

Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil

Uma análise comparada

ÉRIKA CAPELLA FERNANDES

JETE JANE FIORATI

Resumo: Durante muito tempo, o Brasil assumiu uma posição bastante peculiar perante a regulamentação internacional relativa ao investimento estrangeiro direto. Embora tenha assinado catorze tratados bilaterais de investimento (BITs) nos anos 90, o País jamais chegou a ratificá-los. Contudo, em 2015, a tradicional posição brasileira sofreu uma modificação bastante notável, na medida em que teve início a assinatura de Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFIs) com alguns parceiros comerciais. Dada a peculiaridade desses acordos, mostra-se oportuna a comparação de seus dispositivos com as regras presentes nos BITs assinados pelo País. O artigo analisa as normas materiais e procedimentais contidas nos acordos, com ênfase nos seguintes aspectos: preâmbulo dos acordos; definição de investidor e investimento; standards de proteção do investimento estrangeiro e mecanismos de solução de controvérsias.

Palavras-chave: ACFI. BIT. Direito internacional dos investimentos. *Standards* de proteção do investimento.

1. Introdução

Embora sejam encontradas referências à existência de investimentos estrangeiros diretos (doravante IED) desde a Antiguidade e durante a Idade Média, momento no qual a proteção do investimento confundia-se com o tratamento assegurado aos indivíduos estrangeiros (SCHEFFER, 2013, p. 5); entende-se que o investimento estrangeiro direto nos moldes atualmente conhecidos teve início apenas no contexto de expansão colonial europeia do século XIX.

Recebido em 25/5/15

Aprovado em 31/8/15

A forte onda de políticas nacionalistas adotadas pelos Estados recém-independentes no período pós-colonial impelia o investidor estrangeiro a recorrer ao seu Estado de origem para solicitar a proteção do seu investimento. Este, por sua vez, intervinha em favor de seu nacional tanto por meio da proteção diplomática quanto pelo uso de força militar (também conhecida como *gunboat diplomacy*). Ambas as alternativas eram questionáveis e suscitavam grande número de controvérsias entre Estados exportadores e Estados importadores de capital, provocando particular insatisfação entre os Estados latino-americanos.

Nesse contexto, o estabelecimento de um regime internacional concebido em termos multilaterais para regular os investimentos estrangeiros afigurava-se como a melhor opção. Os esforços no sentido de criar instrumentos jurídicos para regulamentar a matéria foram incrementados após a Segunda Guerra Mundial. Contudo, os interesses contrapostos desses Estados quanto aos aspectos materiais do regime dificultavam a obtenção de consenso, a ponto de tornar inviável a celebração de um acordo multilateral.

Dada a dificuldade na negociação de um acordo multilateral, muitos dispositivos concernentes ao tratamento dos investimentos estrangeiros foram inseridos em acordos celebrados em âmbito regional, como é o caso do Tratado da Carta de Energia, do Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA) e dos protocolos do Mercosul, além dos acordos celebrados em âmbito bilateral, também denominados tratados bilaterais de investimento (ou BITs, na sigla inglesa). Celebrados entre dois Estados, os BITs almejam regulamentar o tratamento a ser conferido ao investidor de um desses Estados ao investir no território do outro Estado.

Os tratados bilaterais de investimento tornaram-se a principal fonte de regulamentação dos investimentos estrangeiros, estabelecendo um conjunto de direitos dos investidores e assegurando-lhes um mecanismo adjudicatório internacional para exigir o cumprimento desses direitos ou garantir indenização em caso de violações.

O primeiro BIT foi pactuado entre Alemanha e Paquistão em 1959. Progressivamente, surgiram diversos modelos similares – fato justificado em razão da maior facilidade na obtenção de acordo entre dois Estados do que entre uma pluralidade de Estados com interesses antagônicos. Ademais, do ponto de vista dos Estados desenvolvidos, mostra-se mais viável a celebração de acordos bilaterais – nos quais os Estados menos desenvolvidos têm pouco poder de barganha – do que a assunção de compromissos multilaterais, em que os Estados menos desenvolvidos têm a possibilidade de unir-se para reivindicar a contemplação de seus interesses.

Até o ano de 2014, foram celebrados 2.902 BITs, além de 334 acordos de investimento em outras modalidades (UNCTAD, 2014, p. 114). Não obstante a variedade de modelos, é possível identificar um conjunto de semelhanças entre eles.

Com efeito, a maior parte dos BITs apresenta conteúdo similar, consistente na previsão de *standards* de proteção do investimento e mecanismos de solução de controvérsias, de tal modo que a convergência entre as regras previstas nesses acordos conduz à uma multilateralização *de facto* do regime internacional dos investimentos (SCHILL, 2009, p. 11).

Na década de 1990, marcada por políticas de liberalização comercial e pela busca de atração de investimentos, o Brasil assinou catorze BITs. Os acordos foram assinados entre os anos de 1994 e 1999 com os seguintes países: Bélgica e Luxemburgo, Chile, Cuba, Dinamarca, Finlândia, França, Alemanha, Itália, Coreia do Sul, Holanda, Portugal, Suíça, Reino Unido e Venezuela. Dentre eles, apenas seis acordos foram submetidos ao Congresso Nacional: aqueles celebrados com a França, Alemanha, Suíça, Portugal, Chile e Grã-Bretanha. Porém, todos foram retirados da pauta no ano de 2002 (AZEVEDO, 2001, p. 6).

Em um cenário mundial caracterizado pela progressiva expansão dos acordos bilaterais de investimento entre Estados com diferentes níveis de desenvolvimento, o Brasil permaneceu como um dos poucos países do mundo a não participar de nenhum BIT – não obstante ser uma das economias mais importantes da América Latina, visto que representa, ao mesmo tempo, um destino e fonte de IEDs.

Ao final de março e início de abril de 2015, a tradicional posição assumida pelo Estado brasileiro sofreu uma modificação bastante expressiva, em razão da assinatura de dois

Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (doravante ACFI) com parceiros comerciais na África.

Os ACFIs assinados pelo Brasil com Moçambique e Angola em 30 de março e 1º de abril de 2015, respectivamente, configuram um novo modelo de acordo de investimentos com características bastante particulares, sendo possível identificar neles três aspectos distintos: (i) a presença de dispositivos similares àqueles tradicionalmente existentes nos BITs, tais como a cláusula da nação mais favorecida, o tratamento nacional e as regras sobre expropriação e indenização devida; (ii) a inserção de provisões novas, não encontradas nos BITs, como a previsão de um Comitê Conjunto e de Pontos Focais; (iii) a omissão de algumas regras geralmente encontradas nos BITs, como o tratamento justo e equitativo e a solução de controvérsias investidor-Estado.

Tendo-se em vista as especificidades contidas nos ACFIs, mostra-se oportuna a comparação de seus dispositivos com as antigas regras presentes nos BITs assinados pelo país. A comparação entre as provisões contidas nas duas modalidades de acordo permite compreender de maneira mais efetiva a mudança na posição assumida pelo Brasil perante a regulamentação internacional dos investimentos, assim como identificar as implicações – positivas e negativas – do novo modelo.

Não obstante a assinatura de catorze tratados bilaterais de investimento pelo Brasil, a comparação proposta neste artigo restringe-se àqueles que foram submetidos ao Congresso Nacional na década de 1990, abrangendo os BITs celebrados pelo Brasil com a França, Suíça, Alemanha, Portugal, Chile e Grã-Bretanha. Os dispositivos constantes nos seis tratados bilaterais de investimento serão comparados com os dispositivos presentes no ACFI Brasil-

-Moçambique e no ACFI Brasil-Angola, incluindo-se as normas materiais e procedimentais neles presentes.

2. Preâmbulos dos BITs e dos ACFIs

No texto do preâmbulo, os seis BITs assinados pelo Brasil invocavam como um de seus objetivos a criação de condições favoráveis à realização dos investimentos estrangeiros, evidenciando a necessidade de promoção e proteção dos investimentos contra riscos não comerciais, a fim de “estimular iniciativas empresariais e promover prosperidade econômica” (BIT celebrado com Suíça, Grã-Bretanha, Alemanha, Chile e Portugal) e também “estimular a transferência de capitais e tecnologia entre os países, no interesse do seu desenvolvimento econômico” (BIT entre Brasil e França).

Na leitura desses preâmbulos, infere-se que o objetivo dos tratados consistia, primordialmente, na promoção e proteção do investimento estrangeiro. Os seis tratados bilaterais, tais quais redigidos, implicavam o reconhecimento expresso, por parte dos Estados contratantes, do potencial do fluxo de investimentos estrangeiros em gerar crescimento econômico, razão pela qual sua atração – ao menos na modalidade direta – seria desejável.

Esses acordos inserem-se no contexto marcado por políticas de atração de IEDs e subscreveram-se com a intenção de sinalizar à comunidade internacional uma postura receptiva por parte do Estado brasileiro quanto ao investimento estrangeiro.

Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho de parecer emitido pela Comissão das Relações Exteriores a respeito do acordo firmado entre Brasil e Portugal, o qual evidencia os benefícios dele advindos:

O Tratado em questão deverá, de modo inequívoco, irradiar impulsos positivos para a ampliação dos intercâmbios existentes no desenvolvimento de mercados, com a criação de empregos, sobretudo com a abertura crescente de oportunidades para os novos e vitais atores do processo de globalização: pequenos e médios empresários. São estes agentes de desenvolvimento econômico que deverão, em última instância, se beneficiar da aprovação do Acordo em exame. (BRASIL, 1997)

Com efeito, as possíveis vantagens resultantes do ingresso de IEDs no território do Estado receptor não se restringem a vantagens de natureza monetária, mas incluem a possibilidade de melhorias no seu desenvolvimento socioeconômico. Entre os benefícios proporcionados pelo IED, encontram-se a contribuição à balança de pagamentos do país, a

criação de empregos, o acesso à tecnologia moderna e o aumento de produtividade, de modo que o IED pode ser compreendido como um fator vital no desenvolvimento econômico de Estados mais pobres (SUTHERLAND, 1979, p. 367).

Entretanto, importa notar que tais benefícios apenas serão auferidos desde que aliados à implementação de políticas adequadas a essa finalidade. Apesar de, em teoria, ser possível a obtenção de benefícios pelo Estado receptor de investimentos, na prática torna-se difícil atrair investimentos de qualidade, aptos a contribuir para a geração de empregos ou aumento de competitividade das empresas locais.

No que tange aos ACFIs, nota-se a formulação de preâmbulos mais extensos, se comparados ao preâmbulo sucinto dos BITs da década de 90. Entre os diversos objetivos expostos no preâmbulo dos ACFIs, encontram-se o incentivo ao aprofundamento nos laços de amizade e cooperação entre as partes; o estímulo e apoio aos investimentos bilaterais; o reconhecimento do papel fundamental dos investimentos para crescimento e desenvolvimento econômico dos Estados; a compreensão dos benefícios resultantes da parceria entre os Estados em matéria de investimentos; o realce na importância de um ambiente transparente, ágil e amigável para investimentos; a reafirmação da autonomia legislativa dos Estados e do espaço para desenvolverem políticas públicas; o estreitamento de vínculo entre setor privado e governo; a busca por diálogo e iniciativas governamentais que contribuam para o aumento dos investimentos.

Os preâmbulos, idênticos no ACFI Brasil-Moçambique e no ACFI Brasil-Angola, enfatizam o estímulo e apoio aos investimentos, reconhecendo sua importância e os benefícios deles advindos. Contudo, diferentemente dos antigos BITs, não se limitam a reconhecer a ne-

cessidade de criar condições favoráveis para a promoção e proteção do investimento estrangeiro. Em lugar disso, enfatizam a necessária parceria a ser estabelecida entre as partes a fim de proporcionar benefícios amplos e recíprocos. Logo, o preâmbulo dos ACFIs revela-se mais equilibrado, pois almeja contemplar não somente o interesse dos investidores, mas também dos Estados receptores de investimento, tal qual a tendência atualmente reivindicada no regime internacional dos investimentos estrangeiros.

O preâmbulo do novo modelo de acordo traz um elemento particularmente relevante, ao afirmar a “autonomia legislativa e espaço para políticas públicas”, ou seja, preocupa-se em salvaguardar a capacidade regulatória do Estado para adotar medidas de interesse público, ainda que afetem direta ou indiretamente os interesses do investidor.

Ao analisar a inserção de interesses regulatórios do Estado no preâmbulo de tratados bilaterais de investimento, a autora Aikaterini Titi argumenta acerca da importância dessa previsão:

Although the main purpose of an investment treaty is the promotion and protection of reciprocal investment between the contracting parties, rather than the preservation of regulatory space (it would be incongruous to claim the opposite, since, in any event, the parties have more regulatory space in the absence of an IIA [international investment agreement]), it may be appropriate to include regulatory interests in the preamble to ensure that investment promotion and protection are not the only considerations when interpreting a treaty (TITI, 2014, p. 119).

Outro elemento de destaque no preâmbulo dos ACFIs consiste na inserção do termo “transparência” como um requisito fundamen-

tal em um ambiente de investimentos. Com efeito, a necessidade de assegurar transparência no regime internacional dos investimentos, bem como a preservação da capacidade regulatória dos Estados, constituem duas das principais reivindicações dos Estados importadores de capital.

Importa notar que o preâmbulo de um tratado indica seu objeto e propósito, mas não cria direitos ou obrigações legalmente exigíveis para as partes. Contudo, sua importância não pode ser menosprezada, sobretudo no que diz respeito à sua utilidade como ferramenta interpretativa à disposição do árbitro. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, ao tratar da interpretação dos tratados, dispõe em seu artigo 31 que “Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”. Para averiguar o contexto do tratado, o julgador deverá observar “além do texto, seu preâmbulo e seus anexos” (BRASIL, 2009).

A função do preâmbulo dos BITs foi discutida por tribunais arbitrais responsáveis por decidir controvérsias relativas a investimentos.

No caso *SGS v. Philippines*¹, o tribunal arbitral baseou-se no preâmbulo do BIT, o qual previa como um dos objetivos do tratado a criação e a manutenção de condições favoráveis para os investimentos, e decidiu que quaisquer incertezas na interpretação do acordo deveriam ser resolvidas de modo a favorecer a proteção dos investimentos. No caso *Lemire*², decidido em 2011, o tribunal arbitral também recorreu ao preâmbulo do BIT, o qual estabelecia ser desejável o tratamento justo e

equitativo para manter um quadro jurídico estável para os investimentos. Uma vez que o tratamento justo e equitativo está intimamente ligado à noção de expectativas legítimas do investidor, os árbitros entenderam ser necessário examiná-las antes de proferir a decisão.

Portanto, ainda que o preâmbulo não crie direitos ou obrigações legalmente exigíveis para as partes, deve ser redigido com cautela, uma vez que futuros tribunais arbitrais poderão utilizá-lo como base para decidir determinados aspectos de uma eventual controvérsia entre as partes. A redação cuidadosa do preâmbulo pode impedir os árbitros de enfatizarem exclusivamente a promoção e proteção dos investimentos e incentivá-los a considerar também os interesses do Estado receptor do investimento.

O preâmbulo dos ACFIs avançou bastante se comparado ao preâmbulo dos BITs, mas é necessário que as previsões ali estipuladas encontrem amparo no texto do tratado. A simples menção à preservação da autonomia legislativa das partes, por exemplo, deveria ser reforçada ao longo do texto, sob pena de tornar-se apenas uma intenção, e não um direito legalmente exigível.

3. Definições presentes nos acordos

Após o preâmbulo, os seis BITs em análise trazem em seu texto os seguintes dispositivos: definições de investidor e investimento; regras sobre promoção e admissão do investimento; *standards* de proteção do investimento; regras sobre expropriação e indenização devida; livre transferência de investimentos e rendas; sub-rogação no caso de seguradoras de investimento; mecanismos de solução de controvérsias; e, finalmente, disposições finais sobre entrada em vigor, prorrogação e denúncia do

¹ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. versus Republic of the Philippines*, Caso ICSID No ARB/02/6, decisão de janeiro de 2004.

² *Joseph Charles Lemire versus Ukraine*, Caso ICSID No. ARB/06/18, decisão de março de 2011.

tratado. Além disso, os BITs celebrados pelo Brasil com Alemanha, Suíça e Chile contêm protocolo ao final, com o objetivo de esclarecer algumas provisões contidas no tratado.

Por sua vez, os ACFIs contêm as seguintes disposições: objeto do acordo; mecanismos de execução; definições; comitê conjunto; pontos focais (*Ombudsmen*); troca de informações entre as partes; relação com o setor privado; agendas temáticas; regras sobre expropriação, nacionalização e indenização; responsabilidades social corporativa; *standards* de proteção do investimento; regras sobre transparência; transferências; mecanismos de prevenção e resolução de disputas; aplicação do acordo; disposições finais e transitórias e anexos.

Dentre os primeiros elementos constantes de qualquer acordo de investimentos, encontram-se as definições de investimento e investidor. Ambos os elementos são essenciais para identificar quais investimentos e quais investidores estão abrangidos pela proteção assegurada no tratado.

3.1. Definição de investimento

Nos BITs assinados pelo Brasil, o termo “investimento” recebe definições variadas, mas semelhantes, sobretudo no que tange à sua amplitude. Investimento corresponde a “todos os tipos de haveres” (BIT assinado com Grã-Bretanha e com Suíça); a “todos os haveres, tais como bens, direitos e interesses de toda e qualquer natureza” (BIT Brasil-França); a “todo tipo de haveres, tais como bens e direitos de qualquer natureza, adquiridos ou exercidos de conformidade com a legislação da parte recipiente” (BIT Brasil-Chile); a “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” (BIT Brasil-Alemanha);

ou a “toda espécie de bens e direitos adquiridos pela aplicação ou reaplicação de recursos, efetuadas de acordo com a legislação da Parte Contratante recipiente” (BIT Brasil-Portugal).

Na sequência, os BITs trazem uma lista exemplificativa de investimentos, tais como: bens móveis ou imóveis, direitos reais, ações ou outras formas de participação societária, direitos sobre créditos, direitos autorais, direitos de propriedade intelectual, concessões. Em todos os BITs analisados, há previsão expressa de que o rol listado não é exaustivo.

Uma abordagem diferente é encontrada nos ACFIs. Enquanto o ACFI Brasil-Angola relega a definição de investimento e investidor para a regulamentação pelo direito interno dos Estados, no ACFI Brasil-Moçambique o termo “investimento” restringe-se a bens ou direitos destinados à produção de bens e serviços, tais como: sociedade, empresa, participação societária, propriedade ou direitos de propriedade, valor investido sob os direitos de concessões de negócios conferidas por lei, decisão administrativa ou contrato.

Destarte, é possível notar que a definição de investimento contida no texto dos tratados bilaterais de investimento era muito mais ampla que a definição ora presente nos ACFIs.

Com efeito, a tradicional definição de investimento encontrada nos BITs demonstra uma abordagem abrangente, permitindo caracterizar diversas operações como “investimentos”, o que é favorável para os investidores, mas pode contrariar os interesses do Estado receptor de investimentos.

Essa situação fica clara no Parecer emitido pela Comissão de Relações Exteriores ao analisar o BIT Brasil-Suíça. À época, manifestou-se no sentido de que “o texto acordado pelos dois países não denota preocupação alguma com a adoção de critérios acerca do tipo de investimento que se quer promover e prote-

ger” (BRASIL, 1996). Ainda segundo o mesmo parecer, o acordo “elege um objetivo vago de atração de capital, fornece garantias e vantagens amplas a este, congela no tempo tais prerrogativas, sem, em momento algum, estabelecer critérios para selecionar os investimentos que seriam mais convenientes ao País” (BRASIL, 1996).

Destarte, a amplitude do conceito de investimento colocaria o interesse dos investidores acima dos interesses do conjunto dos atores econômicos e da política de desenvolvimento a ser implementada pelo governo.

Embora não seja desejável uma conceituação demasiadamente ampla de investimento, deve-se ressaltar que tampouco é desejável uma conceituação excessivamente restritiva, a qual excluiria diversas atividades do âmbito de aplicação dos acordos.

3.2. Definição de investidor

Quando dois Estados concluem um acordo de promoção e proteção recíproca de investimentos, seu maior propósito consiste em garantir proteção a investidores estrangeiros, e não aos investidores nacionais que investem em seu próprio país. Sendo assim, em regra, o tratado protege o investidor que possui a nacionalidade do Estado de origem do investimento e que, ao mesmo tempo, não possui a nacionalidade do Estado receptor do investimento. Os dois requisitos são cumulativos e ambos devem ser preenchidos pelo investidor para que lhe seja assegurada a proteção prevista nos acordos de investimento.

Para estabelecer um procedimento de arbitragem com base em um BIT, o Estado receptor de investimentos deve ser uma das partes do BIT e o investidor deve demonstrar que é nacional da outra parte do BIT (SCHREUER, 2010, p. 521).

Para um investidor pessoa natural, a questão da nacionalidade torna-se menos problemática, na medida em que as leis internas de um Estado determinam se a pessoa natural pode ser considerada nacional daquele Estado. Contudo, ressalva-se que não há implicação direta entre residir em um país e adquirir a sua nacionalidade. Portanto pode ser considerado como investidor estrangeiro aquele indivíduo que reside no território do Estado receptor de investimentos, mas não é seu nacional.

No caso de pessoas naturais com mais de uma nacionalidade, podem existir algumas dificuldades. Geralmente, nega-se a proteção dos acordos de investimento para pessoas naturais que possuem simultaneamente a nacionalidade do Estado de origem e do Estado receptor do investimento – uma vez que, conforme anteriormente exposto, um BIT tenciona proteger estrangeiros e não investidores nacionais.

A nacionalidade das pessoas jurídicas é matéria de grande debate no direito internacional dos investimentos. Em regra, verifica-se a nacionalidade da pessoa jurídica com base no critério do lugar de sua constituição (ou incorporação) ou sede (*siège social*). Portanto, a empresa deve estar constituída ou ter sede em outro território que não seja o Estado receptor de investimentos. Contudo, é possível adotar o critério do controle, caso em que se verifica a nacionalidade dos detentores de capital da empresa. Assim, uma pessoa jurídica constituída no Estado receptor de investimentos, que a princípio não seria considerada estrangeira, poderá ser considerada estrangeira caso o controle seja exercido por estrangeiros.

Os seis BITs analisados definem investidor como a pessoa natural nacional de uma das Partes (ou seja, do Estado de origem do investimento) ou a pessoa jurídica cuja nacionalidade é definida com base em seu lugar de constituição e sede. Apenas os BITs da Suíça e França referem-se ao critério do controle.

O ACFI Brasil-Moçambique define investidor como a pessoa natural nacional de uma das partes ou a pessoa jurídica, desde que esta possua sede no território de uma das Partes (Estado de origem do investimento) e ali tenha o centro de suas atividades econômicas, nos termos do seu Artigo 2.4. (ACORDO, 2015a).

Não obstante a ausência de definição de investidor, o ACFI Brasil-Angola chega a um resultado muito similar ao prever que, em seu Artigo 16.3:

[...] qualquer parte pode denegar os benefícios previstos no presente acordo a um investidor da outra parte ou aos investimentos desse investidor se o investidor pessoa jurídica não for constituído conforme a legislação de uma parte, não possuir sede em território de uma parte e ali não realizar atividades ou negócios substanciais.

Trata-se da assim chamada cláusula de denegação de benefícios (ACORDO, 2015b).

Imagine-se a situação de um acordo de investimentos firmado entre os Estados A e B. Um investidor pessoa jurídica investe no território do Estado A e alega ser um investidor estrangeiro (e por isso exige aplicação da proteção garantida no BIT), pois é nacional do Estado B. Contudo, verifica-se que a sede dessa pessoa jurídica ou suas atividades substanciais concentram-se em um Estado C, que não é parte do acordo de investimentos. Nesse caso, seria possível negar-lhe proteção, de modo a impedir que sejam cometidos abusos. A principal preocupação consiste em impedir que empresas sem nenhuma ligação com as partes contratantes do acordo de investimentos possam usufruir dos benefícios dele resultantes.

Busca-se limitar a ocorrência do chamado *treaty shopping*, também conhecido pela expressão “empresas de conveniência” (*corporations of convenience*) ou, ainda, “planejamento de nacionalidade” (*nationality planning*), situação em que a sociedade é estabelecida em determinado Estado com a única finalidade de valer-se da proteção prevista nos BITs firmados por aquele Estado.

Em síntese, ambos os ACFIs celebrados pelo Brasil apresentam uma definição de investidor mais restrita do que aquela usualmente encontrada nos BITs, com a preocupação central de minimizar a ocorrência de eventuais abusos.

4. Standards de proteção do investimento nos BITs e nos ACFIs

Os acordos de promoção e proteção recíproca de investimento, sejam os tratados bilaterais de investimento, sejam os novos modelos de ACFIs, protegem os investimentos estrangeiros por meio de, basicamente, dois tipos de normas: normas de natureza substancial e de natureza procedimental.

As normas de natureza substancial conferem direitos ao investidor e aos seus investimentos, tais como: direito de receber tratamento justo e equitativo; direito de receber tratamento não discriminatório, consubstanciado na cláusula da nação mais favorecida e tratamento nacional; direito de receber plena proteção e segurança; e, finalmente, direito de receber indenização em caso de expropriação. Esses são os chamados *standards* de proteção do investimento.

Igualmente importantes e recorrentes nos acordos de investimento, as normas procedimentais preveem mecanismos de solução de controvérsias em caso de violações dos direitos substanciais conferidos ao investidor.

Em primeiro lugar, serão analisados os *standards* de proteção do investimento encontrados nos BITs e nos ACFIs. Em um segundo momento, o enfoque dirige-se aos meios de solução de controvérsias previstos no texto desses acordos.

4.1. Tratamento justo e equitativo

Considerado o mais importante *standard* de proteção do investimento (SCHREUER, 2010, p. 125), a cláusula de tratamento justo e equitativo já constava do texto da Carta de Havana de 1948. Embora a Carta de Havana jamais tenha entrado em vigor, seus dispositivos influenciaram a redação de futuros acordos.

Além de estar presente nas tentativas de estabelecer um acordo multilateral de investimentos e nos acordos celebrados a nível regional, o tratamento justo e equitativo consta explicitamente da maior parte de tratados bilaterais de investimento. Contudo, tão grande quanto a importância dessa cláusula é sua imprecisão. A vagueza e ambiguidade decorrem da ausência de definição nos BITs sobre os elementos que permitem identificar um tratamento como *justo e equitativo*. A esse respeito, a doutrina divide-se basicamente em duas correntes.

De acordo com a primeira corrente, a cláusula de tratamento justo e equitativo tem significado idêntico ao chamado *padrão mínimo internacional* de tratamento a ser assegurado aos estrangeiros e à sua propriedade. Essa é a interpretação conferida ao tratamento justo e equitativo previsto no artigo 1105 do NAFTA.

Contudo, para a segunda corrente, o tratamento justo e equitativo deve ser interpretado como uma garantia autônoma, que não se confunde com o padrão mínimo internacional e que deve ser analisada com seu pleno significado, isto é: um tratamento caracterizado

por considerações de justiça, equidade e boa-fé. Embora as delimitações conceituais dessa espécie de tratamento sejam relativamente imprecisas, é justamente essa falta de precisão que fornece ao conceito a flexibilidade necessária para torná-lo adaptável conforme o caso concreto.

Entre os internacionalistas, prevalece a ideia de que o tratamento justo e equitativo é um conceito autônomo e não se confunde com o padrão mínimo internacional. Esta é a visão defendida pelos consagrados autores Christoph Schreuer e Rudolf Dolzer (DOLZER; SCHREUER, 2008, p. 134).

O significado da cláusula tornou-se mais claro a partir das decisões proferidas por tribunais arbitrais, os quais começaram a identificar um *corpus* de características que permitem preencher o conceito do tratamento justo e equitativo.

As principais características consideradas pelos árbitros ao analisar se o investidor recebeu tratamento justo e equitativo coincidem com os compromissos de transparência, estabilidade, respeito às expectativas legítimas do investidor, cumprimento com obrigações contratuais, devido processo legal, boa-fé e garantia de não ser tratado de modo coercitivo ou perseguido (SCHREUER, 2010, p. 125).

Destarte, a cláusula possui duas dimensões distintas: uma dimensão procedimental, que se relaciona ao devido processo legal; e uma dimensão substantiva, que implica a aceitação dos compromissos de razoabilidade, estabilidade, não discriminação e transparência (VANDELDE, 2010, p. 52).

Em síntese, o tratamento justo e equitativo representa a garantia de acesso à justiça e ao devido processo legal; garantia de ordenamento jurídico estável, previsível e transparente; condução transparente dos procedimentos administrativos ou judiciais; proteção das ex-

pectativas legítimas do investidor e, por fim, tratamento não abusivo do investidor e do investimento. A estabilidade no ordenamento jurídico do Estado receptor de investimentos deve ser equilibrada com a liberdade do Estado em legislar e alterar seu ordenamento jurídico. Segundo o entendimento predominante, o investidor só poderá exigir estabilidade no ordenamento jurídico do Estado se lhe foi oferecido um *compromisso específico* nesse sentido.

Por sua vez, o conceito da expressão “legítima expectativa” exige que seja considerada não apenas a conduta do Estado, mas do próprio investidor. Se o investidor realiza seu investimento em uma área altamente regulamentada, não poderá alegar que a mudança na legislação do Estado equivale à violação do tratamento justo e equitativo, tal qual evidenciado no trecho abaixo:

Acknowledging the investor's legitimate expectations may, *a contrario*, serve to favor, not the investor, but the host State. An obvious example is where an investor invests in a highly regulated area, or in circumstances where stringent and evolving local regulation should be anticipated, such as with respect to environmental protection: One cannot postulate that the environmental regime should be absolutely frozen, especially in the case of large-scale economic development projects and of technological innovation and changing environmental expectations and accepted standards (FORTIER; DRYMER, 2004, p. 307).

A construção do conceito da expressão “tratamento justo e equitativo”, com base nos elementos listados, permite que esse *standard* de proteção do investimento seja utilizado não apenas como uma garantia do investidor, mas também como uma importante ferramenta na mão dos árbitros que lhes permite, na análise

de cada caso concreto, balancear os interesses antagônicos do investidor e do Estado, equilibrando os distintos interesses envolvidos em uma operação transnacional. Nesse sentido, destacam-se as palavras de Mara Valenti:

The case-law rendered so far has disclosed the different factors which make up the standard, filling it with content. The pattern that has emerged is, in my opinion, an adequate tool in the hands of the arbitrator to handle the FET [fair and equitable treatment] standard. The latter lastly appears as a principle whose application should not be made to the host State's disadvantage and to the benefit of the foreign investor alone. Contrary to the long-standing investor-oriented approach, the standard thus seems to be in line with – and to contribute to – the recent trend affecting international investment law as a whole (VALENTI, 2014, p. 55).

Dada a difusão da cláusula de tratamento justo e equitativo nos acordos relativos a investimentos, sejam aqueles estabelecidos em âmbito bilateral, regional ou multilateral; questionou-se se essa garantia teria o *status* de direito costumeiro internacional. Em caso afirmativo, o tratamento justo e equitativo seria exigível mesmo se não previsto expressamente nos tratados bilaterais de investimentos.

Entretanto, o melhor entendimento parece ser no sentido de responder negativamente a essa questão (VASCIANNIE, 2000, p. 164). Afinal, apesar da constante previsão nos acordos, não existem evidências suficientes para comprovar a aceitação unânime dessa garantia por todos os Estados, inclusive se considerarmos as grandes divergências de opinião historicamente defendidas pelos países exportadores e importadores de capital. Destarte, faltaria o requisito de *opinio juris*, essencial para a caracterização do direito costumeiro internacional.

Os BITs firmados pelo Brasil com Portugal, França, Chile, Suíça, Alemanha e Grã-Bretanha preveem que cada Parte Contratante deverá dispensar um tratamento não discriminatório, justo e equitativo aos investimentos realizados por investidores da outra Parte Contratante.

Nesse aspecto, o BIT Brasil-França é particularmente relevante, pois é o único que especifica exemplos de atos considerados contrários ao tratamento justo e equitativo, o que se extrai da redação do Artigo 3:

Quaisquer restrições à compra e ao transporte de matérias primas e matérias auxiliares, energia e combustíveis, bem como de meios de produção e de exploração de qualquer espécie, qualquer obstáculo à venda e ao transporte dos produtos no interior do país e para o exterior, assim como quaisquer outras medidas de efeito análogo (ACORDO, 1995a).

Os ACFIs celebrados pelo Brasil não fazem referência ao tratamento justo e equitativo. Essa omissão pode ter consequências negativas, sobretudo se considerarmos que não há unanimidade no sentido de que o tratamento justo e equitativo seja uma regra de direito costumeiro internacional. Assim, para ter aplicação, a cláusula deve constar expressamente no acordo.

A importância de prever o tratamento justo e equitativo no texto dos ACFIs decorre principalmente de sua capacidade de balancear os distintos interesses envolvidos, sejam aqueles dos investidores estrangeiros ou dos Estados receptores de investimento.

É possível argumentar que, embora ausente a previsão de tratamento justo e equitativo no texto dos ACFIs, a omissão pode ser contornada por meio da cláusula da nação mais favorecida. Desse modo, os investidores brasileiros

poderiam amparar-se em acordos firmados por Moçambique e Angola com terceiros Estados, os quais contêm a exigência de tratamento justo e equitativo, e exigir a aplicação dessa garantia. Contudo, esse mesmo caminho não estaria disponível para investidores de Moçambique, uma vez que o Brasil não possui acordos de investimento assinados e ratificados com outros países. Considerando-se que um dos propósitos do ACFI é a cooperação entre as partes contratantes, é forçoso concluir que essa diferença de tratamento não se justifica.

4.2. Cláusula da nação mais favorecida e tratamento nacional

Além do tratamento justo e equitativo, igualmente difundidas nos acordos bilaterais ou regionais de investimentos são as cláusulas da nação mais favorecida e o tratamento nacional, consideradas *standards* de proteção dos investimentos estrangeiros do tipo contingencial.

Os padrões de proteção dos investimentos chamados contingenciais são aqueles cujo significado é variável conforme cada contexto específico. Assim a simples referência feita a um *standard* do tipo contingencial no BIT não permite inferir qual tratamento será conferido ao investidor, pois o preenchimento do significado dependerá de uma situação concreta. É o caso da cláusula da nação mais favorecida e do tratamento nacional, cujo significado somente será preenchido na medida em que se comparar o tratamento conferido ao investidor estrangeiro àquele conferido aos investidores nacionais ou aos investidores de um terceiro país.

A cláusula da nação mais favorecida e o tratamento nacional decorrem do princípio de não discriminação. Ambas as garantias representam o compromisso do Estado de não tratar o investidor estrangeiro de modo discriminatório, seja com relação aos investidores nacionais do Estado receptor de investimentos, seja com relação a investidores estrangeiros provenientes de um terceiro Estado.

A previsão de tratamento nacional implica a proibição de que o Estado receptor de investimentos ofereça ao investidor estrangeiro um tratamento menos benéfico que aquele proporcionado aos seus investidores nacionais. Contudo, questiona-se a abrangência temporal dessa garantia.

Discute-se se a obrigação do Estado de oferecer o mesmo tratamento a investidores estrangeiros e nacionais já existe antes do início do investimento ou surge apenas após sua realização. Embora a primeira opção seja encontrada em alguns acordos de investimento celebrados pelos EUA e no Capítulo XI do NAFTA, predomina a segunda posição (SCHEFER, 2013, p. 304). Portanto, a maior parte dos BITs permite que

o Estado exija dos estrangeiros o cumprimento de condições ou formalidades mais onerosas que aquelas exigidas dos nacionais, antes de iniciarem o investimento em seu território – sem que isso implique discriminação.

Com relação à cláusula da nação mais favorecida, sua inserção no BIT permite que o investidor estrangeiro que exerce atividade no território de um determinado Estado possa exigir que lhe seja assegurado o mesmo tratamento benéfico conferido por esse Estado ao investidor de um terceiro país. Bastante antiga e de uso recorrente no sistema multilateral do comércio, a cláusula da nação mais favorecida impede que um Estado estabeleça tratamentos diferentes conforme a nacionalidade do investidor.

A regra geral consiste em limitar a abrangência da cláusula da nação mais favorecida para as garantias substanciais previstas no acordo. A possibilidade da aplicação procedimental da cláusula, para estender a jurisdição prevista no BIT a outros Estados, foi objeto de controvérsia entre tribunais arbitrais.

No famoso caso *Maffezzini*³, o argentino Emilio Maffezzini, que iniciara seu investimento na Espanha em 1989, requereu instituição de procedimento arbitral no ICSID alegando o descumprimento do BIT Argentina-Espanha. Por sua vez, a Espanha argumentou que o investidor não havia cumprido um requisito exigido pelo BIT Argentina-Espanha, consistente na obrigação de submeter eventuais controvérsias, primeiramente, a julgamento perante as cortes locais. Por esse motivo, argumentou o Estado, o tribunal arbitral seria incompetente para decidir.

Ao proferir a sua decisão, o tribunal rejeitou o argumento da Espanha e acatou o en-

tendimento do investidor, no sentido de que a cláusula da nação mais favorecida prevista no BIT Argentina-Espanha possibilitava a aplicação do tratamento mais benéfico previsto no BIT Chile-Espanha, o qual não previa a exigência de submeter o caso às cortes locais.

O entendimento manifestado pelos árbitros suscitou muita discussão e críticas, de modo que, em alguns tratados bilaterais de investimento, foi inserido um dispositivo para explicitar que a cláusula de nação mais favorecida não poderia ser interpretada dessa maneira.

Em casos mais recentes, como o caso *Plama v. Bulgaria*⁴ e *Salini v. Jordan*⁵, os tribunais decidiram não ser possível a aplicação da cláusula da nação mais favorecida para as disposições procedimentais do tratado.

Finalmente, cumpre destacar a existência de exceções à aplicação da cláusula da nação mais favorecida e do tratamento nacional. É comum a previsão expressa nos BITs de que essas cláusulas não podem ser aplicadas de modo a estender a terceiros países as vantagens decorrentes de acordos regionais de integração econômica ou acordos de tributação.

Em todos os seis BITs assinados pelo Brasil e submetidos ao Congresso Nacional na década de 90, previram-se expressamente o tratamento nacional e a cláusula de nação mais favorecida, excepcionando-se apenas os privilégios resultantes de participação em organização econômica regional e as disposições de matéria tributária. O BIT firmado com a Grã-Bretanha excepciona, além dessas duas hipóteses, o caso de disposições consti-

⁴ *Plama Consortium Limited versus Republic of Bulgaria*, Caso ICSID No. ARB/03/24, decisão de fevereiro de 2005.

⁵ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. versus The Hashemite Kingdom of Jordan*, Caso ICSID No. ARB/02/13, decisão de novembro de 2004.

tucionais relacionadas à aquisição de bens e serviços pelo Poder Público.

Nos ACFIs, o dispositivo que trata da matéria intitula-se “tratamento aos investidores e investimentos”, diferente dos BITs, no qual eram empregadas as expressões “tratamento nacional e cláusula da nação mais favorecida”. Contudo, as disposições previstas em ambas as modalidades de acordo assemelham-se.

Ambos os ACFIs preveem, em seu Art. 11.2, o tratamento nacional ao afirmarem que:

Cada Parte, observada a legislação aplicável, permitirá aos investidores da outra Parte estabelecer investimentos e conduzir negócios em condições não menos favoráveis que as disponíveis para os investidores domésticos (ACORDO, 2015a & 2015b).

Ao mesmo tempo, a cláusula da nação mais favorecida é encontrada na previsão de que:

Cada Parte permitirá aos investidores da outra Parte estabelecer investimentos e conduzir negócios em condições não menos favoráveis que as disponíveis para outros investidores estrangeiros (ACORDO, 2015a & 2015b).

As ressalvas admitidas no ACFI Brasil-Moçambique dizem respeito a privilégios resultantes de zonas de livre comércio, uniões aduaneiras ou mercados comuns, bem como resultantes de quaisquer acordos para evitar a dupla tributação.

O ACFI Brasil-Angola admite exceções mais amplas, ao ressaltar os privilégios obtidos em razão de uniões aduaneiras ou econômicas, mercados comuns, zonas de livre comércio ou acordos internacionais de cooperação econômica, bem como acordos para evitar a dupla tributação ou outros acordos internacionais de natureza fiscal.

Um dispositivo peculiar é encontrado no ACFI Brasil-Angola, o qual estabelece em seu artigo 11.6:

Cada Parte poderá prever, com base em leis e regulamentos, formalidades especiais ligadas às atividades de investimento dos investidores da outra Parte no seu território, desde que tais formalidades especiais não prejudiquem a substância dos direitos de tais investidores e o princípio da não discriminação (ACORDO, 2015b).

A linguagem desse dispositivo não é clara, o que torna problemático compreender em quais outras hipóteses (além da participação em orga-

nização regional e de acordos de matéria tributária) poderiam ser exigidas outras formalidades especiais dos investidores estrangeiros, sem ferir o tratamento nacional e a cláusula da nação mais favorecida.

Na sequência, o ACFI firmado com Angola garante que os investidores estrangeiros não serão discriminados com respeito ao acesso à jurisdição de caráter judicial e administrativo (órgãos singulares e colegiados da justiça e órgãos administrativos) e à defesa de seus direitos.

Finalmente, cumpre observar a última parte do artigo 11 do ACFI Brasil-Angola, em que se estabelece que “Cada Parte deve observar e respeitar as obrigações assumidas expressamente em relação aos investimentos dos investidores da outra Parte”. Essa previsão, não encontrada no texto do ACFI assinado com Moçambique, corresponde à chamada *umbrella clause*, cuja estipulação suscita controvérsias.

O emprego da “cláusula guarda-chuva” destina-se a elevar uma obrigação assumida entre o investidor e o Estado receptor do investimento ao patamar de obrigação assumida entre Estados. Desse modo, eventual violação de um contrato de investimentos equipara-se à violação do BIT, o que amplia a proteção do investidor estrangeiro e lhe permite o acesso a mecanismos de solução de controvérsias previstos no texto do tratado bilateral de investimentos. Alguns Estados não são favoráveis à inclusão desse dispositivo. É o caso do Canadá, razão pela qual *umbrella clauses* não são previstas no Capítulo XI do NAFTA.

Nesse aspecto, aparenta haver uma contradição na redação dos ACFIs em análise. Por um lado, o ACFI Brasil-Angola admite maiores exceções ao tratamento nacional e à cláusula da nação mais favorecida do que o ACFI Brasil-Moçambique, o que mostra uma postura mais positiva para o Estado receptor de investimentos do que para os investidores.

Por outro lado, no mesmo dispositivo, o ACFI Brasil-Angola prevê a *umbrella clause*, muito mais benéfica para o investidor do que para o Estado, uma vez que amplia a extensão do acordo e, conseqüentemente, a proteção aos investimentos estrangeiros.

4.3. Plena proteção e segurança

Em grande parte dos acordos de investimento, a cláusula que garante o tratamento justo e equitativo refere-se também à plena proteção e segurança do investimento. Contudo, configuram duas garantias autônomas.

A afirmação da plena proteção e segurança representa o comprometimento do Estado de adotar medidas direcionadas à proteção das pessoas e aos bens relacionados ao investimento. Trata-se de assegurar a proteção física do investimento contra interferências externas, sejam elas desencadeadas pela ação do Estado, sejam por terceiros. Além da proteção física, entende-se que a plena proteção e segurança abrangem também a proteção legal do investimento, com a exigência de que se possibilite acesso do investidor aos órgãos jurisdicionais domésticos do Estado receptor.

Todavia, o dever do Estado de assegurar proteção física e legal ao investimento não implica sua responsabilização absoluta. A cláusula de plena proteção e segurança corresponde a uma obrigação de conduta e não de resultado, de modo que não será caracterizada responsabilização do Estado se comprovado que foram empregados os meios possíveis para proteger o investimento – independente do resultado alcançado (SCHEFER, 2013, p. 313).

Diante da alegação do investidor de que o Estado violou a garantia de plena proteção e segurança, os tribunais arbitrais deverão investigar se o Estado agiu com a *due diligence* (DOLZER; SCHREUER, 2008, p. 162). Deve-

-se ponderar se o Estado empregou as medidas adequadas e cabíveis que tem o dever de exercer em tais circunstâncias. Nessa análise, torna-se necessário considerar o desenvolvimento do Estado e os recursos à sua disposição, em uma observação minuciosa de sua capacidade financeira e institucional.

Nos BITs celebrados pelo Brasil com a Suíça e com a Grã-Bretanha, a previsão de plena proteção e segurança consta na mesma cláusula que assegura o tratamento justo e equitativo. Nos BITs assinados com Alemanha e França, a garantia de plena proteção e segurança está inserida em dispositivo autônomo (artigo 4º no BIT Brasil-Alemanha e artigo 5º no BIT Brasil-França).

No que tange ao BIT celebrado com o Chile, embora não seja empregada a expressão “plena proteção e segurança”, tal qual nos acordos supracitados, é possível inferir a previsão de que

Cada Parte Contratante protegerá, em seu território, os investimentos efetuados, de conformidade com sua legislação, por investidores de outra Parte Contratante e não criará obstáculos, por meio de medidas injustificadas ou discriminatórias, à gestão, à manutenção, à utilização, à fruição, à extensão, à venda ou, se for o caso, à liquidação de tais investimentos (ACORDO, 1994a).

O acordo bilateral assinado entre Brasil e Portugal é o único – dentre aqueles analisados – que não prevê a plena proteção e segurança dos investimentos. Entretanto, na situação hipotética de que os seis acordos tivessem sido ratificados pelo Brasil, a cláusula da nação mais favorecida explicitamente prevista no BIT Brasil-Portugal possibilitaria a extensão da plena proteção e segurança para os investidores portugueses, haja vista que tal garantia é reconhecida aos investidores dos outros cinco países.

Com relação aos acordos de cooperação e facilitação de investimentos, não se encontra a previsão de plena proteção e segurança. Entretanto, ambos os ACFIs preveem a compensação em caso de destruição do investimento, no todo ou em parte, por forças e autoridades da outra parte, nos termos do Art. 12 de ambos os acordos (ACORDO, 2015a, 2015b).

5. Regras sobre expropriação e indenização devida

A expropriação de propriedades situadas em seu território, pertençam a nacionais ou a estrangeiros, é reconhecida internacionalmente como um direito do Estado. Entretanto, a legalidade da expropriação condiciona-se à observância de quatro requisitos que devem ser satisfeitos cumulativamente.

Em primeiro lugar, a expropriação deve ser motivada por razões de interesse público. Em segundo lugar, a medida deve ser não discriminatória, ou seja, o Estado não pode expropriar com base nas características particulares de um investidor. A terceira exigência diz respeito ao cumprimento do devido processo legal, instituto destinado a assegurar o respeito a garantias processuais. Finalmente, o último requisito corresponde à exigência do pagamento de indenização. Trata-se do requisito mais controverso, dadas as divergências de entendimento entre Estados exportadores e importadores de capital acerca dos critérios empregados para estabelecer a indenização devida.

A presente seção abordará, inicialmente, as divergências em matéria de indenização devida em caso de expropriação. Posteriormente, a análise concentra-se nos casos de expropriação indireta – muito recorrentes e controversos no direito dos investimentos.

5.1. Indenização devida

Em 1938, após a nacionalização de companhias norte-americanas estabelecidas no México, o secretário de Estado dos EUA, Cordon Hull, fez uma declaração que se tornaria célebre, ao afirmar que as regras de direito internacional exigiam compensação pronta, adequada e efetiva para os investidores prejudicados. Esses requisitos tornaram-se conhecidos como “Fórmula Hull” e determinavam que o investidor deveria ser indenizado de forma rápida e deveria receber o valor de mercado de seus investimentos, a ser pago em moeda conversível.

Por sua vez, os Estados em desenvolvimento argumentavam que a indenização não deveria seguir todos aqueles requisitos, mas deveria basear-se tão somente em um “padrão apropriado”. Embora inicialmente se opusessem à fórmula Hull, a assinatura constante de BITs por esses Estados após os anos 80 levou-os a aceitar cláusulas que contivessem a exigência de indenização pronta, efetiva e adequada.

Os seis BITs objeto de análise tratam da expropriação e indenização devida, embora utilizem diferentes termos, como “desapropriação” e “nacionalização” (BITs assinados com Grã-Bretanha, Suíça, França, Chile, Portugal). Apenas o BIT assinado com a Alemanha emprega o termo “expropriação”.

Alguns autores conferem aos termos “expropriação” e “nacionalização” duas acepções distintas, com a argumentação de que a expropriação refere-se a medidas individualizadas de interesse público, destinadas a atingir a propriedade de uma determinada empresa, ao passo que a nacionalização refere-se a medidas governamentais que interferem em propriedades de um completo setor da economia ou diversos setores econômicos, com o intuito de transferi-los ao domínio público (FONSECA, 2008, p. 116).

Embora os quatro requisitos da expropriação sejam citados nos acordos, há divergência entre eles quanto à modalidade de indenização devida.

Os BITs assinados com a Grã-Bretanha e o Chile utilizam a expressão “indenização imediata, adequada e efetiva”. O BIT assinado com a Suíça fala apenas em “indenização efetiva e adequada”, embora ressalve que deverá ser paga sem demora. O BIT celebrado com a Alemanha diz que “a indenização deverá ser paga de imediato, em moeda conversível e livremente transferível”. No caso do BIT entre Brasil e França, há a previsão de “indenização pronta e adequada”. Com relação ao BIT entre Brasil e Portugal, prevê-se a necessidade de “justa e pronta indenização”. As diferentes maneiras de redação do dispositivo referente à indenização demonstram a falta de consenso entre os Estados acerca dessa matéria.

Uma das críticas aos tratados bilaterais de investimento assinados pelo Brasil na década de 90 dizia respeito ao conflito das regras indenizatórias previstas nos BITs com os preceitos constitucionais vigentes. Ao emitir parecer sobre o BIT Brasil-Suíça, a Comissão de Relações Exteriores manifestou-se no sentido de que a forma de indenização prevista no acordo colidia com os preceitos constitucionais acerca da desapropriação de imóveis urbanos e rurais, uma vez que, no caso de imóvel urbano, a Constituição brasileira prevê a possibilidade de pagamento em dinheiro ou títulos da dívida pública, Art. 182, §3º, ao passo que, em se tratando de imóvel rural, o texto constitucional prevê o pagamento com títulos da dívida agrária, Art. 184, *caput* (BRASIL, 1996).

Os recentes ACFIs assinados pelo Brasil empregam os termos “expropriação” e “nacionalização” e exigem o cumprimento dos quatro requisitos tradicionais para a legalidade da expropriação. No que tange à indenização,

o ACFI Brasil-Angola refere-se à “justa compensação, adequada e efetiva” e o ACFI Brasil-Moçambique exige “adequada e efetiva indenização”.

Da análise desses acordos, infere-se a ausência de exigência de “pronta indenização”. Ambos os acordos apenas ressalvam que ela deve ser paga “sem demora”, conforme a legislação do Estado onde a expropriação ocorreu. Nesse aspecto, a redação dos ACFIs, comparada à dos BITs, revela-se mais adequada, uma vez que se coaduna com os preceitos constitucionais brasileiros, respondendo a uma das principais críticas que levou ao fracasso na assinatura dos BITs nos anos 90.

5.2. Expropriação indireta

Embora a expropriação direta, caracterizada pela transferência do título de propriedade para o Estado, tenha sido comum no passado, atualmente ela deixou de ser a regra. Hoje, predomina a ocorrência da chamada expropriação indireta, em que não há a transferência formal do título de propriedade, mas redução do valor econômico do investimento ou perda de controle pelo investidor, em decorrência de medidas adotadas pelo Estado.

A expropriação indireta também é denominada “expropriação de fato”, “medidas equivalentes à expropriação” ou “expropriação *creeping*”. O último termo é empregado para designar a hipótese em que a redução no controle ou uso da propriedade ocorre após a sucessão de diversas ações tomadas pelo Estado. Nesse caso, uma medida isolada não é expropriatória, mas o conjunto de medidas ou ações tomadas pelo Estado caracteriza expropriação.

A maior dificuldade em tratar dos aspectos relativos à expropriação indireta consiste em diferenciar uma medida regulatória permitida, que o Estado tem total liberdade para adotar,

e uma medida regulatória de natureza expropriatória, que implica a responsabilização do Estado a indenizar o investidor.

Em determinados momentos, é possível que um Estado, fazendo uso de seu poder regulamentador, estipule certas regras relacionadas à tributação, ao comércio, ao meio ambiente, à saúde, para proteger o interesse público, e tais regras podem indiretamente afetar os interesses do investidor. É o caso das medidas adotadas pela Austrália para regulamentar as embalagens de cigarro, o que, na visão dos investidores desse ramo, prejudicava seus investimentos, razão pela qual iniciaram procedimento arbitral contra o Estado australiano.

De um lado, há a necessidade de proteger o interesse dos investidores estrangeiros, garantindo-lhes segurança jurídica, para que não sejam prejudicados economicamente por uma medida regulatória adotada pelo Estado. De outro lado, há o interesse do Estado em implementar medidas de interesse público, com a preservação de sua soberania.

Um interessante exemplo trazido pelo Professor Andrew Newcombe auxilia a ilustrar o tema. No exemplo hipotético, um investidor estrangeiro possui um empreendimento voltado ao setor de propaganda e controla cerca de 70% dos *billboards* da cidade. Uma pesquisa sugere que muitos acidentes de trânsito são causados pela distração dos motoristas, em decorrência dos anúncios. Por tal motivo, o governo decide proibir esse tipo de propaganda, o que acarretará grandes prejuízos financeiros para o investidor. Nesse caso, o Estado será condenado a indenizar o investidor, ou será isento de pagar compensação, uma vez que a medida voltava-se nitidamente para a proteção do interesse público? (NEWCOMBE, 2005, p. 4).

A questão é bastante delicada, haja vista que se, de um lado, o Estado sempre for condenado a indenizar, isso equivale a reduzir ou eli-

minar seu espaço de manobra para desenvolver políticas públicas. Teme-se que a condenação do Estado ocasionaria um “*chilling effect*” – o Estado se absteria de adotar medidas de interesse público de modo a evitar condenações. De outro lado, se o investidor sempre tiver que suportar os prejuízos, isso equivale a anular a proteção estabelecida no tratado bilateral de investimento.

A solução que, em um primeiro momento, afigura-se como ideal parece ser o estabelecimento, de modo objetivo, nos tratados bilaterais de investimento, das medidas regulatórias não consideradas expropriatórias. A fixação de regras objetivas nos tratados vincularia a ação dos tribunais arbitrais, uma vez que os BITs são os principais instrumentos em que os árbitros baseiam-se para proferir suas decisões.

Diversas abordagens são empregadas pelos tribunais arbitrais para estabelecer a diferenciação entre uma medida regulatória de interesse público, não indenizável, e uma medida com efeitos expropriatórios, indenizável.

A primeira abordagem possível consiste em focar exclusivamente os efeitos da medida. Uma vez que a medida impacta negativamente o investimento, configurando prejuízo econômico ao investidor, ela é considerada expropriatória, independentemente da intenção do Estado ao adotá-la. Embora essa concepção já tenha sido empregada em casos relevantes (como o caso *Metalclad v. Mexico*⁶), ela tem a desvantagem de anular eventuais distinções entre regulação e expropriação.

A segunda abordagem concentra-se em averiguar os efeitos da medida para o investidor, por meio da análise de suas expectativas legítimas. Em regra, uma medida não discri-

minatória de interesse público não será considerada expropriatória e indenizável, a menos que o Estado tenha oferecido compromissos específicos para o investidor, no sentido que se absteria de adotar essas medidas.

Uma terceira teoria empregada em arbitragens de investimento enfoca não somente os efeitos da medida, mas também a sua finalidade. Se a finalidade do Estado consiste em promover interesses públicos legítimos, a medida é vista como regulação e não expropriação.

O caso *Tecmed*⁷ trouxe uma quarta abordagem para a análise da expropriação indireta. Nesse caso, o tribunal arbitral fez referência à proporcionalidade, estabelecendo que, para não configurar expropriação, a medida adotada pelo Estado, além de legítima e justificável, deve ser proporcional.

Em razão da recorrente alegação de expropriação indireta no âmbito dos tribunais arbitrais e dos diversos aspectos envolvidos para sua configuração, muitos tratados bilaterais de investimentos passaram a inserir dispositivos para regulamentar o tema. Um exemplo interessante é o BIT Canadá-China, o qual estabelece distintos fatores a serem considerados pelos árbitros para determinar a caracterização de expropriação, tais como o impacto da medida, as características da medida e as expectativas legítimas do investidor. O tratado ressalva que, em regra, as medidas adotadas pelo Estado para a proteção da saúde, da segurança e do meio ambiente não caracterizam expropriação indireta.

Com o escopo de mitigar a incerteza que paira nesse campo, a atitude mais adequada consiste na previsão expressa nos acordos de investimento dos requisitos que permitem

⁶ *Metalclad Corporation versus United Mexican States*, Caso ICSID No. ARB(AF)/97/1, decisão de agosto de 2000.

⁷ *Tecnicas Medioambientales Tecmed SA versus The United Mexican States*, Caso ICSID No. ARB (AF)/00/2, decisão de maio de 2003.

a caracterização de expropriação indireta. Além disso, a clareza é importante para os sistemas de seguro contra riscos políticos contratados pelos investidores, tais como a Agência Multilateral de Garantias de Investimento (na sigla inglesa, MIGA). Essas políticas cobrem riscos como a expropriação, daí a importância de definir as hipóteses em que a expropriação se configura.

Nesse sentido, foi elaborada uma recomendação pela Comissão Europeia para a redação dos novos acordos de investimento celebrados no âmbito da União Europeia: *“Future EU agreements will provide a detailed set of provisions giving guidance to arbitrators on how to decide whether or not a government measure constitutes indirect expropriation”* (EUROPEAN COMISSION, 2013).

Ao estabelecerem as regras sobre expropriação e indenização devida, os seis BITs analisados neste trabalho abrangem o caso de expropriação indireta. O BIT Brasil-Grã-Bretanha cita “medidas de efeito equivalente à nacionalização ou desapropriação”. No mesmo sentido, o BIT Brasil-Alemanha trata de “medidas com efeitos equivalentes à expropriação ou à nacionalização”. O BIT Brasil-Suíça abrange “medidas de desapropriação, nacionalização ou quaisquer outras medidas da mesma natureza ou de efeitos semelhantes”.

De maneira mais ampla, o BIT Brasil-França ressalva a ocorrência de “medidas de desapropriação ou de nacionalização ou quaisquer outras medidas cujo efeito consista em privar os investidores da outra Parte, direta ou indiretamente, dos investimentos que lhes pertençam”. Finalmente, os BITs Brasil-Chile e Brasil-Portugal referem-se à “nacionalização, desapropriação ou qualquer outra medida de características ou efeitos similares”.

Os ACFIs não fazem nenhuma referência à possibilidade de expropriação indireta. Esse aspecto contrasta com a maioria dos modelos de tratados bilaterais de investimento, principalmente a nova geração de BITs. Trata-se de uma falha dos ACFIs. Afinal, uma vez que a expropriação direta deixou de ser a regra, é fundamental estabelecer os requisitos da expropriação indireta, demarcando os limites que permitem diferenciar as medidas regulatórias legitimamente adotadas pelo Estado e as medidas expropriatórias.

6. Mecanismos de solução de controvérsias

A solução de controvérsias relativas a investimentos comporta duas possibilidades: (i) solução de controvérsias entre Estados, ou seja, entre o Estado receptor do investimento e o Estado de origem do investidor

estrangeiro; (ii) solução de controvérsias diretamente entre Estado receptor do investimento e investidor estrangeiro.

A solução de controvérsias entre Estados pode ocorrer perante a Corte Internacional de Justiça e a Corte Permanente de Arbitragem. Entretanto, a desvantagem dessa hipótese reside no fato de exigir o exercício da proteção diplomática do investidor por parte do seu Estado de origem.

Uma vez ocorrido um conflito entre investidor estrangeiro e Estado receptor do investimento, o investidor estrangeiro recorre ao seu Estado de origem para solicitar proteção. Este, caso julgue conveniente, pode assumir a disputa, tornando-se parte na controvérsia.

A desvantagem da proteção diplomática deve-se ao fato de ser um ato discricionário do Estado. Além disso, se o Estado aceitar proteger o investimento feito pelo seu nacional no exterior, ao acionar o Estado receptor perante mecanismos internacionais, a disputa passa a ser sua, cabendo-lhe a palavra final sobre acordos e montantes de indenização devidos.

No final do século XIX, alguns países desenvolvidos, credores de Estados da América Latina, exerceram intervenção econômica e militar na região, sob a justificativa de exercerem a proteção diplomática de seus nacionais (DIAS, 2010, p. 156). A partir disso, os países latino-americanos desenvolveram teorias contrárias à internacionalização da demanda, com destaque para a Doutrina Calvo, elaborada pelo jurista argentino Carlos Calvo em 1868.

A Doutrina Calvo baseava-se na premissa de que os estrangeiros que investem em um Estado teriam os mesmos direitos de receber proteção que um nacional do referido Estado, não podendo solicitar um nível de proteção mais elevado (RAMINA, 2009, p. 59). Assim, o estrangeiro não poderia invocar a proteção diplomática.

Outra alternativa para a resolução de disputa entre as partes consiste no recurso ao Poder Judiciário do Estado receptor de investimentos. Contudo, na perspectiva do investidor, a submissão do litígio às cortes nacionais apresenta uma série de desvantagens, como o temor de que os tribunais não sejam imparciais, a falta de competência técnica dos juízes nacionais e a morosidade dos procedimentos judiciais.

Para superar as dificuldades decorrentes da proteção diplomática e do recurso ao Poder Judiciário, os investidores estrangeiros pensaram em meios alternativos. Nesse contexto, foi elaborada a Convenção de Washington de 1965, responsável por instituir o Centro Internacional de Solução de Disputas sobre Investimentos (ICSID, na sigla inglesa), no âmbito do qual são constituídos tribunais arbitrais com competência de resolver os litígios relacionados a investimentos.

A solução de controvérsias diretamente entre um investidor estrangeiro e um Estado receptor de investimento é a opção preferida pelos investidores, uma vez que evita os inconvenientes da proteção diplomática e também os sistemas internos de solução de controvérsias nos tribunais do Estado receptor.

A grande maioria dos tratados bilaterais de investimentos dispõe que eventuais controvérsias deverão ser submetidas à arbitragem, seja *ad hoc* institucionalizada. Na maioria dos casos, dá-se preferência à arbitragem institucionalizada, por dispor de procedimentos previamente estabelecidos e facilitadores da execução da sentença. Nesse aspecto, o ICSID é órgão predominante na solução internacional de controvérsias em matéria de investimentos.

Os BITs assinados pelo Brasil nos anos 90 previam a solução de controvérsias entre Estados e a solução de controvérsias entre Estado e investidor. No primeiro caso, os Estados deveriam buscar solução amigável da controvérsia e, não sendo possível, submetê-la a um tribunal arbitral constituído *ad hoc*. No segundo caso, não sendo possível a negociação amigável entre o Estado e o investidor, este poderia optar pelo recurso ao Poder Judiciário ou pela arbitragem internacional, a ser realizada no âmbito do ICSID ou perante um tribunal *ad hoc*.

Alguns tratados bilaterais de investimento (como aqueles assinados pelo Brasil com Portugal, Chile e França) exigem estabelecimento de consultas entre as partes por um período temporal mínimo de seis meses, antes de permitir o recurso à arbitragem. Trata-se do chamado *waiting period*, cuja exigência busca estimular a negociação amigável para a resolução da disputa.

Além disso, é possível encontrar em alguns BITs (BIT Brasil-Portugal e BIT Brasil-Chile, por exemplo) a regra *fork in the road*, cláusula

recorrente nos acordos de investimento, segundo a qual o investidor deve escolher apenas um foro de solução da disputa, ou as cortes nacionais do Estado receptor, ou a arbitragem internacional. A partir do momento em que o investidor inicia o procedimento em uma dessas vias, não poderá recorrer à outra.

Os mecanismos de solução de controvérsias previstos nos BITs suscitaram muitas críticas, sendo um dos principais motivos responsáveis por obstar a ratificação desses acordos. Alegou-se que o acesso direto ao foro internacional pelo investidor estrangeiro conflitaria com dispositivos constitucionais e discriminaria investidores brasileiros.

Essa posição ficou clara no parecer emitido pela Comissão de Relações Exteriores quando analisou o BIT assinado com a Suíça. Segundo esse parecer, o acesso ao foro internacional pelo investidor estrangeiro conflitaria com o princípio de esgotamento de recursos internos e com o princípio de inafastabilidade da jurisdição, além de implicar redução da soberania do Estado. O parecer mencionava também o custo material dos cofres públicos na manutenção de representantes legais no exterior. Além disso, posicionava-se no sentido de que a escolha do foro pelo investidor favorecia os investidores estrangeiros e estabelecia tratamento discriminatório para os investidores nacionais, cuja única opção seria o recurso à justiça local (BRASIL, 1996).

Ao contrário dos BITs assinados pelo Brasil, os ACFIs omitiram-se quanto à possibilidade de acesso direto ao foro internacional pelo investidor estrangeiro. Focados principalmente na prevenção de litígios, os ACFIs celebrados com Angola e Moçambique estabelecem a solução negociada de disputas, com auxílio de um Comitê Conjunto. Caso não seja possível solucionar o litígio, os Estados poderão recorrer a mecanismos de arbitragem. Permite-

-se apenas a arbitragem entre Estados e não há menção à arbitragem investidor-Estado.

Ambos os ACFIs afirmam que os Estados “poderão recorrer” à arbitragem internacional. Da forma como o texto está redigido, não há reconhecimento automático do compromisso dos Estados em estabelecer a arbitragem, de modo que ambos deverão, posteriormente, expressar seu consentimento. Caso não apresentem seu consenso, não será possível estabelecer a arbitragem (HAMILTON; GRANDO, 20--).

No atual cenário internacional, os mecanismos de solução de controvérsias diretamente entre investidor e Estado tornaram-se alvo de crescentes debates e críticas. Discute-se a viabilidade de inclusão desses mecanismos no Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (TTIP) e no Acordo Compreensivo Econômico e Comercial (CETA), em negociação entre EUA e União Europeia, bem como Canadá e União Europeia, respectivamente. Outros Estados, como Austrália, manifestam seu desejo de excluir a arbitragem investidor-Estado dos acordos de investimento (FERNANDES, 2015, p. 37).

O temor quanto à solução de controvérsias diretamente entre investidor e Estado explica a ausência de sua previsão nos ACFIs. Todavia, não obstante os benefícios da proposta dos ACFIs em resolver amigavelmente os conflitos, tal proposta revela-se insuficiente. Afinal, em muitos desses casos, não é possível chegar a uma solução negociada do conflito – hipótese em que a única alternativa para o investidor será solicitar a intervenção de seu Estado de origem.

Portanto, a solução de controvérsias tal como estabelecida nesses acordos comporta as desvantagens da proteção diplomática. Uma vez que o Estado de origem do investidor opte por não exercê-la, o investidor estrangeiro permanecerá sem outro recurso, a não ser o acesso ao Poder Judiciário do Estado receptor – e, por conseguinte, terá de enfrentar todas as dificuldades daí decorrentes.

7. Inovações contidas nos ACFIs

Nos ACFIs, é possível identificar diversos dispositivos que não são tradicionalmente encontrados nos tratados bilaterais de investimentos.

Entre as principais inovações trazidas pelo novo modelo brasileiro, pode ser citada a previsão de um Comitê Conjunto; o estabelecimento de Pontos Focais; a previsão de troca de informações entre as partes; o incentivo ao envolvimento do setor privado, além de disposições concernentes à responsabilidade social corporativa, transparência e desenvolvimento de agendas temáticas.

O Comitê Conjunto consiste em um órgão composto por representantes governamentais dos Estados, ao qual incumbe a competência de monitorar a implementação do acordo, discutir possibilidades de expansão dos investimentos entre as partes, coordenar agendas de cooperação e facilitação, acolher a participação do setor privado e da sociedade civil e buscar a resolução amigável de conflitos. No ACFI assinado com Angola, prevê-se uma função adicional ao Comitê Conjunto, concernente à elaboração de um mecanismo arbitral de solução de controvérsias entre Estados.

A criação de Pontos Focais, também denominados *Ombudsmen*, tem o escopo de prover os investidores estrangeiros com apoio governamental por parte do Estado receptor de investimentos. No caso do Brasil, serão estabelecidos no âmbito da Câmara do Comércio Exterior.

Ambos os ACFIs estabelecem agendas temáticas a serem discutidas entre as autoridades governamentais dos Estados, com a inclusão de temas de interesse para o fomento e incremento dos investimentos bilaterais, a fim de alcançar um entendimento comum na matéria.

Outro ponto de relevo é a referência expressa, no Artigo 10 de ambos os acordos em apreço, à responsabilidade social corporativa, dispositivo cuja redação é idêntica nos dois acordos:

Os investidores e seus investimentos deverão se empenhar em realizar o maior número possível de contribuições ao desenvolvimento sustentável do Estado receptor e da comunidade local, por meio da adoção de um elevado grau de práticas socialmente responsáveis, tomando por referência os princípios voluntários e padrões definidos no Anexo II – Responsabilidade Social Corporativa (ACORDO, 2015a; 2015b).

Em conjunto, todas essas inovações, assim como a previsão de troca de informações entre as partes, o incentivo ao envolvimento do setor privado e os dispositivos referentes à transparência, providenciam um regime jurídico caracterizado, sobretudo, pelo diálogo entre as partes envolvidas e pela busca de solução amigável de conflitos, motivo pelo qual o ACFI pode ser compreendido como um “BIT *light*” (RITTNER, 2015).

8. Conclusão

A assinatura de ACFIs pelo Brasil evidencia uma notável modificação na postura do país perante a regulamentação internacional dos investimentos estrangeiros. Com efeito, a postura brasileira sempre foi considerada bastante peculiar, por ser um dos únicos países do mundo

a não ratificar nenhum tratado bilateral de investimentos, tampouco assinar a Convenção de Washington de 1965, responsável por instituir um centro especializado em arbitragem de investimentos.

Com base na análise dos modelos de BITs assinados pelo Brasil na década de 90, embora não tenham sido ratificados, e mediante a comparação com os ACFIs celebrados recentemente; é possível identificar diferenças bastante expressivas entre ambos.

O ACFI resulta de uma iniciativa elaborada pelo Itamaraty, pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e pelo Ministério da Fazenda, após discussões com o setor privado, com foco na cooperação entre os Estados, intercâmbio de informações, prevenção de conflitos e resolução amigável de controvérsias por meio de negociações.

O preâmbulo dos ACFIs busca garantir equilíbrio entre os distintos interesses envolvidos: do investidor, do Estado e da sociedade. Nesse sentido, representa um avanço se comparado aos BITs, os quais focavam apenas a proteção do investimento. A referência à preservação da autonomia legislativa do Estado, no preâmbulo dos ACFIs, revela-se bastante positiva, por assegurar o espaço para os interesses regulatórios do Estado. Contudo, tal afirmação também deveria constar expressamente no texto do tratado, uma vez que o preâmbulo, por si só, é incapaz de criar direitos ou obrigações.

Com relação às definições de investimento e investidor, os ACFIs apresentam definições mais restritas do que aquelas formuladas nos tradicionais BITs. Definições mais restritas são adequadas para os interesses do Estado receptor de investimentos. Entretanto, ao mesmo tempo, definições demasiadamente restritas podem deixar sem proteção grande número de investidores, aos quais não será assegurado nenhum benefício resultante do tratado.

No que concerne aos *standards* de proteção de investimentos, nos ACFIs, a cláusula da nação mais favorecida e o tratamento nacional seguem a mesma tendência encontrada nos BITs. A garantia de plena proteção e segurança não consta do texto dos ACFIs. Outra notável omissão no texto dos ACFIs diz respeito à cláusula de tratamento justo e equitativo. A falta de menção a esse *standard* de proteção do investimento apresenta aspectos negativos, especialmente em razão de seu potencial de equilibrar os interesses dos Estados e dos investidores.

As regras de expropriação previstas nos ACFIs diferem daquelas contidas nos BITs, pois não há previsão de que a indenização deve ser “pronta”. Contudo, o maior problema diz respeito à ausência de regras sobre a expropriação indireta, a qual é muito mais recorrente, complexa e problemática que a expropriação direta.

Finalmente, no que tange aos mecanismos de solução de controvérsias, os ACFIs preveem apenas a possibilidade de solução de controvérsias entre Estados. Ao contrário dos BITs, não admitem a solução de controvérsias diretamente entre investidor e Estado.

A solução de conflitos entre Estados poderá ser realizada via arbitragem, mas o texto do ACFI não expressa, por si só, consentimento à arbitragem. Ademais, o modelo tal qual estabelecido comporta os riscos da proteção diplomática. Na hipótese de recusa do Estado de origem do investidor em acionar o Estado receptor de investimentos, ao investidor não restará outro meio de resolver a controvérsia, a não ser o recurso ao Poder Judiciário – alternativa que também não se apresenta como a melhor opção, em matéria de investimentos estrangeiros.

Em resumo, a assinatura de ACFIs pelo Brasil representa um avanço, por indicar uma mudança no comportamento do país. Contudo, o “modelo *light*” de acordo ainda não confere ampla segurança jurídica aos investidores, mormente no que se refere à ausência de recurso à arbitragem investidor-Estado.

Sobre as autoras

Érika Capella Fernandes é mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP.

E-mail: erika_capella@hotmail.com

Jete Jane Fiorati é mestre e doutora em Direito. Professora Adjunta de Direito do Comércio Internacional da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP.

E-mail: jete@franca.unesp.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁸

COOPERATION AND FACILITATION INVESTMENT AGREEMENTS AND BILATERAL INVESTMENT TREATIES SIGNED BY BRAZIL: A COMPARATIVE ANALYSIS

ABSTRACT: Abstract: For a long time, the Brazilian position towards the international regime governing foreign direct investment was very peculiar. Although Brazil had signed fourteen bilateral investment treaties (BITs) in the 90s, the country has never ratified any of them. However, in 2015, this scenario has started to change and the country has begun to sign Cooperation and Facilitation Investment Agreements (CFIAs) with its commercial partners. The CFIAs signed by Brazil represent a new model of investment agreements and have particular features. Considering the peculiarities of these new agreements,

⁸ Sem revisão do editor.

it seems appropriate to compare their rules with the old rules found in the bilateral investment agreements signed by Brazil. The comparison between these rules allows us to understand the changes in the Brazilian position and to identify the implications of the new agreement. This paper compares the rules found in the CFIA's signed by Brazil with Angola and Mozambique and the rules found in the bilateral investment treaties signed in the 90s. This paper analyzes the substantial and procedural norms found in both kinds of agreements with special regard to the following aspects: preamble; definitions of investment and investor; standards of investment protection and dispute settlement mechanisms.

KEYWORDS: COOPERATION AND FACILITATION INVESTMENT AGREEMENTS. BILATERAL INVESTMENT TREATIES. INTERNATIONAL INVESTMENT LAW. STANDARDS OF INVESTMENT PROTECTION.

Referências

ACORDO entre o governo da República Federativa Do Brasil e o governo da República do Chile sobre promoção e proteção recíproca de investimentos. 1994a. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1994/b_42/at_download/arquivo/>. Acesso em: 10 nov. 2015.

ACORDO entre o governo da República Federativa Do Brasil e o governo do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte sobre promoção e proteção de investimentos. 1994b. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1994/b_20/>. Acesso em: 10 nov. 2015.

ACORDO entre o governo da República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça sobre a promoção e a proteção recíproca de investimentos. 1994c. <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1994/b_85/>. Acesso em: 10 nov. 2015.

ACORDO entre o governo da República Federativa do Brasil e o governo da República Francesa sobre promoção e proteção recíproca de investimentos. 1995a. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1995/b_17/at_download/arquivo/>. Acesso em: 10 nov. 2015.

ACORDO entre a República Federativa do Brasil e a República Federal da Alemanha sobre promoção e proteção recíproca de investimento. 1995b. <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1995/b_73/>. Acesso em: 10 nov. 2015.

ACORDO Brasil-Moçambique de cooperação e facilitação de investimentos (ACFI). Maputo, 30 mar. 2015a. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8511:acordo-brasil-mocambique-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-acfi-maputo-30-de-marco-de-2015&catid=42&lang=pt-BR&Itemid=280>. Acesso em: 10 nov. 2015.

ACORDO Brasil-Angola de cooperação e facilitação de investimentos (ACFI). Luanda, 1^a abr. 2015b. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8520:acordo-brasil-angola-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-acfi-luanda-1-de-abril-de-2015&catid=42&lang=pt-BR&Itemid=280>. Acesso em: 10 nov. 2015.

AZEVEDO, Débora Bithiah. *Acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa, 2001. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/arquivos-pdf/pdf/102080.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. Parecer da comissão de relações exteriores sobre o acordo entre o governo da República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça sobre a promoção e a proteção

recíproca de investimentos. Relator: Dep. Aroldo Cedraz. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, v. 61, n. 224, p. 31621, 3 dez. 1996.

_____. Parecer da comissão de relações exteriores sobre o acordo entre o governo da República Federativa do Brasil e o governo da República Portuguesa. Relator: Dep. Robério Araújo. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, v. 52, n. 20, p. 3452, 4 fev. 1997.

_____. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. *Diário Oficial da União*, 15 dez. 2009.

DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e o direito internacional*. Curitiba: Juruá Ed., 2010.

DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

EUROPEAN COMMISSION. *Investment protection and investor-to-state dispute settlement in EU agreements: fact sheet*. nov. 2013. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151916.pdf>. Acesso em: 13 out. 2015.

FERNANDES, Érika Capella. New concerns in international investment law: balancing investor's rights and host state's interests in investment arbitration. *Young Arbitration Review*, Lisboa, v. 17, p. 36-42, abr. 2015.

FONSECA, Karla Closs. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá Ed., 2008.

FORTIER, L. Yves; DRYMER, Stephen. Indirect expropriation in the law of international investment: I know it when I see it, or caveat investor. *ICSID Review*, v. 19, n. 2, p. 293-327, 2004.

HAMILTON, Jonathan C., GRANDO, Michelle. Brazil and the Future of Investment Protections. *Latin Arbitration Law*, 20---. Disponível em: <<http://latinarbitrationlaw.com/brazil-and-the-future-of-investment-protections/>> Acesso em 10 nov. 2015.

NEWCOMBE, Andrew. The boundaries of regulatory expropriation in international Law. *ICSID Review*, v. 20, n. 1, p. 1-57, 2005.

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

RITTNER, Daniel. Com modelo 'light', Brasil conclui primeiro acordo de investimentos. *Valor Econômico*, Brasília, mar. 2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3976244/com-modelo-light-brasil-conclui-primeiro-acordo-de-investimentos>> Acesso em: 13 out. 2015.

SACERDOTI, Giorgio. The application of BITs in time of economic crisis. In: _____ et al (Ed). *General Interests of Host States in International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

SCHEFER, Krista Nadakavukaren. *International investment law: text, cases and materials*. Northampton, MA: Edward Elgar Pub., 2013.

SCHILL, Stephan. *The multilateralization of the international investment law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

SCHREUER, Christoph. Fair and equitable treatment. In: HOFFMANN, A.K. (Ed). *Protection of foreign investments through modern treaty arbitration: diversity and harmonisation*. Association Suisse de l'Arbitrage. 2010.

_____. Nationality of investors: legitimate restrictions vs. business interests. *ICSID Review*, v. 24, n. 2, p. 521-527, 2009.

SIMÕES, Bruno Graça. *Entre a soberania e a liberdade: admissão e estabelecimento de investimentos internacionais*. Dissertação (Mestrado em Direito)–Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SUTHERLAND, P. F. The world bank convention on the settlement of investment disputes. *The international and comparative law quarterly*, v. 28, n. 3, jun. 1979.

TITI, Aikaterini. *The right to regulate in international investment law*. Baden-Baden: Nomos, 2014.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *World Investment Report 2014. Investing in SDGs: an action plan*. Genève: UNCTAD, 2014. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015.

VALENTI, Mara. The protection of general interests of host states in the application of the fair and equitable treatment standard. In: SACERDOTI, Giorgio et al (Ed). *General Interests of Host States in International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

VANDEVELDE, Kenneth J. A unified theory of fair and equitable treatment. *New York University journal of international law and politics*, v. 43, n. 1, p. 43-106, 2010. Disponível em: <<http://nyujilp.org/wp-content/uploads/2013/02/43.1-Vandeveld.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2015.

VASCIANNIE, Stephen. The fair and equitable treatment standard in investment law and practice. *British Yearbook of International Law*, v. 70, n. 1, p. 99-164, 2000.