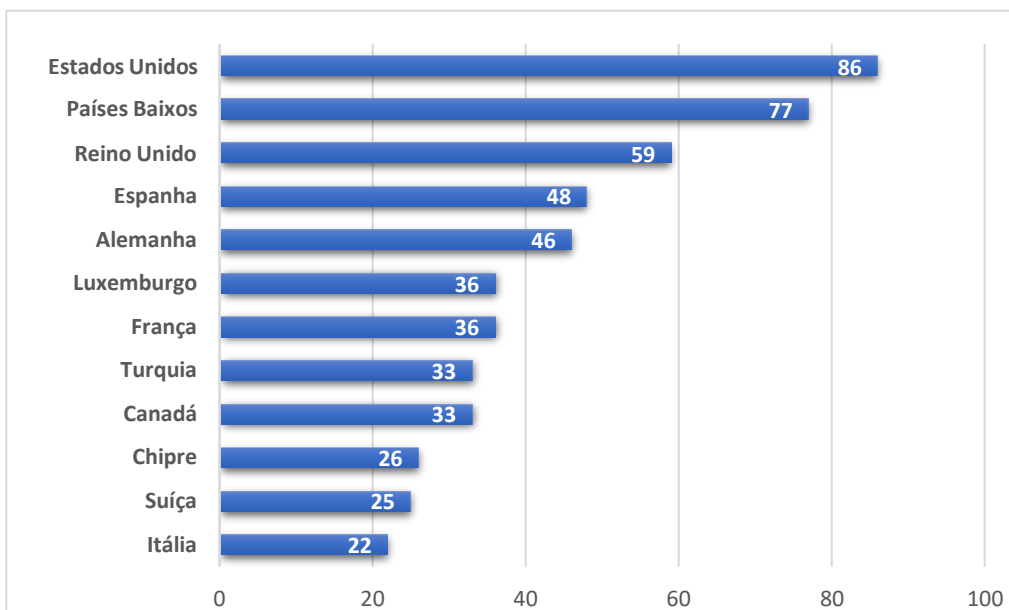
Fonte: Unctad⁸⁷

Como se pode observar, na última década, os países em desenvolvimento foram os principais requeridos. No ano de 2021, isso se repetiu, com este grupo representando 65% dos requeridos. Desde 1987 os países que mais figuraram nesta posição foram a Argentina (com 62 casos), a Espanha (55 casos) e a Venezuela (55 casos).⁸⁸

Figura 3 - Estados originários dos requerentes mais frequentes, 2012-2021

⁸⁷ UNCTAD, 2021. p. 3.

⁸⁸ UNCTAD, 2021. p. 3.



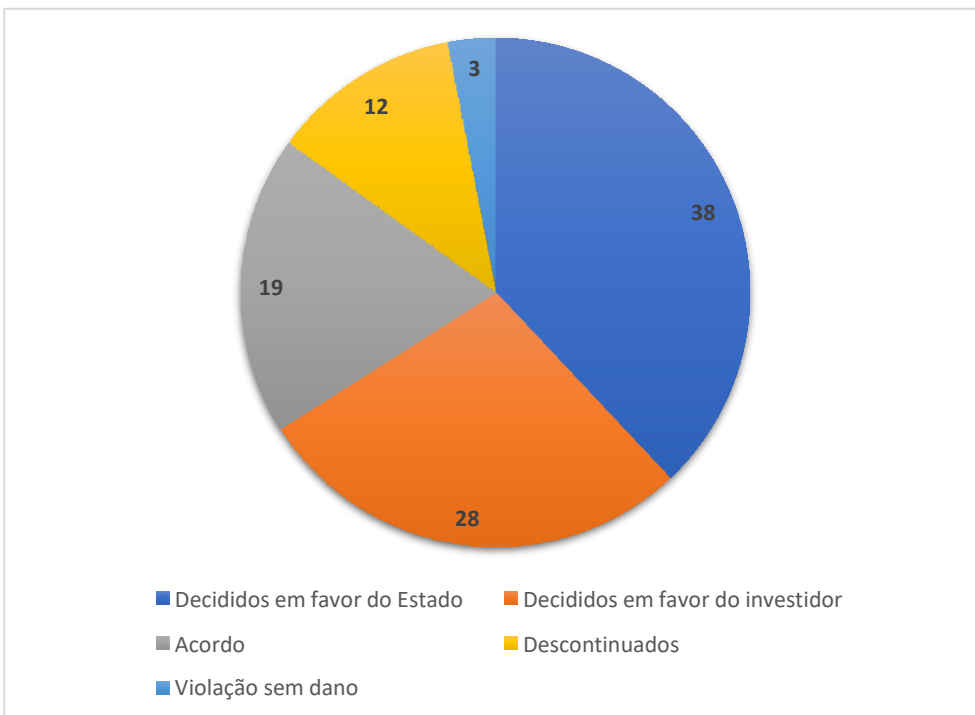
Fonte: UNCTAD⁸⁹

O oposto ocorre em relação aos requerentes, que foram em sua ampla maioria países desenvolvidos. Em 2021, o número chegou a 75%. Neste caso, contudo, os países que iniciaram o maior número de casos nos últimos 10 anos também foram os países que mais iniciaram casos na história, seguindo a mesma ordem, Estados Unidos, Holanda e Reino Unido.⁹⁰

Figura 4 - Resultados dos casos concluídos, 1987 - 2021

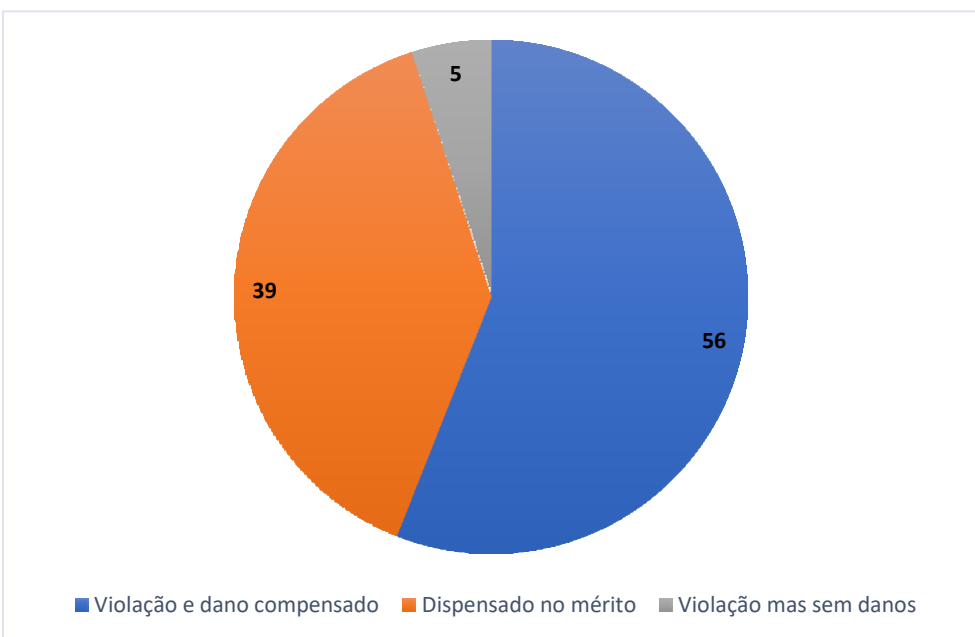
⁸⁹ UNCTAD, 2021. p. 3.

⁹⁰ UNCTAD, 2021. p.3.



Fonte: UNCTAD⁹¹

Figura 5 - Resultados de decisões no mérito, 1987-2021



Fonte: UNCTAD⁹²

⁹¹ UNCTAD, 2022. p. 4.

⁹² UNCTAD, 2022. p. 4.

Até 2021, pelo menos 801 casos de ISDS haviam sido concluídos. Como se pode observar, quando o procedimento chega à fase de avaliação do mérito, há uma enorme chance da decisão ser favorável ao investidor.⁹³ Por conta disso, e por conta da já mencionada tendência da unilateralidade de investimentos dentro dos BITs, alguns Estados, em especial o grupo dos países em desenvolvimento, vê o formato atual dos BITs como um risco desproporcional para sua economia.⁹⁴

As tendências apresentadas ao longo deste capítulo em relação à distribuição dos papéis nas controvérsias ligadas investimentos estrangeiros se fazem gritantemente claras a partir de uma análise de todos os casos já recordados desde 1987.⁹⁵ É possível compreender, a partir disso, a relutância de alguns países em participar deste sistema.

⁹³ UNCTAD, 2021. p. 4.

⁹⁴ SORNARAJAH, M. *op.cit.*, p.p. 172-174.

⁹⁵ Anexo I: Requeridos e Estados originários em casos de ISDS conhecidos, 1987-2020.

2 INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NO BRASIL

O Brasil se destaca historicamente como um importante receptor e fornecedor de investimentos estrangeiros, inclusive figurando como maior fonte desses recursos na América Latina desde a Segunda Guerra Mundial.⁹⁶ Talvez por isto mesmo o País tenha se mantido relativamente inerte, sem buscar especificamente novas formas de atração de capital. Este ponto se mostrou de forma mais concreta na década de 90: enquanto a maioria dos países latino-americanos firmou uma série de BITs, o Brasil não ratificou nenhum, para muitos, contrariando o bom senso da época. Na última década, contudo, esta posição tem mudado, e o País tem se mostrado aberto a novas possibilidades para fomentar investimentos dentro e fora de seu território, desde que não venha com demasiado ônus.⁹⁷

Neste capítulo, buscar-se-á entender como o Brasil chegou à posição singular que tem dentro do sistema internacional de investimento estrangeiro, passando pelo contexto histórico e o início da liberalização da economia brasileira, a regulamentação do investimento estrangeiro em âmbito nacional e a negação dos moldes típicos dos BITs, e comentando, por fim, as mais novas decisões acerca do assunto, e suas possíveis implicações.

2.1 A história do investimento estrangeiro no País

O investimento estrangeiro no Brasil foi moldado por dois principais fatores: em primeiro lugar, pelo contexto regional da América Latina, com suas particularidades e diferenciações em relação ao berço histórico do investimento estrangeiro, o norte econômico global. Em segundo lugar, pelas mudanças da legislação econômica do País nas décadas de 80 e 90, buscando maior liberalização, inclusive especificamente para possibilitar maior entrada de capital externo em território nacional.

⁹⁶ AGÊNCIA BRASILEIRA DE PROMOÇÃO E EXPORTAÇÕES DE INVESTIMENTOS. **Investimento Estrangeiro Direto**. ApexBrasil. Disponível em: < <http://www2.apexbrasil.com.br/atrainvestimentos/investimento-estrangeiro>>. Acesso em 22. nov. 2022.

⁹⁷ THORSTENSEN, Vera; MESQUITA, Alebe; GABRIEL, Vivian. **op. cit.**, p. 55.

Esses dois pontos serão tratados abaixo, quando se ressaltarão as posturas tomadas quase em bloco pelos países da região, bem como o cenário legislativo anterior às mudanças liberalizantes.

2.1.1 O contexto regional: América Latina e o investimento estrangeiro

No início dos anos 60, o Brasil foi convidado pelo Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento (BIRD) ⁹⁸ a assinar a *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (Convenção de Washington), com o intuito de criar um mecanismo de arbitragem entre Estados e particulares sobre conflitos de natureza econômica. Essa convenção daria origem ao *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID).⁹⁹

O governo brasileiro posicionou-se contrariamente à proposta da convenção, recorrendo também ao Ministério das Relações Exteriores (MRE) para se posicionar em relação à proposta do BIRD:

“Não nos deteremos a demonstrar a impossibilidade, a impraticabilidade mesma, para o nosso Governo, de aceitar o que se consubstancia na proposta do BIRD. Esbarraríamos, inicialmente, contra claros dispositivos constitucionais que vedam a simples ideia dessa institucionalização. Ademais, ela é grosseira, insultuosa para os nossos foros de civilização, bem como para a ordem jurídica e política implantada entre nós há quase 150 anos, porque nunca o Governo brasileiro, em qualquer época, deixou de acolher, diplomática ou judicialmente, as reivindicações de “*meritorious cases*” de estrangeiros que lhe fossem apresentadas.”¹⁰⁰

A postura brasileira foi assertiva em relação à convenção. Tratava-se de tentativa truculenta de “consagração do imperialismo econômico e financeiro, ainda que disfarçada”.¹⁰¹ Entendia-se que ao aderir a esses mecanismos de solução arbitral, estar-se-ia sub-rogando funções públicas essenciais do Estado a um tribunal internacional, de modo que seria passível de sofrer influências prejudiciais à soberania do Estado Brasileiro, sem que se obtivesse maiores

⁹⁸ O BIRD é uma Instituição financeira internacional ligada à Organização das Nações Unidas (ONU) composta por cinco instituições que trabalham conjuntamente a fim de encontrar soluções sustentáveis para reduzir a pobreza e construir prosperidade nos países em desenvolvimento.

⁹⁹ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. **op. cit.**, p. 107.

¹⁰⁰ ROCHA, Augusto de Rezende. Parecer DAJ/138: criação de órgão de arbitragem internacional – BIRD. 20 ago. 1964. A íntegra do parecer foi adquirida após requisição à Consultoria Jurídica do Ministério das Relações Exteriores.

¹⁰¹ *Ibid*, item 17.I.

vantagens ao fazê-lo.¹⁰² Considerou-se que a medida não levava em conta a possibilidade de proteção diplomática pelo Estado de origem do investidor estrangeiro, o que abrigaria o argumento de suspeita de parcialidade dessas instituições.¹⁰³

Justificou por fim o consultor do MRE:

“Não cremos que o pleno reconhecimento das debilidades estruturais e das aflições conjunturais da economia brasileira – que tão claramente a colocaram no rol das economias dominadas – seja motivo para nosso Governo ratificar, jurídica e politicamente, a criação de um tribunal de arbitragem para dirimir conflitos econômicos entre particulares e Governos, o qual se integraria em órgão como o BIRD, onde já se fazem sentir tão ativamente os interesses de uma economia dominante.”¹⁰⁴

Nota-se que esta posição do governo brasileiro não era surpreendente, uma vez que quando da fase de negociações do texto da Convenção a delegação brasileira já havia apontado que havia uma incompatibilidade clara entre o mecanismo arbitral e as disposições da Constituição Federal Brasileira sobre acesso à justiça.¹⁰⁵ Apesar de a justificativa de inconstitucionalidade da arbitragem já não se sustentar mais,¹⁰⁶ uma vez que o Brasil inclusive já possui legislação específica sobre o assunto, a posição do governo brasileiro foi mantida.

É necessário entender que a posição brasileira não era isolada na América Latina, mas sim em acordo com seus países vizinhos. A resistência deste grupo para adotar políticas como as propostas na Convenção de Washington baseia-se em argumentos derivados da Doutrina Calvo,¹⁰⁷ que influenciou toda a percepção das normas de Direito Internacional Público da época. De acordo com os defensores da Doutrina, os investidores estrangeiros não devem ter

¹⁰² Ibid, item 17.II

¹⁰³ Ibid, item 17.III

¹⁰⁴ Ibid, item 19.

¹⁰⁵ KALICKI, Jean; MEDEIROS, Suzana. Investment arbitration in Brazil. **Arbitration International**, v. 24, n. 3, p. 423-446, 2008, p. 430-431.

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. O Estado e a arbitragem. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 559-571.

¹⁰⁷ “A Doutrina Calvo foi criada pelo jurista e diplomata argentino Carlos Calvo, que defendia que os investidores estrangeiros não deveriam gozar de condições melhores do que os investidores nacionais e seus direitos e obrigações deveriam ser determinados exclusivamente por meio da jurisdição dos tribunais nacionais. Sua tese foi adotada na First International Conference of American States em 1889, em que a Comissão ad hoc em Direito Internacional concluiu: ‘Foreigners are entitled to enjoy all the civil rights enjoyed by natives and they shall be accorded all the benefits of said rights in all that is essential as well as in the form or procedure, and the legal remedies incident thereto, absolutely in like manner as said natives. A nation has not, nor recognizes in favour to foreigners, any other obligations or responsibilities than those which in favour of the natives are established in like cases by the constitution and the laws’”. REDFERN, Alan, HUNTER, Martin. **Law and practice of international commercial arbitration**. London: Sweet & Maxwell, 2004. 4.ed. p. 167.

benefícios além daqueles aproveitados pelos nacionais.¹⁰⁸ Isso se opunha diretamente ao entendimento dos países desenvolvidos, principais exportadores de capital, que entendiam haver um padrão mínimo (*international minimum standard*) no direito internacional, que permitiria um tratamento mais favorável ao investidor estrangeiro quando o concedido pelo Estado receptor aos seus investidores nacionais fosse inferior ao estabelecido pelo padrão mínimo internacional.¹⁰⁹

Desde o surgimento da Doutrina Calvo até meados do século XX, a pressão latino-americana feita para adequar os tratados internacionais ao princípio foram enormes.¹¹⁰ Sobre esta transformação, comenta Marilda Rosado de Sá Ribeiro:

“As teorias tradicionais de proteção diplomática e responsabilidade do Estado passaram a ser confrontadas, na segunda metade do século XX, com o princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais, riqueza e atividades econômicas. A evolução na doutrina internacional levou alguns Estados a considerarem a regra da soberania permanente como uma norma peremptória de Direito Internacional.”¹¹¹

Assim, muitos dos países em desenvolvimento, em especial os países latino-americanos, como o Brasil, opuseram-se à Convenção de Washington, por considerá-la uma derrogação à sua soberania. Usavam os mesmos argumentos mencionados anteriormente na resposta do MRE, asseverando que detinham controle total e absoluto sobre seus recursos naturais e que era impreterível que seus sistemas jurídicos tivessem monopólio da administração da justiça. Por sua vez, os países desenvolvidos, juntamente com o BIRD, contrapunham que o sistema ICSID seria totalmente voluntário, como os demais sistemas jurídicos internacionais.¹¹²

Esta situação começou a mudar no final do século XX, com a aceleração da globalização, que implicou também na aceleração e aumento dos fluxos de investimento estrangeiros. Com a necessidade de capital para viabilizar o desenvolvimento econômico, os Estados tiveram de flexibilizar suas políticas externas quanto ao regime aplicável ao investimento estrangeiro.¹¹³

¹⁰⁸ MOISÉS, Cláudia Perrone. *op. cit.*, p. 29.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 55.

¹¹⁰ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *op. cit.*, p. 110.

¹¹¹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos Investimentos e o petróleo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 1, n. 18, p. 1-37, 2010, p. 2.

¹¹² RAMINA, Larissa. *Direito Internacional dos Investimentos: solução de controvérsias entre Estados e empresas transnacionais*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 47-50.

¹¹³ *Ibid.*, p. 61.

Xavier Junior aponta o fator decisivo para esta mudança, bem como o seu retrocesso efetivo:

“A mudança de posição na América Latina, no que se refere à arbitragem internacional de investimentos, foi reforçada pela adesão de muitos países à Convenção de Washington. Paraguai (1981), Equador (1986), Argentina (1991), Bolívia (1991), Chile (1991), Peru (1991), Uruguai (1992), Colômbia (1993) e Venezuela (1993) aderiram à Convenção, ratificando a postura da região de buscar uma inserção mais dinâmica na economia mundial, através da oferta ao investidor estrangeiro de um mecanismo para solução de controvérsias. Além disso, muitos países procederam a uma abertura de seus mercados e a uma liberalização de sua economia, gerando maior participação em acordos internacionais de comércio e investimento. Apesar da erosão sofrida pela doutrina Calvo, alguns países latino-americanos – como o Brasil e o México – nunca aderiram à Convenção de Washington e, mais recentemente, Bolívia (2007), Equador (2009) e Venezuela (2012) se tornaram os primeiros países a denunciar a Convenção, deixando o sistema do ICSID.”¹¹⁴

É comum atribuir-se a denúncia em massa da Convenção de Washington pelos países americanos ao grande número de casos iniciados contra a Argentina no âmbito do ICSID, que tiveram resultados desastrosos para aquele País.¹¹⁵ No entanto, alguns autores assinalam outra possibilidade: curiosamente, apesar do aumento no número IAAs, em especial de BITs, e da manutenção de vários desses mecanismos por algumas décadas, ainda não resta comprovada a relação entre a assinatura de acordos de investimento e aumento na capacidade de atração de investimentos estrangeiros. Um estudo realizado pelo Banco Mundial, em 2003, concluiu que BITs funcionam como complemento para instituições já solidificadas no intuito de atrair investimentos.¹¹⁶

Esse mesmo estudo enfatiza que é necessário analisar o funcionamento dos BITs e se eles estão trazendo os benefícios desejados, em especial para que se sopesem os pontos positivos com os negativos, os custos, para os países que os implementam.¹¹⁷ Hallward-Driemeier continua seu questionamento:

¹¹⁴ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *op. cit.*, p. 112.

¹¹⁵ COSTA, José Augusto Fontoura. Brasil e arbitragem internacional de investimentos: realidade e possibilidades. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). **Direito Internacional dos Investimentos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 247-270. Sobre as tensões oriundas das expropriações que ocorreram nestas décadas, Marilda Rosado informa: “As controvérsias resultantes de grandes casos de expropriação, e as demandas arbitrais e judiciais decorrentes terminaram por gerar precedentes e posicionamento da doutrina internacionalista que criaram um pano de fundo conceitual para a análise de qualquer caso no século XXI. Na verdade, trata-se da mesma tensão entre, de um lado, o poder estatal, e de outro da propriedade privada, que assume feições especiais no âmbito internacional.”

¹¹⁶ Hallward-Driemeier, *op. cit.*, p. 8.

¹¹⁷ *Ibid*, p.8.

“Será possível que em alguns anos ocorra um resultado diferente. A divulgação quanto a proteção dos investidores estrangeiros em conflitos submetidos de acordo com o Capítulo 11 do NAFTA, assim como os casos trazidos contra a Argentina [...], podem vir a chamar a atenção de potenciais investidores para os ganhos que eles podem realizar com a celebração de um acordo bilateral de investimentos e levá-los a insistir na sua conclusão. No entanto, os negociadores dos Estados também podem vir a tentar aprimorar as cláusulas de expropriação e compensação, de modo a assegurar que as piores previsões dos críticos não se concretizem, aproximando os custos e benefícios dos acordos bilaterais de investimentos.”¹¹⁸

A despeito destes contratemplos, Sornarajah comenta que, na atualidade, a situação vem sofrendo mudanças:

“(...) diferentemente do que ocorria no passado, quando o tratamento nacional era rejeitado por completo, uma vez que este tratamento era, no caso de alguns Estados, abaixo do padrão mínimo defendido pelos países desenvolvidos, no caso dos BITs, o tratamento nacional tem suas vantagens, já que os países reservam muitos setores econômicos e privilégios para os seus nacionais. Ademais, o tratamento nacional na fase de entrada do investimento é considerado um importante direito, uma vez que possibilita ao investidor estrangeiro o direito de entrada e estabelecimento no Estado receptor. Acordos que tem como objetivo a liberalização contêm estes direitos antes da entrada e do estabelecimento. A concessão do tratamento nacional após a entrada do investimento pode gerar vantagens aos estrangeiros, uma vez que serão atribuídos a eles os mesmos privilégios concedidos aos nacionais. Por isto, há uma tendência entre os países desenvolvidos de defender o tratamento nacional como um padrão relevante e abordar a questão da responsabilidade internacional, de maneira a se fundamentar na discriminação resultante do fracasso em conceder tratamento nacional ao investidor estrangeiro. (...)”¹¹⁹

Em relação ao Brasil, é importante notar que sempre houve a possibilidade de o Estado ou os investidores brasileiros acessarem a jurisdição do ICSID, utilizando-se do ICSID *Additional Facility Rules*.¹²⁰

¹¹⁸ Ibid., p.23. Tradução nossa. No original: “It is possible that in a few years a different result will emerge. The publicity surrounding the investor protection cases being brought under NAFTA’s Chapter 11 and the cases being brought against Argentina [...], may make potential investors more aware of the potential gains they would have under a BIT and insist on such terms. On the other hand, policymakers may take greater care to refine the expropriation and compensation clauses to ensure the worst fears of the critics are not realized, bringing closer together the relative costs and benefits of BITs.”

¹¹⁹ SORNARAJAH, M. *op.cit.*, 234. Tradução nossa. No original: “[...] unlike in the past when national treatment was rejected altogether, because such treatment was in the case of some countries lower than the minimum standard, contended for by the capital exporting states, in modern times, national treatment may have its advantages as states reserve many of their economic sectors and privileges to their national. In addition, national treatment at the stage of entry is regarded as an important right, as it entitles the foreign investor to a right of entry and establishment in the host state. Treaties, which aim at liberalisation, contain such pre-entry rights of establishment. The granting of national treatment after entry may confer advantages on aliens, as it will grant them the same privileges enjoyed by nationals. For this reason, there is a tendency among developed states to support national treatment as a relevant standard and to approach the issue of international responsibility on the basis of discrimination resulting from the failure of the host state to provide national treatment to the foreign investor. [...]”

¹²⁰ O ICSIDAF é um mecanismo alternativo do sistema normal ICSID, que permite Estados que não assinaram o tratado principal utilizarem-se dos mecanismos do sistema sem se comprometerem. Sobre a situação do Brasil, Paulo

2.1.2 As mudanças econômicas dos anos 90

A partir dos anos de 1980 e 1990, como o restante do mundo, o Brasil passou por um processo de liberalização da movimentação do capital. Este processo ocorreu de forma lenta e gradativa, tendo em vista que o arcabouço legal básico que regia as operações de câmbio no Brasil era antigo e ineficiente para os padrões da época.¹²¹

Nesse sentido, uma série de reformas eram necessárias para se adequar ao mundo globalizado, com seu fluxo de capital intenso e internacional. Destarte, há cinco tópicos centrais dessas mudanças tributárias e da regulamentação relativas ao capital estrangeiro no País: (i) Modificações tributárias; (ii) Regulamentação do Banco Central; (iii) Outras Questões em discutidas no Banco Central do Brasil até 1993; (iv) Regulamentação do INPI; e (v) Quebra dos Monopólios.¹²²

Cabe mencionar a importância do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) para o processo decisório brasileiro.¹²³ Após entrar em vigor em 29/11/91, por meio da ratificação do Tratado de Assunção, pelos seus então dois membros, Brasil e Argentina, o MERCOSUL recebeu grande atenção dos países vizinhos, entre os quais Uruguai e Paraguai, que logo se juntaram ao bloco. O objetivo da organização é a constituição de um mercado comum, que cria

Macedo Garcia Neto comenta: “As the Brazilian economy is rising, and national public and private companies increase their investments outward it seems more likely that Brazilian investors start having more difficulties in protecting their interests. The recent conflicts and disputes arising out of the investment contracts between Brazilian investors and host countries evidence even more the fact that Brazil may want to take more seriously its position on investment arbitration treaties. For example, recently, the world has followed with perplexity the Arab World turmoil, and there are several Brazilian investments in that region that could be at risk. Taking in account the new South-South relationships, Brazilian investors are dealing more and more in hostile environments.” GARCIA NETO, Paulo Macedo. *Investment arbitration in Brazil: the landscape of investment arbitration in Brazil and why Brazil should become a more important player in the investment arbitration arena*. In: LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerdau de; PUCCI, Adriana Noemi. **Investment protection in Brazil**. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2013, p. 3-16, p. 13-14.

¹²¹ MACHADO, Fernando D’Angelo. **Mobilidade de Capitais e Vulnerabilidade Externa do Brasil: a Nova Qualidade da Dependência Financeira (1990:2010)**. 2011. 145 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2011, p. 20.

¹²² DA SILVA, Luciana Acioly. **Brasil, China e Índia: o Investimento Direto Externo nos Anos Noventa**. 2004. 259 f. Tese (Doutorado em Economia Aplicada) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas. 2004, p. 172-175. Um quadro com todas as principais mudanças está disponível no anexo II deste trabalho.

¹²³ “O Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) é um processo de integração regional conformado inicialmente pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai ao qual recentemente incorporaram-se a Venezuela* e a Bolívia, esta última em processo de adesão. O MERCOSUL é um processo aberto e dinâmico. Desde sua criação teve – como objetivo principal propiciar um espaço comum que gerasse oportunidades comerciais e de investimentos mediante a integração competitiva das economias nacionais ao mercado internacional.”. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/quem-somos/em-poucas-palavras/>. Acesso em 28. nov. 2022.

um espaço único de circulação internacional de bens, similar aos moldes do mercado da União Europeia (UE), com a criação de regras comuns de investimento.¹²⁴ Para tal, era necessário a eliminação das barreiras tarifárias, e a compatibilização progressiva dos regimes cambiais e de capital estrangeiros. Esses aspectos foram essenciais para o processo de integração regional e determinantes para o aumento do volume de investimento estrangeiro recebido pelo Brasil.¹²⁵

Assim, em vista das necessidades históricas, o Brasil introduziu uma série de mudanças ao seu quadro regulatório entre os anos 80 e 90, fundamentais para a entrada do capital externo, que se tornava cada vez mais essencial, dando maior acesso ao mercado internacional de bens e serviços. Além disso, adequou-se aos regimes necessários para iniciar o processo de transformação da região em um bloco econômico, fato que até hoje não se concretizou, mas que à época configurava-se como o próximo passo.¹²⁶

2.2 Os tratados bilaterais de investimento brasileiros

Em paralelo ao processo de liberalização da economia, o Estado brasileiro assinou uma série de tratados bilaterais de investimento. Ao todo, foram catorze acordos com Alemanha (1995), Bélgica/Luxemburgo (1999), Chile (1994), Coreia do Sul (1995), Cuba (1997), Dinamarca (1995), Finlândia (1995), França (1995), Itália (1995), Países Baixos (1998), Portugal (1994), Reino Unido (1994), Suíça (1994) e Venezuela (1995).¹²⁷

Em seguida, será feita análise de algumas características desses tratados e do motivo pelo qual nenhum deles foi ratificado – fatores importantes para a compreensão da postura brasileira.

¹²⁴ THORSTENSEN, Vera; MESQUITA, Alebe; GABRIEL, Vivian. **op. cit.**, p. 36; Atualmente a Venezuela também é membro do MERCOSUL, apesar de estar suspensa da organização. Outros países também figuram como “estados associados” que participam de atividades e reuniões do bloco, contando ainda com preferências comerciais, apesar de ainda não figurar como membros efetivos.

¹²⁵ DA SILVA, Luciana Acioly. **op. cit.**, p. 172-175.

¹²⁶ *Ibid.* p. 175.

¹²⁷ Os tratados estão disponíveis na base de dados do Ministério das Relações Exteriores em:<
<https://aplicacao.itamaraty.gov.br/ApiConcordia/Acordo/exportar-acordo/?tipoPesquisa=2&tituloAcordo=investimentos&formatoArquivo=1&tamanhoPagina=68>>.

Como dito acima, quase todo BIT possui uma definição de investimento, e os tratados assinados pelo Brasil não foram diferentes. Abaixo o exemplo de definição de “investimento” contido no acordo entre Brasil e Alemanha:

“Artigo 1

Para os efeitos do presente Acordo:

O termo “investimentos” significa toda espécie de haveres investidos ou reinvestidos por um investidor de uma Parte Contratante no território da outra, de acordo com a legislação desta última, e inclui, em particular, ainda que não exclusivamente:

- a) a propriedade de bens móveis e imóveis, bem como quaisquer outros direitos reais, tais como hipotecas e penhoras;
- b) as ações, quotas ou outras formas de participação societária;
- c) os direitos sobre créditos ou quaisquer outro direito sobre obrigações com valor econômico relativos a um investimento;
- d) os direitos de propriedade intelectual, tais como direitos de autor, patentes, modelos registrados, desenhos e modelos industriais, marcas, nomes comerciais, informações não divulgadas, processos tecnológicos, know-how e fundo de comércio, e
- e) as concessões de direito público, inclusive concessões para pesquisa, exploração e extração de recursos naturais. A alteração da forma pela qual os bens foram investidos não afeta a sua qualificação como investimento.

O termo “rendimentos” designa as quantias geradas por um investimento, em um determinado período, tais como lucros, dividendos, juros, royalties, ou outras formas de remuneração.

O termo “investidores” designa:

- a) as pessoas físicas que tenham a nacionalidade de uma das Partes Contratantes em conformidade com sua Constituição e que realizem um investimento no território da outra Parte Contratante, e
- b) as pessoas jurídicas, as sociedades comerciais ou outras sociedades e associações, com ou sem personalidade jurídica, que tenham sede no território de uma das Partes Contratantes, constituídas de acordo com a sua respectiva legislação interna, independentemente de terem suas atividades fins lucrativos, e que realizem um investimento no território da outra Parte Contratante.

O termo “território” designa o território de cada Parte Contratante, compreendendo a plataforma continental e a zona econômica exclusiva, sobre o qual a Parte Contratante em questão possa, de acordo com o Direito Internacional, exercer direitos soberanos ou jurisdição.”¹²⁸

Nota-se que a definição utilizada é bastante ampla. Trata-se da definição material padrão utilizada nos BITs brasileiro, com pequenas diferenças entre os tratados. De modo geral, faz-se uma definição ampla, e em seguida apresenta um rol exemplificativo de ativos que são considerados investimentos, não levantando diferenças entre os investimentos diretos e os investimentos indiretos.¹²⁹

¹²⁸ BRASIL. **Tratado Bilateral de Investimento entre a República Federativa do Brasil e a República Federal da Alemanha**. Brasília, 21 de setembro de 1995. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/648/brazil---germany-bit-1995->>>. Acesso em: 30 set. 2022. art. 1º.

¹²⁹ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. **op. cit.**, p. 121.

Quanto à definição de investidor, o acordo utiliza o critério da nacionalidade para as pessoas físicas e o local da incorporação, conjuntamente à sede para pessoas jurídicas. Este padrão é utilizado na maioria dos tratados assinados pelo Brasil.

Outro dispositivo de essencial comento nos tratados brasileiros é a cláusula de solução de controvérsias entre o Estado e o investidor estrangeiro. Quanto a isso o acordo Brasil-Coréia do Sul dita em seu artigo 8º:

“Solução de Controvérsias entre uma Parte Contratante e um Investidor da Outra Parte Contratante

Qualquer controvérsia entre uma Parte Contratante e um investidor da outra Parte Contratante relacionada a um investimento efetuado no âmbito do presente Acordo será, na medida do possível, solucionada amigavelmente pelas partes em litígio por meio de consultas e negociações. 2

. Se a controvérsia não puder ser solucionada amigavelmente dentro de um prazo de 6 (seis) meses, contado da data do início de tais consultas, ela poderá ser submetida, à eleição do investidor:

a) aos tribunais locais da Parte Contratante em litígio, ou

b) à arbitragem internacional, nas condições descritas no parágrafo 5 deste Artigo.

A opção por uma dessas duas vias será definitiva e irreversível. Não obstante, se a controvérsia for submetida aos tribunais locais, ainda assim será possível recurso à arbitragem internacional se o investidor desistir do processo judicial perante os tribunais locais antes de ser proferida qualquer sentença.

4. O recurso aos tribunais locais pelo investidor de uma Parte Contratante, de acordo com a legislação e regulamento da outra Parte Contratante em que o investimento foi efetuado, não se dará em condições menos favoráveis do que as aplicáveis a investimentos efetuados por investidores nacionais dessa última Parte Contratante, ou por investidores de qualquer terceiro Estado.

Se o investidor optar pela arbitragem internacional, a controvérsia será submetida: ao Centro Internacional para a Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos, estabelecido pela Convenção para a Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados, aberta à assinatura em Washington, em 18 de março de 1965, desde que a República Federativa do Brasil venha a tornar-se parte dessa Convenção. Enquanto tal não ocorrer, a controvérsia poderá ser submetida ao Mecanismo Adicional para a Administração de Processos de Conciliação, Arbitragem e Verificação de Fatos daquele Centro, ou

b) a um tribunal ad hoc estabelecido de acordo com as Normas de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas sobre Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), adotadas por meio da Resolução 31/98 da Assembléia Geral de 15 de dezembro de 1976. O tribunal de arbitragem será composto por três árbitros - um designado pela Parte Contratante em litígio, um designado pela outra parte na controvérsia e, um terceiro, que Presidirá o tribunal, designado pelos dois árbitros selecionados de acordo com o procedimento previsto neste parágrafo. Se o terceiro árbitro não houver sido designado dentro de um prazo de 30 (trinta) dias após a designação dos dois outros árbitros, sua designação será atribuída ao Presidente do Tribunal de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio.

O Tribunal Arbitral decidirá com base nas disposições deste Acordo, na legislação interna da Parte Contratante em que o investimento foi efetuado e nas disposições pertinentes do Direito Internacional.

As decisões serão definitivas e obrigatórias para as partes em litígio e serão executadas de acordo com a legislação nacional.

As Partes Contratantes abster-se-ão de tratar, por meio de canais diplomáticos, de questões relativas a controvérsias submetidas a processo judicial ou à arbitragem

internacional, até que os procedimentos correspondentes estejam concluídos, salvo no caso em que uma das partes na controvérsia não tenha dado cumprimento à sentença judicial ou ao laudo arbitral, nos termos estabelecidos na respectiva sentença ou laudo.”¹³⁰

Este dispositivo demonstra precisamente o roteiro básico para solução de controvérsias presente na maioria dos tratados brasileiros: (i) busca inicial pela solução amigável não litigiosa; (ii) cláusula de *fork-in-the-road* pela parte investidora,¹³¹ pela qual pode escolher entre (a) os tribunais nacionais do Estado receptor ou (b) a arbitragem internacional; (iii) optando pela arbitragem, deverá escolher entre a utilização (a) do ICSID ou, (b) da arbitragem *ad hoc*, seguindo as regras da UNCITRAL, e (iv) execução do laudo arbitral de acordo com o Direito nacional. Este mesmo roteiro é repetido em quase todos os catorzes tratados assinados pelo Brasil.¹³²

Apesar de materialmente possuírem muitas similaridades, apenas os acordos celebrados com Alemanha, Chile, França, Portugal, Reino Unido e Suíça foram encaminhados para ratificação pelo Congresso Nacional. O Governo expôs em uma mensagem os motivos pelos quais encaminhou os BITs ao Congresso Nacional:

“Acordos para a promoção e proteção contra riscos não-comerciais constituem hoje relevantes fator de atração do capital estrangeiro. [...] O Governo brasileiro, por conseguinte, com o objetivo de sinalizar à comunidade financeira internacional uma postura receptiva ao investimento estrangeiro [...] criou, em março de 1992, Grupo de Trabalho Interministerial encarregado de elaborar modelo de acordo para a promoção e a proteção de investimentos estrangeiros. Em setembro de 1992, o Ministério das Relações Exteriores, e o então Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento aprovaram texto-padrão de acordo sobre a matéria, o qual tem sido gradativamente adaptado às tendências internacionais nessa área. Desde então, número significativo de países vem propondo formalmente ao Brasil a negociação de acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos.”¹³³

¹³⁰ BRASIL. **Acordo para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Coreia**. Brasília, 1 set. 1995. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/509/download>>. Acesso em: 6 out. 2022. art. 8º.

¹³¹ A cláusula de *fork-in-the-road* obriga a parte que iniciar o litígio a optar por apenas uma das possibilidades de jurisdição disponíveis a ela, renunciando à outra opção. Ver: SORNARAJAH, M. **op.cit.**, p. 352.

¹³² XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. **op. cit.**, p. 121.

¹³³ BRASIL. **Exposição de Motivos nº 612/MRE, de 12 de dezembro de 1994**. Diário do Congresso Nacional, Brasília, 6 jan. 1995. Seção I, p. 404.

Segundo outra mensagem, o objetivo dos tratados era “garantir a introdução no ordenamento jurídico nacional de regras compatíveis com a política nacional de atração de investimentos estrangeiros diretos”.¹³⁴ A exposição reconhecia os avanços para a modernização e a liberalização da economia do País, ao longo da última década, mas notava que haveria necessidade de o Brasil demonstrar mais transparência e estabilidade em sua legislação nacional aplicável ao capital estrangeiro.¹³⁵

Apesar disso, todos enfrentaram resistência do Poder Legislativo da mesma forma.¹³⁶

Houve apoio por parte de certas comissões,¹³⁷ mas não foi suficiente e, ao final, foram rejeitados. A Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados proferiu um parecer, alegando os motivos que impediram o País de ratificar os tratados:

- A definição do termo investimento é bastante ampla, não sendo possível diferenciar o capital produtivo que atenda sua função social do capital especulativo.
- As Cláusulas da nação mais favorecida, do Tratamento Nacional e do Tratamento Justo e Equitativo. Dentre esses dispositivos, a cláusula da Nação Mais Favorecida foi a que mais gerou apreensão, haja vista que a sua adoção permitiria que qualquer benefício concedido a um país poderia ser estendido a outros com os quais o Brasil possuísse acordos semelhantes.
- A proibição de nacionalização e desapropriação, salvo em razão do interesse nacional e mediante indenização justa, pronta e imediata. Esse dispositivo estaria em desacordo com o art. 184 da CF/88 que prevê a possibilidade de desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural mediante indenização em títulos da dívida agrária.
- A cláusula de vigência e denúncia segundo a qual estabelece-se um prazo mínimo de vigência de 10 anos, antes do qual o acordo não poderia ser denunciado. Esse dispositivo poderia comprometer um período demasiadamente longo, impedindo que o tratado possa ser modificado.
- A cláusula de solução de controvérsias entre Investidor-Estado possibilitaria ao investidor escolher o foro (nacional ou a arbitragem internacional) para dirimir as controvérsias que porventura venham surgir no decorrer da execução dos BITs. Esse dispositivo iria de encontro aos artigos 1º, inciso I (princípio da soberania nacional) e art. 5º, inciso XXXV (princípio da inafastabilidade de jurisdição) da Constituição Federal de 1988.”¹³⁸

¹³⁴ BRASIL. **Exposição de Motivos nº 227/MRE, de 5 de junho de 1997**. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, 1 jul. 1997, p. 18178.

¹³⁵ BRASIL. **Exposição de Motivos nº 230/MRE/MF, de 22 de junho de 1998**. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, 27 jun. 1998, p. 17657.

¹³⁶ SCANDIUCCI FILHO, José Gilberto. *op. cit.*, p. 271-301.

¹³⁷ BRASIL. **Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e Redação, de 8 de janeiro de 1997 [ao Projeto de Decreto Legislativo nº 367 de 1996]**. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, 4 mai. 2000, p. 21702.; BRASIL. **Parecer da Comissão de Tributação e Finanças, de 6 de agosto de 2003 [ao Projeto de Decreto Legislativo nº 366 de 2000]**. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, 12 ago. 2003, p. 37396.

¹³⁸ AZEVEDO, Débora Bithiah de. Os Acordos para Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos Assinados pelo Brasil. Brasília. Câmara dos Deputados, 2001, p. 3-11. Apud THORSTENSEN, Vera; MESQUITA, Alebe; GABRIEL, Vivian. *op. cit.*, p. 61.

A partir desse ponto, com o aumento gradativo das críticas aos BITs, o Poder Executivo optou por retirar seus projetos de ratificação da tramitação na Câmara dos Deputados.¹³⁹ Apesar desse entrave no avanço da pauta da atração de capital externo, não se abandonou a pauta. De maneira oposta, o Brasil participou de forma central na revisão e proposição de um novo modelo, que conseguisse cumprir o papel do BIT sem a necessidade de seus ônus, o Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos.¹⁴⁰

2.3 O futuro do investimento estrangeiro no País

Após o arquivamento dos projetos pelo Congresso Nacional, foi instituído, em 2003, um grupo de trabalho interministerial para trazer novas soluções a serem dadas aos acordos de investimento já assinados pelo País. Em 2007, o Conselho de Ministros da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX)¹⁴¹ criou diretrizes para novas negociações, com foco na renegociação de acordos de investimento no âmbito do MERCOSUL, dirigidos aos investimentos nos países da América Latina, e deixando negociações em outras regiões para serem feitas em contexto de acordos mais amplos.¹⁴²

Arnoldo Wald à época fez comentário a favor da estratégia de política externa brasileira:

“seria oportuno que tais tratados fossem inicialmente firmados com os países da América Latina, nos quais as empresas brasileiras têm importantes investimentos em infra-estrutura e em outros setores, que, muitas vezes, constituem complementos da nossa economia. A política brasileira de financiamentos externos concedidos pelo BNDES se tem, aliás, concentrado na América Latina, o que se justifica tanto pelas maiores necessidades locais como pela progressiva integração regional. É essa,

¹³⁹XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. **op. cit.**, p. 129.

¹⁴⁰ PEIXOTO, Dayene Cristine. **O Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (Acfi): Inovação Institucional, Política Externa e Diplomacia Comercial**. Brasília, 2021. 119 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Faculdade de Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Brasília, 2021, p. 92.

¹⁴¹ “A Câmara de Comércio Exterior – Camex tem a atribuição de formular, adotar, implementar e coordenar as políticas e atividades relativas ao comércio exterior brasileiro, à atração de investimentos estrangeiros diretos, a investimentos brasileiros no exterior, aos temas tarifários e não tarifários e ao financiamento às exportações com o objetivo de promover o aumento da produtividade e da competitividade das empresas brasileiras no mercado internacional”. Disponível em: <https://www.gov.br/produktividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/camex/sobre-a-camex>. Acesso em: 1 dez. 2022.

¹⁴² PEIXOTO, Dayene Cristine. **op. cit.**, p.p. 92-93.

inclusive a posição atual do Governo brasileiro, segundo informações prestadas pelo Ministério das Relações Exteriores.”¹⁴³

Neste ponto, já havia uma série de outras tentativas de criar mecanismos de incentivo ao investimento estrangeiro no País. Ao longo dos anos 2000, o Brasil assinou onze memorandos, que buscavam a promoção de investimentos e comércio com Chile, Suriname Guiana, Nicarágua, Coreia do Sul Cingapura, Líbia, Uzbequistão, África do Sul, Venezuela e Quênia.

Apesar de suas disposições limitadas, não apresentando mecanismos de resolução de controvérsias para além das vias diplomáticas, esses instrumentos demonstram a disposição que o Brasil tem para promover investimentos com outros países, especialmente com as nações em desenvolvimento, fortalecendo as relações do eixo Sul-Sul.¹⁴⁴

Esse mesmo ímpeto fez-se presente na década de 2010, quando se iniciou novas negociações para a adoção de BITs com Chile, Canadá e com o bloco da União Europeia. Apesar de nenhum destes acordos ter saído do papel, resta aparente o interesse do Brasil em ser um ator ativo no sistema internacional de investimentos estrangeiros.¹⁴⁵

Outro ponto que foi trazido ainda no início dos anos 2000, apontado pela CAMEX, foi a possibilidade de se buscar um novo tipo de acordo de investimento, que leve em conta as características, necessidades e limitações do Brasil dentro do sistema internacional de investimento. Essa busca se intensificou em 2012, quando o órgão concedeu mandato formal para o GTEX (Grupo Técnico de Estudos Estratégicos de Comércio Exterior).¹⁴⁶

¹⁴³ WALD, Arnoldo. Uma nova visão dos tratados de proteção de investimento e da arbitragem internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 6, n. 21, p. 9-29, 2009, p. 27.

¹⁴⁴ GARCIA NETO, Paulo Macedo. **op. cit.**, p. 15. O autor comenta quanto à postura do País: “Albeit this is a very shy step considering the increasing number of Brazilian outwards investments, it is a safe way to start shaping the Brazilian path into the international investment treaties, and, in particular, into international investment arbitration, which is particularly important in light of the change in Brazilian economic scenario, as it is consolidating its role as an investment exporter”

¹⁴⁵ GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. **A proteção jurídica dos investimentos brasileiros no exterior**. 2015. 266 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015. p.89.

¹⁴⁶ PEIXOTO, Dayene Cristine. **op. cit.** 91.

Para o desenvolvimento dos novos acordos, o GTEX buscou desenvolver seus trabalhos mediante regulares consultas ao setor privado, de maneira que se pudessem mapear suas demandas e os principais desafios e preocupações que seriam enfrentados ao longo do processo de transnacionalização.¹⁴⁷

A partir destas consultas, alguns tópicos centrais a serem tratados foram levantados, entre os quais (i) a necessidade de suporte para a expansão de companhias brasileiras; (ii) a mitigação de problemas específicos; (iii) a dificuldade de acesso à informação em território estrangeiro; (iv) a necessidade de agendas temáticas e de negócios; e (v) o reforço do diálogo institucional.¹⁴⁸

Definidas as principais preocupações dos setores relevantes quanto ao tópico, foi produzido um relatório e, em seguida, uma primeira versão do acordo, já aprovada pela CAMEX, a ser apresentada para outros Estados.¹⁴⁹ Essa proposta foi levada aos países anfitriões de investimentos brasileiros, com foco nos países do continente africano e sul-americano, como parte da estratégia de incentivo ao estabelecimento de investimentos com países do sul econômico, parte da política externa do País a época.¹⁵⁰

Moçambique, Angola e México foram os primeiros países a aceitarem o formato do novo acordo de investimento brasileiro, todos ainda em 2015, iniciando a nova rodada de negociações brasileiras.¹⁵¹ Esses acordos vieram a ser denominados ACFIs (Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos). Suas disposições materiais e funcionamento prático serão explorados no próximo capítulo.

¹⁴⁷ Ibid, p.91.

¹⁴⁸ SOUZA, Renato Rezende de Campos. Cooperation and Facilitation Investment Agreement – CFIA. **[apresentação de slides no World Investment Forum]**. [s.6.], mai 2015. Disponível em: <https://worldinvestmentforum.unctad.org/sites/wif/files/documents/Brazil_side-event-Wednesday_model-agreements.pdf>. Acesso em: 01 dec. 2022.

¹⁴⁹ PEIXOTO, Dayene Cristine. **op. cit.** 93.

¹⁵⁰ THORSTENSEN, Vera; MESQUITA, Alebe; GABRIEL, Vivian. **op. cit.**, p. 63.

¹⁵¹ COMEX DO BRASIL. **Brasil apresenta proposta de investimento na África do Sul, Angola, Moçambique e Nigéria**. Disponível em: <<http://comexdobrasil.com/brasil-apresenta-proposta-de-acordo-de-investimento-na-africa-sul-angola-mocambique-nigeria/>>. Acesso em: 5 dez. 2022.

3 OS ACORDOS DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS (ACFIS)

Os ACFIs foram desenvolvidos a partir da união dos esforços do governo brasileiro e da iniciativa privada com o intuito de serem alternativas aos BITs, somado à experiência de outros países e organizações internacionais observados. Foram adequados às necessidades da política externa brasileira, bem como às da classe empresarial, ator mais interessado na concretização de um novo *standard* de proteção.¹⁵²

Tabela 1 - ACFIs assinados pelo Brasil

PAÍS	ASSINATURA	STATUS
Moçambique	30/03/2015	Em ratificação da outra parte
Angola	1/4/2015	Entrou em vigor em 2017
México	26/05/2015	Entrou em vigor em 2018
Maláui	25/06/2015	Em ratificação da outra parte
Colômbia	9/10/2015	Em ratificação da outra parte
Chile ¹⁵³	23/11/2015	Tramitação no Congresso Nacional
Peru ¹⁵⁴	29/04/2016	Em ratificação da outra parte
Argentina (PCFI) ¹⁵⁵	7/4/2017	Em ratificação da outra parte
Paraguai (PCFI)	7/4/2017	Em ratificação da outra parte
Uruguai (PCFI)	7/4/2017	Entrou em vigor em 2019
Etiópia	11/4/2018	Tramitação no Congresso Nacional
Suriname	2/5/2018	Tramitação no Congresso Nacional
Guiana	13/12/2018	Tramitação no Congresso Nacional
Emirados Árabes Unidos	15/03/2019	Tramitação no Congresso Nacional
Marrocos	13/06/2019	Tramitação no Congresso Nacional
Equador	25/09/2019	Tramitação na Casa Civil
Índia	25/01/2020	Tramitação no Congresso Nacional

Fonte: Dados compilados do Ministério da Economia (ME) e do Ministério das Relações Exteriores.¹⁵⁶

¹⁵² GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. **op. cit.**, p. 88.

¹⁵³ Posteriormente, o ACFI entre Brasil e Chile veio a se tornar um capítulo do Acordo de Livre Comércio Brasil-Chile, que foi assinado em 2018.

¹⁵⁴ O conteúdo material contido no ACFI está inserido em um capítulo na estrutura do Acordo de Ampliação Econômico-Comercial.

¹⁵⁵ PCFI – Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimento Intra-MERCOSUL.

¹⁵⁶ PEIXOTO, Dayene Cristine. **op. cit.**, p.p. 94-95.

Como se pode observar, a ampla maioria dos ACFIs assinados pelo Brasil são celebrados com países do sul econômico, com foco em alguns dos principais destinos de investimentos brasileiros.

Neste capítulo, trabalhar-se-á os nuances dos ACFIs, analisando inicialmente suas previsões materiais mais relevantes, verificando como se dá o papel dos mecanismos institucionais de governança na concretização dos objetivos estipulados nos acordos e, por fim, destrinchar-se-á os sistemas de prevenção e solução de controvérsias do novo modelo de acordo, opondo-o ao sistema pré-existente.

3.1 Previsões materiais

Como na estrutura tradicional dos APPRIs, os ACFIs se iniciam com um preâmbulo que dita as intenções que deram origem àquele tratado. Os ACFIs assinados pelo Brasil dão especial atenção ao objetivo de aproximação e cooperação entre as nações, reiterando a necessidade de promover e agilizar os investimentos bilaterais entre os parceiros, sem deixar de focar no desenvolvimento sustentável e proteção dos investimentos.¹⁵⁷ Observa-se uma padronização destes preâmbulos, contudo, como as demais cláusulas, podem ser moldadas para as necessidades das partes signatárias.¹⁵⁸

Em geral, os preâmbulos indicam os pilares sobre os quais se constroem este novo tipo de acordo: (i) a governança institucional; (ii) os mecanismos para a mitigação de riscos e a prevenção e solução de controvérsias; e (iii) o marco institucional para a implementação de agendas temáticas para a cooperação e facilitação dos investimentos.¹⁵⁹

¹⁵⁷ A íntegra dos acordos comerciais assinados pelo Brasil está disponível em <https://www.gov.br/siscomex/pt-br/acordos-comerciais>. Todos os ACFIs assinados até o momento se iniciam com uma série de preâmbulos, em sua maioria já padronizados.

¹⁵⁸ BRASIL. Agência Brasileira de Promoção de Exportações e Investimentos. **Boletim de Facilitação de Negócios Análise e estudos de Conjuntura Internacional**, ano 2.n. 3, 2015. Disponível em:<arq.apexbrasil.com.br/portal/BoletimNegocios_Edicao03.pdf> . Acesso em: 10 dez. 2022.

¹⁵⁹ GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. **op. cit.**, p. 95.

Observa-se o exemplo do ACFI Brasil-México:

“A República Federativa do Brasil e Os Estados Unidos Mexicanos, doravante denominados como "as Partes" ou, individualmente, como "a Parte", ALMEJANDO reforçar e aprofundar os laços de amizade e o espírito de cooperação contínua entre as Partes; INTERESSADAS em estimular, agilizar e apoiar investimentos bilaterais, abrindo novas iniciativas de integração entre os dois países; RECONHECENDO a necessidade de promover e proteger os investimentos devido ao seu papel essencial 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; ENTENDENDO que o estabelecimento de uma parceria estratégica entre as Partes em matéria de investimentos trará benefícios amplos e recíprocos; DESTACANDO a importância de se fomentar um ambiente transparente, ágil e amigável para os investimentos mútuos das Partes; RECONHECENDO o direito das Partes de legislar em matéria de investimentos e de adotar novas regulamentações sobre o tema, com a finalidade de cumprir os objetivos de sua política nacional; DESEJANDO impulsionar e estreitar os contatos entre os setores privados e os Governos de ambos países; INTERESSADAS em criar um mecanismo de diálogo técnico e iniciativas governamentais que contribuam para o aumento significativo de seus investimentos mútuos;”¹⁶⁰

Como se pode observar, este acordo foca ainda mais especificamente na necessidade de promoção de novas iniciativas para a integração entre os países.

Em alguns casos específicos, foi incluído também uma seção referente ao âmbito de aplicação dos ACFIS. Nesta seção, por exemplo, estaria estipulado a partir de quando os termos do acordo seriam válidos, antes ou depois de sua entrada em vigor. Pode-se definir também se há alguma matéria específica que não entrará no escopo do acordo.¹⁶¹ Há possibilidade de outras limitações do âmbito dos acordos, mas até o momento este ponto não foi particularmente explorado.

¹⁶⁰ BRASIL. **Acordo e Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos Mexicanos**. Brasília, 25 de jun. 2015. Disponível em:< <https://www.gov.br/siscomex/pt-br/arquivos-e-imagens/2020/12/ACFIBrasileMexico.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2022. Preâmbulo.

¹⁶¹ No ACFI Brasil-Colômbia, por exemplo consta: “Artigo 2º 1. Este Acordo aplica-se a todos os investimentos realizados antes ou depois de sua entrada em vigor. 2. Este Acordo não limitará de maneira alguma os direitos e benefícios que a legislação vigente no território de uma Parte confere a um investidor da outra Parte. 3. Para maior certeza, as Partes reafirmam que este Acordo será aplicado sem prejuízo aos direitos e obrigações derivados dos Acordos da Organização Mundial do Comércio. 4. As disposições deste Acordo não se aplicarão a assuntos tributários.”. BRASIL. **Acordo e Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e os República da Colômbia**. Brasília, 9 de out. de 2015. Disponível em:< <https://www.gov.br/siscomex/pt-br/arquivos-e-imagens/2020/12/ACFI-Brasil-e-Colombia.pdf>>. Acesso em: 9 dez. 2022. art. 2º.

Ainda seguindo a lógica dos APPRIs tradicionais, a seção seguinte trata das definições, onde são estabelecidos os aspectos materiais aos quais os dispositivos dos acordos serão aplicados.¹⁶² Há diferenças relevantes entre estas definições de um ACFI para outro, de maneira que o escopo de um acordo, bem como as obrigações relacionadas a ele, pode variar significativamente. Em seguida, analisar-se-á alguma das definições gerais mais relevantes contidas nas ACFIs brasileiras.

De forma geral, Gabriel identifica que há algumas definições presentes de modo constante nos acordos brasileiros: “(i) Estado Anfitrião; (ii) Investimento; (iii) Investidor; (iv) Pessoa Natural; (v) Pessoa Jurídica; (vi) Patrimônio Autônomo; (vii) Medida; (viii) Rendimentos; (ix) Território; (x) Moeda Livremente Conversível; (xi) Governança Institucional e (xii) Ombudsman.”¹⁶³ Explorar-se-á, dentre estas, as definições que mais comumente geram conflito ou dissidência doutrinárias.

Similarmente ao que já foi exposto no caso dos BITs, os ACFIs se utilizam de uma definição de investimento ampla. Todos os ACFIs (exceto o firmado com a Angola) utilizam uma lista exemplificativa do que pode ser considerado um investimento em um molde geral:

“Investimento significa qualquer tipo de bem ou direito pertencentes ou controlados direta ou indiretamente por um investidor de uma das Partes no território da outra Parte, com o propósito de estabelecer relações econômicas duradoras, e destinado à produção de bens e serviços, tais como:

- a) Quotas, ações, e outra participação acionária ("Equity") e instrumentos da dívida da empresa ou de outra empresa;
- b) Empréstimos a empresas;
- c) Propriedade móvel ou imóvel, bem como quaisquer outros direitos de propriedade, tais como hipoteca, penhora, garantia, usufruto;
- d) Créditos pecuniários ou quaisquer obrigações derivadas de contrato com valor econômico;

e) O valor investido com base em direitos de concessão ou em decisão administrativa, incluindo licenças para cultivar, extrair ou explorar recursos naturais.

Para maior clareza, a definição de investimentos não inclui:

- a) Títulos de dívida emitidos por um governo ou empréstimos concedidos a um || governo;
- b) Investimentos de portfólio; e
- c) Créditos pecuniários decorrentes exclusivamente de contratos comerciais para a venda de bens e de serviços por um nacional ou empresa no território de uma Parte

¹⁶² SORNARAJAH, M. **op. cit.**, p. 190.

¹⁶³ GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. **op. cit.**, p. 97.

para uma empresa no território de outra Parte, ou concessão de crédito em conexão com uma transação comercial, ou qualquer outra reivindicação pecuniária que não envolva as situações estabelecidas nas alíneas (i) – (v) acima.”¹⁶⁴

Diferentemente dos BITs, a definição de investimento contida nos novos acordos sempre inclui a necessidade do investimento ser realizado “com o propósito de estabelecer relações econômicas duradoras, e destinado à produção de bens e serviços”. Isto garante maior vínculo entre o investidor e o País sede do investimento.

Naturalmente, há algumas mudanças entre as definições trazidas entre os acordos. Por exemplo, o ACFI com o México define que também podem ser considerados investimentos os direitos de propriedade intelectual, como definidos no Acordo TRIPS da OMC.¹⁶⁵ Outro exemplo de diferença está presente no ACFI com o Chile, onde também são considerados investimentos os direitos contratuais, inclusive advindos de contratos de *turnkey*, construção, dentre outros similares.¹⁶⁶

A definição de investidor no acordo brasileiro, por sua vez, adota o critério da nacionalidade, pela qual “investidor” será o nacional de uma Parte que investir no território da outra Parte. Para os casos de pessoa jurídica, o elemento de conexão utilizado será o Estado de constituição da empresa e o local da sede ou do centro da administração do investimento. Caso o investimento não seja estruturado de acordo com a lei de uma das Partes, poderá ser utilizado o critério do controle para a definição de investidor, como é costume na doutrina internacional.¹⁶⁷

¹⁶⁴ BRASIL. **Acordo e Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Maláui**. Brasília, 25 de junho de 2015. Disponível em:< <https://www.gov.br/siscomex/pt-br/arquivos-e-imagens/2020/12/ACFIBrasilMalaiui.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2022. art. 2º.

¹⁶⁵ “Investimento significa [...] os direitos de propriedade intelectual tal como definidos ou se faça referência no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual da Organização Mundial do Comércio relacionados ao Comércio (TRIPS);”. BRASIL. **Acordo e Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos Mexicanos**. Brasília, 25 de jun. 2015. Disponível em:< <https://www.gov.br/siscomex/pt-br/arquivos-e-imagens/2020/12/ACFIBrasilMexico.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2022. art. 1.2.

¹⁶⁶ “Investimento” significa [...] direitos contratuais, incluindo contratos de “turnkey”, construção, gestão, produção, de concessão, de partilha de receitas e outros contratos similares”. BRASIL. **Acordo e Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Chile**. Santiago, 24 nov. 2015. Disponível em:< <https://www.gov.br/siscomex/pt-br/arquivos-e-imagens/2020/12/ACFI-Br-Chile-2015.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2022.

¹⁶⁷ DOLZER, Rudolf; SCHREUER. **op. cit.**, p. 49-50.

As principais características da definição de “investidor” nos ACFIs brasileiros podem ser identificadas conforme disposto no art. 3º, §1.3 do ACFI com o México:

“Investidor significa:

a) qualquer pessoa natural que seja nacional de uma das Partes, em conformidade com sua legislação, e que faça um investimento em outra Parte; b) qualquer pessoa jurídica estruturada de acordo com a legislação de uma Parte que tenha sua sede e o centro das suas atividades econômicas no território dessa Parte, e que faça um investimento na outra Parte; ou c) qualquer pessoa jurídica não estruturada de acordo com a legislação de qualquer das Partes, mas controlada por um investidor de uma Parte, de acordo com os incisos (a) ou (b), e que faça um investimento em outra Parte”.¹⁶⁸

Além destas previsões, os ACFIs também contêm padrões de tratamento específicos que devem ser seguidos pelas partes em suas relações com os investimentos e investidores estrangeiros. Os dois padrões de tratamento mais comumente incluídos nestes acordos são o Tratamento Nacional e o Tratamento da Nação Mais Favorecida.

Como explicado anteriormente no capítulo 1, ¹⁶⁹ estes padrões têm como objetivo garantir um determinado tratamento mínimo aos investidores estrangeiro, a fim de lhes garantir maior segurança, evitando discriminações.¹⁷⁰ Um exemplo da cláusula de Tratamento Nacional é o art. 10, §2º do ACFI com Malauí:

¹⁶⁸ “Investimento significa [...] os direitos de propriedade intelectual tal como definidos ou se faça referência no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual da Organização Mundial do Comércio relacionados ao Comércio (TRIPS);”. BRASIL. **Acordo e Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos Mexicanos**. Brasília, 25 de jun. 2015. Disponível em: <<https://www.gov.br/siscomex/pt-br/arquivos-e-imagens/2020/12/ACFIBrasileMexico.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2022. art. 3º, §1.3.

¹⁶⁹ pp. 23-24.

¹⁷⁰ THORSTENSEN, Vera; MESQUITA, Alebe; GABRIEL, Vivian. **op. cit.**, p.67; Seguindo uma tendência global, os ACFIs apresentam uma grande preocupação com a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável. Isso se concretizou nos acordos a partir de uma série de padrões mais “humanitários” simbolizados por princípios voluntários incluídos pelas partes nos acordos. A fim de exemplo o Anexo II do ACFI com a Angola traz um rol exemplificativo das diretrizes a serem seguidas: “i. Respeitar a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável e encorajar a utilização de tecnologias que não agridam o meio ambiente, de acordo com as políticas nacionais das Partes, de modo a incentivar o progresso econômico, social e ambiental; ii. Respeitar os direitos humanos daqueles envolvidos nas atividades destas empresas, em conformidade com as obrigações e os compromissos internacionais da Parte receptora; iii. Estimular o fortalecimento das capacidades locais, através de uma estreita cooperação com a comunidade local. iv. Incentivar a formação do capital humano, criando em particular oportunidades de empregos e facilitando o acesso dos trabalhadores à formação profissional; v. Observar as legislações relativas à saúde, à segurança, ao meio-ambiente e aos padrões laborais comerciais ou industriais; vi. Abster-se de procurar ou aceitar isenções que não estejam estabelecidas na legislação da Parte receptora em

“Cada Parte, observadas as exceções legalmente estabelecidas e os requisitos legais aplicáveis, permitirá aos investidores da outra Parte estabelecer investimentos e conduzir negócios em condições não menos favoráveis que as disponíveis para outros investidores domésticos”¹⁷¹

Outro recurso que é usado de forma suplementar para garantir o bom andamento dos acordos são as Agendas Temáticas. Esta agenda ajuda a delimitar especificamente alguns pontos de preocupação, diretamente relacionados ao investimento ou não, a serem levados em conta quando do processo decisório, de estabelecimento e manutenção do investimento.

Ajudam a garantir o entendimento de que o benefício para o país de origem do investimento não deve decorrer apenas da exportação do capital, mas do impacto completo que o investimento terá no país anfitrião.¹⁷²

relação ao meio ambiente, à saúde, à segurança, ao trabalho, aos incentivos financeiros ou a outras questões; vii. Apoiar e manter princípios de boa gestão corporativa, assim como desenvolver e aplicar boas práticas de gestão corporativa; viii. Desenvolver e aplicar práticas autorreguladas eficazes e sistemas de gestão que fomentem uma relação de confiança mútua entre as empresas e as sociedades nas quais realizam as suas operações; ix. Promover o conhecimento dos trabalhadores quanto à política empresarial mediante a apropriada difusão desta política, recorrendo inclusive a programas de formação profissional; x. Abster-se de ação discriminatória ou disciplinar contra os trabalhadores que fizerem relatórios graves à direção ou, quando apropriado, às autoridades públicas competentes, sobre práticas que transgridam a lei ou violem os padrões de boa gestão corporativa aos quais a empresa estiver submetida; xi. Encorajar, quando possível, os sócios empresariais, incluindo provedores e serviços terceirizados, a aplicarem princípios de conduta empresarial em conformidade com os princípios previstos neste artigo; xii. Respeitar os processos e atividades políticas locais.” BRASIL. **Acordo e Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República de Angola**. Brasília, 28 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/siscomex/pt-br/arquivos-e-imagens/2020/12/ACFIBrasilMalai.pdf> . Acesso em: 12 dez. 2022. Anexo II.

¹⁷¹ BRASIL. **Acordo e Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Maláui**. Brasília, 25 de junho de 2015. Art. 2º, item 1. Disponível em: <<https://www.gov.br/siscomex/pt-br/arquivos-e-imagens/2020/12/ACFIBrasilMalai.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2022. art. 10, §2º.

¹⁷² MOROSINI, Fábio; BADIN, Michelle Rattón Sanchez. O Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos: o que está por trás desta inovação regulatória? **Pontes**. v. 12, n.1, p. 9-12. Disponível em: <https://www.academia.edu/22758502/ACFI_O_que_est%C3%A1_por_tr%C3%A1s_desta_inova%C3%A7%C3%A3o_regulat%C3%B3ria> . Acesso em: 13 dez. 2022. p. 11. Pode-se usar como exemplo o Anexo I do ACFI Brasil-Colômbia, que define os temas e objetivos a serem abrangidos por esta agenda como: ““a. Vistos i. As Partes cooperarão para facilitar a entrada e permanência dos gerentes, executivos e empregados qualificados dos agentes econômicos, entidades, empresas e investidores da outra Parte. b. Regulamentos técnicos e ambientais i. As Partes discutirão sobre a expedição de documentos, licenças e certificados relacionados ao investimento da outra Parte. c. Cooperação para a regulação e intercâmbio institucional i. As Partes buscarão aprofundar a cooperação institucional para o intercâmbio de experiências sobre o desenvolvimento e a aplicação da regulação. d. Encadeamento produtivo i. As Partes cooperarão na promoção de alianças estratégicas, incluindo encadeamentos produtivos entre empresas privadas das Partes, favorecendo as alianças com as micro, pequenas e médias empresas. e. Investimento em logística i. As Partes discutirão temas relacionados com os investimentos em logística e transporte”.

Para além destas definições, já existentes nos demais APPRIS – de diferentes maneiras, mas ainda com mecanismos similares – os ACFIs possuem dois outros mecanismos basilares para seu funcionamento estes sendo a Governança Institucional, composto pelo Comitê Conjunto e os Pontos Focais – ou *Ombudsman* – e o mecanismo jurisdicional estabelecido pelo acordo, o sistema de arbitragem Estado-Estado.¹⁷³

3.2 Mecanismos de Prevenção de Controvérsias dos ACFIs

A partir de uma observação mais profunda dos ACFI brasileiro, percebe-se que, enquanto a proteção dos investimentos estrangeiros é uma parte fundamental desses instrumentos, o novo modelo de acordo intenciona igualmente garantir a promoção de investimentos e a prevenção de conflitos, evitando controvérsias judiciais.¹⁷⁴

Para que esses processos se dessem de forma mais fluida possível, optou-se por fortalecer o papel dos Estados na execução dos acordos, com especial foco na preservação dos espaços para implementação de políticas públicas e diálogo entre as partes. Mesmo que os métodos preventivos não alcancem seu objetivo, ultrapassando até mesmo a fase de mediação, há possibilidade de resolução em âmbito arbitral, tendo os ACFIs optado por permitir apenas arbitragens Estado-Estado.¹⁷⁵

Nas palavras de Cozendey e Cavalcante

“O modelo brasileiro parte da concepção de longo prazo de que os Estados devem cooperar para auxiliar a realização e expansão de investimentos recíprocos. Ele reduz a centralidade do litígio, presente na forma como os APPIs tradicionais foram aplicados, e propõe o desenvolvimento de institucionalidade que fomente o diálogo entre o investidor e o Estado receptor dos investimentos. Consagra disciplinas básicas de proteção ao investimento, que equilibra com dispositivos de responsabilidade

¹⁷³ DANTAS, Adriano Silva. **op. cit.**, p. 92.

¹⁷⁴ PERRONE, Nicolás M.; CÉSAR, Gustavo Rojas de Cerqueira. Brazil's bilateral investment treaties: More than a new investment treaty model?. **Columbia FDI Perspectives Perspectives on topical foreign direct investment issues**. n. 159, p.1-3, October 26, 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/17319675/Brazil_s_bilateral_investment_treaties_More_than_a_new_investment_treaty_model. Acesso em: 15 dez 2022.

¹⁷⁵ DANTAS, Adriano Silva. **Os Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos: Análise Quanto à Potencial Contribuição de Tais Instrumentos para a Promoção do Desenvolvimento Nacional**. 2019. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, 2019. p. 92.

social corporativa. Procura prevenir as controvérsias por meio de mecanismos de diálogo, enquanto, em última instância, prevê mecanismo de arbitragem internacional entre Estados, e não entre investidores e Estados.”¹⁷⁶

Os ACFIs conferem aos Estados-parte um papel central na condução das relações entre investidores e Estado Receptor, uma mudança drástica em relação aos modelos tradicionais de APPRIS, onde se evita ao máximo a interferência do estado originário do investimento.¹⁷⁷ Esta intervenção se dá por meio da governança institucional, uma inovação dos acordos brasileiros, que funciona a partir da criação de um Comitê Conjunto e do estabelecimento de Pontos Focais.¹⁷⁸

A existência desses recursos demonstra a boa vontade das partes e seu interesse em melhorar a comunicação entre as partes e solucionar pacificamente as situações que possam vir a surgir, evitando burocracias desnecessárias e evitando que entraves frívolos escalem evoluam para proporções desnecessárias.¹⁷⁹

A inspiração para a inclusão do *ombudsman* nos ACFIs veio da Comissão para Cooperação Ambiental do NAFTA, instituto focado em auxiliar na prevenção de potenciais conflitos comerciais e ambientais, podendo também ser utilizado em potenciais disputas de investimentos.¹⁸⁰

¹⁷⁶ COZENDEY, Carlos Marcio Bicalho; CAVALCANTE, Pedro Mendonça. Novas Perspectivas para Acordos Internacionais de Investimentos – o Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI). **Cadernos de Política Exterior**, Brasília, v. 1, n. 2, p. 87-109, out. 2015. p.89.

¹⁷⁷ SAUVANT, Karl; ORTINO, Federico. Improving the international investment law and policy regime: options for the future Helsinki. Ministry for Foreign Affairs of Finland, 2013. p. 38. Os autores entendem que a existência de um aparato institucional que promova o diálogo entre as partes pode ser extremamente benéfico a longo prazo. Inclusive este mecanismo pode vir a beneficiar terceiros interessados, como por exemplo os próprios investidores, o setor privado, e toda a comunidade e sociedade civil, que tem a possibilidade de terem seus interesses defendidos mais diretamente.

¹⁷⁸ Panzini e Negri afirmam que a governança institucional “é uma inovação nos acordos brasileiros e endereça uma crítica de que os ABIs em geral carecem de uma instância de governança para sua implementação” PANZINI, Fabrizio; NEGRI, Constanza. O retorno dos acordos de investimentos na agenda comercial brasileira. **Revista Brasileira de Comércio Exterior**. ano 29 n. 123, p. 58-72, abr./jun. 2015. p. 69.

¹⁷⁹ GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. **op. cit.**, p. 193.

¹⁸⁰ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Series on International Investment Policies for Development. Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration**. 2010. UNCTAD. Disponível em: < https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia200911_en.pdf>. Acesso em 13 dez. 2022. p. 88.

Os ACFIs estabelecem que cada Parte nomeará um *ombudsman* ponto focal, que servirá como um dos principais canais de comunicação e apoio entre os investidores e o Estado receptor. Cada parte deve indicar um único órgão ou autoridade para exercer as atribuições de ponto focal, que deverá agir de forma célere no âmbito das comunicações e solicitações governamentais e dos investidores da outra Parte.¹⁸¹

O Brasil estabelece a CAMEX como Ponto Focal para seus ACFIs devido ao seu caráter eminentemente interministerial, e por ser composta por alguns dos ministérios que estão mais diretamente envolvidos com a política brasileira de captação de investimentos estrangeiros. Sua contrapartida irá variar a depende do outro Estado-parte.¹⁸²

O ACFI Brasil-Angola define as funções do *ombudsman* em seu art. 17, item 4:

- “(a) Atender às recomendações do Comitê Conjunto e interagir com o Ponto Focal Nacional ou “Ombudsman” da outra Parte;
- (b) Administrar as consultas e reclamações da outra Parte ou dos investidores da outra Parte com as autoridades governamentais competentes; fazer, quando adequado, sugestões para a solução do problema e informar aos interessados sobre os resultados de suas gestões;
- (c) Procurar mitigar os conflitos e facilitar suas resoluções, em coordenação com as autoridades governamentais e em colaboração com entidades privadas pertinentes;
- (d) Prestar informações tempestivas e úteis sobre questões normativas relacionadas a investimentos em geral ou a projetos específicos, quando solicitadas, e
- (e) Relatar ao Comitê Conjunto suas atividades e ações, quando aplicável.”¹⁸³

Cozendey e Cavalcante ressaltam que fica a cargo do Ponto Focal receber questionamentos dos investidores, que podem variar desde dúvidas sobre a aplicabilidade de determinadas leis, oportunidades de investimento, até mesmo situações específicas quanto a demora na obtenção de determinada licença necessária para a operação de um investimento no Estado receptor. Nestes casos, o investidor leva sua demanda ao Ponto Focal, que em seu turno analisará o conteúdo do questionamento, encaminhando o para seus contatos nos órgãos diretamente responsáveis pela matéria.¹⁸⁴

¹⁸¹ THORSTENSEN, Vera; MESQUITA, Alebe; GABRIEL, Vivian. **op. cit.**, p.73.

¹⁸² COZENDEY, Carlos Marcio Bicalho; CAVALCANTE, Pedro Mendonça. **op. cit.**, p.108.

¹⁸³ BRASIL. **Acordo e Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República de Angola**. Brasília, 28 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/siscomex/pt-br/arquivos-e-imagens/2020/12/ACFIBrasileMalauai.pdf> . Acesso em: 12 dez. 2022. art. 17, item 4.

¹⁸⁴ COZENDEY, Carlos Marcio Bicalho; CAVALCANTE, Pedro Mendonça. **op. cit.**, p.107.

Segundo os autores, o objetivo fim do *ombudsman* seria “colocar à disposição do investidor estrangeiro no Brasil, e do Brasil no exterior, meios de orientação e solução efetiva das dificuldades para realizar o investimento de forma a alentar os investimentos recíprocos.”¹⁸⁵

Para os casos em que o *ombudsman* não seja capaz de solucionar a questão, ou necessite de um apoio institucional mais intenso, os ACFIs preveem a existência de outro mecanismo de regulação institucional, o Comitê Conjunto.¹⁸⁶

Este órgão objetiva auxiliar na administração e gestão dos seus respectivos acordos, e assessorar nas relações comerciais entre as partes. O Comitê será composto por representantes governamentais de ambos os Estados Partes, que deverão ser designados por seus respectivos governos. No caso dos acordos brasileiros, é ressaltada a periodicidade das reuniões do Comitê, que deverá ocorrer no mínimo uma vez ao ano.¹⁸⁷

Conforme se considere necessário, o Comitê Conjunto, juntamente de entidades não governamentais, desenvolverá atividades como: (a) promoção de investimentos, incluindo o processo de *match-making*, auxiliando no pareamento de investidores com os Estados Parte; (b) auxílio na distribuição de informações úteis para a cooperação entre as partes, como, por exemplo, legislação, compras por parte dos Estados, concessões e licitações; (c) facilitação de vistos para funcionários de alto nível; (d) negociação sobre facilitação de procedimentos para obtenção de licenças, inclusive ambientais e referentes a normas técnicas; e (e) auxiliar a montar a agenda temática, que irá depender dos Estados-parte, e da relação que se deseja desenvolver entre eles.¹⁸⁸

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ DANTAS, Adriano Silva. **op. cit.**, p. 94.

¹⁸⁷ GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. **op. cit.**, p. 200.

¹⁸⁸ COZENDEY, Carlos Marcio Bicalho; CAVALCANTE, Pedro Mendonça. **op. cit.**, p.108; O ACFI Brasil-Emirados Árabes Unidos define em seu artigo 18 a composição e funções do Comitê conjunto: “Artigo 18. Comitê Conjunto para a Administração do Acordo. 1. Para os propósitos deste Acordo, as Partes estabelecem um Comitê Conjunto para a gestão deste Acordo (doravante designado “Comitê Conjunto”). 2. O Comitê Conjunto será composto por representantes governamentais de ambas as Partes, designados por seus respectivos Governos. 3. O Comitê Conjunto reunir-se-á nas datas, nos locais e pelos meios que as Partes acordarem. As reuniões serão realizadas pelo menos uma vez por ano, com presidência alternada entre as Partes. 4. O Comitê Conjunto terá as seguintes atribuições e competências: a) Garantir a implementação deste Acordo; b) Discutir e divulgar

Por fim, os ACFIs deixam a cargo do Comitê Conjunto a função de conduzir a composição das partes quando ocorre uma controvérsia jurídica. Por falta de precedente, não resta claro como este processo se dará, no entanto, tem-se certeza de que a atuação do órgão será essencial para a resolução pacífica das disputas, levando em consideração o melhor interesse das partes.¹⁸⁹

3.3 Mecanismos de Solução de Controvérsias dos ACFIs

Nos ACFIs, quando surge uma controvérsia, esta é primeiro tratada no âmbito dos mecanismos de Governança Institucional. Neste processo, inicialmente, o *ombudsman* deve empreender esforços para mitigar os riscos existentes, esforços estes que são pormenorizados nos respectivos ACFIs.¹⁹⁰

Uma vez que este primeiro passo não surja efeito, a questão passará para as mãos do Comitê conjunto. Nota-se que já não é mais o investidor que lidará com a questão, mas sim o seu Estado de origem, que deverá levantar as dificuldades aventadas pelo investidor em sua relação com o Estado receptor ao crivo do Comitê Conjunto, para que este se reúna num período de 30 dias. A partir de então, uma série de reuniões ocorrerão a fim de solucionar a situação.¹⁹¹

oportunidades para a expansão de investimentos mútuos; c) Coordenar a implementação das Agendas para Cooperação e Facilitação de Investimentos, em conformidade com o Artigo 26; d) Consultar o setor privado e a partes interessadas relevantes, quando cabível, sobre seus pontos de vista sobre questões específicas relacionadas com os trabalhos do Comitê Conjunto; e) Buscar resolver quaisquer temas ou disputas relativas a investimentos de investidores de uma das Partes de maneira amigável; e f) Suplementar as regras para controvérsias arbitrais entre as Partes, se necessário. 5. As Partes poderão estabelecer grupos de trabalho ad hoc, que se reunirão conjuntamente com o Comitê Conjunto ou separadamente. 6. O setor privado poderá ser convidado a integrar os grupos de trabalho ad hoc, quando assim autorizado pelo Comitê Conjunto. 7. O Comitê Conjunto elaborará seu próprio regulamento interno”. BRASIL. **Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e os Emirados Árabes Unidos**. Brasília, 15 mar. de 2019. Disponível em: < <https://www.gov.br/siscomex/pt-br/arquivos-e-imagens/2020/12/ACFIBrasilEmiradosArabes.pdf>> . Acesso em: 16 dez. 2022. art. 18.

¹⁸⁹ BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie; BRAUCH, Martin Dietrich. Comparative Commentary to Brazil’s Cooperation and Investment Facilitation Agreements (CIFAs) with Mozambique, Angola, Mexico, and Malawi. **International Institute for Sustainable Development (IISD)**, p.1-16, September 2015. Disponível em: < [Comparative Commentary to Brazil’s Cooperation and Investment Facilitation Agreements \(CIFAs\) with Mozambique, Angola, Mexico, and Malawi \(iisd.org\)](https://www.iisd.org/publications/comparative-commentary-to-brazil-s-cooperation-and-investment-facilitation-agreements-cifas-with-mozambique-angola-mexico-and-malawi)> . Acesso em: 15 dez. 2022. p. 5.

¹⁹⁰ COZENDEY, Carlos Marcio Bicalho; CAVALCANTE, Pedro Mendonça. **op. cit.**, pp. 10-7-108.

¹⁹¹ Este procedimento é padrão nos ACFIs brasileiros. Pode ser verificado, por exemplo, no art. 18 do ACFI Brasil-México. BRASIL. **Acordo e Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos Mexicanos**. Brasília, 25 de jun. 2015. Disponível em:<

Caso mesmo assim não se atinja um resultado desejável para ambas as partes, ainda resta a opção pelos meios jurisdicionais internacionais de solução de controvérsias, os quais são contidos em todos os acordos brasileiros.

A maioria dos APPRIS incluem não apenas proteções substantivas sobre investimentos, mas também previsões procedimentais, a fim de garantir aos investidores a possibilidade de pleitear diretamente no âmbito internacional a reparação de seus prejuízos diante de violações cometidas pelo Estado receptor de seus investimentos. Tradicionalmente este procedimento é realizado através da arbitragem investidor-Estado, desenvolvida com intuito de despolitizar as disputas de investimento.¹⁹²

Contudo, o acordo de cooperação e facilitação de investimentos brasileiro não segue essa norma. Por conta dos motivos já esclarecidos no capítulo 2, o Estado brasileiro não vê com bons olhos esta forma de solução de controvérsias, uma das razões pelas quais buscou criar o ACFI.¹⁹³

Importa notar que, enquanto os ACFIs com Angola e Moçambique mencionam a possibilidade deste confronto jurisdicional após os procedimentos obrigatórios preventivos de controvérsias, os ACFIs com México e Colômbia mencionam que só poderá ocorrer após “esgotados” os procedimentos de prevenção.¹⁹⁴

Veja-se o exemplo da cláusula de 19 do ACFI Brasil-México, a cláusula de Solução de Controvérsias entre as Partes:

“1. Qualquer das Partes poderá recorrer à arbitragem entre os Estados, uma vez que tenha sido esgotado o procedimento previsto no parágrafo 3 do Artigo 18, sem que o litígio tenha sido resolvido.

<https://www.gov.br/siscomex/pt-br/arquivos-e-imagens/2020/12/ACFIBrasileMexico.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2022. art. 18.

¹⁹² GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. **op. cit.**, p. 209.

¹⁹³ DANTAS, Adriano Silva. **op. cit.**, p. 122.

¹⁹⁴ PANZINI, Fabrizio; NEGRI, Constanza. **op. cit.**, p. 70.

2. O objetivo da arbitragem é pôr em conformidade com o presente Acordo a medida eventualmente declarada como desconforme ao mesmo pelo laudo arbitral. As Partes, no entanto, podem acordar que os árbitros consideram a existência de danos causados pela medida questionada e estabeleçam no laudo uma compensação por tais danos. Se o laudo arbitral estabelecer uma compensação monetária, a Parte que receber essa compensação deve transferi-la para os titulares dos direitos sobre o investimento em questão, após dedução dos custos do litígio, em conformidade com os procedimentos internos de cada Parte.
3. Este Artigo não será aplicado a nenhuma controvérsia que tenha surgido nem a nenhuma medida que tenha sido adotada antes da data de entrada em vigor do presente Acordo.
4. As Partes podem constituir um tribunal arbitral específico para a controvérsia, em conformidade com o parágrafo 5 do presente Artigo, ou optar, mediante expressão conjunta da vontade das Partes, por submeter a controvérsia a uma instituição arbitral permanente ou a outro mecanismo para solução de controvérsias entre Estados em matéria de investimentos.
5. No caso de a constituição de um tribunal arbitral específico para cada controvérsia, dentro de um prazo não superior a dois (2) meses posteriores ao recebimento da solicitação de arbitragem, por via diplomática, cada uma das Partes designará um membro do tribunal arbitral. Os dois membros devem designar um nacional de um terceiro Estado que, após a aprovação por ambas as Partes, será nomeado Presidente do tribunal arbitral. O Presidente deve ser nomeado no prazo de dois (2) meses a contar da data de nomeação dos outros dois membros do tribunal arbitral.
6. Se, dentro dos prazos especificados no parágrafo 5 do presente Artigo, não tiverem sido efetuadas as nomeações necessárias, qualquer das Partes poderá solicitar ao Presidente da Corte Internacional de Justiça que efetue às necessárias nomeações. Se o Presidente da Corte Internacional de Justiça for nacional de uma das Partes ou esteja impedido de exercer a referida função, o Vice-Presidente será convidado a efetuar as designações necessárias. Se o Vice-Presidente for nacional de uma das Partes ou esteja impedido de exercer a referida função, o membro do Corte Internacional de Justiça de maior antiguidade, que não seja nacional de qualquer das Partes, será convidado para efetuar as designações necessárias.
7. Os Árbitros deverão: a) ser pessoas de alto nível moral e ter a experiência ou especialidade necessária em Direito Internacional Público e ter reconhecida experiência na área relacionada com a controvérsia; b) ser independentes e não estar vinculados a qualquer das Partes ou aos outros árbitros ou a testemunhas, direta ou indiretamente, nem receber instruções das Partes, e c) cumprir as "Normas de Conduta para a aplicação do entendimento relativo às normas e procedimentos que regem a resolução de controvérsias" da Organização Mundial do Comércio (OMC/DSB/RC/1, de 11 de dezembro de 1996), conforme aplicável à controvérsia, ou qualquer outra norma de conduta estabelecida pelo Comitê Conjunto.
8. O tribunal arbitral determinará o seu próprio procedimento. O tribunal arbitral decidirá por maioria de votos. Essa decisão é vinculante para ambas as Partes. Salvo acordo em contrário, a decisão do tribunal arbitral será proferida dentro do prazo de seis (6) meses após a nomeação do Presidente, de acordo com os parágrafos 4 e 5 deste Artigo.¹⁹⁵

Desta maneira, analisado o funcionamento dos ACFIs e as práticas até o momento, é possível afirmar que o novo acordo de investimento recoloca a temática do investimento estrangeiro na agenda comercial brasileira, reconhecendo a necessidade de proteger os investimentos brasileiros no exterior.

¹⁹⁵ BRASIL. **Acordo e Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos Mexicanos**. Brasília, 25 de jun. 2015. Disponível em: < <https://www.gov.br/siscomex/pt-br/arquivos-e-imagens/2020/12/ACFIBrasileMexico.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2022. art. 19.

O novo modelo busca seguir as tendências modernas que pairam sobre os APPRIs, como menções à cooperação, desenvolvimento sustentável, reforço à autonomia legislativa dos Estados e a responsabilidade corporativa, mantendo também os posicionamentos políticos latino-americanos expressos anteriormente.

A despeito do relativo sucesso, é necessário compreender os pontos nos quais o acordo ainda precisa ser refinado. Em especial, apesar de os sistemas de prevenção e solução de controvérsias presentes nos ACFIs terem sido criados com a finalidade específica de melhor amparar institucionalmente os investidores, ressalta-se que esses possuem algumas características que não colaboram para o melhor alcance desse objetivo. Dentre elas, a limitação da legitimidade de acesso ao sistema preventivo e jurisdicional de solução de controvérsias destaca-se, por não permitir o acesso direto do investidor ao mecanismo de arbitragem, tolhendo também sua capacidade de negociação nas fases pré-contenciosas.¹⁹⁶

Outros pontos de atrito ainda surgirão nos próximos anos, com o uso mais constante das novas medidas previstas nos ACFIs, e estes também deverão ser analisados a fim de assegurar o melhor funcionamento dos acordos, garantindo o melhor resultado para ambas as partes.

¹⁹⁶ GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. **op. cit.**, p. 221.

CONCLUSÃO

Desse modo, conclui-se que o sistema internacional de investimentos está em constante mudança. Desde o fim dos anos 80, observa-se um aumento exponencial de Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos, tanto em nível bilateral, quanto em nível regional.

Porém, diferentemente do que ocorre no comércio internacional, no âmbito multilateral, os países ainda não conseguiram entrar em consenso sobre a adoção de um acordo específico que regule o tema de forma abrangente. Por conta disso, mesmo com a proliferação de acordos regionais, os principais instrumentos de regulamentação dos investimentos em âmbito internacional ainda são os acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos.

A opção pelo uso dos BITs é bastante lógica: representam um instrumento jurídico comparativamente flexível o qual pode ser moldado para se encaixar às necessidades e aos objetivos dos Estados com facilidade. Em especial, esses acordos são capazes de dirimir com bastante precisão o grau de abertura econômica que se fará presente na relação entre as partes.

Conforme foi demonstrado, em sua concepção original, os BITs regulamentavam as relações entre países exportadores e países anfitriões de capital, em geral, respectivamente, países desenvolvidos e países em desenvolvimento. Os objetivos desses polos são dicotômicos, o que dificulta o processo de adoção de um único documento, quase sempre deixando uma das partes em desvantagem ao final do processo.

Contudo, esta norma foi se alterando com o tempo, e nas últimas duas décadas principalmente, os acordos vem abrangendo novas variedades de relações, refletindo as mudanças no quadro de fluxos de capital de investimentos internacional, em que países que tipicamente exportavam capital tornaram-se também receptores e vice-versa.

É nesta nova realidade do século XXI em que o Brasil se encaixa, tomando medidas ativas no intuito de garantir seus interesses no plano internacional. Apresenta-se como um ator

de extrema relevância na atual dinâmica de fluxo de capital, com capacidade de influenciar os rumos do sistema internacional de investimentos.

Nas últimas décadas, o Brasil demonstrou sua versatilidade: tornou-se um importante polo de investimentos estrangeiros e ao mesmo tempo entrou para o rol dos principais investidores internacionais. A fim de resguardar seus investidores, e buscando maior segurança jurídica e previsibilidade para ambos os lados da relação de investimento, o País desenvolveu os Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos.

Os ACFIs têm se disseminado principalmente com os principais parceiros do Brasil, países africanos e latino-americanos, mas não têm se limitado apenas a esses países, já havendo acordos com países asiáticos e do oriente médio. Dentro do MERCOSUL, principal iniciativa regional da qual o País faz parte, foi assinado o Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos nos moldes dos ACFIs, funcionando como um elemento jurídico que busca regatar o dinamismo do bloco.

Em suma, o Brasil dispõe de capacidade de manobra suficiente para desenvolver uma política de investimentos internacionais ativa sem precisar modificar a sua legislação em vigor e submeter-se a preceitos que contrariem premissas históricas do Estado brasileiro. Dessa forma, as negociações dos ACFIs são essenciais para garantir a vantagem competitiva do País em relação a outras nações exportadoras de capital, postulando-se sempre como ator principal, ajudando a ditar as mudanças às regulações internacionais.

O Brasil tem muito a ganhar ao liderar as negociações referentes a novas práticas internacionais, em especial quanto a um tópico tão relevante para a economia global, e tão pouco cristalizado. Ao tomar as rédeas do debate regional, unindo os países da América-latina, o Estado se posiciona em pé de igualdade com as outras grandes forças da política internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA BRASILEIRA DE PROMOÇÃO E EXPORTAÇÕES DE INVESTIMENTOS. **Investimento Estrangeiro Direto**. ApexBrasil. Disponível em: <<http://www2.apexbrasil.com.br/atrain-investimentos/investimento-estrangeiro>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

AMARAL JÚNIOR, Alberto; SANCHEZ, Michelle Ratton (Coords.). **Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil**. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

BALDWIN, Richard; MARTIN, Philippe. **Two Waves of Globalization: Superficial Similarities, Fundamental Differences**. Globalization and Labour, National Bureau of Economic Research, Working Paper 6904, 1999.

BARROSO, Luís Roberto; TIBURCIO, Carmen. **Direito Constitucional Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.]

BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie; BRAUCH, Martin Dietrich. Comparative Commentary to Brazil's Cooperation and Investment Facilitation Agreements (CIFAs) with Mozambique, Angola, Mexico, and Malawi. **International Institute for Sustainable Development (IISD)**, p.1-16, September 2015. Disponível em: <[Comparative Commentary to Brazil's Cooperation and Investment Facilitation Agreements \(CIFAs\) with Mozambique, Angola, Mexico, and Malawi \(iisd.org\)](http://www.iisd.org/publications/comparative-commentary-to-brazil-s-cooperation-and-investment-facilitation-agreements-cifas-with-mozambique-angola-mexico-and-malawi)> . Acesso em: 15 dez. 2022

BRASIL. **Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e os Emirados Árabes Unidos**. Brasília, 15 mar. de 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/siscomex/pt-br/arquivos-e-imagens/2020/12/ACFIBrasileEmiradosArabes.pdf>> . Acesso em: 16 dez. 2022

BRASIL. **Acordo e Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos Mexicanos**. Brasília, 25 de jun. 2015. Disponível em: <https://www.gov.br/siscomex/pt-br/arquivos-e-imagens/2020/12/ACFIBrasileMexico.pdf> . Acesso em: 8 dez. 2022

BRASIL. **Acordo e Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e os República da Colômbia**. Brasília, 9 de out. de 2015. Disponível em: <https://www.gov.br/siscomex/pt-br/arquivos-e-imagens/2020/12/ACFI-Brasil-e-Colombia.pdf> . Acesso em: 9 dez. 2022.

BRASIL. **Acordo e Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República de Angola**. Brasília, 28 de julho de 2017. Disponível em:

<https://www.gov.br/siscomex/pt-br/arquivos-e-imagens/2020/12/ACFIBrasileMalauai.pdf>

Acesso em: 12 dez. 2022.

BRASIL. Acordo e Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Maláui. Brasília, 25 de junho de 2015. Art. 2º, item 1. Disponível em: <https://www.gov.br/siscomex/pt-br/arquivos-e-imagens/2020/12/ACFIBrasileMalauai.pdf> . Acesso em: 12 dez. 2022.

BRASIL. Acordo para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Coréia. Brasília, 1 set. 1995. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/509/download>. Acesso em: 6 out. 2022.

BRASIL. Agência Brasileira de Promoção de Exportações e Investimentos. Boletim de Facilitação de Negócios Análise e estudos de Conjuntura Internacional, ano 2.n. 3, 2015. Disponível em: arq.apexbrasil.com.br/portal/BoletimNegocios_Edicao03.pdf . Acesso em: 10 dez. 2022.

BRASIL. Exposição de Motivos nº 227/MRE, de 5 de junho de 1997. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, 1 jul., 1997.

BRASIL. Exposição de Motivos nº 230/MRE/MF, de 22 de junho de 1998. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, 27 jun. 1998.

BRASIL. Exposição de Motivos nº 612/MRE, de 12 de dezembro de 1994. Diário do Congresso Nacional, Brasília, 6 jan., 1995.

BRASIL. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e Redação, de 8 de janeiro de 1997 [ao Projeto de Decreto Legislativo nº 367 de 1996]. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, 4 mai., 2000.

BRASIL. Tratado Bilateral de Investimento entre a República Federativa do Brasil e a República Federal da Alemanha. Brasília, 21 de setembro de 1995. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/648/brazil---germany-bit-1995-> . Acesso em: 30 set. 2022.

CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. **Droit International Économique.** 5 ed. Paris: Dalloz, 2005.

CHARNOVITZ, S., STEGER, D.; VAN DEN BOSSCHE, P. **Law in the Service of Human Dignity: Essays in Honour of Florentino Feliciano**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

COMEX DO BRASIL. Brasil apresenta proposta de investimento na África do Sul, Angola, Moçambique e Nigéria. Disponível em: <http://comexdobrasil.com/brasil-apresenta-proposta-de-acordo-de-investimento-na-africa-sul-angola-mocambique-nigeria/> . Acesso em: 5 dez. 2022.

CONTROL. *In: Blacks Law Dictionary*,. St. Paul: West Publishing Co., 1967. Disponível em: <https://cekhukum.com/control-blacks-law-dictionary/> . Acesso em: 02 nov. 2022.

COSTA, José Augusto Fontoura. **Direito Internacional do Investimento Estrangeiro**. 1.ed. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

COZENDEY, Carlos Marcio Bicalho; CAVALCANTE, Pedro Mendonça. Novas Perspectivas para Acordos Internacionais de Investimentos – o Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI). **Cadernos de Política Exterior**, Brasília,. v. 1, n. 2, p. 87-109, out. 2015.

DANTAS, Adriano Silva. **Os Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos: Análise Quanto à Potencial Contribuição de Tais Instrumentos para a Promoção do Desenvolvimento Nacional**. 2019. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, 2019.

DA SILVA, Luciana Acioly. **Brasil, China e Índia: o Investimento Direto Externo nos Anos Noventa**. 2004. 259 f. Tese (Doutorado em Economia Aplicada) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas. 2004.

DOLZER, Rudolf, STEVENS, Margrete. **Bilateral investment treaties**. The Hague: M. Nijhoff. 1995

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

ESTEVADEORDAL, A.; SUOMINEN, K.; TEH, R.. **Regional Rules in the Global Trading System**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

FONSECA, Karla Closs. **Os Acordos de Promoção e Proteção Recíprocas de Investimento e o Equilíbrio entre o Investidor Estrangeiro e o Estado Receptor de Investimentos**. 2007.

216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. **Balance of Payments Statistics Introductory Notes**. Disponível em: <https://data.imf.org/?sk=7A51304B-6426-40C0-83DD-CA473CA1FD52>>. Acesso em 27 set. 2022.

GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. **A proteção jurídica dos investimentos brasileiros no exterior**. 2015. 266 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015.

HALLWARD-DRIEMER, Mary. **Do bilateral investment treaties attract FDI? Only a bit... and they could bite**. World Bank Policy Research, Working Paper 3121, 2003.

ICJ. **Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd., Julgamento de 5 de Fevereiro de 1970**, ICJ Rep. 5. nov. 1970.

KALICKI, Jean; MEDEIROS, Suzana. Investment arbitration in Brazil. **Arbitration International**, v. 24, n. 3, p. 423-446, 2008.

LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerdau de; PUCCI, Adriana Noemi. **Investment protection in Brazil**. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2013.

LOWENFELD, Andreas F. **International Economic Law**. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

MACHADO, Fernando D'Angelo. **Mobilidade de Capitais e Vulnerabilidade Externa do Brasil: a Nova Qualidade da Dependência Financeira (1990:2010)**. 2011. 145 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2011.

MOISÉS, Claudia Perrone. **Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

MOROSINI, Fábio; BADIN, Michelle Rattón Sanchez. O Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos: o que está por trás desta inovação regulatória? **Pontes**. v. 12, n.1, p. 9-12. Disponível em: https://www.academia.edu/22758502/ACFI_O_que_est%C3%A1_por_tr%C3%A1s_desta_inova%C3%A7%C3%A3o_regulat%C3%B3ria> . Acesso em: 13 dez. 2022.

MUHLINSKI, Peter. **Multinational enterprises and the law**. Oxford: Blackwell, 1995.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Havana Charter Final Act 1948**. OMC. Disponível em: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/82fira.pdf . Acesso em 26 de out. 2022.

PANZINI, Fabrizio; NEGRI, Constanza. O retorno dos acordos de investimentos na agenda comercial brasileira. *Revista Brasileira de Comércio Exterior*. ano 29 n. 123, p. 58-72, abr./jun. 2015.

PEIXOTO, Dayene Cristine. **O Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (Acfi): Inovação Institucional, Política Externa e Diplomacia Comercial**. Brasília, 2021. 119 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Faculdade de Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Brasília, 2021.

PERRONE, Nicolás M.; CÉSAR, Gustavo Rojas de Cerqueira. **Brazil's bilateral investment treaties: More than a new investment treaty model?**. *Columbia FDI Perspectives Perspectives on topical foreign direct investment issues*. n. 159, p.1-3, October 26, 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/17319675/Brazil_s_bilateral_investment_treaties_More_than_a_new_investment_treaty_model . Acesso em: 15 dez 2022.

RAMINA, Larissa. **Direito Internacional dos Investimentos: solução de controvérsias entre Estados e empresas transnacionais**. Curitiba: Juruá, 2009.

REDFERN, Alan, HUNTER, Martin. **Law and practice of international commercial arbitration**. London: Sweet & Maxwell, 2004.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). **Direito Internacional dos Investimentos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos Investimentos e o petróleo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 1, n. 18, p. 1-37, 2010

ROCHA, Augusto de Rezende. **Parecer DAJ/138: criação de órgão de arbitragem internacional – BIRD**. 20 ago. 1964.

SAUVANT, Karl; ORTINO, Federico. **Improving the international investment law and policy regime: options for the future Helsinki**. Ministry for Foreign Affairs of Finland, 2013.

SCHREUR, Christoph; MALINTOPPI, Loretta; AUGUST, Reinisch. **The ICSID Convention: A Commentary**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2009

SORNARAJAH, M. **The international law on foreign investment**. 3.ed. United Kingdom: Cambridge University Press, 2010

SOUZA, Renato Rezende de Campos. Cooperation and Facilitation Investment Agreement – CFIA. [apresentação de slides no World Investment Forum]. [s.6.], mai 2015. Disponível em: https://worldinvestmentforum.unctad.org/sites/wif/files/documents/Brazil_side-event-Wednesday_model-agreements.pdf . Acesso em: 01 dec. 2022.

THORSTENSEN, Vera. **Organização Mundial do Comércio**. 2 ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001

THORSTENSEN, Vera; MESQUITA, Alebe; GABRIEL, Vivian. **A Regulamentação Internacional do Investimento Estrangeiro: Desafios e Perspectivas para o Brasil**. São Paulo: VT Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda., 2018

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **2001 World Investment Report UNCTAD**. 2001. UNCTAD. Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2001_en.pdf . Acesso em 6 out. 2022.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **2005 World Investment Report: Overview**. UNCTAD. 2005. UNCTAD. Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2005_en.pdf . Acesso em 6 out. 2022.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Expropriation: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II**. 2012. UNCTAD. Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d7_en.pdf>. Acesso em 10 out. 2022.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Facts on Investor–State Arbitrations In 2021: With A Special Focus on Tax-Related ISDS Cases**. 2022. UNCTAD. Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2022d4_en.pdf . Acesso em 16 out. 2022.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **International Investment Agreements: key issues**. 2004. UNCTAD. Disponível em: http://unctad.org/en/docs/iteiit200410_en.pdf. Acesso em 15 out. 2022.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Investor–State Dispute Settlement Cases: Facts and Figures 2020**. 2021. UNCTAD. Disponível em:

https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2021d7_en.pdf. Acesso em 15 out. 2022.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review**. 2006. UNCTAD. Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/iteit20054_en.pdf Acesso em 13 out. 2022.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Recent Developments in the International Investment Regime**. 2018. UNCTAD. Disponível em: < https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2018d1_en.pdf> . Acesso em: 28 set. 2022.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Series on International Investment Policies for Development. Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration**. 2010. UNCTAD. Disponível em: < https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia200911_en.pdf>. Acesso em 13 dez. 2022.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **South-South cooperation in international investment arrangements**. 2005. UNCTAD. Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/iteit20053_en.pdf . Acesso em 18 out. 2022.

VICUÑA, Francisco. Of Contracts and Treaties in the Global Market. **Max-Planck Yearbook of United Nations Law**, 8. ed. 2004.

WALD, Arnaldo. Uma nova visão dos tratados de proteção de investimento e da arbitragem internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 6, n. 21, p. 9-29, 2009.

XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. **Direito Internacional dos Investimentos e o Brasil: uma perspectiva a partir do padrão de tratamento justo e equitativo**. Rio de Janeiro, 2014. 280 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

ANEXOS

Anexo 1 - REQUERIDOS E ESTADOS ORIGINÁRIOS EM CASOS DE ISDS CONHECIDOS, 1987-2020

Nº	País	Casos como país Requerido	Casos como país de origem do Requerente
1	Albânia	10	0
2	Argélia	10	0
3	Argentina	62	5
4	Arménia	4	0
5	Austrália	2	9
6	Áustria	1	27
7	Azerbaijão	5	1
8	Bahamas	0	2
9	Bahrain	2	1
11	Barbados	1	7
12	Bielorrússia	3	1
13	Bélgica	2	19
14	Belize	3	0
15	Benin	1	0
16	Bermuda	0	1
17	Bolívia	17	1
18	Bósnia e Herzegovina	4	0
19	Ilhas Virgens Britânicas	0	1
20	Bulgária	10	1
21	Burundi	4	0
22	Cabo Verde	1	0
23	Camarões	2	0
24	Canadá	31	58
25	Chile	5	7
26	China	6	8
27	Colômbia	17	2
28	República Democrática do Congo	4	0
29	Costa Rica	11	2
30	Croácia	19	3
31	Cuba	1	0
32	Chipre	5	30
33	Tchéquia	41	6
34	Dinamarca	1	7
35	República Dominicana	7	2
36	Equador	25	0

37	Egito	40	5
38	El Salvador	3	0
39	Guiné Equatorial	1	0
40	Estônia	5	3
41	Etiópia	2	0
42	Finlândia	0	2
43	França	1	56
44	Gabão	3	0
45	Gambia	2	0
46	Georgia	16	1
47	Alemanha	4	73
48	Gana	2	0
49	Gibraltar	0	2
50	Grécia	5	15
51	Granada	1	0
53	Guiana	1	0
54	Honduras	2	0
55	Hong Kong	0	1
56	Hungria	16	3
57	Índia	26	9
58	Indonésia	7	0
59	Irã	1	3
60	Iraque	4	0
61	Israel	0	6
62	Itália	13	43
63	Jamaica	0	1
64	Japão	0	6
65	Jordânia	9	8
66	Cazaquistão	19	6
67	Quênia	1	0
68	Coreia do Sul	8	7
69	Kuwait	7	7
70	Quirguistão	17	0
71	Laos	4	0
72	Letônia	9	4
73	Líbano	5	3
74	Lesoto	2	0
75	Líbia	19	0
76	Lituânia	7	5
77	Luxemburgo	0	44
78	Macau	0	1
79	Madagascar	4	0
80	Malásia	3	4
81	Malta	0	3

82	Maurícia	3	9
83	México	35	5
84	Moldávia	12	1
85	Mongólia	5	0
86	Montenegro	6	0
87	Marrocos	6	0
88	Moçambique	3	0
89	Myanmar	1	0
90	Nepal	1	0
91	Holanda	0	118
92	Nicarágua	2	0
93	Nigéria	2	0
94	Macedônia	7	0
95	Noruega	1	5
96	Oman	4	2
97	Paquistão	10	0
98	Panama	15	8
99	Papua-Nova Guiné	1	0
100	Paraguai	3	0
101	Peru	25	4
102	Filipinas	6	0
103	Polônia	32	7
104	Portugal	0	7
105	Qatar	1	9
106	Romênia	20	1
107	Rússia	26	25
108	Ruanda	1	0
109	Arabia Saudita	9	4
110	Senegal	4	0
111	Sérvia	12	0
112	Seicheles	0	2
113	Serra Leoa	1	0
114	Singapura	0	8
115	Eslováquia	13	1
116	Eslovênia	3	3
117	África do Sul	1	3
118	Espanha	53	60
119	Sri Lanka	5	0
120	Sudão	1	0
121	Suécia	0	10
122	Suíça	1	37
123	Síria	1	0
124	Tajiquistão	2	0
125	Tanzânia	8	0

126	Tailândia	2	0
127	Trinidad e Tobago	1	0
128	Tunísia	1	1
129	Turquia	15	39
130	Turcomenistão	14	0
131	Uganda	1	0
132	Ucrânia	26	14
133	Emirados Árabes Unidos	5	13
134	Reino Unido	1	90
135	Estados Unidos da América	20	194
136	Uruguai	5	1
137	Uzbequistão	8	1
138	Venezuela	54	2
139	Vietnã	8	0
140	Iémen	3	0
141	Zimbábwe	3	0

Fonte: Investment policy¹⁹⁷

¹⁹⁷ <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>

Anexo 2 - QUADRO-SÍNTESE DAS MODIFICAÇÕES TRIBUTÁRIAS E DA REGULAMENTAÇÃO RELATIVAS AO CAPITAL ESTRANGEIRO NO BRASIL NOS ANOS 90

1. Modificações tributárias

1.1 Imposto de Renda Suplementar

Antes: Havia um imposto de 40 a 60% sobre os dividendos que fossem remetidos em excesso a 12% do capital registrado.

Mudança: o imposto foi revogado, a partir de 1/1/92, pela Lei n-8.383/91.

1.2 Royalties e assistência técnica (matriz-subsidiária)

Antes: Era proibido o pagamento de royalties e assistência técnica de uma subsidiária para sua matriz no exterior.

Mudança: A proibição foi revogada para novos contratos, a partir de 1/1/92 pela Lei n-8.383/91.

1.3 Imposto de renda sobre dividendos remetidos

Antes: Havia um imposto de 25% (imposto de renda) sobre dividendos remetidos.

Mudança: Taxa reduzida a 15% a partir de 1/1/93.

1.4 Imposto sobre o lucro líquido

Antes: Havia um imposto sobre o lucro líquido, aumentando o custo do reinvestimento do País.

Mudança: O imposto foi revogado, a partir de 1/1/93 pela Lei 8.383/91.

2. Regulamentação do Banco Central

2.1 Registro de receitas financeiras como capital estrangeiro

Antes: As receitas financeiras não eram aceitas para fins de registro de capital estrangeiro.

Mudança: A restrição foi eliminada a partir de 1/1/92 pela Carta-Circular 2.266/92.

2.2 Proibição temporária de remessas de dividendos

Antes: Não era permitido remeter dividendos enquanto o certificado de registro estivesse no Banco Central aguardando atualizações.

Mudança: A remessa passou a ser permitida, com base em um Termo de Responsabilidade, a partir da Carta-Circular 2.165/91.

2.3 Registro de investimento em bens

Antes: Não havia consistência nos critérios para concessão de registro de investimentos em bens.

Mudança: Os critérios foram definidos pela Carta-Circular n-2.198/91.

2.4 Perda cambial no reinvestimento de lucros

Antes: Havia significativa perda cambial no reinvestimento de lucros porque o Banco Central usava valores nominais apurados no balanço.

Mudança: É permitida a atualização monetária dos lucros até a data da capitalização, eliminando ou reduzindo significativamente a perda cambial. Carta-

Circular 2.266/92.

2.5 Remessas como adiantamento para futuro aumento de capital

Antes: Não havia consistência nos critérios para remessas a título de adiantamento para futuro aumento de capital.

Mudança: Os critérios foram definidos na Carta-Circular n-2.161/91.

2.6 Normas para reinvestimento e remessas

Antes: Não havia normas escritas do Banco Central para os reinvestimentos de lucros e para as remessas de dividendos. Isso provocava distorções e iniquidades de tratamento entre investidores, além de conceder a burocracia poder decisório.

Mudança: Foram divulgadas normas e critérios pela Carta-Circular n-2.266/92.

2.7 Capitalização de tecnologia

Antes: Não havia norma que permitisse a divulgação de condições para registro de investimentos estrangeiros efetivados sob a forma de criação de direitos sobre patentes ou marcas, a título de integralização de capital.

Mudança: As normas foram divulgadas pela Carta-Circular n-2.282/92. Não foram incorporadas questões relativas a direitos não-patenteáveis, os direitos de propriedade intelectual (tecnologia e *Know-how*) e direitos autorais (*copyright*).

2.8 Reserva de avaliação

Antes: O Banco Central vinha adotando, até 31/12/91, o procedimento de dar registro em moeda estrangeira quando da realização de bem reavaliado.

Mudança: Este procedimento foi mantido, entretanto, com não há definições normativas publicadas o Banco Central pretendeu emitir nova Carta-Circular 2.266/92. Desde 1/1/92 o procedimento passou a ser discutido e se concedeu registro em moeda estrangeira a reserva de reavaliação desde que se transitasse pela conta de lucros acumulados (Carta-Circular 2.266/92).

2.9 Exigências do Departamento de Câmbio do Banco Central

Antes: nos processos de fechamento de câmbio para pagamento de dividendos, as empresas encontravam dificuldades para satisfazerem as exigências.

Mudança: Estas exigências foram sendo reexaminadas pelo Departamento de Câmbio, comprometido com a superação de entraves burocráticos e simplificação de documentação exigida.

3. Outras Questões em discutidas no Banco Central do Brasil até 1993

3.1 Reorganização societária e redução de capital

Posições em discussão: O Banco Central efetuava cortes no investimento estrangeiro no respectivo certificado sempre que, em reorganizações internas, o patrimônio do incorporado não correspondesse ao valor em dólar do certificado na data da operação. Julgou-se que este procedimento era juridicamente questionável e o Banco Central, através do Departamento Jurídico, deveria divulgar breve a Carta-Circular com critérios a serem observados nos casos resultantes de processos de reorganização societária e de redução de capital de empresas receptoras de capital estrangeiro.

3.2 Mapa demonstrativo previsto na Carta-Circular 2.266/92

Posições em discussão: Havia um mapa demonstrativo (artigo 12, item I, da Carta-

Circular 2.266/92) considerado inadequado e de difícil preenchimento. O Banco Central discutia a emissão de outra Carta-Circular divulgando instruções para o preenchimento do demonstrativo mediante sugestões do empresariado.

3.3 Descontaminação do capital

Posições em discussão: Buscava-se soluções contábeis que permitissem descontaminação e que fizesse reverter aos cofres da união a diferença correspondente ao *spread* cambial existente entre o câmbio flutuante e o câmbio paralelo.

3.4 Efeitos sobre as distribuições de lucros e dividendos da correção monetária complementar (Lei n-8.200/91)

Posição: Questão ficou em exame pelo empresariado e pelo Banco Central.

3.5 Atividades no setor imobiliário por investidores estrangeiros

Posição em discussão: O Banco Central considerava como especulativas as atividades de investidores estrangeiros no setor imobiliário (compra e venda de bens imóveis, bem como a construção para comercialização), com o assunto sendo regido por Instrução Interna do Banco Central sem divulgação pública. Pretendeu-se eliminar esta restrição através de Carta-Circular ampliando o espaço de atuação nesta atividade.

4. Regulamentação do INPI

4.1 Pagamento de tecnologia entre subsidiária e matriz

Antes: Dificuldades alegadas para se obter no INPI a aplicação da permissão assegurada pelo artigo 50 da Lei 8.3863/91 que permite o pagamento de tecnologia entre a subsidiária e a sua controladora.

Mudança: o INPI se comprometeu com as seguintes diretrizes:

- a) Contratos assinados anteriormente a 31/12/91 e já produzindo efeitos, não podem ser rescindidos e tornados onerosos na vigência da nova lei;
- b) Tecnologias já utilizadas não podem ganhar contratos onerosos;
- a) Os novos contratos serão averbados pelo INPI, independente da regulamentação, imediatamente na medida em que o dispositivo é automaticamente aplicável.

4.2 Rateio de despesas de pesquisa e desenvolvimento (*cost-sharing system*)

Antes: contratos deste tipo não eram aceitos pela INPI.

Mudança: O INPI determinou as orientações gerais que devem ser observadas na realização de contratos de "cost-sharing". Seguidas estas determinações os contratos serão aprovados pela INPI.

5. Desenvolvimentos Recentes

5.1. Quebra do Monopólio Estatal

Antes: era de exploração exclusiva pela União ou por empresas controladoras pelo Estado os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações;

Mudança: a promulgação da Emenda Constitucional 08, de 15/08/95, que eliminou o monopólio estatal sobre os serviços de telecomunicações. A Lei 9.472, de 16/07/97 regulamentou as concessões desses serviços;

5.2. Regulação da Participação do Capital Estrangeiro

Antes: limitada a entrada de capitais estrangeiros em determinados segmentos da atividade econômica considerados estratégicos ou dominados pelo monopólio estatal.

Mudança: a Lei 9.491, de 09/09/97 suprimiu os limites de participação do capital estrangeiro em empresas privatizadas.

5.3. Acesso da Empresa Estrangeira ao Crédito Público

Antes: vetada a participação de empresas estrangeiras ao crédito público

Mudança: em 1994, através de emenda constitucional, equiparou-se a empresa estrangeira à empresa nacional, o que permitiu à primeira o acesso ao sistema de crédito público e a incentivos fiscais.

Fonte: DA SILVA, Luciana Acioly. **Brasil, China e Índia: o Investimento Direto Externo nos Anos Noventa.** 2004. 259 f. Tese (Doutorado em Economia Aplicada) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas. 2004, p. 172-175.