UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

RAÍSSA VRIJDAGS BELO DE LIMA

# A CONVENIÊNCIA DA CELEBRAÇÃO DE ACORDOS BILATERAIS DE INVESTIMENTOS PELO BRASIL EM FACE DA RECALIBRAÇÃO DOS DIREITOS E DEVERES DE INVESTIDORES E ESTADOS RECEPTORES DE CAPITAL

ORIENTADOR: PROF. DR. CAIO GRACCO PINHEIRO DIAS

RIBEIRÃO PRETO
2015

RAÍSSA VRIJDAGS BELO DE LIMA

# A CONVENIÊNCIA DA CELEBRAÇÃO DE ACORDOS BILATERAIS DE INVESTIMENTOS PELO BRASIL EM FACE DA RECALIBRAÇÃO DOS DIREITOS E DEVERES DE INVESTIDORES E ESTADOS RECEPTORES DE CAPITAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo como requisito para a obtenção do título de bacharela em Direito.

Área de Concentração: Direito Internacional Econômico

Orientador: Prof. Dr. Caio Gracco Pinheiro Dias, do Departamento de Direito Público (DDP) da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

RIBEIRÃO PRETO

2015

**FICHA CATALOGRÁFICA**

Lima, Raíssa Vrijdags Belo de

A Conveniência da Celebração de Acordos Bilaterais de Investimentos pelo Brasil em Face da Recalibração de Direitos e Deveres de Investidores e Estados Receptores de Capital. Ribeirão Preto, 2015.

138 p. ; 30 cm

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP.

Orientador: Dias, Caio Gracco Pinheiro.

1. Investimentos Estrangeiros Diretos 2. Acordos Bilaterais de Investimentos 3. Internacionalização das Empresas Brasileiras 4. Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos

Nome: LIMA, Raíssa Vrijdags Belo de

Título: A Conveniência da Celebração de Acordos Bilaterais de Investimentos pelo Brasil em Face da Recalibração de Direitos e Deveres de Investidores e Estados Receptores de Capital.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo como requisito para a obtenção do título de bacharela em Direito.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição:_____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição:_____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição:_____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

*Aos meus pais, Marthe e Elton.*

**AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, por tudo.

Aos meus pais, Marthe e Elton, pelo amor e carinho, por todos os sacrifícios feitos e pela lição de que só há recompensa com trabalho duro. À Marthe, pelo exemplo de fé e determinação. À Elton, pelo exemplo de compaixão e de dedicação.

À minha irmã, Marthe, pela cumplicidade na vida e, a partir de agora, também na profissão. Pela revisão de parte deste trabalho e por ter contribuído positivamente para a minha escolha de curso.

Às minhas avós, Antônia e Luzilma, pelos exemplos de humildade e pela sábia lição de que a verdadeira felicidade se encontra nas coisas mais simples da vida.

Ao Caio, pelo amor e companheirismo na vida, pelo auxílio com os gráficos e revisões neste trabalho.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Caio Gracco Pinheiro Dias, por ter me guiado neste trabalho com muita paciência e zelo, pelos conhecimentos transmitidos e pelas críticas construtivas.

Ao Prof. Dr. Umberto Celli Júnior, pelo primeiro contato com a matéria de investimentos, por todo o apoio e pelo auxílio com os livros.

A todos os meus amigos e amigas, por terem sido a minha família em Ribeirão Preto, compartilhando alegrias e dificuldades ao longo desses últimos anos.

À Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, a todos os seus professores e funcionários.

# RESUMO

Os investimentos estrangeiros diretos (IED) são apontados como um dos fatores capazes de auxiliar na promoção do desenvolvimento do país receptor do investimento. Neste sentido, os acordos para promoção e proteção recíproca de investimentos ou acordos bilaterais de investimentos (BITs) são considerados como a principal regulamentação sobre o tema.

Os BITs passam, na atualidade, por um processo de reformulação em âmbito internacional, e, de instrumentos tão somente protetivos dos interesses dos investidores, passaram, ao menos aparentemente, a ser instrumentos também cooperação econômica, buscando uma relação mais equilibrada entre investidor e Estado receptor, que preserve o *policy space* deste último.

O Brasil assinou alguns BITs durante a década de 90, porém nunca os ratificou, por diversas razões. Dado que o Brasil, de país unicamente receptor de investimentos, também se tornou um exportador de capital, e considerando-se que a inexistência de BITs pode vir a criar dificuldades na atração de investimentos para o Brasil em meio a crises econômicas, avalia-se a reconsideração da posição brasileira sobre o assunto. Assim, a partir do estudo da nova geração de BITs, pretende-se analisar o novo modelo de acordo de investimentos elaborado pelo país: O Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos.



Palavras Chaves: Investimento estrangeiro direto, Acordos bilaterais de investimentos, Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos.

**ABSTRACT**

Foreign Direct Investment (FDI) is pointed out as a factor that contributes to the promotion of development in the host State. In this sense, the international investment agreements and the bilateral investment treaties (BITs) are considered the main regulation about the subject.

BITs are, nowadays, going through a reformulation of its clauses in the international level and, from instruments for simple protection of the rights of investors, they have turned into, at least apparently, instruments of economic cooperation, searching for a more balanced relation between investor and host State, which maintains the *policy space* of the latter.

Brazil has signed a few BITs during the 90s, however, none of them have been ratified, given many reasons. Since Brazil is currently not only an economy recipient of investments, but also a home State of foreign capital and considering it may face difficulties in the attraction of FDI, in light of economic and financial crises and the lack of BITs, a reconsideration of its position towards the subject is noted. Therefore, based on the study of the new generation of BITs, as analysis of Brazil's model treaty of Cooperation and Facilitation Investment Agreement is proposed.

Key words: Foreign Direct Investments, Bilateral Investment Treaties, Cooperation and Facilitation Investment Agreement.

**SUMÁRIO**

1 – INTRODUÇÃO ..... 16
2 – OS ACORDOS BILATERAIS DE INVESTIMENTOS (BITS) E O DIREITO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO ..... 22
2.1 Objeto: o Investimento Estrangeiro Direto ..... 27
2.2 Finalidade: promoção e proteção "recíproca" a investimentos ..... 32
2.2.1 Nacionalizações, Nova Ordem Econômica e o surgimento dos BITs (1960-1970) ..... 33
2.2.2 Crises e a necessidade de atração de FDI (1980) ..... 34
2.2.3 Neoliberalismo e a proliferação dos BITs (1990-2001) ..... 34
2.2.4 Crises, volta do protecionismo estatal e a reformulação dos BITs (2002 -) 36
2.3 Histórico e evolução dos modelos de BITs ..... 37
3 - AS PRINCIPAIS CLÁUSULAS DE TRATAMENTO DO INVESTIMENTO NOS BITS ..... 40
3.1 Definição de investimento e de investidor ..... 41
3.1.1 Investimento ..... 41
3.1.2 Investidor ..... 47
3.2 Admissão e estabelecimento ..... 51
3.3 Tratamento Nacional ..... 54
3.4 Tratamento da nação mais favorecida ..... 56
3.5 Padrões de proteção absolutos dos investimentos: *Tratamento justo e equitativo, proteção e segurança plenas e não comprometimento/proibição de medidas irracionais ou discriminatórias* ..... 57
3.5.1 Tratamento justo e equitativo - TJE ..... 59
3.5.2 Proteção e segurança plenas ..... 61
3.5.3 Princípio do não comprometimento ou proibição de medidas irracionais ou discriminatórias ..... 61
3.6 Expropriação e compensação ..... 62

3.7 Transferência de fundos ..... 64

3.8 Solução de controvérsias ..... 65

3.8.1 - Solução de controvérsias Estado-Estado ..... 66

3.8.2 - Solução de controvérsias investidor-Estado ..... 68

4 – A NOVA GERAÇÃO DE BITS: TENTATIVA DE RECALIBRAÇÃO DOS DIREITOS E DEVERES ..... 74

4.1 O surgimento de uma "4ª geração" de BITs: as causas das mudanças e seus fundamentos: a manutenção do policy space para o desenvolvimento sustentável ..... 75

4.2 Os novos direitos e deveres como forma de reequilibrar a relação entre Estado receptor e investidor estrangeiro ..... 82

4.2.1 – Os novos modelos de BITs dos EUA e do Canadá ..... 84

4.2.2 - O debate na atualidade: perspectivas para melhorar a questão do equilíbrio nos BITs ..... 87

5 – O BRASIL E OS ACORDOS BILATERAIS DE INVESTIMENTOS ..... 94

5.1 O isolamento brasileiro em relação aos BITs ..... 94

5.2 O Brasil como país receptor e investidor: novos interesses a serem tutelados ... 99

5.3 Os Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) ..... 103

6 – CONCLUSÃO ..... 108

7 – BIBLIOGRAFIA ..... 110

ANEXO I ..... 114

ANEXO II ..... 120

# 1 – INTRODUÇÃO

Existem duas teorias econômicas conflitantes para relacionar desenvolvimento econômico e investimento estrangeiro direto (IED ou FDI – *Foreign Direct Investment*), a teoria clássica e a teoria da dependência, além de teorias que tentam conciliar os dois extremos. A primeira, conhecida como a teoria clássica, propaga a crença de que os investimentos são fatores concretos de promoção de desenvolvimento nos Estados receptores; e a segunda teoria acredita que o desenvolvimento só será alcançado pelos países em desenvolvimento a partir do momento em que eles adquirirem independência da necessidade de atrair investimentos externos, que por sua vez, não contribuem substantivamente para o desenvolvimento econômico[1].

A teoria clássica, que foi empregada pelos países desenvolvidos, pelo Banco Mundial e pelo o FMI, enaltece aspectos da recepção de investimentos como a criação de novos empregos, a transferência de tecnologia e habilidades de gerência, a construção de infraestrutura e instalações para os serviços de transporte, saúde e educação. A partir desses aspectos, supõe-se o posterior proveito da sociedade como um todo. Todavia, a teoria é criticável porque considera tão somente aspectos econômicos, os quais muitas vezes são ilusórios, a exemplo da transferência de tecnologia obsoleta e o aproveitamento das instalações criadas somente por parte da população[2].

Já a segunda teoria, que se desenvolveu no âmbito dos países Latino-americanos[3], enfoca o desenvolvimento como um direito das pessoas e não do Estado, afirmando que aquele só existe com a distribuição de riqueza (pessoas livres da pobreza e da exploração). E incorpora, assim, interesses não econômicos à questão, como direito ambiental e direitos humanos, ao afirmar que o capital estrangeiro deixa o país em um permanente estado de dependência que impede o seu desenvolvimento econômico e social[4]. Assim, esta teoria

---

[1] Cf. SORNARAJAH, M. **The international law of foreign investment**, 3 rd. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 47-53.
[2] *Ibid*., p. 48-52.
[3] O ex-presidente do Brasil, Fernando Henrique Cardoso, como professor, foi um grande defensor desta teoria, porém, durante seu governo adotou medidas consideradas neoliberais. In: *Ibid*., p. 54.
[4] *Ibid*., p. 53-55.

encara o investimento estrangeiro como sendo sempre prejudicial ao desenvolvimento do Estado receptor, que precisa quebrar esse ciclo vicioso de dependência para promover seu progresso econômico e social. As críticas a esta teoria, portanto, referem-se ao fato de que ela ignora a existência de evidências de efeitos positivos da recepção dos investimentos estrangeiros[5].

Atualmente ganha espaço uma teoria híbrida ou intermediária ("*the middle path"*), tentativa de corrigir as falhas das primeiras, ao propor uma abordagem mais pragmática e baseada em estudos concretos, como os da UNCTC (atualmente incorporada à UNCTAD), que apontam tanto para a identificação dos benefícios como dos malefícios do investimento estrangeiro, ajudando os países em desenvolvimento na formulação de políticas públicas para a regulamentação e seleção de investimentos e para o controle da conduta das empresas transnacionais[6]. Esta teoria, portanto, afirma que o IED de fato pode auxiliar no desenvolvimento econômico do país que o recebe, porém, precisa ser orientado pelo Estado receptor para poder alcançar tal fim[7].

Nesta senda, é necessário analisar duas relações distintas para a melhor compreensão da temática aqui proposta: a primeira entre investimentos e desenvolvimento econômico (e, mais recentemente, cresce a preocupação também com o desenvolvimento social) e a segunda entre a celebração de BITs e o crescimento no fluxo de investimentos. No que concerne esta última, estudos concluíram que BITs não são substitutos de instituições nacionais sólidas, quando estas não estão presentes no país importador de capitais, sendo vistos, assim, como instrumentos que apenas complementam a atração dos investimentos[8], pois outros fatores também são considerados pelos investidores tais como: a estabilidade política e social, o ambiente jurídico, o potencial de crescimento do mercado e a infraestrutura disponível[9].

---

[5] SORNARAJAH, M. **The international law of foreign investment**, 3 rd. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 54-56.
[6] *Ibid.,* p. 55-56.
[7] Com base em estudos da UNCTAD, em CELLI JR, Umberto. Os acordos GATS e TRIMS na OMC: Espaço para Políticas Públicas de Desenvolvimento. In: CELLI JUNIOR, Umberto; SAYEG, Fernanda Manzano. (Org.). **Comércio de Serviços, OMC e Desenvolvimento**. São Paulo: IDCID, 2008. p. 5.
[8] Em um estudo desenvolvido no âmbito do Banco Mundial sobre o impacto da celebração de BITs e a recepção de FDI chegou-se à conclusão de que os BITs não teriam um papel determinante na atração de investimentos. Ver HALLWARD-DRIEMEIER, Mary. Do bilateral investment treaties attract FDI? Only a bit… And they could bite. World Bank, **Policy Research Working Paper** 3121, June 2003, p. 20-22. Disponível em: http://documents.worldbank.org/curated/en/2003/08/2507711/bilateral-investment-treaties-attract-foreign-direct-investment-only-bit-bite. Acesso em: 25/08/2015.
[9] FONSECA, Karla Closs. **Os Acordos de Promoção e Proteção Recíproca e Investimentos e o Equilíbrio entre o Investidor Estrangeiro e o Estado Receptor de Investimentos.** 2007. 215 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2007, p. 157. E

Para Dolzer e Schreuer[10], o Direito do Investimento Estrangeiro é composto por três níveis de regras jurídicas: por porções do Direito Internacional geral, por princípios gerais do Direito Internacional Econômico e por distintas regras peculiares ao seu domínio. Além disso, ressaltam os autores que as regras do direito do investimento estrangeiro também tiveram que incorporar aspectos do Direito interno dos países hospedeiros, para a análise e decisão de questões e casos específicos. Como exemplo temos a definição interna de investimentos, as regras internas para a definição de nacionalidade e as que disciplinam a jurisdição de tribunais internacionais.

A UNCTAD, por sua vez, fala na convivência entre regras de direito internacional consuetudinário, acordos bilaterais, regionais e multilaterais sobre investimentos, atos de instituições internacionais, e textos de autoridades não vinculativos, como declarações adotadas por Estados ou resoluções de órgãos e organizações internacionais e, por fim, o panorama de regras jurídicas nacionais[11].

Destas considerações é possível extrair duas características básicas do direito do investimento estrangeiro. Em primeiro lugar, é um ramo do direito internacional econômico bastante controverso, diante da falta de consenso entre os países sobre as regras aplicáveis, contrapondo muitas vezes, Estados desenvolvidos e Estados em desenvolvimento. Isto se traduz nas diferenças encontradas nos milhares acordos sobre investimentos. Em segundo lugar, destaca-se a sua mutabilidade, com o surgimento constante de novas regras (tanto em nível internacional como na legislação nacional), justamente em razão da falta de consenso e da dinamicidade do fenômeno econômico que se presta a regular. A alterações nos fluxos, de origem e de destino, dos investimentos e a diversificação das atividades econômicas, dos setores e das formas de organização empresarial, ilustram a questão.

Por outro lado, é possível questionar a razão pela qual as empresas decidem se tornar multinacionais ou transnacionais[12] e passam a investir no exterior. A teoria econômica explica esse fenômeno de internacionalização da produção sob quatro tipos diferentes de projetos de IED: 1) os investimentos diretos orientados para atender a demanda doméstica (*market*

---

VANDEVELDE, Kenneth J. U.S. Bilateral Investment Treaties: The Second Wave. **Michigan Journal of International Law**, v. 14, p.621-704, 1993, p. 626.

[10] DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law.** Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 3.

[11] UNCTAD. **International Investment Agreements: key issues. v. I.** Geneva: UNCTAD, February 2004, p. 4. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiit200410_en.pdf. Acesso em 24/05/2015.

[12] A despeito da diferenciação dos conceitos, neste trabalho utilizaremos multinacionais e transnacionais como expressões sinônimas.

*seeking FDI*), 2) investimentos realizados para acessar recursos naturais (resource seeking FDI), 3) investimentos de busca de eficiência (*efficieny seeking FDI*), e 4) investimentos orientados para aumentar as vantagens de propriedade da empresa investidora (*strategic asset seeking FDI*)[13].

Nesse sentido, Luiz Olavo Baptista afirma que "do ponto de vista da economia, o investimento estrangeiro supera o simples movimento de capitais. Ele é parte de um processo de expansão da empresa, ou um movimento para assegurar a sua sobrevivência"[14].

De outra sorte, também se questiona a razão que leva os países a competirem na atração de capital. Tal questão pode ser explicada pela necessidade dos países em desenvolvimento de financiamento externo para construírem sua infraestrutura interna, em conjunto ao fato de que as empresas estrangeiras são as maiores detentoras de capital disponível no mundo. Ademais, também é do interesse dos Estados receptores a criação de empregos, a movimentação das exportações e o recebimento de tecnologia e *know-how,* sendo possível também visar um aumento da eficiência das empresas nacionais ao competirem com as transnacionais.

Para os propósitos do presente trabalho, considera-se a disciplina jurídica dos investimentos estrangeiros por meio dos acordos bilaterais de investimentos (BITs)[15], que diante da ausência de um acordo multilateral sobre o tema, são a principal forma de regulação do IED em âmbito internacional.

De início, a pesquisa se concentra na compreensão histórica do fenômeno do IED e dos BITs. Em seguida, será feita uma análise do conteúdo das principais cláusulas que são adotadas nestes instrumentos, com o fim de avaliar a relação jurídica trilateral que desenvolve entre Estados receptores, investidores estrangeiros e seus Estados de origem.

No penúltimo Capítulo deste trabalho, será abordado o surgimento de uma nova geração de BITs, a partir de fatores que deixaram em evidência a constatação do caráter altamente protetivo desses tipos de acordos, que muitas vezes limita exageradamente o *policy*

---

[13] AMAL, Mohamed; KEGEL, Patrícia Luíza. Investimento Direto Externo, Comércio Internacional e Desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. (Org.). **Comércio Internacional e Desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 150.

[14] BAPTISTA, Luiz Olavo. **Os investimentos internacionais no Direito Comparado e Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 23.

[15] Optou-se neste trabalho pelo uso da sigla em inglês BIT para *"bilateral investment treaty"* devido a ser a denominação mais empregada em âmbito internacional, inclusive pela UNCTAD e pela OCDE.

*space* dos países receptores. Bem como se verá o diálogo da nova geração com os objetivos globais do desenvolvimento sustentável.

Por fim, será avaliado o caso do Brasil, que de país historicamente receptor de investimentos, passou a ser também país exportador de capitais, e mudou recentemente a sua postura de isolamento em relação aos acordos sobre investimentos.

## 2 – OS ACORDOS BILATERAIS DE INVESTIMENTOS (BITS) E O DIREITO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO

Os Acordos Bilaterais de Investimentos (BITs), também conhecidos nacionalmente como Acordos de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos (APPIs), são negociados entre dois Estados que estabelecem direitos e deveres recíprocos entre si, mesmo que na prática o mais comum seja ter-se um Estado receptor de um lado e, do outro, um Estado exportador de capitais[16]. Todavia, a doutrina especializada se refere a relação jurídica que decorre de um acordo bilateral de investimento como sendo uma relação trilateral, envolvendo, assim, o Estado de origem do investidor, o Estado receptor do investimento e o investidor estrangeiro[17]. Isso acontece porque o acordo é firmado entre os dois Estados, mas afeta diretamente os investidores estrangeiros, para quem o acordo se dirige e visa tutelar.

Por meio dos BITs são estabelecidos padrões mínimos de tratamento a serem observados por ambas as partes, em relação aos investidores do outro Estado, como forma de proteção aos investimentos. Acredita-se que a proteção oferecida pela existência de um BIT vá estimular a promoção de investimentos entre os Estados partes, existindo, porém, questionamentos em diversos estudos quanto a relação entre a adoção de BITs e o aumento no fluxo de investimentos recebidos por um Estado[18]. Muito embora haja variações no padrão de tratamento fixado em cada acordo, os BITs possuem um núcleo comum de cláusulas, conforme será visto posteriormente no Capítulo 3 deste trabalho.

Cláudia Perrone-Moisés destaca duas características dos BITs, a primeira delas é a especificidade "no que se refere à sua aplicabilidade geográfica; uma vez concluídos, referem-se exclusivamente aos investimentos originários de um país e localizados no território de outro país e inversamente", e a segunda, a generalidade "quanto ao tipo de investimento, pois

---

[16] SORNARAJAH, M. **The International law on foreign investment**. 3 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 177.

[17] MUSCHLINSKI, Peter. Holistic approaches to development and international investment law: the role of international investment agreements. In: FAUNDEZ, Julio; TAN, Celine (ed.). **International Economic Law, Globalization and Developing Countries.** Northampton: Edward Elgar Publishing, 2010, p. 190. E SCHNEUWLY, Anne Mirjam. **International Investment Law and its Instruments: Managing Risks to Investors and Host States**. Fribourg: SSRN, 2012, p.29-30. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=2200347. Acesso em 07/05/2015.

[18] Peter Muschlinski ressalta a dificuldade em se excluir outros fatores que podem afetar os fluxos de investimentos nesses estudos. Cf. MUSCHLINSKI, Peter. Holistic approaches to development and international investment law: the role of international investment agreements, *in*: FAUNDEZ, JULIO; TAN, Celine (Org.), **International Economic Law, Globalization and Developing Countries**, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2010, p. 186.

uma vez em vigor, referem-se a todo e qualquer investimento que se enquadre na definição ali prevista”[19].

Historicamente, aponta-se que o atual regime jurídico dos BITs incorporou diversas características contidas nos chamados Tratados de Amizade, Comércio e Navegação, conhecidos pela sigla FCN (*friendship, commerce and navigation*), firmados pelos EUA a partir do Século XVIII, sendo o primeiro deles com a França no ano de 1778[20]. Os precursores dos BITs surgiram como amplos acordos bilaterais para a promoção do comércio internacional e o aperfeiçoamento das relações internacionais, mas que recebem o título de “progenitor” porque também passaram a disciplinar a matéria de investimentos, incluindo proibições de expropriação realizada sem compensação [21].

De início, os FCN eram celebrados com as potências Europeias e disciplinavam uma série de matérias concernentes a proteção do estrangeiro, com o estabelecimento de direitos que incluíam a liberdade de crença e de locomoção e o direito ao devido processo legal nas Cortes locais, em uma época em que o comércio internacional era feito basicamente por indivíduos que se estabeleciam no exterior. Em versões posteriores, no século XX quando já predominavam os investimentos feitos por companhias e eram negociados também com os países Latino-americanos, Asiáticos e Africanos, os FCNs priorizaram a proteção dos investimentos, com a inclusão de cláusulas de nação mais favorecida e tratamento nacional para entrada e estabelecimento, além de mecanismos de solução de controvérsias, que foram posteriormente aperfeiçoados nos BITs[22].

Todavia, em meados do Século XX, o programa americano dos FCNs foi gradativamente posto de lado e tornou-se prescindível após a difusão do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), e na década de 1960 foi completamente abandonado[23]. Nesse sentido, o GATT englobou a finalidade principal dos FCNs, trazendo em seu preâmbulo os objetivos de diminuir as tarifas e outras barreiras ao comércio e acabar com o tratamento

---

[19] PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito ao Desenvolvimento e Investimentos Estrangeiros**. São Paulo: Ed. Oliveira Mendes, 1998, p. 28

[20] SORNARAJAH, M. **The international law of foreign investment**, 3 rd. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 180.

[21] GUZMAN, Andrew. Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties. **Virginia Journal Of International Law**, v. 38, p.639-688, 1998, p. 653.

[22] SORNARAJAH, M. **The international law of foreign investment**, 3 rd. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 180–181; VANDEVELDE, Kenneth J. U.S. Bilateral Investment Treaties: The Second Wave. **Michigan Journal of International Law**, v. 14, p.621-704, 1993, p. 624.

[23] GUZMAN, Andrew. Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties. **Virginia Journal of International Law,** v. 38, p.639-688, 1998, p. 653.

discriminatório no comércio internacional[24]; sem, contudo, tratar do tema de investimentos, o que fez ser necessário buscar alternativas para a questão[25].

Para Sornarajah, a experiência obtida com os FCNs demonstra que os tratados internacionais serão modificados de acordo com as mudanças das circunstâncias que levaram a sua criação, bem como o uso desses tratados será igualmente modificado[26]. Os processos sofridos pelos EUA com base nesses tratados por parte do Irã e de Nicarágua ilustram a situação, em que antigos aliados se tornaram adversários e fizeram uso do instrumento de modo não originariamente previsto por seus negociadores[27]. Na mesma linha de raciocínio, as recentes mudanças dos modelos de BITs dos EUA (2004 e 2012) demonstram variações em resposta a experiência passadas e as mudanças de circunstâncias, após o país ter sido processado em diversas arbitragens com base no NAFTA[28].

Assim, na mesma época em que os EUA desistiram dos tratados FCN surgiram os BITs, sobretudo em resposta à preocupação, no contexto do pós Segunda Guerra, com a proteção aos investimentos dos países que testemunharam a perda da propriedade de seus indivíduos em países estrangeiros e precisam investir em outros países para se reconstruírem, notadamente países europeus, sendo relevante mencionar que o primeiro BIT de que se tem notícia no mundo foi celebrado no ano de 1959, entre a Alemanha e o Paquistão.[29]

---

[24] "(…) desirous of contributing to these objectives by entering into reciprocal and mutually advantageous arrangements directed to the substantial reduction of tariffs and other barriers to trade and to the elimination of discriminatory treatment in international commerce." General Agreement on Tariffs and Trade (GATT - 1947), Preamble.

[25] SCHNEUWLY, Anne Mirjam. **International Investment Law and its Instruments : Managing Risks to Investors and Host States**, Fribourg: [s.n.], 2012, p. 28.

[26] SORNARAJAH, M. **The International law on foreign investment**. 3 rd. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 181-182.

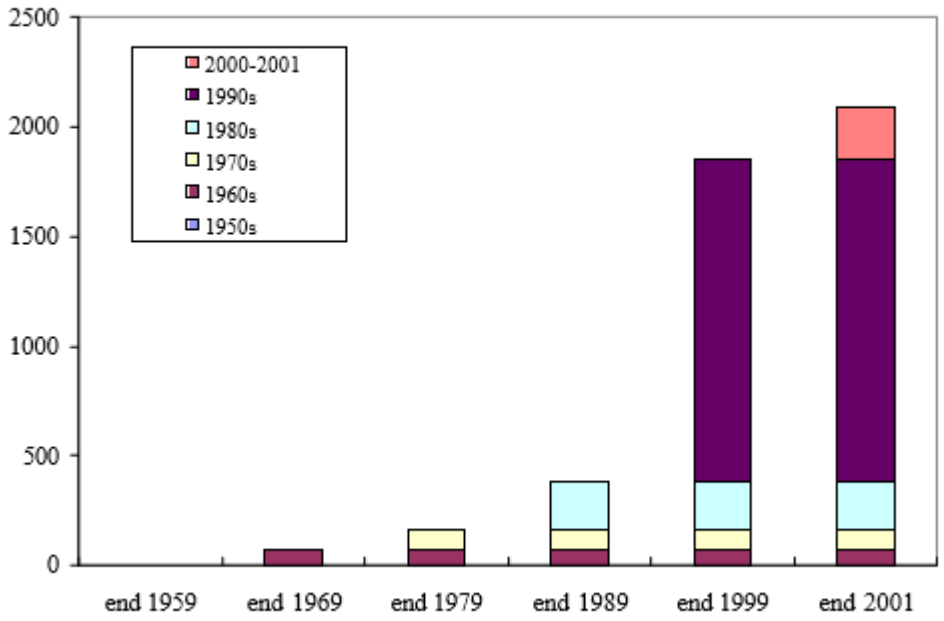
[27] Nicarágua utilizou a cláusula de solução de controvérsias prevista no seu tratado FCN com as EUA para estabelecer jurisdição em sua demanda contra os EUA em razão da intervenção militar deste em sua política interna. (Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua *(Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 392*). O Irã, por sua vez, utilizou cláusula similar de seu tratado FCN com os EUA, de 1955, para processá-los no caso das plataformas de petróleo (*Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2003, p. 161)*. In: *Ibid.*, p. 181.

[28] *Ibid.*, p. 182.

[29] SALACUSE, Jeswald W.; SULLIVAN, Nicholas P. Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain. **Harvard International Law Journal,** Cambridge, v. 46, n. 1, p.67-130, 2005, p. 73.

Desde então, presenciou-se uma significativa difusão desses instrumentos, sobretudo na década de 1990. Como é possível observar no gráfico abaixo[30], não existiam mais do que 385 acordos ao final de 1989 e passaram ao número de 2096 no final de 2001[31].

**Figure 1. Growth of the number of BITs, 1959-2001**



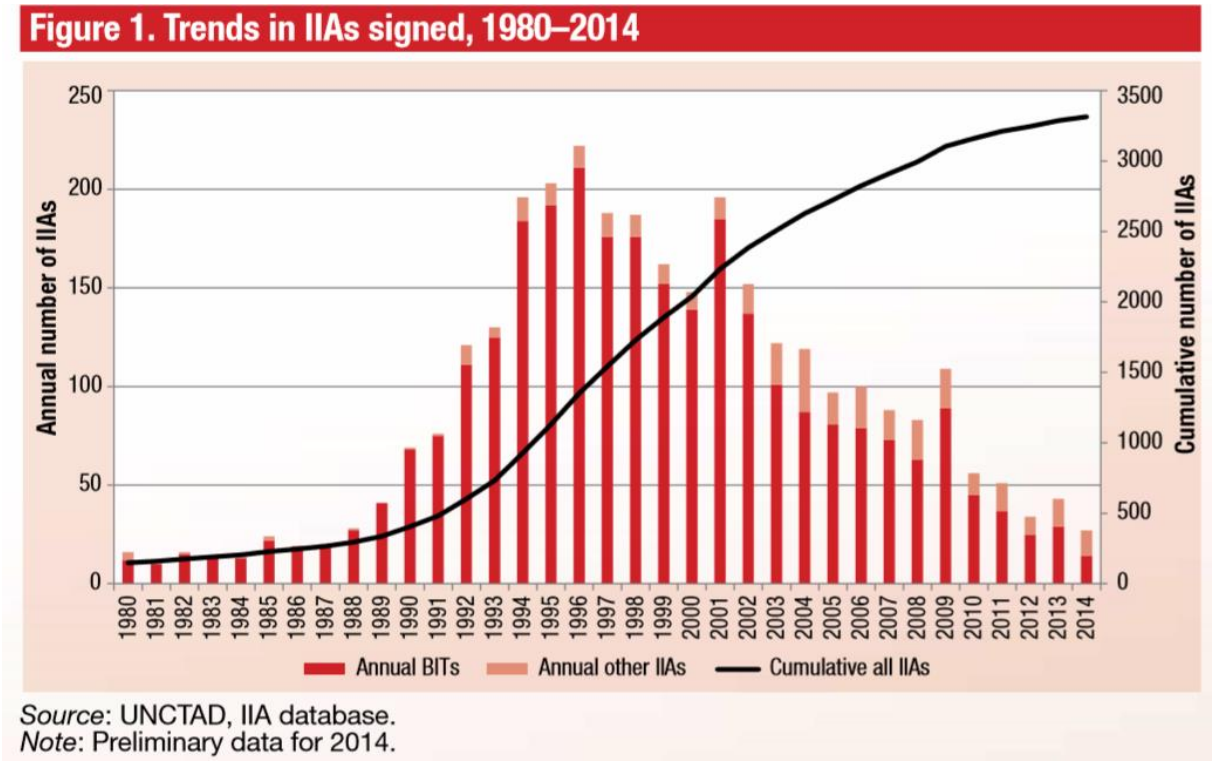

*Source* : UNCTAD database on BITs.

O grande crescimento do número de BITs concluídos na década de 1990 se deu na medida em que mais países em desenvolvimento e as economias em transição passaram a assinar acordos com vários países desenvolvidos, bem como começaram a celebrar BITs entre si[32]. Dentre as razões que levaram a essa proliferação, merece maior destaque a hegemonia da filosofia do neoliberalismo econômico, apoiada pelos EUA e pelas instituições financeiras mundiais, e adotada pelos países subdesenvolvidos a partir da cartilha do Consenso de Washington de 1989[33].

---

[30] UNCTAD. **Experiences with Bilateral and Regional Approaches to Multilateral Cooperation in the Area of Long-Term Cross-Border Investment, Particularly Foreign Direct Investment.** Geneva: UNCTAD, 2002, p.5. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/c2em11d2_en.pdf. Acesso em 07/06/2014.
[31] *Ibid*., p. 5.
[32] Alguns autores ressaltam que o fato de que muitos Estados em desenvolvimento estejam celebrando BITs entre si não modifica a circunstância de que, geralmente, um desses países é um exportador de capital em relação ao outro. Em SORNARAJAH, M. **The International law on foreign investment**. 3 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 177.
[33] *Ibid*., p. 174.

Mais recentemente, tem-se registro de 2.926 BITs concluídos até o final do ano de 2014[34], o que demonstra uma queda na média de BITs assinados após o começo do milênio, sendo mais acentuada nos últimos 7 anos, em decorrência da crise de 2008 (no ano de 2007 já se tinha registro de quase 2700 BITs[35]), conforme pode ser observado no gráfico abaixo[36]:




Período esse em que também se presenciou um crescimento notável de outros tipos de acordos bilaterais e regionais que contém um capítulo de investimentos (também representados no gráfico 2 como "*other IIAs*"), como acordos de parceria econômica (EPA) e acordos de livre comércio (FTA), que somados ao número de BITs totalizam mais de 3.271 acordos concluídos. No próprio ano de 2014, registrou-se 13 destes outros tipos de acordo, ao passo em que foram concluídos 18 BITs[37].

---

[34] UNCTAD. **World Investment Report – 2015**: Reforming International Investment Governance**.** New York and Geneva: UNCTAD, 2015, p. 106. Disponível em: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf. Acesso em 16/09/2015.

[35] SORNARAJAH, M. **The International law on foreign investment**. 3 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 172.

[36] UNCTAD. **IIA Issues Note. Recent Trends in IIAs and ISDs.** Geneva: UNCTAD, February 2015, p. 2. Disponível em: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf. Acesso em 07/06/2014.

[37] UNCTAD. **World Investment Report – 2015**: Reforming International Investment Governance**.** New York and Geneva: UNCTAD, 2015, p. 106. Disponível em: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf. Acesso em 16/09/2015.

Para a melhor compreensão da temática dos BITs - que são o foco deste trabalho em razão de ainda serem a forma dominante de regulamentação de investimentos - serão abordados a seguir o objeto, a finalidade, a evolução e as principais cláusulas contidas nesses acordos.

## 2.1 Objeto: o Investimento Estrangeiro Direto

O estudo dos BITs deve partir do entendimento do fenômeno econômico por ele regulado, que é o investimento estrangeiro direto (IED ou FDI – *foreign direct investment*). Destarte, é necessário conceituar investimento internacional, tendo-se em mente que a sua definição, devido à grande diversidade de instrumentos que tratam do assunto, bem como pela dinamicidade do fenômeno, é bastante variada. Em geral, compreende-se como sendo a transferência de capital feita por um residente[38] de um país para outro país, com a expectativa de lucro e o elemento de risco presentes, e se diferencia em investimento estrangeiro direto (IED) e investimentos externos em portfólio ou carteiras de ações.

O Fundo Monetário Internacional (FMI) e a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) utilizam uma definição para o IED que tem como base as motivações do investidor, que deve exercer uma influência efetiva e direta na empresa receptora, e o interesse de longa duração do investimento, para assim diferenciá-lo dos investimentos de portfólio[39], que se traduz na mera transferência de capital, sem que haja aquisição de controle[40]. Como a classificação nem sempre é tarefa fácil, o FMI e a OCDE fixaram o critério de no mínimo de 10% de participação no capital votante da empresa receptora para caracterizar o investimento como direto, sendo assim o investidor capaz de exercer uma influência significativa[41].

---

[38] O critério utilizado na atualidade para caracterizar um investimento como internacional é o de residência, pouco importando a nacionalidade ou a cidadania do investidor direto. Cf. SCHNEUWLY, Anne Mirjam. **International Investment Law and its Instruments : Managing Risks to Investors and Host States**, Fribourg: [s.n.], 2012, p.5.

[39] AMAL, Mohamed; KEGEL, Patrícia Luíza. Investimento Direto Externo, Comércio Internacional e Desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. (Org.). **Comércio Internacional e Desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 144.

[40] FONSECA, Karla Closs. **Os Acordos de Promoção e Proteção Recíproca e Investimentos e o Equilíbrio entre o Investidor Estrangeiro e o Estado Receptor de Investimentos.** 2007. 215 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2007, p. 19.

[41]AMAL, Mohamed; KEGEL, Patrícia Luíza. Investimento Direto Externo, Comércio Internacional e Desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. (Org.). **Comércio Internacional e Desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 145.

Conforme explica o professor José Cretella Neto:

> A definição proposta pela OCDE e adotada pelas Comunidades Europeias é a de que FDIs são aqueles feitos por não residentes com o objetivo de estabelecer vínculos econômicos duradouros com uma empresa, tais como, especificamente, aqueles que permitem ao investidor exercer influência efetiva sobre a administração da sociedade. O conceito de FDI abrange a criação ou a ampliação de uma empresa existente, de filiais ou de subsidiárias. A aquisição de ações em uma empresa já existente ou a contratação de financiamentos de longo prazo – de mais de cinco anos, em geral – asseguram que a parcela de propriedade ou os vínculos estabelecidos criem essas situações.[42]

Os investimentos de portfólio, por sua vez, se caracterizam por sua natureza especulativa e volatilidade, com a busca por rápidos retornos financeiros e a saída imediata caso haja mudanças nas condições políticas e macroeconômicas do país hospedeiro. Tal tipo de investimento se popularizou nos países subdesenvolvidos a partir da década de 1990, em decorrência da globalização dos mercados de capitais, do surgimento das bolsas de valores nos países do Extremo Oriente e da América Latina que haviam se industrializado, e da diversificação nas políticas dos fundos de investimentos[43]. Entretanto, como é o IED que interessa para o presente estudo, ao citar o termo investimento daqui para frente estar-se-á fazendo menção a ele.

Ademais, cumpre ressaltar que cada BIT traz a sua própria definição de investimento, de acordo com o grau de proteção que os Estados partes estão dispostos a oferecer aos investidores internacionais, pois, evidentemente, aquilo que estiver fora do espectro da definição de investimento não será protegido como tal. Nesse sentido, interessa aos Estados usar a estratégia de conceituar investimentos conforme a sua política econômica, na medida em que o Estado tenha o poder de barganha na negociação de determinado BIT. Por exemplo, podem as partes incluir/excluir alguns setores estratégicos da economia na definição estabelecida no acordo.

É interessante observar que o conceito clássico de investimentos pautado em ativos tangíveis foi sendo alterado ao longo dos anos para incluir ativos intangíveis, como, por exemplo, direitos relacionados a propriedade (como penhor, hipoteca e ações de sociedades utilizadas como veículo do investimento[44]), direitos de propriedade intelectual, direitos

---

[42] CRETELLA NETO, José. **Curso de Direito Internacional Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 189.
[43] *Ibid*., p.191.
[44] É necessário fazer esta especificação para que as ações em sociedade não sejam confundidas com a inclusão de investimentos de portfólio dentro do conceito de investimento tutelado nos BITs.

contratuais (adquiridos pelo investidor face ao Estado e suas agências) e direitos administrativos (permissão para funcionamento e licenças ambientais)[45].

Destaca-se ainda que o investimento não se restringe apenas ao fluxo de capital transferido, bem como envolve o potencial para a transferência de tecnologia e *know-how*, político e econômico, para o país que recebe o investimento[46]. Assim, é possível notar que as empresas estrangeiras se organizam de diversas formas para atuar na economia dos países receptores, podendo ocorrer tanto à instalação completa de uma unidade operacional ou apenas a transferência de tecnologia e de técnicas operacionais mediante contratos com sociedades locais, como os de serviço técnico. No primeiro caso, pode haver a constituição no país estrangeiro de uma subsidiária integral ou de uma filial, ou, então, pode ocorrer a participação em uma sociedade local, por meio da formação de uma *joint venture*[47].

Uma vez trabalhada a definição de investimento internacional e sua distinção entre investimentos de portfólio e IED, além de ter sido demonstrada a importância da definição deste último em cada BIT, cumpre fazer uma breve análise das razões históricas que levaram ao surgimento do IED e do desenvolvimento de sua tutela jurídica internacional, além da apresentação das formas de contratos de investimentos mais comuns ao longo do tempo.

A origem do IED durante os séculos XVIII e XIX se deu em consequência da apropriação pelas metrópoles dos recursos naturais de suas colônias na América, Ásia e África, que, nesta condição, não havia a necessidade de se estabelecer um sistema de proteção aos investimentos, uma vez que os sistemas jurídicos das colônias eram submetidos ao sistema jurídico da metrópole e, assim, ofereciam segurança suficiente aos investidores[48]. Ou seja, a garantia do investidor estrangeiro residia no fato que o Estado de origem do investidor dominava o sistema jurídico do Estado receptor. Até mesmo em áreas não colonizadas, os assuntos que envolviam investimentos eram resolvidos por meio de diplomacia e do uso da força, por exemplo, com a imposição de tratados que disciplinavam o sistema de

---

[45] SORNARAJAH, M. **The International law on foreign investment**. 3 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, pp. 11-16.
[46] SCHNEUWLY, Anne Mirjam. **International Investment Law and its Instruments: Managing Risks to Investors and Host States**. Fribourg: SSRN, 2012, p.4.
[47] CRETELLA NETO, José. **Curso de Direito Internacional Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 189-190.
[48] SORNARAJAH, M. **The International law on foreign investment**. 3 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 19.

extraterritorialidade[49]. Nesse cenário, portanto, o direito do investimento estrangeiro não teve espaço para se desenvolver, por falta de estímulo.

Com o movimento de descolonização e o aparecimento de movimentos nacionalistas nas antigas colônias, surgiu a necessidade de se fixar um arcabouço jurídico para garantir a proteção dos investimentos e continuar a exploração das atividades de extração de matérias primas e demais, desenvolvidas pelos países desenvolvidos em suas ex-colônias. O setor dos recursos naturais, portanto, desempenhou o papel de impulsionar a proteção aos investimentos e as companhias de petróleo e de mineração, em especial, foram as responsáveis pelos primeiros instrumentos de regulamentação da matéria.

Os contratos de investimentos realizados nesse período demonstravam um manifesto desequilíbrio no poder de barganha entre os países receptores de capital, ex-colônias, e os investidores estrangeiros de países desenvolvidos[50]; consubstanciando, pois, com o desenvolvimento da teoria da dependência a qual nos referimos na introdução deste trabalho. Os governantes dos Estados receptores não tinham poder suficiente e nem conhecimento para negociar os termos ou então eram ditadores que simplesmente não se importavam com as consequências dessas concessões para seus Estados, pois geralmente obtinham vantagens pessoais dos países desenvolvidos que apoiavam. Isto fez com que esses acordos tivessem a validade questionada no âmbito internacional em face da ilegitimidade dos governos que os assinavam[51].

Nesse cenário, o direito internacional do investimento externo direto se desenvolveu a partir da já existente responsabilidade estatal perante os estrangeiros, que deveriam receber um padrão mínimo de tratamento (*the international minimum standard*), com relação a sua integridade física e ao direito de propriedade[52]. Os países desenvolvidos, tendo os EUA como pioneiro, criaram critérios envolvendo indenização contra expropriação de propriedade pertencente a estrangeiros, que foram conhecidos como a *Hull Rule ou Hull doctrine of compensation*[53] que previa que a indenização deveria ser *adequate, prompt and effective*, isto é, adequada, rápida e efetiva. Contudo, essa regra foi posteriormente rechaçada pelos países

---

[49] Por meio do sistema de extraterritorialidade, os comerciantes Europeus não se submetiam à jurisdição dos Estados estrangeiros, só se aplicando a eles a lei de seu próprio Estado de origem. *Ibid*., p. 20.
[50] SORNARAJAH, M. **The International law on foreign investment**. 3 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 39
[51] *Ibid.*, p. 39-40.
[52] *Ibid*., p. 11.
[53] O Secretário de Estado norte-americano Cordell Hull diante das expropriações mexicanas de 1938 estabeleceu esta máxima para a indenização contra expropriação. Em *Ibid*., p.36. Embora não tenha se firmado como direito costumeiro este padrão ainda é utilizado hoje em dia em BITs e por tribunais arbitrais que os interpretam.

em desenvolvimento, que fizeram oposição à formação de um direito costumeiro internacional nesse sentido.

Os países latino-americanos, desde o início da afirmação da *Hull Rule* pelos EUA, defendiam a doutrina Calvo[54], segundo a qual o investidor estrangeiro, como qualquer pessoa que estivesse no Estado, deveria receber o mesmo padrão tratamento dado a seus nacionais, de acordo com a lei local, uma vez que ele entrava no país voluntariamente. Os países Africanos e Asiáticos, após adquirirem a independência, também seguiram a doutrina Calvo e, os países em desenvolvimento em conjunto, defenderam a instituição de uma nova Ordem Econômica Internacional na Assembleia Geral da ONU[55]. No âmbito interno, ondas de nacionalização de investimentos externos foram observadas em diversos países em desenvolvimento, sob a forma de política econômica nacional durante as décadas de 60 e 70[56]. Diferenciavam-se, portanto, das expropriações arbitrárias realizadas imediatamente após a independência daqueles países, conforme observa Sornarajah: "a insidiosa tomada de propriedade para o benefício pessoal das elites é diferente da expropriação feita por um governo sob o propósito de reforma econômica"[57], e mereciam, assim, um tratamento jurídico distinto, devido a primeira ser promovida por meio de ataques da população ou vinganças políticas para o proveito de facções que assumissem o poder e a segunda ser guiada pelo interesse público, visando a consecução dos objetivos da política econômica e social do Estado.

Posteriormente, contudo, precisando de financiamento os países em desenvolvimento alteraram a postura de hostilidade face aos investimentos externos assumindo uma atitude mais pragmática e, assim, passaram a desenvolver uma legislação protetiva de investimentos em âmbito interno, da mesma forma que a política econômica externa passou a ser a de adoção de BITs com Estados exportadores de capital. O colapso do regime socialista e a propagação da teoria econômica neoliberal na década de 1990 fizeram com que a liberalização dos mercados e as privatizações se tornassem um fenômeno de escala global, e isto, somado a expansão das empresas transnacionais, alargaram substancialmente a

---

[54] Carlos Calvo foi ministro das relações exteriores da Argentina e um jurista. Afirmou em suas obras que os estrangeiros só poderiam receber direitos de proteção segundo o tratamento nacional, não podendo exigir nenhuma proteção adicional do que a disponível aos nacionais do Estado. *Ibid*., p. 21.

[55]SORNARAJAH, M. **The International law on foreign investment**. 3 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 37.

[56] *Ibid*., p. 22.

[57] "The capricious grabbing of property for the personal advancement of elite groups is different from the taking of property by a government for the purpose of economic reform." *Ibid*., p. 21. (tradução livre)

promoção e a proteção aos investimentos internacionais por meio de BITs e outros instrumentos.

Em conjunto, essas mudanças na realidade econômica levaram ao deslocamento no eixo das preocupações do legislador, que saiu do campo do tratamento dos residentes estrangeiros em território nacional, para abranger o campo mais amplo da origem do fluxo de capital e de sua movimentação[58]. O critério de nacionalidade, a partir deste momento, perde espaço para o critério de residência na definição do investimento como internacional.

No tocante as formas de contratos de investimentos, no período imediatamente após a descolonização a forma predominante era a concessão mediante a transferência de soberania pelo Estado em troca do pagamento de royalties de acordo com a produção, que estabelecia prazos bastante longos de exploração dos recursos naturais, chegando até mesmo a 60 e 100 anos [59]. Com o passar do tempo, os termos prejudiciais das concessões não puderam prosperar e os instrumentos foram cancelados pelos Estados receptores.

Tendo em vista o apelo por contratos mais balanceados surgiram outras formas contratuais de investimentos, como os contratos de partilha de produção, nos quais o Estado mantinha a propriedade de seus recursos naturais e as empresas estatais detinham o controle da produção[60]. Atualmente, outra forma contratual de investimentos que merece destaque são as *joint ventures*, as quais se tornaram bastante comuns com o modelo Chinês de investimentos que adotou o contrato como obrigatório para todos os investidores internacionais interessados em investir no seu território.

Assim, em seguida será discutido como as mudanças nas circunstâncias histórico-econômicas levam a mudanças na finalidade da regulamentação dos investimentos, e, por consequência, dos BITs.

## 2.2 Finalidade: promoção e proteção "recíproca" a investimentos

É oportuno fazer a divisão das principais tendências observadas na regulamentação dos investimentos externos após a Segunda Grande Guerra em quatro períodos históricos[61]. A análise destes períodos demonstra que cada época foi marcada por uma tendência prevalente,

---

[58] BAPTISTA, Luiz Olavo. **Os investimentos internacionais no Direito Comparado e Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 18.
[59] SORNARAJAH, M. **The International law on foreign investment**. 3 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 38-39.
[60] *Ibid*., p. 40.
[61] *Ibid.*, p. 21.

mas também que as tendências passadas deixam suas marcas na regulamentação futura do tema.

*2.2.1 Nacionalizações, Nova Ordem Econômica e o surgimento dos BITs (1960-1970)*

Em um primeiro momento, nas décadas de 1960 e 1970, os BITs surgiram como forma de garantir a proteção aos investidores dos países desenvolvidos a partir do momento em que as antigas colônias passaram a questionar a exploração econômica de suas riquezas naturais por companhias estrangeiras e se engajaram na política de expropriação e nacionalização dos investimentos externos como forma de recuperar o controle sobre suas economias[62].

Essa política, que se insere no movimento em prol de uma nova ordem econômica internacional dos países em desenvolvimento expresso em Resoluções da ONU como a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos e Sociais dos Estados de 1974 (Resolução n. 3281 (XXIX)) que reconheceu ser direito do Estado a nacionalização e expropriação e a transferência da titularidade da propriedade estrangeira[63], gerou insegurança nos países desenvolvidos, sentiram a necessidade de começar a regulamentar os investimentos internacionais por meio de acordos bilaterais, com as regras de proteção de investimentos que lhes eram favoráveis, como a *Hull Rule* que mencionamos acima, e que eles inclusive já consideravam serem de direito costumeiro internacional[64].

Dessa forma, em resposta à falta de um sistema jurídico seguro, por meio dos BITs fixou-se padrões de tratamento do investimento estrangeiro e proteção contra riscos políticos, como expropriação e mudanças na legislação nacional, que foram condicionadas a regras procedimentais e substanciais[65]. Houve também a implementação de seguros para o capital internacional, com a criação da Agência Multilateral para Garantia de Investimentos (MIGA), no ano de 1965[66].

---

[62] SORNARAJAH, M. **The International law on foreign investment**. 3 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 22.
[63] PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito ao Desenvolvimento e Investimentos Estrangeiros**. São Paulo: Ed. Oliveira Mendes, 1998, p. 28.
[64] SORNARAJAH, M. **The International law on foreign investment**. 3 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 173. VANDEVELDE, Kenneth J. U.S. Bilateral Investment Treaties: The Second Wave. **Michigan Journal of International Law**, v. 14, p.621-704, 1993, p. 625.
[65] SACERDOTI, Giorgio. Bilateral Investment Treaties and Multinational Instruments on Investment Protection. **Recueil des Cours**, n. 269, p. 251-460, 1997, p. 298.
[66] AZEVEDO, Débora Bithiah de. **Os Acordos para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos Assinados pelo Brasil.** Brasília. Câmara dos Deputados, 2001, p. 4. Disponível em: ‹http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2542/acordos_promocao_azevedo.pdf?sequence=1›. Acesso em: 22/03/2014.

*2.2.2 Crises e a necessidade de atração de FDI (1980)*

Em um segundo momento, durante a década 1980, a falta de recursos públicos internos agravada pela crise externa (crises do petróleo) fez com que os países em desenvolvimento sentissem a necessidade racionalizar a forma de lidar com o investimento estrangeiro, o qual seria a alternativa de financiamento para a construção da infraestrutura necessária em seus Estados. Serviria também para movimentar a economia interna, com a geração de empregos e o aumento da arrecadação tributária, consequentemente, gerando renda para o próprio Estado poder investir na sua infraestrutura. Nesse contexto, a promoção do fluxo de investimentos passou a ser a preocupação dos países em desenvolvimento. Assim, como forma de atrair investimentos internacionais, os países em desenvolvimento mudaram suas legislações internas e passaram a buscar a conclusão de BITs com países exportadores de capital, para sinalizar aos investidores estrangeiros a criação de um ambiente favorável aos investimentos em seu território nacional; enquanto continuaram a defender, no âmbito internacional, o estabelecimento de regras de comércio e de investimentos mais favoráveis aos seus interesses soberanos[67].

*2.2.3 Neoliberalismo e a proliferação dos BITs (1990-2001)*

Durante a década de 1990 até o fim de 2001, enquanto ainda havia uma grande competição pela atração de investimentos por parte dos países em desenvolvimento, surgiu o neoliberalismo econômico, pregando a abertura e liberalização dos mercados e a mínima intervenção do Estado na economia. Quando aquele passou a ser política econômica predominante, houve uma grande expansão no nível de proteção assegurada ao investidor estrangeiro. Por um lado, o fim do comunismo representou a queda do sistema de normas diametralmente opostas à proteção da propriedade privada, incluindo a propriedade de estrangeiros e, por outro lado, a antiga distinção entre países importadores e países exportadores de capital começou a ficar confusa, na medida em que os EUA e os países Europeus passaram a receber investimentos estrangeiros em decorrência do movimento de

[67] "Basta que se lembre que [ao comentar os empecilhos à formação de costume internacional na matéria de investimentos], apesar de assinarem Tratados Bilaterais contendo um determinado tipo de regime para os investimentos, os países em desenvolvimento votam Resoluções nas Nações Unidas que expressam outra posição no que diz respeito ao assunto". PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito ao Desenvolvimento e Investimentos Estrangeiros**. São Paulo: Ed. Oliveira Mendes, 1998, p. 26. E SORNARAJAH, M. **The International law on foreign investment**. 3 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p 23.

criação de tratados regionais nessas áreas, com o Capítulo 11 do NAFTA e a integração da União Europeia que estimula o fluxo de investimentos entre seus Estados-membros[68].

O número de BITs, como foi observado acima, quintuplicou nesse período e a definição de investimento tutelado por meio de BITs foi bastante alargada, na própria redação dos acordos e em suas interpretações, por meio das decisões arbitrais nas soluções de controvérsias entre o Estado receptor e o investidor estrangeiro. Em alguns acordos e decisões houve a inclusão até mesmo de investimentos especulativos no espectro de proteção dos BITs. Contudo, critica-se a interpretação de árbitros que considerou a compra de ações como investimento tutelado por um BIT, quando o mesmo não fez menção expressa à proteção de acionistas com investimentos de portfólio[69].

Ao explicar as razões da popularidade dos BITs nesse período, Sornarajah afirma que muitas vezes os países sequer compreendem os termos dos acordos aos quais se submetem, adotando esses instrumentos por conveniência, recomendação ou até mesmo com a pressão desempenhada pelos países desenvolvidos e pelas organizações financeiras internacionais, como o Banco Mundial e o FMI, que fizeram exigências de adoção de medidas de liberalização e de BITs como condição para a concessão de empréstimos. Dessa forma, os países em desenvolvimento são surpreendidos no momento em que são processados pelos investidores em cortes arbitrais[70]. Segundo o autor, as arbitragens na década de 1990 tenderam a beneficiar a prática teoria neoliberal no lugar da verdadeira intenção das partes ao celebrar o acordo[71].

O desenvolvimento do direito internacional do investimento estrangeiro nesta época apontava para uma convergência no tratamento dos investimentos pela política dos governos de países de todo o globo e para uma inevitável implementação de um instrumento multilateral para regular os investimentos internacionais. Todas as tentativas de criação de um acordo multilateral de investimentos, porém, restaram infrutíferas, tanto no âmbito da OMC

---

[68] SORNARAJAH, M. **The International law on foreign investment**. 3 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p 23-24.

[69] Tal interpretação sofre críticas pois deturpou a evolução do direito internacional do investimento estrangeiro, uma vez que se passou a proteger os direitos dos acionistas, com a previsão de ações de empresas dentro do conceito de investimento nos BITs, somente após o polêmico caso *Barcelona traction*, como forma de proteger a empresa como o veículo do investimento, e não para tutelar interesses de particulares que entram em negócios de risco. *Ibid.*, p. 11-12 .

[70] *Ibid*., p. 173.

[71] *Ibid*., p. 24.

como no âmbito da OCDE, que conta apenas como membros países desenvolvidos[72]. E, ao final da década de 90, a preocupação com a liberalização desenfreada e seus efeitos nocivos aos países em desenvolvimento começou a se delinear, sendo visto como necessário, para o bom funcionamento do mercado, a criação de regras mais rígidas para o controle da atividade financeira e a das empresas transnacionais, tais quais regras de proteção dos consumidores e do meio ambiente[73].

Outra característica importante que surgiu ao final desse período, e acentuou-se no seguinte, foi a ameaça sentida pelos países desenvolvidos ao se verem no papel antes desempenhado apenas por países em desenvolvimento. O Canadá e os EUA começaram a sofrer diversos processos em decorrência do NAFTA e foram obrigados a defender suas políticas regulatórias perante cortes estrangeiras, o que fez com que os tratados desses países fossem posteriormente modificados para permitir a ação regulatória do Estado na preservação do meio ambiente, sem que isso implique em uma expropriação indireta, da mesma forma que os EUA mudaram sua legislação interna de investimentos para incluir salvaguardas de segurança nacional[74].

*2.2.4 Crises, volta do protecionismo estatal e a reformulação dos BITs (2002 -)*

O quarto período, após o início do século XXI, representa o recuo da teoria neoliberal, após sucessivas crises econômicas em Estados como a Argentina, o México e a Rússia e no continente Asiático, demonstrando que basta qualquer variação no cenário econômico para o comportamento dos investidores ser influenciado, e comprovando que a liberalização do fluxo de investimentos, da mesma forma que induz a entrada de capitais, facilitará a saída destes. Assim, a retomada do controle estatal sobre investimentos aparece como a solução para afastar os malefícios causados pelo fluxo irrestrito de capitais[75].

Nesse sentido, Sornarajah observou que:

> A atitude adotada em relação ao investimento estrangeiro passa por mudanças cíclicas. É possível afirmar que o mesmo ambiente favorável que existia para o investimento estrangeiro na última década do século passado dará lugar a uma

[72] Nem assim a OCDE conseguiu resolver os impasses entre seus membros nas negociações do MAI (acordo multilateral de investimentos), que foram abandonadas em 1998. A tentativa de implementação do MAI também sofreu pressão da sociedade civil, que criticou a demasiada proteção dos investidores em detrimento da proteção do meio ambiente e dos direitos humanos. Cf. SORNARAJAH, M. **The International law on foreign investment**. 3 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 27.
[73] PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito ao Desenvolvimento e Investimentos Estrangeiros**. São Paulo: Ed. Oliveira Mendes, 1998, p. 36-38.
[74] SORNARAJAH, M. **The International law on foreign investment**. 3 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 24-25.
[75] *Ibid*., p. 26.

> atitude morna no futuro, principalmente se as promessas da liberalização não se concretizarem[76].

Ao contrário daquilo que foi prometido pela teoria neoliberal, as desigualdades entre ricos e pobres não diminuíram, e houve até mesmo um aumento das desigualdades entre ricos e pobres em escala global, apesar de ter se observado um grande crescimento econômico no período de sua propagação[77]. Em reação a essa constatação, a tendência atual é que o investimento estrangeiro seja orientado para o desenvolvimento econômico sustentável, sobretudo após a crise econômica e financeira mundial de 2008, que resultou na volta do controle regulatório do Estado na economia, tanto nos países desenvolvidos como nos países em desenvolvimento[78]. É importante notar a força da atuação dos países em desenvolvimento, que passaram a ter entre si grandes exportadores de capitais, como Brasil, China e Índia; bem como o surgimento de novos atores da sociedade civil nesta seara, como as ONGs em defesa do meio ambiente, dos direitos humanos e da responsabilização das empresas transnacionais por danos causados no Estado hospedeiro[79]. Falaremos com mais detalhes da tendência atual no Capítulo 4 deste trabalho.

A compreensão da divisão histórica que foi trabalhada aqui é de suma importância para dar sentido a divisão dos modelos de BITs em gerações, muito embora esta apresente nuances próprias, como veremos a seguir.

## 2.3 Histórico e evolução dos modelos de BITs

Conforme mencionado acima, os BITs surgiram como forma de se estabelecer regras de proteção para o investidor estrangeiro e passaram a disciplinar também, em alguns casos, a liberalização de capitais visando o aumento no fluxo de investimentos.

A partir da análise histórica desses instrumentos, é possível observar a evolução dos modelos de BITs utilizados pelos países e distingui-los em gerações. Destarte, é importante ressaltar que os países costumam estabelecer um modelo próprio de acordo para ser utilizado em suas negociações, podendo os modelos sofrerem alterações durante as negociações, conforme o interesse e o poder de barganha das partes negociantes. Os Estados Unidos da

---

[76] SORNARAJAH, M. **The International law on foreign investment**. 3 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 26.
[77] PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito ao Desenvolvimento e Investimentos Estrangeiros**. São Paulo: Ed. Oliveira Mendes, 1998, p. 38.
[78] SORNARAJAH, M. **The International law on foreign investment**. 3 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 183.
[79] *Ibid*., p. 27-28.

América foram os pioneiros dessa prática de se estabelecer um modelo padrão de BIT e são o país mais inflexível a mudanças de seu modelo em negociações com outros países, admitindo apenas mudanças sutis[80].

Ocorre que desde a assinatura do primeiro BIT, em 1959, celebrado entre Alemanha e Paquistão, até o fim década de 1970, os BITs eram pouco expressivos em número e os países desenvolvidos não haviam estabelecido ainda um modelo típico para suas negociações. O primeiro modelo de BIT somente foi concluído em 1981[81] pelos EUA, que o revisou por diversas vezes nos anos seguintes, tendo feito mudanças significativas em 1984[82]. A importância desses primeiros instrumentos é tão somente demonstrar a necessidade de regulamentação (sobretudo de proteção) do IED no contexto do pós Segunda Grande Guerra.

Em suma, somente na década de 1980 é que se pode dizer que surgiu a 1ª geração de BITs, marcada pela liberalização dos regimes de investimentos, com medidas de eliminação das barreiras para entrada e operação de empresas estrangeiras. Na 2ª geração, que se desenvolveu entre o fim da década de 80 o início da década de 90, se acentuou a tendência de liberalização, somada a competição na atração de investimentos pelos países em desenvolvimento com a política de concessão de incentivos, como a redução de tributos, além da criação de agências nacionais de investimentos. Já na 3ª geração, compreendida entre a década de 1990 e o início dos anos 2000, houve a inclusão nos acordos de novos temas como serviços, compras públicas, propriedade intelectual, cooperação e proteção do meio ambiente, além da sofisticação dos mecanismos de solução de controvérsias[83].

É na 3ª geração que ganham destaque nos acordos o direito de admissão e estabelecimento, por meio do qual pode ser afirmado o direito de tratamento nacional de nação mais favorecida antes mesmo da entrada do investidor no país, e o direito do investidor de instaurar a arbitragem internacional para dirimir quaisquer controvérsias por decisão

---

[80] GUZMAN, Andrew. Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties. **Virginia Journal of International Law**, v. 38, p.639-688, 1998, p. 654.

[81] O primeiro BIT concluído pelos EUA foi celebrado com o Panamá em 1982, mas somente entrou em vigor em 1991. O texto completo deste primeiro acordo está disponível em: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3353.

[82] VANDEVELDE, Kenneth J. U.S. Bilateral Investment Treaties: The Second Wave. **Michigan Journal of International Law** , v. 14, p.621-704, 1993, p. 627.

[83] ICTSD. La cuarta generación de los acuerdos de inversión. **Revista Puentes,** v. 7, n. 5, p. 6-8, 23 dez. 2006. Disponível em: <http://www.ictsd.org/sites/default/files/review/puentes/puentes7-5.pdf>. Acesso em: 24/08/2015; FONSECA, Karla Closs. **Os Acordos de Promoção e Proteção Recíproca e Investimentos e o Equilíbrio entre o Investidor Estrangeiro e o Estado Receptor de Investimentos.** 2007. 215 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2007, p. 42-43.

unilateral sua, uma vez que o consentimento do Estado já estava previsto no próprio BIT[84]. Estudos da UNCTAD apontam para uma tendência de cooperação econômica entre os países em desenvolvimento, chamada de "Cooperação Sul-Sul" a partir desta época, na medida em que se presenciou a celebração de BITs entre países em desenvolvimento, ainda que isto não represente o fluxo de investimentos necessariamente nos dois sentidos entre as Partes do acordo, como poderia se imaginar[85].

A partir de 2003 presencia-se o aparecimento de uma 4ª geração de modelos de BITs, acompanhada de uma renegociação de antigos acordos, deslocando o eixo central da proteção e liberalização dos investimentos para o do desenvolvimento sustentável. A partir da busca por flexibilidade para a política de regulamentação interna dos investimentos estrangeiros e o equilíbrio entre proteção e soberania nas cláusulas previstas nos BITs, intenta-se permitir a acomodação dos interesses dos investidores estrangeiros e do Estado receptor[86]. Nesse sentido, as recentes mudanças que foram feitas nos modelos de acordos Norte-americano e Canadense, após inúmeras arbitragens no NAFTA terem desviado a atenção de seus governos para questões de soberania, levaram a adoção de medidas de defesa baseadas no interesse público para legislar, além da remoção da tributação do âmbito da arbitragem e exceções de segurança nacional em seus BITs, na tentativa de balancear a ação regulatória do Estado com os interesses dos investidores estrangeiros[87].

O debate atual sobre a quarta geração de BITs será aprofundado no Capítulo 4, com a análise mais minuciosa das principais mudanças observadas nos modelos mais recentes destes instrumentos. Antes, porém, é necessário mencionar qual é o conteúdo das cláusulas mais comuns dos BITs, que estabelecem as regras de tratamento do investimento.

---

[84] SORNARAJAH, M. **The International law on foreign investment**. 3 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 26.
[85] *Ibid.,* p. 185.
[86] FONSECA, Karla Closs. **Os Acordos de Promoção e Proteção Recíproca e Investimentos e o Equilíbrio entre o Investidor Estrangeiro e o Estado Receptor de Investimentos.** 2007. 215 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2007, p. 43.
[87] SORNARAJAH, M. **The International law on foreign investment**. 3 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 175.

## 3 - AS PRINCIPAIS CLÁUSULAS DE TRATAMENTO DO INVESTIMENTO NOS BITS

As principais cláusulas de tratamento do investimento nos BITs são: 1) definição de investidor e de investimento, 2) admissão e estabelecimento, 3) tratamento nacional, 4) nação mais favorecida, 5) tratamento justo e equitativo, incluindo proteção e segurança plenas, 6) expropriação e indenização, 7) transferência de fundos e 8) solução de controvérsias, tanto as que surjam entre os Estados, quanto as que oponham o Estado ao Investidor. Isto não quer dizer que todas estas regras estejam presentes em todos os BITs existentes, e nem que sejam todas essenciais à sua caracterização como tal; apenas quer dizer são as mais comumente previstas nos acordos e estudadas pela doutrina especializada[88].

É interessante observar a diferenciação das cláusulas feita pela UNCTAD, que são divididas entre dois tipos de normas, as primeiras são as regras para a liberalização do mercado, que são as de definição e admissão de investimentos, e as segundas são as regras protetivas de investimentos já estabelecidos. As regras protetivas podem ser divididas em 3 categorias: normas de proteção contra expropriação, normas de tratamento não discriminatório (incluindo tratamento justo e equitativo, tratamento nacional e nação mais favorecida) e normas de livre transferência de fundos e circulação de empregados. Por fim, há os mecanismos de solução de controvérsias, que consolidam a proteção[89]. Essa divisão pode ser sumarizada em normas de tratamento pré-admissão do investimento (que seriam apenas as regras de liberalização) e normas de tratamento pós admissão ou de permanência do investimento[90].

O núcleo comum dos BITs é composto, além das normas acima citadas, pelo preâmbulo, que indica os objetivos e as intenções das partes com relação ao acordo, sendo bastante comum aparecer como propósito o encorajamento recíproco e a proteção dos fluxos de investimentos entre os dois Estados (o que esconde a circunstância de que o fluxo de

---

[88] SORNARAJAH, M. **The International law on foreign investment**. 3 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 188. E UNCTAD. **Research Note. Recent developments in international investment agreements.** New York and Geneva: UNCTAD, 2005, p. 4. Disponível em: http://unctad.org/en/docs/webiteiit20051_en.pdf. Acesso em 20/07/2015.

[89] UNCTAD. **International Investment Agreements: key issues. v. I.** Geneva: UNCTAD, February 2004, p. 2-3. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiit200410_en.pdf. Acesso em 24/05/2015.

[90] INTERNATIONAL CENTRE FOR TRADE AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT (ICTSD). La cuarta generación de los acuerdos de inversión. **Revista Puentes,** v. 7, n. 5, p. 6-8, 23 dez. 2006, p.6. Disponível em: <http://www.ictsd.org/sites/default/files/review/puentes/puentes7-5.pdf>. Acesso em: 24/08/2015.

investimentos se dará somente em uma direção) e a crença de que os fluxos de investimentos irão promover o desenvolvimento econômico de ambas as Partes contratantes[91].

## 3.1 Definição de investimento e de investidor

Como já tivemos a oportunidade de comentar, a extensão das definições de "investimento" e "investidor' tem a importante função de determinar o âmbito de aplicação do acordo, pois aquilo que não estiver ao alcance da definição não será tutelado como investimento à luz das regras protetivas do acordo[92].

### *3.1.1 Investimento*

Esta é uma cláusula que apresenta diversas variações entre os BITs, se não a mais diversificada, talvez por estar presente em todos os acordos já celebrados. Assim sendo, é certo que cada BIT traz a sua própria definição de investimentos, de modo que é impensável esgotar todas as fórmulas utilizadas, porém, é possível observar padrões nas definições mais comuns. A doutrina especializada fala na existência de basicamente três abordagens distintas empregadas para a definição de investimentos nos BITs, e também nos demais acordos sobre investimentos. Destarte, são observadas definições amplas, definições amplas com condições ou limitações e definições menos abrangentes ou restritivas[93]. Por uma segunda perspectiva, a definição pode ser baseada em ativos, em transações ou no conceito de empresa[94]. Por fim, os BITs podem complementar a definição genérica por meio de uma lista aberta (ilustrativa ou exemplificativa) ou então adotar como definição uma lista fechada (rol taxativo ou exaustivo) dos itens que serão considerados como investimentos[95].

É comum que os acordos contenham uma definição bastante ampla de investimentos, geralmente baseada em ativos, que se distanciou substancialmente da noção antiga de que somente bens tangíveis poderiam ser protegidos como investimento estrangeiro. Com o passar do tempo e a propagação dos BITs foi percebida a importância de se incluir na definição de investimento estrangeiro ativos intangíveis, como direitos contratuais (contratos de licenciamento, contratos de consultoria e contratos de gestão, por exemplo), direitos de

---

[91] SORNARAJAH, M. **The International law on foreign investment**. 3 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 188-189.
[92] Vide item 2.1. UNCTAD. **International Investment Agreements: key issues. v. I.** Geneva: UNCTAD, February 2004, p. 77. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiit200410_en.pdf. Acesso em 24/05/2015.
[93] UNCTAD. **International Investment Agreements: key issues. v. I.** Geneva: UNCTAD, February 2004, p. 77-81. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiit200410_en.pdf. Acesso em 24/05/2015.
[94] *Ibid.*, p. 125.
[95] *Ibid.*, p. 77; UNCTAD. **Scope and Definition. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II.** New York and Geneva: UNCTAD, 2011, p. 29-34. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf. Acesso em 02/08/2015.

propriedade intelectual (patentes, *copyright, know-how*, etc.) e a própria proteção dos acionistas, por meio da inclusão das "ações em companhias" na lista de ativos prevista nos acordos. Assim, conforme surgem novas formas de investimentos, ou conforme se verifique na prática a necessidade de incluir expressamente determinado ativo como investimento, os acordos evoluem para refinar a definição de investimentos e incluir os novos instrumentos[96].

Pela lição de Sacerdoti, os BITs na década de 90 passam a definir com bastante cautela os investimentos, na tentativa de abarcar tudo o que envolve "a transferência bem como o domínio de propriedades, financeira ou de direitos tangíveis e intangíveis, além de qualquer interesse em valor econômico que represente ou esteja conectado com um investimento na acepção econômica"[97]. Dessa forma, os BITs procuram "englobar tanto aqueles [investimentos] direcionados à aquisição de ativos quanto os oriundos de direitos conferidos por contratos"[98].

Os acordos que adotam o modelo de lista aberta oferecem uma definição geral de investimentos, seguida por uma lista ilustrativa na qual são elencadas as categorias mais comuns de investimentos para as partes do acordo[99]. Em um de seus estudos a UNCTAD aponta como razões de utilização desse modelo a dificuldade prática de se abranger todos os ativos que as partes intentam cobrir em uma definição precisa e, uma vez que o acordo é feito para durar muitos anos, a impossibilidade de prever tipos de ativos que surgirão posteriormente. Contudo, aponta-se como desvantagem dessa abordagem o comprometimento do Estado receptor em proteger tipos de investimentos que não foram contemplados nas negociações do acordo e que ele não teria concordado em tutelar por meio do acordo caso a questão tivesse sido tratada especificamente[100].

Como exemplo do modelo mais comumente adotado, que é a definição ampla, baseada em ativos e com a adoção de uma lista aberta (exemplificativa), temos o modelo de BIT da França de 2006, abaixo transcrito:

> Para os fins deste Acordo:

---

[96]SORNARAJAH, M. **The International law on foreign investment**. 3 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 190-191.
[97] SACERDOTI, Giorgio. Bilateral Investment Treaties and Multinational Instruments on Investment Protection. **Recueil des Cours**, n. 269, p. 251-460, 1997, p. 308.
[98] CRETELLA NETO, José. **Curso de Direito Internacional Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 191.
[99] CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. **Droit international économique.** 4ª ed., Paris: LGDJ, 2010, p. 422.
[100] UNCTAD. **International Investment Agreements: key issues. v. I.** Geneva: UNCTAD, February 2004, p. 77. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiit200410_en.pdf. Acesso em 24/05/2015.

> 1. O termo "investimento" significa todo tipo de ativos, como bens, direitos e interesses de qualquer natureza, e em particular, mas não exclusivamente:
> a) Propriedade móvel e imóvel, assim como qualquer outro direito real tais quais hipotecas, penhor, usufruto, garantias e direitos similares;
> b) Ações, prêmio em ações e outros tipos de interesses, incluindo formas indiretas ou minoritárias, em companhias constituídas no território de um Estado contratante;
> c) títulos pecuniários, debêntures, ou título de qualquer execução legítima que tenha um valor econômico;
> d) Direitos de propriedade intelectual, comercial e industrial, como patentes, *copyrights*, licenças, marcas, desenho e modelos industrial, processo técnico, know-how, nomes comerciais e boa-fé;
> e) concessões comerciais conferidas por lei ou contratos, incluindo concessões para procurar, cultivar, extrair ou explorar recursos naturais, inclusive aqueles localizados na área marítima do Estado contratante.
> Entende-se por estes investimentos aqueles que já foram feitos ou serão feitos subsequentemente à entrada em vigor deste Acordo, conforme a legislação do Estado Parte em seu território ou em sua área marítima na qual seja feito o investimento.
> Qualquer alteração quer seja feita na forma dos ativos investidos não deve afetar a sua qualificação como investimentos dado que tal alteração não esteja em conflito com a legislação do Estado Parte em seu território ou área marítima na qual o investimento é feito[101].

Como é possível observar acima, esse modelo de BIT traz cinco categorias típicas de ativos, geralmente inclusas em todas as definições amplas e baseadas em ativos com lista exemplificativa, que costumam fazer menção também à cobertura do reinvestimento e das mudanças na forma do investimento. As cinco categorias citadas são: a) bens móveis e imóveis, b) ações e outras formas de participação na empresa, c) debêntures e outros títulos de dívida, d) propriedade intelectual e e) concessões administrativas[102]. Destaca-se ainda que o modelo Francês estende o âmbito de aplicação territorial do acordo às áreas marítimas do Estado receptor de investimentos, o que inclui a plataforma continental e a zona econômica

---

[101] Article 1. For the purpose of this Agreement :
1. The term "investment" means every kind of assets, such as goods, rights and interests of whatever nature, and in particular though not exclusively :
a) movable and immovable property as well as any other right in rem such as mortgages, liens, usufructs, pledges and similar rights ;
b) shares, premium on share and other kinds of interest including minority or indirect forms, in companies constituted in the territory of one Contracting Party ;
c) title to money or debentures, or title to any legitimate performance having an economic value ;
d) intellectual, commercial and industrial property rights such as copyrights, patents, licenses, trademarks, industrial models and mockups, technical processes, know-how, tradenames and goodwill ;
e) business concessions conferred by law or under contract, including concessions to search for, cultivate, extract or exploit natural resources, including those which are located in the maritime area of the Contracting Parties.
It is understood that those investments are investments which have already been made or may be made subsequent to the entering into force of this Agreement, in accordance with the legislation of the Contracting Party on the territory or in the maritime area of which the investment is made.
Any alteration of the form in which assets are invested shall not affect their qualification as investments provided that such alteration is not in conflict with the legislation of the Contracting Party on the territory or in the maritime area of which the investment is made. (tradução livre). Texto integral disponível em: http://www.italaw.com/documents/ModelTreatyFrance2006.pdf.

[102] UNCTAD. **Scope and Definition. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II.** New York and Geneva: UNCTAD, 2011, p. 24-28. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf. Acesso em 02/08/2015.

exclusiva, nas quais o Estado exerce direitos soberanos e possui jurisdição ”para a prospecção, exploração e preservação dos recursos naturais”[103].

Não obstante o predomínio da definição de investimentos vista acima em BITs, alguns acordos evitaram as definições baseadas em ativos, com a adoção de definições baseadas em empresa (*business enterprise*), por vezes com a finalidade de excluir-se o investimento de portfólio da definição, exemplos são o Acordo de Livre Comércio entre o Canadá e os EUA de 1988 e o acordo que o suplantou, o Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA) (1992), que na verdade passou a incluir também uma vasta lista fechada de ativos relacionados a atividade empresarial[104], e excluiu somente alguns tipos de investimentos de portfólio da definição, além de contratos puramente comerciais[105], abordagem esta que foi seguida pelo modelo de BIT do Canadá, como se verá abaixo. Outros instrumentos, por sua vez, optaram por definições baseadas em transações, que têm pouca expressão em BITs, mas são observadas em instrumentos para a flexibilização ou controle de fluxos de investimentos, ou seja, de mobilidade de capitais entre os Estados, que não visam a proteção de investimentos[106].

Nesse sentido, observa-se que os países por vezes adotam uma abordagem mista na definição de investimentos, isto é, a definição adotada varia de acordo com o tipo de acordo em que o Estado é parte, assim, ora utiliza-se uma definição ampla, ora uma definição restritiva. A variação é feita conforme a finalidade do acordo, se for um acordo que visa a proteção dos investimentos, como os BITs, a definição costuma ser ampla e baseada em ativos, mas se for um acordo para controlar ou flexibilizar a mobilidade de capitais

---

[103] Article 1. 5. This Agreement shall apply to the territory of each Contracting Party, as well as the maritime area of each Contracting Party, hereafter defined as the economic zone and the continental shelf outwards the territorial sea of each Contracting Party over which they have in accordance with International Law sovereign rights and a jurisdiction with a view to prospecting, exploiting and preserving natural resources. Modelo de BIT da França. Texto integral disponível em: http://www.italaw.com/documents/ModelTreatyFrance2006.pdf.

[104] UNCTAD. **Scope and Definition. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II.** New York and Geneva: UNCTAD, 2011, p. 22. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf. Acesso em 02/08/2015.

[105] (…) 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, that do not involve the kinds of interests set out in subparagraphs (a) through (h).” NAFTA, Article 1139. Texto integral disponível em: https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Legal-Texts/North-American-Free-Trade-Agreement.

[106] UNCTAD. **International Investment Agreements: key issues. v. I.** Geneva: UNCTAD, February 2004, p. 125-126. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiit200410_en.pdf. Acesso em 24/05/2015.

geralmente a definição é restrita e baseada em transações, como é o caso do Anexo A do Código de Liberalização de Movimentos de Capitais da OCDE[107].

Ademais, como comentamos acima, além da definição de investimentos dos BITs simplesmente ampla (sob a fórmula de "todos os ativos" ou "todos os bens, direitos e interesses"), existem definições amplas combinadas com condições para a entrada e o estabelecimento, ou com limitações substantivas, além de definições menos abrangentes ou restritivas. Alguns acordos condicionam a definição de investimento à critérios de análise individual, como a necessidade de o investimento ser feito de acordo com a legislação do Estado receptor, como é o caso do modelo Chinês de BIT de 1994[108] e de 2003[109], ou, ainda, de ser aprovado pela agência governamental de investimentos. Outros acordos estabeleceram limitações substantivas para driblar a volatilidade dos fluxos de capitais, como por meio da previsão de um tempo mínimo de permanência do investimento no país, para então ser autorizada a transferência de capital, que é o caso do BIT entre o Chile e a República Tcheca[110]-[111].

Os acordos que optam por uma definição mais restrita de investimentos podem prever restrições quanto ao setor da economia envolvido (e.g. Tratado da Carta de Energia de 1995 e ASEAN Acordo Abrangente de Investimentos (CIA) de 2009), quanto ao momento de estabelecimento do investimento em relação ao acordo, que protegerá os investimentos feitos somente a partir de certa data, geralmente a de sua assinatura ou de sua entrada em vigor; ou quanto a natureza do investimento, com a exclusão de certos ativos os quais não são do interesse das partes proteger, como investimentos de portfólio ou somente de alguns tipos deles, assim como obrigações decorrentes de contratos puramente comerciais, títulos da dívida pública e outros tipos de títulos de dívida e empréstimos e, por fim, ativos utilizados

---

[107] UNCTAD. **International Investment Agreements: key issues. v. I.** Geneva: UNCTAD, February 2004, p. 81 e 118. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiit200410_en.pdf. Acesso em 24/05/2015. OCDE Code of Liberalisation of Capital Movements. Texto atualizado disponível em: http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/CapitalMovements_WebEnglish.pdf.

[108] UNCTAD. **International Investment Agreements: key issues. v. I.** Geneva: UNCTAD, February 2004, p. 80. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiit200410_en.pdf. Acesso em 24/05/2015.

[109] In: DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law.** Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 352.

[110] UNCTAD. **International Investment Agreements: key issues. v. I.** Geneva: UNCTAD, February 2004, p. 80-81. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiit200410_en.pdf. Acesso em 24/05/2015.

[111] Article 1. Definitions. (…) "(2) The term "investment" shall comprise every kind of asset invested...". Article 5 (…) "(4) **Capital can only be transferred one year after it has entered the territory of the Contracting Party** unless its legislation provides for a more favourable treatment." BIT Chile – República Tcheca (1995). Texto integral disponível em: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/669.

para fins não empresariais[112]. A opção de estreitar a definição de investimentos por meio da exclusão de direitos de crédito derivadas de contratos de compra e venda e de serviços foi feita nos atuais modelos de BITs do Canadá, México e EUA[113], que seguiram o modelo adotado no Capítulo 11 do NAFTA.

A opção de estreitar a definição de investimentos também pode ser feita por meio da adoção do modelo de lista fechada, no qual são fixados todos os tipos de investimentos que se visa tutelar, em um rol que costuma ser extenso, porém taxativo, que apresenta a vantagem de dar maior segurança as partes do acordo, pois essa abordagem visa sanar qualquer dúvida que venha a existir quanto aos tipos de investimentos cobertos, bem como deixar uma margem mínima de interpretação aos árbitros, caso esta seja necessária em arbitragens futuras. O modelo Canadense de 2004 é exemplo de BIT[114], que adotou a definição de investimentos por

---

[112] UNCTAD. **Scope and Definition. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II.** New York and Geneva: UNCTAD, 2011, p. 29-47. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf. Acesso em 02/08/2015.

[113] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 13. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.

[114] investment means:
(I) an enterprise;
(II) an equity security of an enterprise;
(III) 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;
(IV) 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;
(V) (i) notwithstanding subparagraph (III) and (IV) above, a loan to or debt security issued by a financial institution is an investment only where the loan or debt security is treated as regulatory capital by the Party in whose territory the financial institution is located, and
(ii) a loan granted by or debt security owned by a financial institution, other than a loan to or debt security of a financial institution referred to in (i), is not an investment;
for greater certainty:
(iii) a loan to, or debt security issued by, a Party or a state enterprise thereof is not an investment; and
(iv) a loan granted by or debt security owned by a cross-border financial service provider, other than a loan to or debt security issued by a financial institution, is an investment if such loan or debt security meets the criteria for investments set out elsewhere in this Article;
(VI) an interest in an enterprise that entitles the owner to share in income or profits of the enterprise;
(VII) 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 subparagraphs (III) (IV) or (V);
(VIII) 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
(IX) 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,
(X) claims to money that arise solely from

meio de uma lista exaustiva, com vários detalhamentos e clarificações para certificar a interpretação do acordo somente no sentido desejado pelas partes[115].

Nesta senda, atualmente verifica-se uma tendência de restrição da definição de investimentos nos novos BITs[116], sendo exemplos o modelo Canadense de 2004, citado acima como modelo que adotou uma lista fechada, e os modelos de 2004 e de 2012 dos EUA[117], pois apesar de terem mantido uma definição ampla com uma lista exemplificativa, limitaram o enquadramento na definição por meio da fixação de critérios objetivos ("características de investimentos") que seriam o comprometimento de capital ou outros recursos, a assunção de risco e a expectativa de lucro[118], além de terem adotado exceções (salvaguardas) de segurança nacional[119], adotando assim uma outra técnica que é a de fazer menção expressa a fatores econômicos comuns em relação aos investimentos, como o fator de risco, com a finalidade de fornecer critérios objetivos para um tribunal poder avaliar, em eventuais disputas futuras, se estão diante de um investimento coberto pelo acordo ou não, e assim decidir quanto à jurisdição e a admissibilidade da demanda levantada pelo investidor[120].

Após a apresentação das técnicas mais utilizadas para se definir investimentos em BITs, cabe fazer o mesmo com a definição de investidor.

### *3.1.2 Investidor*

O investidor estrangeiro é o titular do direito de proteção estabelecido por meio do BIT, que costuma abranger tanto pessoas físicas como pessoas jurídicas, que detenham um

---

(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 the other Party, or
(ii) the extension of credit in connection with a commercial transaction, such as trade financing, other than a loan covered by subparagraphs (IV) or (V); and
(XI) any other claims to money, that do not involve the kinds of interests set out in subparagraphs (I) through (IX). Modelo de BIT do Canadá de 2004. Texto integral disponível em: http://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf

[115] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 10-11. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.

[116] UNCTAD. **Scope and Definition. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II.** New York and Geneva: UNCTAD, 2011, p. 28. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf. Acesso em 02/08/2015.

[117] Modelo BIT EUA 2012.

[118] FONSECA, Karla Closs. **Os Acordos de Promoção e Proteção Recíproca e Investimentos e o Equilíbrio entre o Investidor Estrangeiro e o Estado Receptor de Investimentos.** 2007. 215 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2007, p. 56-57.

[119] SORNARAJAH, M. **The International law on foreign investment**. 3 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 24-25.

[120] UNCTAD. **Scope and Definition. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II.** New York and Geneva: UNCTAD, 2011, p. 41-42. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf. Acesso em 02/08/2015.

vínculo jurídico relevante com alguma das partes do acordo, e realizam o investimento no território do outro Estado contratante. Os critérios que permitem determinar se um sujeito possui a qualidade de investidor estrangeiro são previstos no texto do próprio acordo, sendo o mais comum deles o critério da nacionalidade, o qual geralmente é fácil de ser determinado para as pessoas físicas, e mais complexo no que concerne às pessoas jurídicas. Não obstante, a determinação da nacionalidade em si, por própria indicação no acordo, é feita nos termos da legislação interna de cada Estado parte[121].

Nesta senda, a definição de investidor estrangeiro pessoa física nos BITs, que no geral obedece ao critério da nacionalidade, também pode incluir, alternativamente, os critérios de residência, domicílio ou, então, em uma fórmula que caiu em desuso atualmente, exigir uma combinação entre eles, protegendo apenas o investidor nacional de um Estado que ali possua residência ou domicílio[122]. Como exemplo do primeiro caso, temos o modelo de BIT do Canadá de 2004[123]:

> Artigo 1
>
> Definições
>
> Para os fins deste Acordo: (...)
>
> **Nacional** significa uma pessoa natural que seja cidadã ou residente permanente de um Estado parte[124]

Ademais, a definição de investidor estrangeiro pessoa física suscita também a questão da dupla nacionalidade, caso a pessoa seja nacional de ambos os Estados partes do acordo, conforme suas respectivas legislações. Para solucionar a questão, existem acordos que preveem não ser possível utilizar a proteção do BIT caso o investidor seja também nacional do Estado receptor, sendo ele considerado cidadão no território de cada um dos dois Estados em que estiver, sendo exemplo desta abordagem o acordo entre Canadá e Líbano (1997). Outra abordagem, que foi adotada no modelo de BIT dos EUA de 2004, e apareceu no BIT

---

[121] CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. **Droit international économique.** 4ª ed., Paris: LGDJ, 2010, p. 435.

[122] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 13-14. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.

[123] FONSECA, Karla Closs. **Os Acordos de Promoção e Proteção Recíproca e Investimentos e o Equilíbrio entre o Investidor Estrangeiro e o Estado Receptor de Investimentos.** 2007. 215 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2007, p. 64.

[124]Article 1. Definitions . For the purpose of this Agreement: (…)
**national** means a natural person who is a citizen or permanent resident of a Party; (…). (tradução livre). Modelo de BIT do Canadá de 2004. Texto integral disponível em: http://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf.

recentemente celebrado por aquele país com o Uruguai (2005), é a utilização do critério da nacionalidade dominante e efetiva; portanto, o investidor é considerado nacional apenas de um Estado parte, aquele com o qual possui um vínculo efetivo[125].

No que concerne o investidor pessoa jurídica, costumam ser utilizados três critérios para determinar o seu vínculo relevante com o Estado de origem, que pode ser o local da incorporação da empresa, o Estado do local da sede social ou centro decisório, ou, ainda, o Estado da nacionalidade dos sócios ou acionistas controladores. Cada BIT geralmente adota um ou uma combinação desses critérios, sendo indicadas vantagens e desvantagens para cada um deles[126].

O local de incorporação ou constituição da empresa tem a vantagem de ser o mais fácil de ser apurado e o mais duradouro dentre os critérios citados, porém este pode ser um vínculo fraco e meramente formal. Aponta-se como problemas dessa abordagem o fato de que o Estado da incorporação da empresa pode conferir proteção por meio do BIT a um investidor que não lhe traz qualquer benefício econômico, enquanto que o Estado receptor do investimento estará dando proteção a um investimento controlado por pessoas nacionais de um terceiro Estado, que pode muito bem não oferecer benefícios recíprocos aos nacionais do Estado receptor que lá investirem. Já o critério da sede da sociedade, que denota o local da gestão efetiva da empresa, pode ser um pouco mais difícil de ser determinado, porém também tende a ser permanente e reflete uma relação econômica relevante entre a sociedade e seu Estado de origem. Por fim, o critério que leva em conta o Estado da nacionalidade dos sócios ou acionistas controladores costuma ser o mais difícil de se apurar e o mais efêmero, principalmente nas companhias que têm suas ações negociadas em grandes bolsas de valores, todavia apresenta a vantagem de reunir a cobertura do acordo com um vínculo econômico genuíno[127].

Devido aos atuais arranjos das empresas transnacionais em cadeias corporativas, há um aumento no número de situações em que uma empresa controlada por investidores estrangeiros passa a investir em um terceiro país[128], portanto, os BITs mais recentes tendem a combinar os critérios, seja para exigir a sua aplicação conjunta, com o intuito de limitar a

---

[125] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 14-15. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.
[126] *Ibid.*, p. 15. E UNCTAD. **International Investment Agreements: key issues. v. I.** Geneva: UNCTAD, 2004, p. 128. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiit200410_en.pdf. Acesso em 24/05/2015.
[127] *Ibid.*, p. 128-129.
[128] *Ibid.*, p. 195.

proteção conferida pelo acordo às companhias que tenham vínculos efetivos com o Estado de origem, ou para permitir a sua aplicação alternativa e assim ampliar o âmbito de aplicação do acordo[129].

Nesse sentido, para Carreau e Juillard, os BITs devem utilizar todos os critérios supracitados, mas de uma forma alternativa, à exemplo do artigo 1 (2) (b) do atual modelo de BIT da França (2006), abaixo transcrito:

> O termo "investidor" significa:
>
> b) toda pessoa jurídica constituída no território de uma das Partes Contratantes, conforme a legislação dessa Parte e que possua sede social em seu território, ou que seja controlada, direta ou indiretamente, por nacionais de uma das Partes Contratantes, ou por pessoas jurídicas que possuam sede social no território de uma das Partes Contratantes e que sejam constituídas conforme a legislação dessa Parte. (grifo nosso)

Os referidos autores explicam que o critério do controle efetivo é o que mais se aproxima da realidade econômica da empresa, ao invés de dar atenção apenas a vontade jurídica expressa pela escolha do local de constituição[130]. Não obstante, observa-se que na primeira parte do dispositivo Francês o critério do local de incorporação da empresa é utilizado cumulativamente com o critério da sede social, e, de forma alternativa, permite-se o controle, direto ou indireto, por empresas que também cumulem os dois critérios.

A questão do controle efetivo pode ser ilustrada na decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Barcelona Traction*[131], que envolveu o investimento em território Espanhol de uma companhia constituída no Canadá e controlada por acionistas Belgas e tratou sobre a proteção diplomática ligada a questão da nacionalidade, foi utilizado apenas o critério da incorporação para determinar a nacionalidade da empresa. Assim, a Corte negou o exercício de proteção diplomática pela Bélgica com relação à companhia Canadense, e o Canadá, por sua vez, não manifestou interesse em agir tendo em vista que a companhia não lhe trazia qualquer benefício econômico. Aliás, a partir desse caso, compreende-se a inserção da

---

[129] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 15-16. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.

[130] « Le terme d'investisseur designe:
(b) toute personne morale constituée sur le territoire de l'une des parties contractantes, conformément à la législation de celle-ci et y possédant son siège social, ou contrôlée directement ou indirectement par des nationaux de l'une des parties contractantes, ou par des personnes morales possédant leur siège social sur le territoire de l'une des parties contractantes et constiuées conformément à la législation de celle-ci ». (tradução livre). Em CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. **Droit international économique.** 4ª ed., Paris: LGDJ, 2010, p. 435-436.

[131] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, 54 p.*

definição de propriedade e controle nos BITs, com o uso da técnica de prever nos acordos as formas de controle direto e indireto, para que os acionistas sejam protegidos ainda que possuam apenas o controle indireto da empresa[132].

Ademais, a utilização do critério do controle efetivo também é importante para os países que desejam evitar a prática do *treaty shopping*, que consiste na escolha do Estado de incorporação da empresa com a única finalidade de se beneficiar dos acordos internacionais dos quais aquele Estado é parte. Esta prática é muito comum no âmbito dos investimentos internacionais, pois por meio dela o investidor de um Estado pode constituir uma empresa intermediária em um outro Estado com a única finalidade de utilizá-la como ponte para a realização de investimentos em terceiros Estados, com os quais o segundo Estado possua BITs e assim se valer da proteção conferida pela rede de acordos do Estado escolhido para a organização desse investidor[133].

### 3.2 Admissão e estabelecimento

No que concerne a entrada de investimentos estrangeiros, o Direito internacional consuetudinário afirma o direito dos Estados receptores de regular a admissão de investidores estrangeiros, e de seus investimentos, em seus respectivos territórios; e o controle exercido é justificado por razões sociais, políticas, econômicas e de segurança nacional e saúde pública[134]. Este direito, inclusive, decorre da expressão da soberania e da autodeterminação econômica dos Estados no Direito internacional, que devem julgar os investimentos internacionais recebidos à luz de seus objetivos de desenvolvimento[135].

Os BITs tratam da questão da entrada de investimentos de investidores de uma das Partes do acordo no território da outra Parte por meio das regras de admissão e

---

[132] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 17. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.

[133] UNCTAD. **Scope and Definition. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II.** New York and Geneva: UNCTAD, 2011, p. 86- 92. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf. Acesso em 02/08/2015.

[134] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 21. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.

[135] UNCTAD. **International Investment Agreements: key issues. v. I.** Geneva: UNCTAD, 2004, p. 146. Disponível emhttp://unctad.org/en/Docs/iteiit200410_en.pdf. Acesso em 24/05/2015.

estabelecimento de investimentos[136] e, a depender da abordagem adotada no acordo, podem implicar na realização de ressalvas ao supracitado amplo direito dos Estados à regulação dos investimentos internacionais. Os acordos têm optado por basicamente dois tipos de abordagens para lidar com essa questão: o modelo da "cláusula de admissão" e o modelo do "direito de estabelecimento"[137].

A grande maioria dos BITs, desde a metade da década de 90, optou pelo primeiro modelo, com a admissão de investimentos advindos da outra Parte contratante sendo determinada de acordo com a legislação do Estado hospedeiro, permitindo que estes apliquem qualquer mecanismo de seleção para a entrada de investimentos estrangeiros previsto internamente. Ademais, com a adoção deste modelo não é assumida qualquer obrigação por parte do Estado receptor no sentido de eliminar legislação discriminatória ao estabelecimento de investimento estrangeiro, em relação aos seus nacionais ou a investidores de outras nacionalidades[138]. Este modelo é adotado tipicamente pelos países Europeus, tais quais Reino Unido, Suíça e Holanda[139].

No modelo do "direito de estabelecimento", todavia, é concedido, em alguma medida, o direito à entrada de investidores do outro Estado contratante[140], limitando, pois, o direito dos Estados à ampla regulação da admissão de investimentos. Não obstante, este modelo não confere um direito irrestrito à entrada de investimentos estrangeiros[141], mas o submete a determinadas condições ou exceções. Este modelo é observado somente nos acordos nos acordos concluídos por EUA, Canadá, Japão e Coréia do Sul[142]. O direito de estabelecimento pode ser expresso por meio da concessão de tratamento nacional e tratamento da nação mais favorecida antes da entrada do investidor no Estado (direito de estabelecimento pré-entrada), ou da concessão somente de tratamento da nação mais favorecida[143].

---

[136] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 21. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.
[137] *Ibid.*, p. 21.
[138] *Ibid.,* p. 21-22.
[139] LOWENFELD, Andreas F. **International Economic Law.** 2 ed. New York: Oxford, 2008, p. 555.
[140] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 22. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.
[141] *Ibid.*, p. 21.
[142] SORNARAJAH, M. **The international law of foreign investment**, 3 rd. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 88.
[143] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 22-25. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.

Os acordos que preveem o direito de estabelecimento pré-entrada concedem aos investidores de cada Parte contratante o direito de receberem tratamento não menos favorável aos seus investimentos do que os investidores nacionais e os investidores de terceiros Estados no território da outra Parte contratante. Esses acordos teriam assim dupla finalidade, além da proteção dos investimentos, visariam também a liberalização dos fluxos de investimentos. Todavia, esses acordos também preveem reservas a livre entrada de investimentos estrangeiros, geralmente por meio da adoção de uma lista de indústrias, atividades, ou leis e regulamentos, para os quais a concessão de tratamento nacional e tratamento da nação mais favorecida não se aplica, deixando, portanto, algum grau de flexibilidade ao Estado receptor para o controle da admissão de investimentos da outra Parte[144].

Atualmente, os BITs deste modelo, à exemplo do BIT modelo do Canadá de 2004, costumam prever duas listas de anexos distintas: a primeira é a da legislação em vigor em cada Estado inconsistente com alguma ou algumas das obrigações previstas no BIT para quais poderá ser feita reservas, chamada de anexo de inconformidades; a segunda, uma lista de setores ou atividades econômicas para as quais as partes podem manter ou até adotar novas medidas inconsistentes com o BIT, chamada de anexo de "medidas futuras" ou "reservas de precaução". Já o atual modelo de BIT Nipônico prevê que as novas medidas de inconformidade só poderão ser adotadas em "circunstâncias excepcionais"[145]. Até o fim de década de 90, contudo, o Japão adotava BITs que concediam apenas o tratamento da nação mais favorecida aos investimentos em fase de pré-estabelecimento[146].

Além disso, o atual modelo dos EUA que reserva setores como aviação, telecomunicações e instituições financeiras do tratamento nacional, trouxe também a proibição do estabelecimento de requisitos de desempenho como condição para a entrada de investimentos, mas o fez apenas parcialmente, pois exclui da proibição os requisitos de desempenho para a concessão de benefícios tais quais subsídios, diminuição da carga tributária, concessão de terra e similares[147].

---

[144] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 22-23. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.
[145] *Ibid.*, p. p. 24.
[146] *Ibid.,* p. 25.
[147] LOWENFELD, Andreas F. **International Economic Law.** 2 ed. New York: Oxford, 2008, p. 555-556.

### 3.3 Tratamento Nacional

Como foi comentado brevemente no item acima, o padrão de tratamento nacional consiste na obrigação do Estado receptor de tratar os investimentos e investidores estrangeiros do outro Estado Parte de maneira não menos favorável ao tratamento que é oferecido aos seus investidores nacionais[148]. É, portanto, um padrão de tratamento relativo, em razão de ter seu conteúdo apurado com relação ao tratamento que é concedido aos investidores nacionais pela legislação nacional do Estado receptor[149].

A UNCTAD trabalha o tratamento nacional de investimentos de BITs em duas dimensões: primeiro, o escopo da obrigação prevista e, em segundo lugar, como se dá a sua aplicação prática. Quanto ao escopo da obrigação, destarte, nem todos os BITs contém essa disposição, mas, a maioria deles, como já foi discutido, admite apenas a sua aplicação aos investimentos já estabelecidos no país receptor. Por outro lado, um número crescente de acordos na atualidade prevê a aplicação do tratamento nacional antes da entrada e após o investimento já ter se estabelecido[150], ainda que acompanhado muitas vezes de exceções, como as setoriais[151].

Nesta senda, os BITs que não apresentam o padrão de tratamento nacional, geralmente o fazem porque a intenção das partes é manter um tratamento mais favorável aos seus investidores nacionais, e, assim, limitam a proteção concedida aos investidores da outra Parte aos padrões de tratamento da nação mais favorecida e do tratamento justo e equitativo. Entre os BITs que incluem o padrão de tratamento nacional, a maioria prevê somente o tratamento não discriminatório após a entrada do investimento no Estado receptor, em conformidade com as suas leis e regulamentos, uma vez que seu foco é a proteção do investimento e não a liberalização de seus fluxos. O tratamento pode ser previsto com relação apenas aos investimentos, bem como incluir também os investidores na proteção, enumerando, inclusive, as suas atividades de investimento cobertas pelo acordo (como "gestão, manutenção, uso,

---

[148] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 33. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.

[149] UNCTAD. **International Investment Agreements: key issues. v. I.** Geneva: UNCTAD, 2004, p. 162. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiit200410_en.pdf. Acesso em 24/05/2015.

[150] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 33. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.

[151] SORNARAJAH, M. **The international law of foreign investment**, 3 rd. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 203.

gozo e disposição" dos investimentos[152]). Outras duas abordagens também não observadas nos BITs, como a que permite que o Estado receptor mantenha em vigor a legislação nacional inconsistente com a obrigação de tratamento nacional, mesmo após a entrada do BIT em vigor, mas proíbe a adoção de novas medidas inconsistentes que aumentariam o grau de discriminação[153]. Quantos aos BITs que almejam tanto a proteção como a liberalização dos fluxos de investimentos, é comum a extensão do alcance do tratamento nacional à fase de pré-estabelecimento do investimento, como já tivemos a oportunidade de comentar no item 3.2.

A aplicação prática do princípio do tratamento nacional envolve, por sua vez, questões quanto ao conteúdo e significado do padrão, podendo haver discriminação de direito e discriminação de fato, e questões quanto a sua aplicação em Estados com sistema federal de governo, nos quais não pode não haver uniformidade geográfica no tratamento de investimentos e os próprios investidores nacionais receberiam tratamento distinto a depender da unidade federada em que se encontram[154]. O BIT entre EUA e Uruguai (2005) e o modelo de BIT do Canadá de 2004 resolvem a questão de forma similar, dispondo que o padrão de tratamento nacional será aquele que cada parte da federação concede aos nacionais do Estado que lá se instalarem[155].

No que concerne o conteúdo e o significado do padrão de tratamento nacional, é indiferente para observar a sua violação se a discriminação ocorre em razão de uma disposição específica de uma lei ou regulamento do Estado receptor, isto é, discriminação de direito; ou se decorre de uma medida a princípio não-discriminatória, mas que em sua aplicação resultou em um tratamento diferenciado, ou seja, discriminação de fato. A despeito de seu conteúdo e aplicação serem determinados por meio de uma análise comparativa, não será avaliado se o tratamento concedido foi "idêntico", mas se os investimentos e investidores estrangeiros receberam um tratamento "não menos favorável" do que os investimentos e investidores internos. Alguns BITs, por sua vez, utilizam a expressão de investimentos e investidores "nas mesmas circunstâncias" para indicar que o padrão de tratamento nacional só

---

[152] Article 3 Treatment of Investments (…) 2. Each Contracting Party shall in its territory accord investors of the other Contracting Party, **as regards management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investments**, treatment no less favourable than that which it accords to its own investors or investors of any third State, whichever is more favourable." (tradução livre) (grifo nosso). Artigo 3.2 do BIT entre Rússia e Tailândia (2002). Em UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 34. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.
[153] *Ibid.*, p. 34-35.
[154] *Ibid.,* p. 36.
[155] *Ibid.*, p. 37-38.

será aplicado se for feita esta análise casuística, o que levou aos tribunais arbitrais a avaliar primeiro se houve uma discriminação, para depois averiguar se o investimento e o investidor estrangeiro se encontravam "nas mesmas circunstâncias" que os nacionais[156].

### 3.4 Tratamento da nação mais favorecida

O padrão de tratamento da nação mais favorecida consiste na obrigação do Estado receptor de tratar os investimentos e investidores estrangeiros do outro Estado Parte de maneira não menos favorável ao tratamento que é oferecido aos investimentos e investidores de qualquer outro terceiro Estado. Dessa forma, por meio desse padrão de tratamento os investimentos dos Estados contratantes irão receber o melhor tratamento que cada um deles concede a investimentos e investidores estrangeiros de qualquer outra nacionalidade, ao menos em princípio[157].

Assim como o tratamento nacional, este é um padrão de tratamento relativo, que varia de acordo com o tratamento que o Estado receptor oferece a outros investidores estrangeiros. Os BITs, inclusive, costumam tratar os dois princípios em conjunto, dentro do mesmo dispositivo do acordo, e muitas das questões de escopo e aplicação deste princípio são mesmas que foram suscitadas quanto ao princípio do tratamento nacional. Nesse sentido, o tratamento da nação mais favorecida também pode ser disciplinado com relação a investimentos somente após a sua admissão no país receptor, que é a disciplina mais comum, bem como pode ser estendido também à fase de pré-estabelecimento. Contudo, diferentemente do tratamento nacional, todos os BITs incluem a cláusula da nação mais favorecida, ao menos em alguma medida[158].

Uma limitação na aplicação desse tratamento é o princípio do *ejusdem generis*, segundo o qual padrão da nação mais favorecida só pode abranger as questões que envolvam a mesma matéria ou a mesma categoria a qual a cláusula pertença, ou seja, os benefícios previstos em outros tipos de instrumentos não podem ser automaticamente incorporados àquilo que é disciplinado pelo BIT. Por exemplo, se uma determinada vantagem for concedida

---

[156] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 36. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.
[157] *Ibid.*, p. 38.
[158] *Ibid.*, p. 38.

por meio de um contrato específico de um investimento este benefício não pode ser automaticamente transplantado para as para a rede de regras contidas nos BITs[159].

A concessão do tratamento da nação mais favorecida a todos os investimentos cobertos pelo BIT poderá estar sujeita a exceções gerais ou específicas[160]. Nos BITs em que a cláusula só é aplicada após a entrada do investimento no país são utilizadas duas exceções específicas, a primeira quanto a vantagens decorrentes de integração econômica regional e a segunda de benefícios de tributação, e nos dois casos a exceção geralmente é baseada no princípio da reciprocidade. A primeira exceção permite que os privilégios concedidos entre os membros de organizações de integração econômica regional, como áreas de livre comércio, mercados comuns e similares, sejam excluídos do âmbito de aplicação da cláusula de nação mais favorecida pelos Estados parte do BIT que forem membros de uma ou mais destas organizações. A segunda exceção, por sua vez, exclui do âmbito de aplicação qualquer benefício decorrente de acordos de bitributação, ou de qualquer outro acordo internacional que envolva a matéria de tributação, dos quais qualquer um dos Estados contratantes do BIT seja parte. Já nos acordos em que o padrão de tratamento é aplicado nas fases de pré e pós entrada do investimento, a prática é incluir exceções gerais com relação a qualquer das obrigações contidas no BIT. Assim, pelo uso de listas negativas, os Estados contratantes podem reservar setores ou atividades econômicas, além de medidas de inconformidade já existentes, da aplicação do tratamento da nação mais favorecida[161].

### 3.5 Padrões de proteção absolutos dos investimentos: *Tratamento justo e equitativo, proteção e segurança plenas e não comprometimento/proibição de medidas irracionais ou discriminatórias*

Ao lado dos padrões de tratamento nacional e da nação mais favorecida, que são relativos e contingentes, pois medem o tratamento em relação aos nacionais ou a investidores de terceiros Estado, respectivamente, os padrões de proteção absolutos dos investimentos são não contingentes, uma vez que estabelecem o tratamento a ser concedido aos investimentos

---

[159] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 39. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.

[160] LOWENFELD, Andreas F. **International Economic Law.** 2 ed. New York: Oxford, 2008, p. 572.

[161] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 42-43. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.

sem fazer menção a forma de tratamento dispensada a outros investidores[162], ou seja, possuem conteúdo normativo próprio, ainda que seu significado seja determinado por referência as circunstâncias específicas na aplicação[163]. Dentre os quais, o padrão de tratamento justo e equitativo é o de maior expressão nos BITs, seguido pelo padrão de proteção e segurança plenas e, por fim, de uma proibição geral de tratamento discriminatório ou irracional (também conhecido como padrão de "não comprometimento")[164].

A opção analisar tais padrões de tratamento em conjunto é feita em razão de sua previsão ser disposta por meio de uma única cláusula na grande maioria dos BITs, sendo que alguns BITs utilizam apenas dois deles[165], e em razão do fato de que as decisões arbitrais de investimentos ainda não terem conseguido firmar uma diferenciação clara da violação de cada um deles em isolado na prática, sendo muito comum decisões que entendem que o padrão de não comprometimento e o de proteção e segurança plenas seriam elementos do tratamento justo e equitativo[166]. Exemplo de cláusula que traz os três padrões de tratamento acima referidos é o artigo 3º do BIT entre Brasil e Holanda (1998):

> "Artigo 3
>
> 1) Cada Parte Contratante deve assegurar **tratamento justo e equitativo** aos investimentos de investidores da outra Parte Contratante e deve **abster-se de comprometer, por medidas irracionais ou discriminatórias**, a operação, gestão, manutenção, uso, gozo ou disposição dos mesmos por esses investidores. Cada Parte Contratante deve conferir a estes investimentos **proteção e segurança plenas**." (grifo nosso)[167]

Dado o padrão de tratamento justo estar previsto em praticamente todos os BITs, ele será tratado com mais detalhes em seguida.

---

[162] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 28. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.

[163] YANNACA-SMALL, Katia. Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments. In: REINISCH, August (org). **Standards of Investment Protection**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 111.

[164] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 28. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.

[165] *Ibid.*, p.28.

[166] HEISKANEN, Veijo. Arbitraty and Unreasonable Measures, p. 89-90; YANNACA-SMALL, Katia. Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments, p. 112-121; MOSS, Giuditta Cordero. Full Protection and Security, p. 132-149. In: REINISCH, August (org). **Standards of Investment Protection**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

[167] "Article 3. 1) Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment of the investments of investors of the other Contracting Party and shall not impair, by unreasonable or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those investors. Each Contracting Party shall accord to such investments full security and protection. " BIT entre Brasil e Holanda (1998). Texto integral disponível em: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/510.

*3.5.1 Tratamento justo e equitativo - TJE*

O tratamento justo e equitativo é um padrão amplo de proteção e de significado ainda incerto, "vago e aberto a diferentes interpretações", e assim é bastante influenciado por construção doutrinária e jurisprudencial, inclusive, chegou-se a afirmar em muitas decisões arbitrais que esta seria a cláusula mais importante prevista nos acordos de investimentos, pois a violação de qualquer outra disposição do acordo automaticamente implicaria na sua violação também[168].

Discute-se se ele seria equivalente ao padrão mínimo de tratamento, conforme o Direito Consuetudinário Internacional, ou se seria um princípio autônomo, devendo ser interpretado por sua própria linguagem, e assim poderia conferir um nível mais elevado de proteção. Caso se adote a primeira posição, a consequência prática é que o teste para se apurar a violação do princípio é um teste objetivo, com base no Direito Consuetudinário Internacional da responsabilidade dos Estados por danos causados a estrangeiros, existente no momento em que for causado o dano. Se for adotada a segunda posição, o teste passa a ser muito mais subjetivo, pois será feito de acordo com o pleno significado dos padrões de justiça e de equidade, o que eleva a possibilidade de qualquer ação regulatória do Estado ser interpretada como inconsistente com as obrigações do BIT por um tribunal arbitral[169].

Sornarajah acredita que esta última visão de que o tratamento justo e equitativo seria um princípio autônomo e mais elevado é uma visão que deve ser superada, à luz da mudança feita no âmbito das arbitragens do NAFTA, seguida nos modelos de BIT dos EUA de 2004 e de 2012 e no modelo de BIT do Canadá de 2004, nos quais foi cuidadosamente especificado que o tratamento justo e equitativo não requer "tratamento adicional ou além do requerido pelo padrão mínimo internacional"[170]. Na mesma linha, Lowenfeld compreende que a razão

---

[168] SORNARAJAH, M. **The international law of foreign investment**, 3 rd. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 204.

[169] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 28-29. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.

[170] Article 5: Minimum Standard of Treatment. 1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. **The concepts of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights.** The obligation in paragraph 1 to provide:

(a) "**fair and equitable treatment**" includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world; and

de existência desta cláusula é garantir que o padrão mínimo internacional de comportamento seja aplicado ao tratamento do investimento estrangeiro ainda que não haja qualquer discriminação pelos padrões de nação mais favorecida e de tratamento nacional[171].

Não obstante, a linguagem especificamente adotada pela cláusula do BIT que contém o tratamento justo e equitativo, se é mais precisa, ou mais aberta, exerce influência na interpretação de seu conteúdo e extensão. Há uma grande variação de previsões, tendo sido identificado sete categorias distintas em um estudo da UNCTAD, são elas: 1) há uma cláusula que prevê o TJE, mas sem que seja feita qualquer referência a algum critério que determine o conteúdo do padrão; 2) uma única cláusula prevê o TJE em conjunto com o tratamento nacional e o da nação mais favorecida; 3) adiciona-se na cláusula que prevê o TJE o dever de "não comprometimento" por medidas irracionais ou discriminatórias; 4) o TJE é vinculado aos princípios do Direito Internacional, incluindo assim o Direito Consuetudinário Internacional da responsabilidade dos Estados por danos causados a estrangeiros; 5) o TJE é igualmente vinculado aos princípios do Direito Internacional, mas com a inclusão de linguagem adicional que amplia o seu escopo para além do padrão mínimo; 6) o TJE é contingente à legislação nacional do país hospedeiro e 7) a abordagem de prever o conteúdo específico do TJE e de restringi-lo ao padrão mínimo internacional de tratamento, adotada pelos países do NAFTA, EUA e Canadá, conforme referido acima[172].

Ressalta-se por fim que, tendo em vista o seu caráter flexível e elástico e que tem seu conteúdo constantemente expandido para a inclusão de novos elementos, se trata da cláusula de BIT que atualmente é a mais comumente utilizada como fundamentação de demandas, conforme destaca Yannaca-Small[173], está presente em quase todas as demandas levadas a julgamento arbitrais para resolução de disputas envolvendo investidores e Estados receptores. O padrão de tratamento justo e equitativo tem sido usado, inclusive, como alternativa à cláusula de indenização por expropriação, que envolve um nível probatório muito mais alto. Também nesse sentido, Sornarajah observa que, em seu desenvolvimento recente, o padrão incorporou noções de transparência e expectativas legítimas do investidor estrangeiro, porém,

---

(b) "full protection and security" requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law. USA BIT Model 2012. Texto integral disponível em: http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1028.pdf.

[171] LOWENFELD, Andreas F. **International Economic Law.** 2 ed. New York: Oxford, 2008, p. 557.

[172] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 30-33. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.

[173] YANNACA-SMALL, Katia. Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Development. In: REINISCH, August (org). **Standards of Investment Protection**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 111.

alguns árbitros procuraram manter esta expansão em limites estreitos, requisitando que as expectativas sejam racionais em seu contexto fático particular[174].

*3.5.2 Proteção e segurança plenas*

O padrão de tratamento de proteção e segurança plenas é tradicionalmente aplicado no campo da proteção física dos ativos e dos indivíduos em conexão com um investimento. Tal proteção se refere aquela conferida pelo sistema jurídico do Estado receptor, tanto suas forças policiais como seus sistemas judicial e administrativo, para prevenir ou perseguir ações que ameacem ou comprometam a segurança física do investimento[175]. Lowenfeld afirma que a proteção conferida pelos BITs não requer só que o Estado hospedeiro não ataque as instalações e o pessoal ligado ao investimento, mas que defenda o investidor e o investimento contra outros, inclusive, forças rebeldes[176]. Nesse sentido, Schreuer observa que o padrão de proteção e segurança plenas obriga o Estado receptor a criar ativamente uma estrutura que forneça segurança, diferentemente do tratamento justo e equitativo que consiste basicamente na obrigação de o Estado receptor desistir de agir de certa maneira[177].

Mais recentemente, contudo, o padrão tem sido utilizado também para designar segurança jurídica e estabilidade, e, nesse caso, seria absorvido pelo padrão de tratamento justo e equitativo[178].

*3.5.3 Princípio do não comprometimento ou proibição de medidas irracionais ou discriminatórias*

O princípio do não comprometimento ou da proibição de medidas irracionais ou discriminatórias é dificilmente visto como sendo um princípio autônomo, uma vez que seu conteúdo muitas vezes se sobrepõe ao do tratamento justo e equitativo, na medida em que muitos tribunais arbitrais compreendem que "qualquer medida que seja arbitrária ou discriminatória é, por si só, contrária ao padrão de tratamento justo e equitativo"[179]. Segundo Heiskanen, se tem notícia de apenas um caso em que o tribunal arbitral entendeu pela

---

[174] SORNARAJAH, M. **The international law of foreign investment**, 3 rd. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 204.
[175] MOSS, Giuditta Cordero. Full Protection and Security. In: REINISCH, August (org). **Standards of Investment Protection**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 131.
[176] LOWENFELD, Andreas F. **International Economic Law.** 2 ed. New York: Oxford, 2008, p. 558.
[177] SCHREUER, Christoph. Introduction: Interrelationship of Standards. In: REINISCH, August. **Standards of Investment Protection**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p 4.
[178] MOSS, Giuditta Cordero. Full Protection and Security. In: REINISCH, August (org). **Standards of Investment Protection**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 131-132.
[179] *CMS Gas Transmission Company v The Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005. In: HEISKANEN, Veijo. Arbitrary and Unreasonable Measures. In: REINISCH, August (org). **Standards of Investment Protection**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 120-121.

existência da violação do princípio do não comprometimento em isolado[180] e, ainda assim, decidiu que a indenização não seria devida pois as perdas sofridas pelo Autor não foram diretamente ou imediatamente causadas pela medida que o tribunal considerou ser arbitrária e discriminatória[181].

### 3.6 Expropriação e compensação

Tradicionalmente, o risco de uma expropriação ilegal é a maior preocupação de um investidor estrangeiro e, assim, a maior razão pela qual os BITs começaram a ser celebrados[182]. As cláusulas de expropriação têm o objetivo de proteger os investidores por meio da imposição de requisitos para limitar o direito de interferência do Estado na propriedade. Tanto pelo Direito Consuetudinário Internacional, quanto pelas regras dos BITs, existem quatro requisitos principais que devem estar presentes para que uma expropriação não seja considerada ilegal: 1) a existência de interesse público; 2) o caráter não discriminatório; 3) o pagamento de compensação (que gera controvérsias na forma pela qual deve ser realizada); e 4) deve ser conduzida de acordo com o devido processo legal, sendo este último requisito uma tendência mais recente dos BITs[183].

O problema da compensação devida pela expropriação da propriedade estrangeira contrapõe, de um lado, a posição defendida pelos países desenvolvidos, adeptos da fórmula de *Hull* segundo a qual a compensação deve ser "*prompt, adequate and effective*", isto é, rápida, adequada e eficaz, que deve ser equivalente, no mínimo, ao valor de mercado integral da propriedade que foi tomada. Do outro lado, há a posição defendida pelos países em desenvolvimento, que no geral entendem que a compensação deve ser "apropriada", que é um padrão mais flexível de compensação, pois permite ao Estado receptor considerar nos cálculos fatores como os lucros ganhos pelo investidor estrangeiro, a duração do período durante o qual o investimento foi lucrativo e demais fatores similares. Diante desta controvérsia, os BITs tiveram o importante papel de fornecer o meio pelo qual as Partes puderam concordar no

---

[180] *Ronald S. Lauder v Czech Republic* (UNCITRAL), Award, 3 September 2001. Disponível em: http://www.italaw.com/cases/610.

[181] HEISKANEN, Veijo. Arbitrary and Unreasonable Measures. In: REINISCH, August (org). **Standards of Investment Protection**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 90.

[182] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 44. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.

[183] UNCTAD. **International Investment Agreements: key issues. v. I.** Geneva: UNCTAD, 2004, p. 235. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiit200410_en.pdf. Acesso em 24/05/2015.

padrão de compensação a ser usado entre elas, tendo a grande maioria deles adotado a fórmula da compensação rápida, adequada e eficaz[184].

Os acordos costumam prever na cláusula de expropriação tanto as expropriações em si como as nacionalizações e as medidas do Estado receptor que teriam um efeito equivalente a expropriação, chamada também de expropriação regulatória ou expropriação indireta. Mas, dificilmente, os BITs definem o significado e a diferenciação dos termos de "expropriação" e "nacionalização", bem como evitam estabelecer critérios para a identificação de quais medidas teriam um efeito equivalente a expropriação, ou, ainda, esclarecer qual o grau de interferência nos direitos de propriedade que constituiria uma expropriação indireta[185].

Nesta senda, a expropriação indireta atualmente é o principal foco de discussão advindo da cláusula de expropriação, desbancando a posição antes ocupada pela forma da compensação[186]. A questão problemática é que um conceito muito amplo de expropriação indireta pode ter o efeito de converter os atos regulatórios de rotina de um Estado em potenciais expropriações indiretas, sendo necessário enfatizar o caráter extraordinário deste tipo de expropriação. Assim, é necessário diferenciar entre as medidas regulatórias com efeito expropriatório, que ensejariam indenização, e aquelas medidas que fazem parte da atividade regulatória normal de um país, portanto, não compensáveis[187].

Diferentes abordagens são adotadas para fazer esta diferenciação. Uma delas afirma que as disposições de expropriação devem ser aplicadas a todas ações estatais que substancialmente comprometam o valor do investimento, que é bastante questionada por retirar a liberdade de exercício dos poderes regulatórios do Estado no interesse público. Alguns BITs, por exemplo, utilizam a linguagem de "qualquer medida ou medidas de efeito equivalente (a expropriação ou a nacionalização)" sem, contudo, oferecer qualquer critério para a avaliação de uma expropriação indireta na prática. Outros BITs adotam a abordagem de limitar a expropriação, seja direta ou indireta, a medidas que tenham efeito de tomada de propriedade privada pelo Estado, utilizando a linguagem de "desapossamento" ou

---

[184] SORNARAJAH, M. **The international law of foreign investment**, 3 rd. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 208-209.
[185] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 44. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.
[186] SORNARAJAH, M. **The international law of foreign investment**, 3 rd. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 213.
[187] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 44. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.

"deprivação" e não abarcando o simples comprometimento do valor de mercado do investimento. Por fim, existe a abordagem adotada nos atuais modelos de BITs dos EUA (2004 e 2012) e do Canadá (2004), a qual considerou os problemas surgidos nas recentes arbitragens do NAFTA, que fornece uma lista de critérios específicos para uma avaliação casuística de se uma medida em particular seria equivalente a uma expropriação indireta[188]. No caso do atual modelo de BIT do EUA os critérios estão previstos no Anexo B[189].

### 3.7 Transferência de fundos

A transferência de lucros, capitais e outros pagamentos é uma questão essencial para a operação dos investimentos internacionais, sendo, portanto, de grande interesse dos investidores estrangeiros a inclusão da cláusula de transferência de fundos nos BITs. Por outro lado, com o crescimento da interdependência das economias no plano internacional, a regulação apropriada dos influxos e das saídas de capitais se faz necessária, sobretudo nos países em desenvolvimento, mais sensíveis as oscilações dos fluxos de capitais. Assim, os BITs precisam conciliar a liberdade de transferência de fundos relacionados aos investimentos concedida aos investidores, com a flexibilidade necessária aos Estados receptores para gerir adequadamente o sistema financeiro e monetário nacional[190].

Nesse sentido, os BITs concluídos desde a segunda metade da década de 90 costumam incluir, além de disposições garantindo o direito dos investidores de fazer a transferência de capitais ligados ao investimento sem demora, em uma moeda livremente convertível e por

---

[188] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 45-47. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.

[189] Annex B. Expropriation. The Parties confirm their shared understanding that:
1. Article 6(1) is intended to reflect customary international law concerning the obligation of States with respect to expropriation. 2. An action or a series of actions by a Party cannot constitute an expropriation unless it interferes with a tangible or intangible property right or property interest in an investment. 3. Article 6(1) addresses two situations. The first is known as direct expropriation, where an investment is nationalized or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure. 4. The second situation addressed by Article 6(1) is known as indirect expropriation, where an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure. (a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors: (i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred; (ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and (iii) the character of the government action." Modelo de BIT dos EUA (2012).

[190] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 56. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.

uma determinada taxa de câmbio (geralmente se faz menção à taxa do mercado[191] ou à taxa do FMI[192]); restrições e exceções a essa liberdade de transferência. Os acordos variam no alcance, conteúdo e grau de especificidade dessas disposições. Primeiro, há a variação quanto a cobertura da cláusula, algumas incluindo somente as transferências para o exterior, outras cobrindo também as transferências para dentro do país receptor. Segundo, alguns acordos adotam uma lista ilustrativa das operações de transferência cobertas, enquanto outros incluem uma lista exaustiva. Quanto as exceções mais comumente adotadas nos BITs mais recentes as principais são: 1) exceções para garantir que o Estado possa adotar medidas de *compliance* nos assuntos de falência, comércio de seguros, crimes e resoluções de tribunais; 2) exceções que lidam com os problemas do capital especulativo, como o requisito de permanência de pelo menos um ano no Estado e as restrições de transferência durante as crises na balança de pagamentos; e 3) exceções para garantir as prerrogativas de alta regulação no setor de serviços financeiros, utilizado pelos BITs do Canadá, EUA e Japão[193].

### 3.8 Solução de controvérsias

Da perspectiva do investidor, o papel mais evidente da resolução de disputas é garantir que as obrigações assumidas pelo Estado receptor no BIT sejam efetivamente implementadas e executadas. Assim, a previsão de mecanismos de solução de controvérsias nos BITs aumenta o nível de certeza e previsibilidade para os investidores[194].

Muito embora existam variações nas cláusulas que preveem a solução de controvérsias, o método da arbitragem internacional é o de maior expressão, pois surgiu em resposta ao problema da confiança na imparcialidade dos tribunais locais para julgar disputas entre o Estado receptor e o investidor estrangeiro, permitindo assim que o investidor

---

[191] Article 6. Transfers. (…) (2) The payments referred to in this Article shall be effected at the **market rate of exchange** prevailing on the day of the transfer. (grifo nosso). BIT entre Austria e Filipinas (2002). Texto disponível em: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/212.

[192] Article 5. (…) 2. The aforementioned transfers shall be made at the exchange rate prevailing on the date of transfer in the Contracting Party hosting the investment. 3. For the purpose of this Agreement, exchange rate referred to in the previous para shall be determined in accordance with the **official rates agreed with the International Monetary fund** or, where such rates do not exist, the official exchange rates for Special Drawing Rights or United States Dollars or any other convertible currency agreed between the Contracting Parties. (grifo nosso). BIT entre Arábia Saudita e China (1996). Texto integral disponível em: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3361.

[193] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 56-63. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.

[194] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 99. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.

estrangeiro leve sua demanda a um tribunal neutro, em um Estado neutro[195]. Em alguns acordos, incluindo os concluídos pela China, existe um período durante o qual deve ser tentado a conciliação da disputa antes da instauração de uma arbitragem[196].

Os BITs costumam dispor sobre dois tipos de mecanismos para a solução de controvérsias, que geralmente são previstos separadamente nos acordos, um para disputas que surjam entre o Estado receptor do investimento e o Estado de origem do investidor, e outro para disputas diretamente entre o investidor e Estado receptor, cada um com suas regras próprias[197], conforme será exposto abaixo.

*3.8.1 - Solução de controvérsias Estado-Estado*

Classicamente, o instituto da proteção diplomática era o meio pelo qual o Estado tutelava os interesses de seus investidores, que sofressem danos nos países hospedeiros. A proteção diplomática, contudo, depende do juízo político de conveniência e oportunidade do Estados, deixando, assim, o direito dos investidores sujeito à incerteza das relações interestatais[198]. Por estas razões, é preferencial o uso de um mecanismo despolitizado, como a arbitragem internacional, para dirimir disputas de investimentos.

Os dispositivos de solução de controvérsias entre os Estados partes nos BITs costumam ser curtos e geralmente lidam com o âmbito de aplicação do procedimento, com a obrigação de consulta prévia, antes da instauração da arbitragem, a escolha dos árbitros, os procedimentos arbitrais e como serão divididos os custos[199]. A maioria dos acordos prevê que a cláusula de solução de controvérsias entre Estados deve ser aplicada a disputas para dirimir quanto a interpretação ou aplicação do BIT que surgirem entre as Partes contratantes, podendo haver também a previsão de um período de consulta prévia obrigatório entre as Partes. A abordagem tradicional de instalação de um tribunal *ad hoc*[200] foi mantida, com o

---

[195] SORNARAJAH, M. **The international law of foreign investment**, 3 rd. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 216-217.
[196] *Ibid.*, p. 217
[197] FONSECA, Karla Closs. **Os Acordos de Promoção e Proteção Recíproca e Investimentos e o Equilíbrio entre o Investidor Estrangeiro e o Estado Receptor de Investimentos.** 2007. 215 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2007, p. 98.
[198] MATIAS, Eduardo Felipe P.. Instrumentos Internacionais de proteção aos investimentos. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Doutrinas Essenciais Direito Internacional**. V. 2: Direito Internacional Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 269-270.
[199] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 126. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.
[200] Isto é, um tribunal constituído para a resolução de uma disputa específica, no lugar da previsão de arbitragem em uma corte arbitral institucional preexistente, que é abordagem mais utilizada na solução de controvérsias entre o investidor e o Estado. *Ibid.*, p. 126.

procedimento de indicação de um árbitro por cada Parte, devendo os dois escolhidos selecionarem um terceiro árbitro, idealmente um nacional de um terceiro Estado, que deverá presidir a arbitragem. Caso não seja possível a indicação em tempo hábil, praticamente todos os BITs preveem que uma autoridade neutra fará a escolha, como, por exemplo, o Presidente ou o Vice da Corte Internacional de Justiça, ou o Secretário Geral do ICSID[201].

Quanto ao procedimento e a legislação aplicáveis, os BITs geralmente autorizam que o tribunal determine seu próprio procedimento, e se dividem entre os que estipulam que o caso deve ser decidido com base no BIT e os que além do BIT preveem a aplicação da legislação do Estado hospedeiro[202]. A grande maioria dos acordos preveem também o voto por maioria e que as decisões serão finais e vinculantes. Quanto aos custos, geralmente estipula-se que cada parte arcará com os custos de seus próprios advogados e do árbitro que tenha apontado e que os custos remanescentes serão divididos ao meio entre as duas Partes[203].

A solução de controvérsias entre Estados tem pouca utilização atual, o instituto não foi consideravelmente aprimorado e as cláusulas praticamente não foram modificadas ao longo dos anos, continuando gerais, ao contrário de como ocorreu com a resolução de disputas entre Estados no âmbito da OMC e dos acordos regionais de integração. Todavia, é possível notar algumas novidades como a previsão da aplicação dos dispositivos de transparência e participação da sociedade civil nos procedimentos arbitrais, feita no modelo de BIT dos EUA de 2012[204], a previsão de que nas disputas envolvendo setor financeiro os árbitros sejam especialistas da área (nos atuais modelos de BITs do Canadá e dos EUA) e a previsão de medidas de execução da decisão arbitral a serem tomadas por uma das Partes contratantes, caso a outra Parte não cumpra a decisão voluntariamente, sendo exemplos os BITs do Canadá,

---

[201] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 126. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015, p. 126-127.

[202] Article 12. *Settlement of disputes between Contracting Parties*. (...) 5) **The tribunal shall decide on the basis of this Agreement and other relevant agreements between the two Contracting Parties, rules of International Law and relevant rules of Domestic Law.** The foregoing provisions shall not prejudice the power of the tribunal to decide the dispute ex aeqo et bono if the Parties so agree. 6) **Unless the Parties decide otherwise, the tribunal shall determine its own procedure.** BIT entre Holanda e Nigéria (1992). Texto integral disponível em: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2067.

[203] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 127. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.

[204] SECTION C. Article 37. State-State Dispute Settlement (…) 4. Articles 28(3) [Amicus Curiae Submissions], 29 [Investor-State Transparency], 30(1) and (3) [Governing Law], and 31 [Interpretation of Annexes] shall apply mutatis mutandis to arbitrations under this Article. Modelo de BIT dos EUA (2012).

que preveem como medidas a indenização ou a suspensão de benefícios em um valor equivalente àquele arbitrado na decisão[205].

Diferentemente da solução de controvérsias entre Estados, a solução de controvérsias entre o investidor estrangeiro e o Estado receptor do investimento foi bastante diversificada na contemporânea reformulação de BITs. Passemos então a análise de seus aspectos mais relevantes, conforme seus dispositivos nos BITs modernos.

*3.8.2 - Solução de controvérsias investidor-Estado*

Na época de expansão da Doutrina Calvo, mencionada no Capítulo anterior, os Estados em desenvolvimento defendiam as disputas que surgissem entre o investidor estrangeiro e o Estado receptor deveriam ser exclusivamente solucionadas pelas Cortes e Tribunais administrativos do Estado hospedeiro[206], uma vez que eles deveriam usar o mesmo mecanismo de solução de controvérsias disponível para os investidores nacionais ou então teriam vantagens em relação a estes. Atualmente, todos os BITs rejeitam essa tese e preveem a arbitragem internacional como mecanismo para a solução de controvérsias entre investidor e Estado[207], sendo que a maioria deles prevê o prévio consentimento do Estado receptor a arbitragem de qualquer disputa sobre investimentos sujeito ao tratado, geralmente com a indicação das regras ou da instituição arbitral, sendo bastante comum a indicação do ICSID ou das regras de arbitragem da UNCITRAL[208].

Nessa senda, a intenção dos Estados Partes de um BIT é a de fornecer aos investidores meios de defesa direta de seus direitos previstos no tratado, sem a necessidade de dependência de proteção diplomática, possibilitando, assim, que a disputa seja resolvida apenas em termos jurídicos, ao deixar de lado as considerações políticas dos Estados[209], caso estivessem diretamente contrapostos em uma disputa sobre investimentos. Sornarajah, por outro lado, afirma que essa "despolitização" da disputa não muda o fato de que a execução do direito de

---

[205]UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 126-129. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.

[206] LOWENFELD, Andreas F. **International Economic Law.** 2 ed. New York: Oxford, 2008, p. 570.

[207] Lowenfeld frisa que não conseguiu achar sequer um BIT moderno no qual não haja esta disposição. In: *Ibid.*, p. 570.

[208] *Ibid.*, p. 570.

[209] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 100. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.

proteção previsto no BIT é de titularidade do Estado, este apernas a "terceiriza" ao seu investidor[210], quem diretamente sofre as perdas ou danos que serão objeto da disputa.

Conforme citamos no item anterior, desde a segunda metade da década de 90, um grupo de BITs passou a prever os mecanismos de solução de controvérsias de forma mais detalhada, fornecendo maior orientação às Partes no que concerne os procedimentos arbitrais, notadamente os novos modelos de BIT do Canadá e dos EUA, com a experiência adquirida das disputas no âmbito do Capítulo 11 NAFTA. Essa nova abordagem, contudo, não foi seguida por todos os BITs, muitos ainda mantêm a abordagem tradicional, apenas dispondo sobre as principais características do mecanismo e deixando as particularidades procedimentais a cargo de outras convenções de arbitragem, como pode ser observado no acordo entre Hong Kong (China) e o Reino Unido (1998)[211], abaixo transcrito:

> Artigo 8. Solução de controvérsias sobre investimentos
>
> Uma disputa entre um investidor de uma Parte Contratante e a outra Parte Contratante que verse sobre um investimento da Primeira no território da Segunda, que não tenha sido resolvido amigavelmente, deve, após decorrido um período de três meses da notificação por escrito da demanda, ser submetido aos procedimentos de solução de controvérsias acordados pelas partes da disputa. No caso de não haver acordo quanto a adoção de tais procedimentos no referido período de três meses, as Partes da disputa estarão vinculadas a submetê-la à arbitragem conforme as Regras de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas pelo Direito do Comércio Internacional que estejam vigentes. As Partes podem concordar por escrito pela modificação de tais Regras.[212]

Ademais, o Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (CIADI, ou na sigla em inglês, ICSID), um braço do Banco Mundial, estabelecido por meio da Convenção de Washington de 1965, é o único centro especializado em solução de controvérsias sobre investimentos e, assim, é a instituição mais utilizada para a solução de

---

[210] SORNARAJAH, M. **The international law of foreign investment**, 3 rd. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 217.

[211] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 100-101. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.

[212] "Article 8. Settlement of Investment Disputes
A dispute between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning an investment of the former in the area of the latter which has not been settled amicably, shall, after a period of three months from written notification of the claim, be submitted to such procedures for settlement as may be agreed between the parties to the dispute. If no such procedures have been agreed within that three month period, the parties to the dispute Shall be bound to submit it to arbitration under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law as then in force. The parties may agree in writing to modify these Rules." Artigo 8 do BIT entre Hong Kong (China) e Reino Unido (1998). Texto integral disponível em: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1522.

controvérsias nos BITs[213]. A jurisdição do Centro, conforme prevista no artigo 25 (1) da Convenção do ICSID, abrange "qualquer disputa surgida diretamente de um investimento" desde que entre um Estado que seja Parte da Convenção (ou subdivisão ou agência Estatal por ele designada ao Centro) e o Nacional de outro Estado Parte da Convenção[214] e dado que "as Partes em disputa tenham consentido por escrito a submetê-la ao Centro", e dispõe ainda que o consentimento das Partes após manifestado não pode ser retirado unilateralmente[215].

A questão de se jurisdição é criada diretamente pelo próprio BIT depende da redação específica da cláusula, e as cláusulas vão desde a mera indicação do ICSID para a solução de controvérsias ("a depender de acordo das Partes da disputa") até a criação da jurisdição do Centro propriamente dita, por meio da estipulação do consentimento prévio do Estado à submissão das disputas, e esta jurisdição compulsória está sendo cada vez mais utilizada. Caso a arbitragem selecionada para a solução da disputa não for a do ICSID, que prevê a própria execução de seus laudos arbitrais, a execução se dará com base na Convenção de Nova York de 1958 sobre o Reconhecimento e Execução das Decisões Arbitrais Estrangeiras[216].

Além disso, a UNCTAD aponta para nove elementos tradicionalmente contidos nas cláusulas de solução de controvérsias entre investidor e Estado no total[217], dentre os quais destaca-se: 1) o escopo dos procedimentos – quais os tipos de disputas sujeitas ao mecanismo previsto (geralmente todo tipo de disputas entre investidor e Estado sobre investimentos cobertos pelo BIT é abarcada, mas há exceções, com a utilização do mecanismo apenas para certas disposições do tratado[218] ou com a exigência de que da violação ao acordo decorram

---

[213] LOWENFELD, Andreas F. **International Economic Law.** 2 ed. New York: Oxford, 2008, p. 570.

[214] Se apenas um dos Estados partes do BIT for também parte da Convenção do ICSID, é possível a previsão da utilização das Regras da Instalação Adicional do ICSID, criadas especialmente para este caso. Seu texto está disponível em: https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Documents/AFR_English-final.pdf

[215] "Chapter 2. Jurisdiction of the Centre. Article 25 (1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally." Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. Texto integral disponível em: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf

[216] SORNARAJAH, M. **The international law of foreign investment**, 3 rd. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 218-219.

[217] Muitos dessas disposições já foram comentadas em outras partes deste item ou no item anterior, quando tratamos sobre a arbitragem entre os Estados contratantes do BIT.

[218] Por exemplo, o BIT entre Maurício e Suazilândia (2000) prevê que o investidor só pode acionar o mecanismo da arbitragem nos casos de expropriação ou nacionalização, para discutir o valor da indenização devida: Article 8. SETTLEMENT OF DISPUTES BETWEEN AN INVESTOR AND A CONTRACTING PARTY. (…) (2) If the dispute cannot be settled through negotiations within six months, either party to the dispute shall be entitled to **initiate judicial action before the competent court of the Contracting Party accepting the investment**.

perdas e danos para que o investidor possa acionar o mecanismo[219]); 2) pré-requisitos para a ativação do mecanismo – período de consulta ou negociações (comumente 3 ou 6 meses), consentimento prévio (com a possível criação de jurisdição, como nos referimos acima), necessidade de exaurimento das instâncias locais (atualmente praticamente inutilizada); 3) Sub-rogação pelo Estado de origem, caso haja agências de garantia de investimentos nacionais e ele tiver indenizado o investidor pelas perdas sofridas no exterior[220].

Alguns dos BITs mais recentes passaram a disciplinar a solução de controvérsias de forma mais extensiva, assim, no lugar de dedicar apenas uma cláusula à questão, passaram a dedicar uma seção inteira no texto do acordo para as disposições[221]. Nesse sentido, no que concerne as novas tendências notadas pela UNCTAD nos acordos mais recentes, cabe citar quatro: 1) a promoção de maior previsibilidade e de controle das Partes contratantes sobre os procedimentos arbitrais; 2) a promoção do princípio de economia judicial; 3) a busca por consistência entre os laudos arbitrais e o desenvolvimento de jurisprudência no Direito Internacional dos investimentos; 4) a promoção da legitimidade da arbitragem entre investidor e Estado[222].

Quanto a primeira inovação, cumpre comentar, por ora, que os acordos que seguiram o modelo do NAFTA adotaram a abordagem do detalhamento dos procedimentos arbitrais, com disposições tais quais: como deve ser feita a notificação de intenção de arbitragem, como prevenir que a mesma disputa seja levada a dois fóruns distintos ao mesmo tempo, medidas cautelares internas, objeções preliminares, condução dos procedimentos e execução dos laudos arbitrais. Também há previsões que garantem a participação de ambos os Estados contratantes nos procedimentos arbitrais para auxiliar em algumas matérias como serviços financeiros, tributação, ou a interpretação de medidas de inconformidade, com a interpretação

---

(3) **If a dispute involving the amount of compensation resulting from expropriation, nationalisation, or other measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation,** mentioned in Article 6 cannot be settled within six months after resort to negotiation as specified in paragraph (1) of this Article by the investor concerned**, it may be submitted to an international arbitral tribunal established by both parties**. (grifo nosso). Texto integral disponível em: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1992.

[219] Article 15. 1. For the purposes of this Article, an investment dispute is a dispute between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party that **has incurred loss or damage** by reason of, or arising out of, an alleged breach of any right conferred by this Agreement with respect to an investment of an investor of that other Contracting Party. (grifo nosso). Texto integral disponível em: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1727.

[220] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 101-119. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.

[221] Exemplo é a *Section B* do Modelo de BIT dos EUA (2012) que abrange do artigo 23 ao artigo 36.

[222] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 119. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.

dada pelas próprias autoridades especializadas do Estado contratante concernente, sendo a sua opinião vinculante para a Corte Arbitral[223].

Quanto as inovações para promover o princípio da economia judicial, cabe comentar o mecanismo para evitar a existência de disputas frívolas, isto é, aquelas que evidentemente não apresentam uma base legal sólida e a utilização da cláusula do "*fork in the road*", que representa a necessidade de escolha pelo investidor entre levar a sua demanda para a arbitragem internacional ou para a jurisdição do Estado hospedeiro, pois a escolha de uma anula a possibilidade de utilização da outra[224].

Lowenfeld ressalta que os procedimentos arbitrais previstos no BITs e no NAFTA são confidenciais e a participação de organizações não governamentais e outros *amici curiae* geralmente não é aceita, ainda que não seja proibida pelas regras do ICSID e da UNCITRAL. Todavia, as decisões da ICSID, bem como a maioria das outras decisões baseadas em BITs, são acessíveis ao público em geral e os tribunais arbitrais decidindo disputas de investimentos costumam considerar outros casos que foram decididos com base em acordos parecidos ao que está sob sua análise. O autor também afirma, por fim, que está sendo formado um corpo substancial de decisões de disputas entre Estado e investidor[225].

Em sua dissertação de mestrado, Karla Closs Fonseca destaca que o mecanismo de solução de controvérsias investidor-Estado é um dos principais fatores de desequilíbrio nos BITs, identificando três problemas para os países receptores de investimentos, o primeiro é a possibilidade de o investidor levar demandas "frívolas e vexatórias" face ao Estado, obrigando este a despender grandes quantias de dinheiro público para se defender em casos muitas vezes sem qualquer fundamento; em segundo lugar, da mesma forma que se aponta para a questão da parcialidade dos órgãos internos do Estado hospedeiro para a solução de disputas sobre investimentos, a autora apresenta o problema da "imparcialidade" dos árbitros do ICSID, uma vez que se trata de um órgão do Banco Mundial, que é "dirigido" pelos maiores países exportadores de capital; e, por fim, a autora faz referência a falta de

---

[223] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 120. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.
[224] *Ibid.*, p. 121-122.
[225] LOWENFELD, Andreas F. **International Economic Law.** 2 ed. New York: Oxford, 2008, p. 571-572.

transparência nos procedimentos, que vai de encontro aos princípios dos países democráticos[226].

A autora deste trabalho compartilha as preocupações apresentada por Karla, porém, conforme será discutido com mais detalhes no próximo capítulo, apesar da existência de disputas "frívolas e vexatórias" contra o Estado, existe uma tendência identificada, sobretudo nas arbitragens do NAFTA, de que os árbitros estão cada vez mais atenciosos em suas decisões à necessidade de manutenção do espaço de políticas regulatórias dos Estados hospedeiros, evitando ao máximo, portanto, a condenação do Estado. Isto, por si só, não impede que a demanda seja levada pelo investidor ao Centro, porém, ao identificar esta tendência o investidor deve avaliar melhor a pertinência de sua demanda antes de buscar a instauração da arbitragem.

[226] FONSECA, Karla Closs. **Os Acordos de Promoção e Proteção Recíproca e Investimentos e o Equilíbrio entre o Investidor Estrangeiro e o Estado Receptor de Investimentos.** 2007. 215 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2007, p. 111-112.

## 4 – A NOVA GERAÇÃO DE BITS: TENTATIVA DE RECALIBRAÇÃO DOS DIREITOS E DEVERES

Neste ponto, é importante retomar a terceira teoria a qual se fez referência na introdução deste trabalho, após a exposição da teoria clássica do desenvolvimento e da teoria da dependência, que é a teoria híbrida ou teoria intermediária, justamente em relação as duas primeiras. A teoria intermediária, diferentemente das outras duas citadas, toma como base estudos empíricos desenvolvidos por órgãos da ONU (por meio da UNCTC[227] e depois da UNCTAD), pelo Banco Mundial e pela OCDE, para fazer suas considerações sobre o papel dos investimentos estrangeiros diretos no desenvolvimento dos países receptores. Assim, conforme as evidências reunidas nas pesquisas, os investimentos estrangeiros podem resultar tanto em vantagens como em malefícios aos países receptores, a depender das políticas públicas adotadas por cada Estado receptor do investimento[228].

Os estudos acima referidos demonstraram que de fato a recepção de investimentos estrangeiros de empresas multinacionais gera benefícios à economia local, tais quais, a transferência de tecnologia e *know-how*, a geração de empregos e a manutenção de uma balança comercial positiva/favorável com os lucros das exportações. Por outro lado, identificou-se como condutas prejudiciais das multinacionais a fixação de preços de transferência artificiais (*transfer pricing*)[229], a transferência de tecnologia submetida a cláusulas restritivas (por exemplo, restrições na exportação de produtos feitos a partir da tecnologia que foi transferida, a previsão de que novas invenções ou adaptações serão de propriedade do cedente e cláusulas que exigem que produtos associadas fossem adquiridos apenas do cedente) que impedem o proveito da transferência pelo Estado, além da transferência muitas vezes ser de tecnologia já obsoleta ou potencialmente danosa ao meio ambiente, inclusive, de material proibido no Estado de origem do investidor. Frente a essas

---

[227] A UNCTC foi absorvida pela UNCTAD no começo da década de 90. In: SORNARAJAH, M. **The international law of foreign investment**, 3 rd. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 241.

[228] *Ibid.*, p. 55-60.

[229] Conforme a explicação da Receita Federal do Brasil: “O termo "preço de transferência" tem sido utilizado para identificar os controles a que estão sujeitas as operações comerciais ou financeiras realizadas entre partes relacionadas, sediadas em diferentes jurisdições tributárias, ou quando uma das partes está sediada em paraíso fiscal. Em razão das circunstâncias peculiares existentes nas operações realizadas entre essas pessoas, o preço praticado nessas operações pode ser artificialmente estipulado e, consequentemente, divergir do preço de mercado negociado por empresas independentes, em condições análogas”. Disponível em: http://www.receita.fazenda.gov.br/pessoajuridica/dipj/2005/pergresp2005/pr672a733.htm. Acesso em: 30/09/2015.

evidências demonstradas nos estudos, a ideia de que o investimento estrangeiro contribuiria sempre para o desenvolvimento (teoria clássica) perdeu espaço na literatura acadêmica[230].

Nesse sentido, a teoria intermediária conclui que os Estados receptores devem manter seu direito de regulamentar a entrada e a permanência das empresas multinacionais. Assim como, devem exercê-lo de forma que os efeitos negativos das multinacionais sejam minimizados ou eliminados e que sejam aproveitados apenas os efeitos benéficos, permitindo, assim, que o FDI possa contribuir de fato para o desenvolvimento econômico e social do Estado que o recebe. Dessa forma, atualmente, a estratégia preferencial é um misto de regulação e abertura, tanto nas legislações no plano interno como nos tratados no plano internacional; pois, ao competir pela atração de investimentos estrangeiros, os países precisam se dispor a tutelar os interesses das multinacionais em alguma medida. Não obstante, impede salientar que, a visão de que todo investimento estrangeiro deve ser protegido da mesma maneira já foi superada[231].

Tomando como base as considerações aqui feitas sobre a teoria intermediária, passa-se à análise da reformulação e da renegociação de uma nova geração de BITs, na qual se propõe uma "recalibração"[232] dos direitos e deveres previstos nos acordos. Destarte, o presente ensaio científico, ater-se-á aos fatores que incentivaram o surgimento da 4ª geração de BITs, para então analisar-se as mudanças ocorridas nas cláusulas dos acordos desta nova geração, a partir da proposta de reequilíbrio da relação trilateral entre Estado receptor, investidor estrangeiro e Estado de origem, decorrente de um BIT.

## 4.1 O surgimento de uma "4ª geração" de BITs: as causas das mudanças e seus fundamentos: a manutenção do policy space para o desenvolvimento sustentável

Para a melhor compreensão do debate atual sobre o Direito Internacional dos investimentos e, por conseguinte, da atual geração de BITs, faz-se necessário considerar fatores como o recuo do neoliberalismo, devido a sucessivas crises econômicas (sendo a mais

---

[230] SORNARAJAH, M. **The international law of foreign investment**, 3 rd. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 56-57.

[231] A prática dos Estados demonstra que a ideia de que todos os investimentos devem ser protegidos por meio do padrão mínimo internacional não é mais aceita. Assim, as multinacionais devem agir conforme as leis e as políticas do Estados em que se encontram para terem direito à proteção conferida pelo Direito Internacional. In: *Ibid.*, p. 58-59.

[232] Expressão empregada em MUSCHLINSKI, Peter. Holistic approaches to development and international investment law: the role of international investment agreements, *in*: FAUNDEZ, JULIO; TAN, Celine (Org.), **International Economic Law, Globalization and Developing Countries**, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2010, p. 190.

evidente delas a crise econômica e financeira mundial de 2008), o deslocamento de poder econômico para os países emergentes (China, Índia e Brasil) e o impacto das ONGs na defesa de interesses como a preservação do meio ambiente e a promoção dos direitos humanos. Atualmente, pois, observam-se mudanças nos fluxos de investimentos, que agora fazem também o caminho inverso, partindo de países em desenvolvimento para países desenvolvidos. Assim, tendo estes últimos se tornado os maiores receptores de investimento estrangeiro, as regras sobre a proteção dos investimentos, tal qual foram anteriormente construídas pelos países desenvolvidos, vem sendo consequentemente modificadas[233]. Outra mudança observada é um aumento no fluxo de investimentos entre países em desenvolvimento, o que em teoria sugere que os acordos entre estes serão negociados entre Partes com poder de barganha relativamente semelhante[234].

Surgiu, assim, tanto para os países desenvolvidos como para os países em desenvolvimento, a necessidade de acomodar interesses conflitantes, pois precisam, ao mesmo tempo, proteger seus investidores no exterior e manter seu espaço regulatório interno na adoção de políticas públicas para o desenvolvimento (*policy space*).

A atual impopularidade do neoliberalismo como política econômica, uma vez que a liberalização desenfreada resultou em diversas crises financeiras econômicas (como a Asiática, a da Argentina e a global em setembro de 2008), enfatizou a necessidade de um ambiente regulatório sólido para a economia mundial, nela incluído os investimentos internacionais. A crescente insatisfação dos países com o impacto dos BITs na restrição de seus poderes regulatórios, ao lado de um aumento significativo no número de disputas entre Estado e investidor (de 326 em 2008 para 608 em ao final de 2014), além das ferrenhas críticas da sociedade civil, levaram os países a um reflexão, revisão e reconsideração da política em relação aos acordos sobre investimentos[235].

No âmbito do NAFTA, os procedimentos arbitrais instaurados contra os EUA e o Canadá certamente foram o motor das mudanças feitas nos BITs desses países. Os EUA foram processados três vezes por empresas Canadenses, muito embora não tenham sido condenados em nenhuma delas. O Canadá, por outro lado, foi condenado a indenizar investidores. Essas

---

[233] SORNARAJAH, M. **The international law of foreign investment**, 3 rd. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 35.
[234] Cf: *Ibid.*, p. 60.
[235] UNCTAD. **World Investment Report – 2015**: Reforming International Investment Governance**.** New York and Geneva: UNCTAD, 2015, p. 124. Disponível em: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf. Acesso em 16/09/2015.

arbitragens, inclusive, levaram a adoção de Notas Interpretativas em meados de 2001 no âmbito da Comissão de Livre Comércio do bloco, visando esclarecer alguns dos dispositivos do Capítulo XI[236].

Nesse ponto, importante ser frisado que a UNCTAD apresenta regularmente uma tabela dos países mais processados em arbitragens internacionais de investimentos e outra tabela dos mais recorrentes países de origem dos investidores que instauram a arbitragem. Nota-se que Canadá e EUA estão em ambas as listas, tanto na de países que mais foram processados como na de Estados de origem mais frequentes dos investidores. Conforme os dados atualizados até o final de 2014, o Canadá ocupa o 5º lugar na primeira lista (com o total de 23 casos) e o 6º na segunda (com o total 33 de casos), enquanto que os EUA ocupam o 10º lugar na primeira (com o total de 15 casos) e o 1º lugar na segunda (com o total de 129 casos)[237].

Ademais, as porcentagens das decisões adotadas pelos tribunais arbitrais nos casos de investimentos também estão disponíveis, e evidenciam que a maioria até o momento foi favorável ao Estado, conforme foi comentado ao final do Capítulo anterior. Quase a metade dos casos que foram decididos a favor do Estado, foram em razão de rejeição da disputa por falta de jurisdição do Tribunal. Assim, a maioria (60%) dos casos que tiveram julgamento de mérito a decisão na verdade foi favorável ao investidor[238].

De certo, o fluxo de investimentos de partindo de países como China, Índia e Brasil para os países desenvolvidos estimula essas mudanças nos acordos, pois estes últimos vêm o seu espaço para adoção de políticas públicas ameaçado. Diante desta ameaça, os acordos de "nova geração" dos países desenvolvidos evidenciam um movimento em direção ao reequilíbrio, com a preservação de seu espaço regulatório para a interferir nos investimentos estrangeiros, se o interesse público assim determinar; e, como consequência, precisam abrir mão em certa da medida da ênfase na proteção dos investimentos desses acordos[239].

---

[236] FONSECA, Karla Closs. **Os Acordos de Promoção e Proteção Recíproca e Investimentos e o Equilíbrio entre o Investidor Estrangeiro e o Estado Receptor de Investimentos.** 2007. 215 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2007, p. 126.
[237] UNCTAD. **World Investment Report – 2015**: Reforming International Investment Governance**.** New York and Geneva: UNCTAD, 2015, p. 115. Disponível em: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf. Acesso em 16/09/2015.
[238] *Ibid.*, p. 116.
[239] SORNARAJAH, M. **The international law of foreign investment**, 3 rd. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 178.

Nesta senda, a partir da manutenção do *policy space* pelos Estados e, mais amplamente, com a tentativa de reequilibrar os direitos e deveres nos acordos, o "desenvolvimento sustentável" é apontado pela UNCTAD como fundamento e norte da atual reforma no regime regulatório dos investimentos estrangeiros[240]. Os objetivos de conservação dos recursos naturais, a proteção ambiental e o bem-estar social e demais componentes do "desenvolvimento sustentável", universalmente reconhecidos por países desenvolvidos e em desenvolvimento, formaram um novo paradigma na política internacional[241].

Atualmente os países não se importam apenas com o volume de capital que recebem, mas cresce a preocupação com a qualidade dos investimentos recebidos, como é observado no trecho do relatório abaixo transcrito:

> Com a evolução da visão global de desenvolvimento das comunidades, as expectativas da sociedade quanto ao papel do investimento estrangeiro se tornaram mais exigentes. Atualmente, não é mais suficiente que o investimento crie empregos, contribua para o crescimento econômico ou gere exportações. Os países cada vez mais procuram investimentos que não sejam danosos ao meio ambiente, que tragam benefícios sociais, que promovam a igualdade de gênero e que os ajude na integração nas cadeias globais de produção.[242]

No atual contexto do Direito dos investimentos estrangeiros, por conseguinte, a relação entre investimentos e desenvolvimento ganhou, portanto, novos contornos. O debate é aprofundado para que a dimensão do desenvolvimento seja de fato incorporada na realização de investimentos estrangeiros. Os conceitos de "desenvolvimento sustentável" e "flexibilidade para o desenvolvimento" precisam ser empregados para atingir essa finalidade.

O problema do desequilíbrio na relação entre investidores estrangeiros, Estado de origem e Estado receptor nos BITs, é refletido na questão do desenvolvimento. Apesar de há muito o desenvolvimento econômico ser previsto como objetivo dos acordos nos preâmbulos

---

[240] UNCTAD. **Investment Policy Framework for Sustainable Development.** New York and Geneva: UNCTAD, 2015, p. 5. Disponível em: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/Investment%20Policy%20Framework%20for%20Sustainable%20Development%202015.pdf. Acesso em 16/09/2015.

[241] UNCTAD. **World Investment Report – 2015**: Reforming International Investment Governance**.** New York and Geneva: UNCTAD, 2015, p. 127. Disponível em: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf. Acesso em 16/09/2015.

[242] As the global community's views on development have evolved, societies' expectations about the role of foreign investment have become more demanding. Today, it is no longer enough that investment creates jobs, contributes to economic growth or generates foreign exchange. Countries increasingly look for investment that is not harmful for the environment, which brings social benefits, promotes gender equality, and which helps them to move up the global value chain. (tradução livre). *Ibid.*, p. 127.

dos BITs, esses instrumentos não fixam qualquer obrigação no sentido de promovê-lo. Enquanto que os investidores obtêm todas as vantagens decorrentes desses acordos, não possuem qualquer obrigação de contribuir para o desenvolvimento local dos países nos quais desenvolvam suas atividades. O Estado receptor, por sua vez, ingressa nesses acordos para tutelar os interesses de seus investidores, mas, ainda que seja Parte contratante do BIT em sentido estrito, não possui qualquer obrigação de incentivar o fluxo de investimentos[243] e muito menos de conduzir seus investidores para a promoção do desenvolvimento.

Muschlinski, ao discutir a questão do desenvolvimento em 2010, toma como base a definição de desenvolvimento na atualidade e de como a temática é abordada nos BITs, que classicamente apenas o mencionam em seus preâmbulos[244]. O autor defende a adoção de uma definição de desenvolvimento que não englobe apenas a dimensão econômica, mas acredita que também se deve incorporar o desenvolvimento social para compreender o verdadeiro impacto dos acordos no Estado que recebe o investimento. Explica, assim, que desenvolvimento na atualidade deve ser visto como o processo de expansão das liberdades dos indivíduos[245].

Quanto ao desenvolvimento nas decisões de arbitragens sobre investimentos, em recentes decisões considerou-se a necessidade de que o investimento tenha contribuído ao desenvolvimento do Estado receptor como requisito[246] para a criação da jurisdição de um tribunal arbitral no ICSID[247]. Contudo, no recente caso *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*[248], o Tribunal anulou a primeira decisão (que tinha negado a jurisdição com base na ausência do requisito de desenvolvimento) para então estabelecer a jurisdição por entender

---

[243] SORNARAJAH, M. **The international law of foreign investment**, 3 rd. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 177-178.

[244] MUSCHLINSKI, Peter. Holistic approaches to development and international investment law: the role of international investment agreements, *in*: FAUNDEZ, JULIO; TAN, Celine (Org.), **International Economic Law, Globalization and Developing Countries**, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2010, p. 181.

[245] *Ibid.*, p. 187.

[246] Os tribunais costumam trabalhar com 4 requisitos que o investimento deve apresentar para instaurar a jurisdição do Tribunal, nos termos do artigo 25 da Convenção do ICSID. Os três primeiros são: o comprometimento de capital, uma certa duração do projeto e a existência de risco operacional. O 4ª requisito é o de contribuição ao desenvolvimento do Estado receptor. In: DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law.** Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 68-69.

[247] São citados: Joy Mining Machinery Limited v. Egypt, para. 53; Salini Construtorri S.p.A. and Italstrade S.p.A. v . Morocco, para. 52; Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, paras 122–38. In: MUSCHLINSKI, Peter. Holistic approaches to development and international investment law: the role of international investment agreements, *in*: FAUNDEZ, JULIO; TAN, Celine (Org.), **International Economic Law, Globalization and Developing Countries**, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2010, p. 182.

[248] *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia, Award on Jurisdiction e Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia, Annulment Decision.*

que a definição ampla de investimentos contida no BIT entre Reino Unido e Malásia, abriga direitos de crédito decorrentes de contratos[249]. Ademais, em casos como este, fica evidente a criticável inconsistência dos laudos arbitrais em matéria de investimentos, que é apontada como sendo um fator de imprevisibilidade e falta de segurança jurídica para as partes da disputa.

Além disso, o autor defende que nesta temática de incorporação de um contexto mais amplo de desenvolvimento, não existem apenas três partes interessadas no processo dos investimentos, mas que é preciso considerar também os interesses das comunidades locais, nas quais o investimento é realizado. E, no Direito Internacional, a tarefa de defender os interesses das comunidades locais é, pois, do Estado que recebe o investimento[250].

Tendo em vista a necessidade de balancear os diferentes interesses das Partes interessadas no universo dos acordos sobre investimentos, o conceito de "flexibilidade para o desenvolvimento" expressa a preocupação em manter o espaço regulatório interno na adoção de políticas públicas para o desenvolvimento (*policy space*), diante da proteção conferida aos investidores pelos BITs. De acordo com os estudos desenvolvidos pela UNCTAD, para retirar todos os benefícios possíveis do FDI, o Estado receptor deve complementar a política de abertura para a atração de investimentos com políticas regulatórias. Assim, é necessário empregar medidas regulatórias positivas, tanto as obrigatórias, como os requisitos de desempenho, como as de encorajamento de determinadas ações, como, por exemplo, os incentivos a transferência de tecnologia e para a criação de centros de pesquisa local e desenvolvimento[251].

No entanto, é preciso introduzir flexibilidade nas disposições dos BITs para evitar-se que essas medidas regulatórias, desde que não discriminatórias e legitimadas pelo interesse público, incorram em violações das regras protetivas dos acordos. Para incorporar a "flexibilidade para o desenvolvimento" nos BITs modificações possíveis seriam: 1) a inclusão de um tratamento diferencial e especial para o país em desenvolvimento que seja Parte do acordo (isto se a outra Parte for um país desenvolvido); 2) o uso de exceções e salvaguardas de interesse público e segurança nacional e de variações na força normativa de certas

---

[249] MUSCHLINSKI, Peter. Holistic approaches to development and international investment law: the role of international investment agreements, *in*: FAUNDEZ, JULIO; TAN, Celine (Org.), **International Economic Law, Globalization and Developing Countries**, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2010, p. 183-184.
[250] MUSCHLINSKI, Peter. Holistic approaches to development and international investment law: the role of international investment agreements, *in*: FAUNDEZ, JULIO; TAN, Celine (Org.), **International Economic Law, Globalization and Developing Countries**, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2010, p. 190-191.
[251] *Ibid.,* p. 191.

obrigações; 3) a introdução de mecanismos para articular as questões sobre o desenvolvimento, como comissões intergovernamentais e mecanismos interpretativos[252].

No âmbito de atuação das ONGs, a flexibilidade nos acordos também é vista como sendo imprecindível para a promoção do desenvolvimento sustentável. No Centro Internacional de Comércio e Desenvolvimento Sustentável (ICTSD) defende-se que as regras dos BITs devem ser flexíveis de forma a permitir uma constante interação com as políticas nacionais de desenvolvimento, que por sua vez podem ser modificadas através do tempo. Argumenta-se que os acordos de 4ª geração devem incorporar o conceito de flexibilidade sob quatro ângulos distintos: 1) o objetivo de desenvolvimento ser fixado como padrão interpretativo, 2) um conceito menos abrangente de investimento, 3) a definição de medidas de expropriação indireta; 4) e o aprimoramento dos mecanismos de solução de controvérsias[253].

Destarte, o desenvolvimento sustentável deve ser usado como critério interpretativo na aplicação das regras de um BIT e não como uma mera declaração de intenção no preâmbulo do acordo. Em segundo lugar, a adoção de uma definição de investimentos ampla para investimentos que já estabeleceram no país e de uma definição restritiva para a admissão de novos investimentos, de acordo com a política pública de desenvolvimento em vigor. Quanto a questão da expropriação indireta, é necessário fazer nos acordos a diferenciação entre expropriação indireta que enseja indenização e expropriação indireta não indenizável em razão do interesse público da medida adotada pelo Estado e, assim, a expropriação regulatória deve ter um caráter excepcional. No que concerne ao aprimoramento dos mecanismos de solução de controvérsias, deve haver maiores restrições nos requisitos de admissibilidade de uma demanda arbitral, de forma que somente os casos mais sérios, aqueles que envolvem violações grosseiras das regras dos BITs sejam objeto de arbitragem internacional, e todo o resto seja resolvido pela jurisdição nacional[254].

Além disso, sugere-se a permissão expressa de *amicus curiae* nas arbitragens sobre investimentos, por intermédio da previsão de um procedimento específico para regular a participação; pois, se um Estado é condenado a pagar indenização a um investidor são todos os seus habitantes que irão arcar com este custo, por meio do pagamento de impostos. Por

---

[252] *Ibid.*, p. 191-192.
[253] ICTSD. La cuarta generación de los acuerdos de inversión. **Revista Puentes,** v. 7, n. 5, p. 6-7, 23 dez. 2006. Disponível em: http://www.ictsd.org/sites/default/files/review/puentes/puentes7-5.pdf. Acesso em: 24/08/2015.
[254] *Ibid.,* p. 6-7.

fim, respeitando-se os compromissos do TRIMS, ao BITs deveriam deixar em aberto aos países a opção de impor requisitos de desempenho aos investidores, pois há evidências dos efeitos positivos dessas requisições nos Estados receptores, em especial, os requisitos de conteúdo local mínimo, das exportações e a criação de *joint ventures*[255].

Muitas dessas mudanças propostas por organizações oficiais, como a UNCTAD, pelos acadêmicos e pelas ONGs foram posteriormente incorporadas em novos acordos, conforme será visto a seguir.

## 4.2 Os novos direitos e deveres como forma de reequilibrar a relação entre Estado receptor e investidor estrangeiro

Como foi visto na parte histórica desenvolvida no primeiro Capítulo deste trabalho, a necessidade de mudanças no regime dos BITs já era sentida ao final da década de 90[256]. Estas mudanças, em prol de um acordo mais equilibrado, começaram a ser observadas já no início deste milênio, com os modelos do Canadá e dos EUA de 2004. De início, a UNCTAD identificou as mudanças observadas nesses acordos, (incluindo também o modelo do Japão, com mudanças em menor medida) como representação de uma 4ª geração de BITs[257].

Não obstante, somente passou a se falar em uma reorientação na política em torno de um novo regime de acordos sobre investimentos a partir de 2008, conforme o mais recente relatório da UNCTAD[258], que engloba todos os acordos sobres investimentos (em nível multilateral, regional e bilateral), não só BITs, além da política interna dos Estados. Para que não seja desviada a atenção dos objetivos deste trabalho, manter-se-á o foco nas disposições constantes nos acordos de investimentos em âmbito bilateral, ainda que não classificados

---

[255] ICTSD. La cuarta generación de los acuerdos de inversión. **Revista Puentes,** v. 7, n. 5, p. 7-8, 23 dez. 2006. Disponível em: http://www.ictsd.org/sites/default/files/review/puentes/puentes7-5.pdf. Acesso em: 24/08/2015

[256] Por exemplo, Cláudia Perrone-Moisés já falava em sua tese doutorado sobre a necessidade de conciliar a lógica do lucro e a finalidade do desenvolvimento nas regras de tratamento dos investimentos estrangeiros. PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito ao Desenvolvimento e Investimentos Estrangeiros**. São Paulo: Ed. Oliveira Mendes, 1998, p. 22.

[257] UNCTAD. **Research Note. Recent developments in international investment agreements.** New York and Geneva: UNCTAD, 2005, p. 4-6. Disponível em: http://unctad.org/en/docs/webiteiit20051_en.pdf. Acesso em 20/07/2015.

[258] UNCTAD. **World Investment Report – 2015**: Reforming International Investment Governance**.** New York and Geneva: UNCTAD, 2015. Disponível em: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf. Acesso em 16/09/2015.

estritamente como "BITs" por aquela organização[259]. Em geral, observou-se um refinamento do conteúdo das disposições dos acordos[260].

Uma primeira observação a ser feita é quanto ao crescimento no número de acordos que passaram a esclarecer em seus preâmbulos que a proteção e a promoção dos investimentos devem respeitar objetivos públicos como a proteção da saúde, segurança nacional, o meio ambiente, os direitos dos consumidores e os direitos do trabalhador internacionalmente reconhecidos. Não obstante, parte desses não contém disposições específicas concernentes a essas áreas no texto do acordo[261].

Além dos modelos do Canadá (2004) e dos EUA (2004 e 2012), também cabe mencionar o Modelo de Acordo de Internacional de Investimentos para o Desenvolvimento Sustentável elaborado em 2005 no âmbito do Instituto Internacional para o Desenvolvimento Sustentável (IISD), importante ONG na atua para a promoção do desenvolvimento humano e a sustentabilidade ambiental.

O modelo do IISD adota disposições gerais para os investidores (de seguir todas as leis e regulamentos, além de formalidades, do Estado hospedeiro, de prestar informações, e "melhores esforços" para contribuir com o objetivos de desenvolvimento do local) e também específicas, com a elaboração de um estudo prévio ao investimento, de impacto social e ambiental do empreendimento, a proibição de práticas de corrupção, diretos humanos, padrões de trabalho internacionalmente reconhecidos, além do dever de observar os padrões de responsabilidade social corporativa e de governança corporativa, nacionais e internacionais. No entanto, este modelo deixou várias disposições vagas, como as exceções de políticas regulatórias. Assim, é criticado por alguns em razão de permitir que qualquer política regulatória bloqueie os direitos dos investidores, o que faria com que os padrões de proteção que lhes forem concedidos fossem inutilizados[262].

---

[259] Os Acordos para a Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) celebrados pelo Brasil este ano, por exemplo, foram classificados como "other IIAs" pela UNCTAD, na subclassificação de "acordos com disposições de investimentos limitadas", por entender que eles não contêm todas as cláusulas caracterizadoras de um BIT. Mais detalhes no Capítulo 5.

[260] UNCTAD. **World Investment Report – 2015**: Reforming International Investment Governance**.** New York and Geneva: UNCTAD, 2015, p. 124. Disponível em: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf. Acesso em 16/09/2015.

[261] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 4-5. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.

[262] MUSCHLINSKI, Peter. Holistic approaches to development and international investment law: the role of international investment agreements, *in*: FAUNDEZ, JULIO; TAN, Celine (Org.), **International Economic Law, Globalization and Developing Countries**, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2010, p. 196-200.

*4.2.1 – Os novos modelos de BITs dos EUA e do Canadá*

Quanto aos novos modelos de BITs adotados pelo Canadá e pelos EUA em 2004, podem ser considerados os primeiros BITs da nova geração ou então seus precursores, a depender da interpretação. As reformas realizadas objetivaram clarificar o escopo e o significado dos dispositivos de proteção do investimento, como o padrão mínimo internacional de tratamento e a definição das medidas de expropriação indireta, conforme foi comentado no Capítulo anterior. Os modelos também inovaram nos procedimentos para a solução de controvérsias, com a previsão de audiências públicas, a publicação de documentos jurídicos relacionados à disputa, visando maior transparência[263], bem como com a possibilidade de participação da sociedade civil como *amicus curiae*[264]. Além disso, adotaram previsões de regimes especiais de proteção e solução de controvérsias para o setor de serviços financeiros e mecanismos específicos para disputas baseadas em matéria tributária do país receptor. Ademais, outra novidade desses acordos foi a inclusão de linguagem específica com o fim de expressar que os objetivos de proteção e liberalização dos investimentos não devem ser perseguidos em detrimento da proteção da saúde, da segurança nacional, do meio ambiente e da promoção de direitos do trabalhador internacionalmente reconhecidos, também conhecidas como cláusulas de não rebaixamento dos padrões. O modelo de acordo dos EUA, por sua vez, foi ligeiramente modificado em 2012[265].

Outrossim, observou-se que o uso do padrão de tratamento justo e equitativo como sendo equivalente ao padrão mínimo internacional de tratamento, a exemplo do que feito nos modelos norte-americano e canadense concede aos Governos um grau maior de flexibilidade na regulamentação de investimentos e discrição para perseguir seus objetivos em políticas públicas[266], em relação as interpretações extensivas do padrão, segundo as quais o tratamento justo e equitativo exigiria mais do que o padrão mínimo de tratamento.

Karla Closs Fonseca comentou algumas das mudanças adotadas no modelo norte-americano de 2004 (em relação ao modelo de 1994). Quanto as novas cláusulas que relacionaram o Investimento e o meio ambiente e o Investimento e o direito do trabalho (que preveem que não se pode baixar o padrão de proteção na legislação interna como forma de

---

[263] (Artigo 29). Vide Anexo I.
[264] (Artigo 28.3).Vide Anexo I.
[265] UNCTAD. **World Investment Report – 2015**: Reforming International Investment Governance**.** New York and Geneva: UNCTAD, 2015, p. 124. Disponível em: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf. Acesso em 16/09/2015.
[266] UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007, p. 29. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.

atrair investimentos) notou-se que interferem na atuação estatal em âmbito interno, mas que representariam uma intervenção com finalidade de interesse público, que é a manutenção dos padrões de proteção do meio ambiente e do trabalhador[267].

Quanto as novidades no procedimento para a solução de controvérsias Estado-investidor, como mencionamos no Capítulo anterior, houve a fixação de regras especificas para cada uma das fases do procedimento arbitral. Dentre as mudanças identificadas cumpre ressaltar: 1) o tratamento de todas as objeções legais como questão preliminar[268], com a finalidade filtrar as disputas que terão o mérito analisado; 2) a criação de um procedimento provisório[269]; 3) a possibilidade de criação de um mecanismo de apelação[270]; 4) e um procedimento para a consolidação de disputas, que tenham as mesmas questões de fato ou de direito. Segundo Fonseca, estas últimas três disposições foram feitas visando maior coerência das decisões arbitrais. O modelo dos EUA foi o primeiro BIT a dispor sobre um procedimento de consolidação de disputas[271].

Aliás, a autora acredita que a possibilidade de participação de *amicus curiae* nas arbitragens é um fator favorável ao equilíbrio nos acordos, uma vez que suas petições, na maioria das vezes, representam questões de interesse público, como meio ambiente e direitos humanos, além de uma possível contribuição técnica para a formação der decisão do tribunal. Porém, também alerta que é preciso ter cautela com seu uso, pois há ONGs, por exemplo, que não defendem interesses legítimos, e sim os interesses dos particulares que as financiam[272].

Quanto a regra de tratamento da nação mais favorecida, Fonseca defende o uso de duas exceções para diminuir o escopo da regra. A primeira seria a previsão de que ela não se aplica para questões procedimentais de solução de controvérsias e a segunda, a limitação de sua aplicação com relação a acordos futuros, não podendo assim um investidor exigir condições mais benéficas que foram previstas em acordos anteriores com terceiros Estados. Desta forma, evita-se que o Estado possa ser surpreendido com o pedido de um investidor

---

[267] FONSECA, Karla Closs. **Os Acordos de Promoção e Proteção Recíproca e Investimentos e o Equilíbrio entre o Investidor Estrangeiro e o Estado Receptor de Investimentos.** 2007. 215 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2007, p. 132-133.
[268] (Artigo 28.4). Vide Anexo I.
[269] (Artigo 28. 9). Vide Anexo I.
[270] (Artigo 28. 10). Vide Anexo I.
[271] FONSECA, Karla Closs. **Os Acordos de Promoção e Proteção Recíproca e Investimentos e o Equilíbrio entre o Investidor Estrangeiro e o Estado Receptor de Investimentos.** 2007. 215 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2007, p. 134-137.
[272] *Ibid.*, p. 145.

fundamentado em um direito que foi previsto em outro acordo há muito firmado com um Estado que não o de origem do investidor[273].

Outros pontos criticados pela autora no modelo norte-americano são a proibição de todos os requisitos de desempenho e a falta da exceção da balança de pagamentos para o país receptor em relação à cláusula que dispõe sobre a livre transferência de fundos, pois são cláusulas consideravelmente desfavoráveis a economia do Estado receptor[274]. Por outro lado, Fonseca é de opinião contrária à imposição de obrigações e responsabilidades aos investidores estrangeiros nos BITs, em razão de todas as tentativas terem sido infrutíferas, com forte oposição dos países desenvolvidos. Assim sendo, a autora acredita que basta a defesa do direito soberano dos Estados receptores na adoção de políticas públicas para sopesar a proteção concedida aos investidores nos acordos[275].

As mudanças entre os modelos de 2004 e 2012, conforme apontado pelo Governo Norte-americano, se concentram em três áreas: transparência e participação pública, trabalho e meio ambiente, e proteção dos investidores países de economias lideradas pelos Estados. Quanto a primeira, aumentou-se a ênfase nas disposições e na segunda houve uma expansão das obrigações existentes. Na terceira área, a modificação de três disposições ampliou a proteção dos investidores; a primeira delas acrescentou novos itens na proibição de requisitos de desempenho, com relação a transferência tecnológica[276]. No artigo que disciplina a transparência, adicionou-se uma requisição aos Estados para que permitam a participação dos investidores na elaboração de regulações técnicas internas em termo não discriminatórios[277]. E, por fim, elaborou-se nova nota explicativa enfatizando a extensão da aplicação das obrigações do acordo às agências governamentais dotadas de poderes de gestão[278]-[279].

Muschlinski acredita que essas novidades dos acordos dos EUA e do Canadá não oferecem respostas perfeitas ao problema do equilíbrio e que elas dependem demasiadamente de uma análise casuística. O autor acredita que a introdução de um teste de proporcionalidade

---

[273] FONSECA, Karla Closs. **Os Acordos de Promoção e Proteção Recíproca e Investimentos e o Equilíbrio entre o Investidor Estrangeiro e o Estado Receptor de Investimentos.** 2007. 215 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2007, p. 152-153.
[274] *Ibid.*, p. 153.
[275] *Ibid.*, p. 154.
[276] Artigo 8, h). Vide Anexo I.
[277] (Artigo 11.8). Vide Anexo I.
[278] Nota explicativa 8, do Artigo 2.2 a).Vide Anexo I.
[279] U.S. DEPARTMENT OF STATE. **Model Bilateral Investiment Treaty**. Bureau of Public Affairs: Washignton, 20 abr. 2012. Disponível em: http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2012/04/188199.htm. Acesso em: 01/10/2015.

entre as medidas regulatórias e os direitos do investidor seria a única forma efetiva de permitir a ocorrência de uma recalibração na prática[280].

Fonseca, por sua vez, concluiu em seu trabalho que as recentes mudanças nos acordos de investimentos não ocorreram porque os países desenvolvidos decidiram cumprir seu dever de cooperação econômica para que todos os países alcancem o desenvolvimento, mas em razão das alterações dos fluxos de investimentos e da experiência com a arbitragem internacional sobre investimentos e que seriam apenas uma "fase inicial de uma evolução rumo ao equilíbrio almejado pelos acordos de nova geração"[281]. Prova disto é que oito anos depois de defendido sua tese novas mudanças de apresentaram e tudo indica que outras mais virão, conforme se observa nos relatórios mais recentes da UNCTAD.

Sornarajah expressa a visão de que, apesar das mudanças feitas nos modelos do Canadá e dos EUA, as desigualdades básicas desses acordos ainda permanecerão, por serem da essência desses arranjos, uma vez que é desnecessária a sua celebração entre Estados desenvolvidos[282], que usam outros tipos de acordos para tratar dos investimentos realizados entre eles, como os EPA e os FTA.

Com efeito, comenta-se que o novo modelo de acordo dos EUA representaria na verdade uma adaptação a partir da experiência tida com o Capítulo 11 do NAFTA, mas não seria uma verdadeira reorientação da política norte-americana em relação aos investimentos estrangeiros[283]

*4.2.2 - O debate na atualidade: perspectivas para melhorar a questão do equilíbrio nos BITs*

Para Arnoldo Wald, os acordos de investimentos da nova geração saíram de um modelo abstrato e geral, que acabava por favorecer os investidores, para um modelo que oferece maior flexibilidade ao Estado. Assim, busca-se conciliar os direitos dos investidores com a possibilidade, para cada Estado, de fixar as suas políticas públicas, nos setores de seu interesse. Todavia a confiança inicialmente depositada pelo investidor no sistema jurídico

---

[280] MUSCHLINSKI, Peter. Holistic approaches to development and international investment law: the role of international investment agreements, *in*: FAUNDEZ, JULIO; TAN, Celine (Org.), **International Economic Law, Globalization and Developing Countries**, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2010, p. 196-200.

[281] FONSECA, Karla Closs. **Os Acordos de Promoção e Proteção Recíproca e Investimentos e o Equilíbrio entre o Investidor Estrangeiro e o Estado Receptor de Investimentos.** 2007. 215 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2007, p. 154-155.

[282] SORNARAJAH, M. **The international law of foreign investment**, 3 rd. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 178.

[283] GAGNÉ, Gilbert; MORIN, Jean-Frédéric. The evolving American policy on investment protection : evidence form recent FTAs and the 2004 model BIT. **Journal of International Economic Law**. V. 9(2), p. 357-382, 2006, p. 357.

vigente, no momento em que o investimento foi feito, deve ser respeitada. O autor ressalta, nesse sentido, o uso as cláusulas de estabilização da legislação (*standstill clauses*), em paralelo a normas que reconhecem a imediata vigência de alterações legislativas (com a possibilidade de indenização de certos prejuízos), pois não há mais um direito adquirido do investidor a um determinado regime jurídico[284].

Muschlinski defende a imposição de deveres ao investidor estrangeiro, bem como a seu Estado de origem, na nova geração de acordos, como forma de contrabalancear os direitos do primeiro com os deveres previstos para os Estados receptores[285]. Assim, o autor aponta como alternativa para solucionar o problema do equilíbrio a imposição de padrões de responsabilidade social corporativa para as empresas e, para os Estados de origem, a previsão de deveres como o de estimular a remessa de fluxos de investimentos ao Estados receptores e o de regular a conduta de seus investidores no exterior[286].

Quanto as obrigações aplicáveis aos investidores, o autor sugere a imposição de padrões das Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais, defendendo que a seção "Políticas Gerais" representa o que parece ser um crescente consenso internacional sobre as obrigações sociais para as multinacionais[287]. O Pacto Global da ONU, por sua vez, trabalha com dez princípios, que envolvem as áreas de direitos humanos, trabalho, meio ambiente e combate à corrupção, sobre os quais diz-se que contam com o consenso universal[288].

Basicamente, o documento da OCDE impõe um rol de quinze obrigações e dois incentivos, incluindo as obrigações de observar as políticas em vigor nos países onde desenvolvem suas atividades, defender a boa governança corporativa[289]. Os padrões de responsabilidade social corporativa internacional comportam as dimensões econômico, social e étnica. Nesse sentido, espera-se que as multinacionais conduzam seus negócios com boa-fé e de acordo com padrões adequados de atividade econômica, em quanto obedecem a princípios fundamentais de boa conduta social e étnica. O autor acredita que os acordos

---

[284] WALD, Arnoldo. Uma nova visão dos tratados de proteção de investimento. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Doutrinas Essenciais Direito Internacional**. V. 5: Direito do Comércio Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1185.
[285] MUSCHLINSKI, Peter. Holistic approaches to development and international investment law: the role of international investment agreements, *in*: FAUNDEZ, JULIO; TAN, Celine (Org.), **International Economic Law, Globalization and Developing Countries**, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2010, p. 188.
[286] *Ibid.*, p. 181.
[287] *Ibid.*, p. 193.
[288] *Ibid.*, p. 194.
[289] Texto integral disponível em: http://www.pcn.fazenda.gov.br/assuntos/ocde/arquivos/2011-diretrizes-da-ocde-para-empresas-multinacionais-pt-br.pdf/view.

devem fazer menção expressa aos padrões de responsabilidade social corporativa para que fique claro que eles devem ser aplicados em uma arbitragem de investimentos. Os acordos podem adotar tais padrões por meio da indicação de um comprometimento geral da parte dos Estados signatários em estimular a observância dos padrões por seus investidores ou com uma cláusula que prevê "os melhores esforços" dos investidores nesse sentido[290].

A possibilidade de imposição de deveres ao Estado de origem do investidor também é vislumbrada, que seria feita por meio do estímulo à remessa de investimentos ao exterior, à transferência de tecnologia, da mitigação de riscos com a criação de esquemas de garantia de investimentos. Além disso, também é possível prever a obrigação dos Estados de origem de regular a conduta de suas empresas transnacionais para evitar e punir práticas de corrupção no exterior, por parte dos investidores[291]. Por fim, fala-se na aceitação de tratamento diferencial e especial para a parte subdesenvolvida do acordo, supondo que haja uma, por meio da concessão de incentivos fiscais aos investidores que forem investir nos países em desenvolvimento e pelo controle da prática de preços de transferência[292].

No atual cenário de reconsideração da política regulatória dos investimentos, evidencia-se que muitos países se engajaram na reformulação de seus modelos de BITs, com a perspectiva de celebrar acordos de "nova geração"; acompanhada da contínua tendência de renegociação dos BITs já existentes, em razão não só das mudanças nas circunstâncias, mas por causa também de já ter se operado a data de expiração dos acordos mais antigos. Ao mesmo tempo se observa que outros países, em número menor, anunciaram uma parada nas negociações de acordos futuros, ou passaram a denunciar os acordos dos quais faziam parte, ou, ainda, retiraram-se do ICSID[293].

A lista de modelos de acordos que estão atualmente em reformulação, segundo informações da UNCTAD em 2015, inclui o modelo de BIT da Índia[294], o modelo da Alemanha[295], e o modelo da Noruega[296].

---

[290] MUSCHLINSKI, Peter. Holistic approaches to development and international investment law: the role of international investment agreements, *in*: FAUNDEZ, JULIO; TAN, Celine (Org.), **International Economic Law, Globalization and Developing Countries**, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2010, p. 194-195.
[291] *Ibid.*, p. 201-202.
[292] *Ibid.*, p. 203.
[293] UNCTAD. **World Investment Report – 2015**: Reforming International Investment Governance**.** New York and Geneva: UNCTAD, 2015, p. 124. Disponível em: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf. Acesso em 16/09/2015.
[294] O rascunho de um novo modelo de BIT da Índia estava aberto para negociações até meados de 2015 e aguarda-se informações quanto a sua aprovação. In: UNCTAD. **World Investment Report – 2015**: Reforming

Ressalta-se ainda que o papel da UNCTAD é o de oferecer, conforme os resultados de seus estudos, possíveis estratégias regulatórias no campo dos investimentos aos países, sobretudo àqueles países em desenvolvimento. A organização, portanto, apenas recomenda que seja feita a escolha dentre um "menu" de opções, mas não defende que seja determinada política para determinado país[297].

O relatório da UNCTAD sobre as políticas de investimentos para o desenvolvimento sustentável tem como base o reconhecimento de que em uma época de persistentes crises, pressão social e desafios ambientais, a mobilização de investimentos acompanhada da tentativa de assegurar que eles contribuam para os objetivos de desenvolvimento sustentável é uma prioridade de todos os países. O relatório identifica os fatores que levaram a mudanças e os desafios que precisam ser enfrentados, para então propor uma série de princípios fundamentais para a política de investimentos, oferecendo diretrizes aos países[298].

Para enfrentar os desafios do desenvolvimento sustentável o relatório identifica a necessidade de evolução das disposições dos acordos em quatro principais áreas: 1) a incorporação de compromissos concretos para a promoção e a facilitação de investimentos; 2) necessidade de contrabalancear compromissos dos Estados com as obrigações dos investidores e a promoção de investimento responsável; 3) garantia de um equilíbrio apropriado entre os compromissos de proteção e espaço para a promoção de políticas públicas de desenvolvimento; 4) A reforma do sistema de solução de controvérsias entre investidor e Estado[299]. Também se prevê a possibilidade de aceitação de tratamento diferencial e especial para a parte em desenvolvimento do acordo[300], supondo que tenha sido celebrado entre um país desenvolvido e outro em desenvolvimento.

---

International Investment Governance**.** New York and Geneva: UNCTAD, 2015, p. 109. Disponível em: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf. Acesso em 16/09/2015.

[295] O Ministro de Assuntos Econômicos e Energia da Alemanha, anunciou em Maio de 2015 que um novo modelo está em fase de elaboração. *Ibid.*, p. 109.

[296] O modelo de 2007 foi abandonado e o de 2015 foi aberto para consultas em Maio deste ano. *Ibid.*, p. 110.

[297] MUSCHLINSKI, Peter. Holistic approaches to development and international investment law: the role of international investment agreements, *in*: FAUNDEZ, JULIO; TAN, Celine (Org.), **International Economic Law, Globalization and Developing Countries**, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2010, p. 192.

[298] UNCTAD. **Investment Policy Framework for Sustainable Development.** New York and Geneva: UNCTAD, 2015, p. 9. Disponível em: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/Investment%20Policy%20Framework%20for%20Sustainable%20Development%202015.pdf. Acesso em 16/09/2015.

[299] *Ibid.*, p. 76-78.

[300] UNCTAD. **Investment Policy Framework for Sustainable Development.** New York and Geneva: UNCTAD, 2015, p. 80. Disponível em: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/Investment%20Policy%20Framework%20for%20Sustainable%20Development%202015.pdf. Acesso em 16/09/2015.

No conteúdo dos acordos mais recentes observa-se duas tendências predominantes: 1) O crescimento no número de acordos que preveem o direito de pré-estabelecimento e 2) A inclusão de dispositivos que protegem o direito de regular dos Estados na persecução de seus objetivos de desenvolvimento sustentável, para preservar o espaço regulatório do Estado receptor e/ou para minimizar sua exposição à arbitragem de investimentos[301].

Ademais, conforme apontado no *World Investment Report 2015*, existem atualmente cinco grandes desafios na política dos investimentos internacionais: 1) a proteção do direito de regulação; 2) A reforma nos mecanismos de solução de controvérsias; 3) a promoção e a facilitação de investimentos; 4) buscar a garantia do investimento responsável; 5) aumentar a consistência sistêmica do regime dos acordos sobre investimentos[302].

No tocante a proteção do direito de regulação, as opções apresentadas envolvem a adoção de dispositivos explicativos, de clarificação ou de circunscrição de provisões, tais quais tratamento da nação mais favorecida, tratamento justo e equitativo e expropriação indireta. As opções também incluem a previsão de exceções, por exemplo, em razão de interesse público e segurança nacional[303]. Quanto as opções para modificar o mecanismo de solução de controvérsias têm-se: 1) a reforma dos mecanismos existentes para a solução de controvérsias investidor-Estado, mantendo sua estrutura básica, ou 2) a substituição: com a criação de um corte permanente de investimento internacional (que expressa a ideia de que arbitragem, por ser privada, não seria o meio adequado para lidar com matérias de interesse público). Também pode ser feita a opção pela solução de controvérsias Estado-Estado; ou/e a solução da disputa no sistema judicial interno do Estado receptor[304].

Em relação a promoção e a facilitação de investimentos (que foi a opção adotada no modelo Brasileiro de acordo sobre investimentos, como será visto no Capítulo seguinte): opções que incluem a adição de provisões de promoção de investimentos para exterior e para o interior (que seriam as medidas a serem adotadas pelo Estado receptor e pelo Estado de origem, respectivamente), além de provisões de promoção de investimentos conjuntas ou

---

[301] UNCTAD. **World Investment Report – 2015**: Reforming International Investment Governance**.** New York and Geneva: UNCTAD, 2015, p. 110-112. Disponível em: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf. Acesso em 16/09/2015.
[302] *Ibid.* , p. 128.
[303] *Ibid.*, p. 135.
[304]*Ibid.*, p. 145-154.

regionais, com a possível indicação de ombudsmen (pontos focais) para a facilitação dos investimentos[305].

No que concerne a busca por investimentos responsáveis, as opções incluem o estabelecimento de reponsabilidades ao investidor, como cláusulas de *compliance* com a legislação doméstica e responsabilidade social corporativa[306]. Por fim, para aumentar a consistência sistêmica do regime dos acordos sobre investimentos, as opções incluem o melhoramento da coerência do regime dos acordos, a consolidação e o da rede de acordos, fazendo, assim, a interação entre os acordos com outros corpos do direito internacional e ligando a reforma dos IIA à agenda doméstica de políticas do Estado[307].

Quanto as últimas tendências observadas na arbitragem de investimentos entre investidor e Estado, evidenciou-se uma diminuição na quantidade de casos arbitrais iniciados em 2014, em relação a 2013 e 2012 (respectivamente 42, 59 e 54 casos). Assim, o número de casos arbitrais iniciados em 2014 ficou próximo das médias anuais observadas no período entre 2003 e 2011, levando o número total de arbitragens conhecidas a 608 casos. Dentro deste universo de casos, noventa e nove países de todo o mundo já foram processados, ao menos uma vez. É de interesse comentar também que 40% de todos os casos registrados no ano passado tiveram um país desenvolvido como Réu[308].

Neste momento, passa-se ao estudo do caso brasileiro, que de país notadamente receptor de investimentos (no ano de 2014 foi 6º do ranking) se tornou também uma país exportador de capitais, contando com um fluxo considerável de saída de investimentos. Assim, considerar-se-á o histórico de isolamento do país em relação aos BITs e os interesses que surgem dessa mudança no fluxo de investimentos, para então ser abordada a sua recente mudança de postura, à luz do debate sobre a 4ª geração de BITs (e, mais amplamente, da nova geração de acordos sobre investimentos) explanado acima. Mudança essa que começa a se delinear com a adoção dos Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI).

---

[305] UNCTAD. **World Investment Report – 2015**: Reforming International Investment Governance**.** New York and Geneva: UNCTAD, 2015, p. 155-157. Disponível em: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf. Acesso em 16/09/2015.
[306] *Ibid.*, p. 157-160.
[307] *Ibid.*, p. 160-163.
[308] *Ibid.*, p. 112.

# 5 – O BRASIL E OS ACORDOS BILATERAIS DE INVESTIMENTOS

Neste Capítulo final veremos quais as razões que levaram a não ratificação dos BITs assinados pelo Brasil durante a década de 90. Em seguida, considerando que o Brasil, de país unicamente receptor de investimentos, também se tornou um exportador de capitai; e as atuais perspectivas de queda na atração de investimentos, como se dá o surgimento de uma reconsideração da postura brasileira sobre o assunto. Por fim, a partir do estudo da nova geração de BITs feita no Capítulo anterior, das considerações quanto aos fluxos de investimentos exportados e recebidos pelo país que faremos a seguir, pretende-se analisar os Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos celebrados pelo Brasil neste ano, com base em modelo próprio recentemente desenvolvido pelo país.

## 5.1 O isolamento brasileiro em relação aos BITs

O Brasil seguiu o neoliberalismo como política econômica, porém não acompanhou o movimento de adoção de BITs como política de atração de investimentos. O país chegou a assinar quatorze BITs[309] durante a década de 90, contudo, nenhum deles foi ratificado. Além disso, outros dois acordos sobre investimentos foram firmados no âmbito do Mercosul, sendo, portanto, acordos regionais de investimentos. O primeiro, o protocolo de Colônia[310], para a regulação de investimentos realizados entre os países membros do Mercosul (investimentos intrazona), que foi ratificado apenas pela Argentina; e o segundo, o Protocolo de Buenos Aires[311], para disciplinar os investimentos proveniente de Estados não-membros do bloco (investimentos extrazona), que foi ratificado pela Argentina, pelo Paraguai e pelo Uruguai[312].

---

[309] Portugal (09/02/1994), Chile (22/03/1994), Reino Unido (19/07/1994), Suíça (11/11/1994), Dinamarca (04/03/1995), França (21/03/1995), Finlândia (28/03/1995), Itália (03/04/1995), Venezuela (04/07/1995), Coréia do Sul (01/09/1995), Alemanha (21/09/1995), Cuba (26/06/1997), Holanda (25/11/1998) e Bélgica e Luxemburgo (06/01/1999).

[310] Texto integral disponível em: http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/multilaterais/protocolo-de-colonia-para-protecao-e-promocao-reciproca-de-investimentos-no-mercosul-dec-cmc-11-93/.

[311] Texto integral disponível em: http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/multilaterais/protocolo-sobre-promocao-e-protecao-de-investimentos-provenientes-de-estados-nao-membros-do-mercosul-dec-no-11-94/.

[312] FONSECA, Karla Closs. **Os Acordos de Promoção e Proteção Recíproca e Investimentos e o Equilíbrio entre o Investidor Estrangeiro e o Estado Receptor de Investimentos**. 2007. 215 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2007, p. 36.

Diante da ausência de BITs, o regime do investimento estrangeiro direto no Brasil se desenvolveu, portanto, somente com base na legislação nacional e posteriormente com adoção de alguns acordos multilaterais que contemplam questões específicas relacionadas aos investimentos, como o GATT, GATS, TRIMS e TRIPS. Inclusive, o país aderiu à Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA) em 1990[313]

O Brasil chegou até a assinar um acordo de garantia de investimentos, na década de 60, sendo a outra Parte do acordo os EUA. Segundo informações, esse acordo produziu grande polêmica internamente e nunca foi aplicado[314].

Em um parecer legislativo da Câmara dos Deputados, Débora Bithiah de Azevedo realizou uma análise crítica das principais cláusulas contidas naqueles acordos suas implicações à economia e a política econômica brasileira. A autora analisou as disposições dos seis BITs que foram encaminhados ao Congresso Nacional[315], celebrados com a Alemanha, França, Reino Unido, Suíça, Portugal e com o Chile, além do Protocolo de Buenos Aires para investimentos extrazona[316].

Dentre os motivos identificados para a não adoção de tais instrumentos pelo Brasil, destacam-se: 1) a definição demasiadamente ampla de investimentos, 2) a fórmula adotada para a indenização por expropriação, 3) a livre transferência de fundos sem exceções, 4) a livre escolha do investidor para a instauração da arbitragem como mecanismo para a solução de controvérsias e 5) os prazos de prorrogação da proteção aos investimentos realizados (vigência e denúncia do acordo), as quais representariam uma indesejável e desnecessária redução do espaço para desenvolver políticas públicas e econômicas (*policy space*).

Destarte, avaliou-se que os textos dos acordos definem o termo "investimento" de forma demasiadamente ampla, sem fazer qualquer distinção entre "capital produtivo que atende a sua função social" e investimentos especulativos. A única exceção mencionada é a do

---

[313] AZEVEDO, Débora Bithiah de. **Os Acordos para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos Assinados pelo Brasil.** Brasília. Câmara dos Deputados, 2001, p. 4. Disponível em: ‹http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2542/acordos_promocao_azevedo.pdf?sequence=1›. Acesso em: 22/03/2014. p. 4.

[314] *Ibid.*, p. 4.

[315] Em dezembro de 2002 os seis BITs citados foram retirados de pauta. In: WALD, Arnoldo. Uma nova visão dos tratados de proteção de investimento. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Doutrinas Essenciais Direito Internacional**. V. 5: Direito do Comércio Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1175-1176.

[316] AZEVEDO, Débora Bithiah de. **Os Acordos para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos Assinados pelo Brasil.** Brasília. Câmara dos Deputados, 2001, p. 6. Disponível em: ‹http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2542/acordos_promocao_azevedo.pdf?sequence=1›. Acesso em: 22/03/2014.

acordo com o Reino Unido, que em sua exposição de motivos reconhece a diferença entre os tipos de investimentos estrangeiros. Nesse sentido, a autora criticou a definição de investimentos adotada nesses instrumentos uma vez que posicionam "o interesse do investidor acima dos interesses maiores do conjunto dos atores econômicos e da política e prioridades do governo brasileiro"[317]. Comentou-se também que em todos os textos se expressa que a admissão do investimento estrangeiro se dará de acordo com a legislação nacional[318]. São, portanto, acordos que adotaram o modelo da "cláusula de admissão".

Quanto às normas de proteção do investimento, observou-se a presença do padrão de tratamento justo e equitativo, do tratamento nacional e do tratamento da nação mais favorecida (com a ressalva expressa de que a concessão de vantagens decorrentes de acordo de integração regional não seria estendida a investidores da outra Parte). A autora salientou que, com a presença da cláusula da nação mais favorecida, as concessões mais favoráveis aos investidores que foram feitas no acordo celebrado entre o Brasil e a Suíça seriam estendidas aos outros Estados com os quais o Brasil tenha assinado os BITs, caso aquele fosse aprovado sem reservas[319].

Ademais, todos os acordos analisados permitiam a nacionalização, expropriação ou medida similar, desde que submetidas a determinados critérios, variando em quais seriam estes. A depender do instrumento, os critérios previstos eram casos de utilidade, necessidade ou interesse público; interesse nacional; medida dotada de forma não-discriminatória, mediante justa e rápida indenização. Esta última deveria garantir o valor de mercado acrescido de remuneração adequada; exigindo-se, no acordo com a Suíça, um pagamento numa moeda livremente conversível. Quanto à fórmula adotada para a indenização neste último acordo, a autora identificou uma afronta ao artigo 184 da CF, que dispõe que a desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária será feita mediante indenização em títulos da dívida agrária, resgatáveis no prazo de até vinte anos[320].

---

[317] AZEVEDO, Débora Bithiah de. **Os Acordos para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos Assinados pelo Brasil.** Brasília. Câmara dos Deputados, 2001, p. 6. Disponível em: ‹http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2542/acordos_promocao_azevedo.pdf?sequence=1›. Acesso em: 22/03/2014.
[318] *Ibid.*, p. 6.
[319] *Ibid.*, 6-7.
[320] AZEVEDO, Débora Bithiah de. **Os Acordos para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos Assinados pelo Brasil.** Brasília. Câmara dos Deputados, 2001, p. 7. Disponível em: ‹http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2542/acordos_promocao_azevedo.pdf?sequence=1›. Acesso em: 22/03/2014.

A previsão da livre transferência de fundos relacionados ao investimento, sem demora, na moeda na qual foi feito originalmente ou outra livremente conversível foi feita em todos os acordos avaliados. Neste contexto, ressalta-se que não foram feitas exceções quanto à possibilidade de adequação das reservas do país em época de crise na balança de pagamentos, ocasião em que seria necessário conter em certa medida o fluxo de transferências para fora do país[321].

No que concerne a cláusula que dispõe sobre os mecanismos para a solução de controvérsias entre investidor e Estado, criticou-se a livre escolha do investidor entre os tribunais locais e a instauração da arbitragem internacional, prevista em todos os acordos. Alguns acordos previam que a escolha seria definitiva e irreversível, enquanto outros permitiam a mudança do mecanismo escolhido, após a desistência no decorrer do processo. Com a possibilidade de opção direta do investidor pela arbitragem internacional, o Brasil estaria abandonando o princípio do direito internacional do esgotamento dos recursos internos, o que, na visão da autora seria altamente prejudicial à soberania nacional. Além disso, destaca-se o custo da contratação de representantes legais aos cofres públicos, para defender o país nas demandas[322].

A autora ressalta ainda que há um paradoxo nos BITs quanto a previsão do padrão de tratamento nacional e o mecanismo da arbitragem internacional como forma de solução de controvérsias, uma vez que os investidores nacionais não podem se valer de um foro externo (que seria "mais favorável, ágil ou confiável") para dirimir suas disputas com o Estado, enquanto que se prevê "um tratamento não menos favorável do que o dispensado aos investimentos de seus nacionais", o que gera uma clara desvantagem concorrencial entre os dois tipos de investidores[323].

Por fim, no tocante as cláusulas de vigência e denúncia do acordo, em todos os acordos se estabelece um prazo mínimo de vigência de dez anos, antes do qual não é possível denunciar o acordo. Após esses dez anos, em caso de denúncia, as disposições permaneceriam em vigor para investimentos que fossem realizados antes da data da denúncia. Alguns acordos previam que a as prorrogações seriam tácitas por períodos de cinco anos e, se houvesses denúncia, o acordo continuaria em vigor por cinco anos para os investimentos realizados antes da notificação da denúncia. Outros acordos, como o da Suíça, previam um previa uma

---

[321] *Ibid.*, p. 7.
[322] *Ibid.*, p. 7-8.
[323] *Ibid.*, p. 8.

prorrogação indefinida e, em caso de denúncia, as disposições continuariam em vigor por mais quinze anos. Assim, a autora demonstrou preocupação com os prazos bastante longos de prorrogação da proteção aos investimentos já realizados (por um mínimo de 25 anos), previstos nestes últimos acordos, que poderiam ser estendidos a todos os investidores com a aplicação da cláusula da nação mais favorecida, considerando ser "duvidosa a conveniência de se adotar um regime para o investimento estrangeiro que se estenda por um quarto de século, sem que possa ser modificado"[324].

Naquele parecer indicou-se que o Brasil não precisaria se submeter a esse regime protetivo completamente pró-investidor para ajudá-lo a atrair investimentos estrangeiros, pois os fatores econômicos seriam considerados mais importantes pelos investidores na decisão do local aonde instalarão seus investimentos[325]. Como vimos, de fato diversos estudos comprovaram que os acordos funcionam apenas como um complemento da atração de investimentos, nos países que já possuem instituições sólidas e estabilidade econômica, ao mesmo tempo em que, com a adoção desses instrumentos, o Estado se arrisca a ser processado pelo investidor em uma arbitragem internacional (a não ser nos poucos que BITs que não estabeleceram o consentimento automático do Estado para tanto).

Se considerarmos o alto número de arbitragens que foram instauradas por investidores contra países em desenvolvimento (por exemplo, a Argentina foi o país mais frequentemente processado em arbitragens sobre investimentos, somando ao todo 56 casos até o fim de 2014[326]), parece-nos que o país adotou a postura correta em relação aos BITs de 3ª geração e evitou se submeter a arbitragens internacionais. Por outro lado, não há como se indagar se o país teria recebido mais investimentos no passado caso tivesse adotado tais instrumentos.

No entanto, a conjuntura atual se modificou: como vimos no Capítulo anterior, os BITs (e os demais acordos sobre investimentos, no geral) estão sendo reformulados para que o *policy space* dos países seja preservado; além do que, o país começa se preocupar com seus próprios investidores estrangeiros, como veremos em seguida.

---

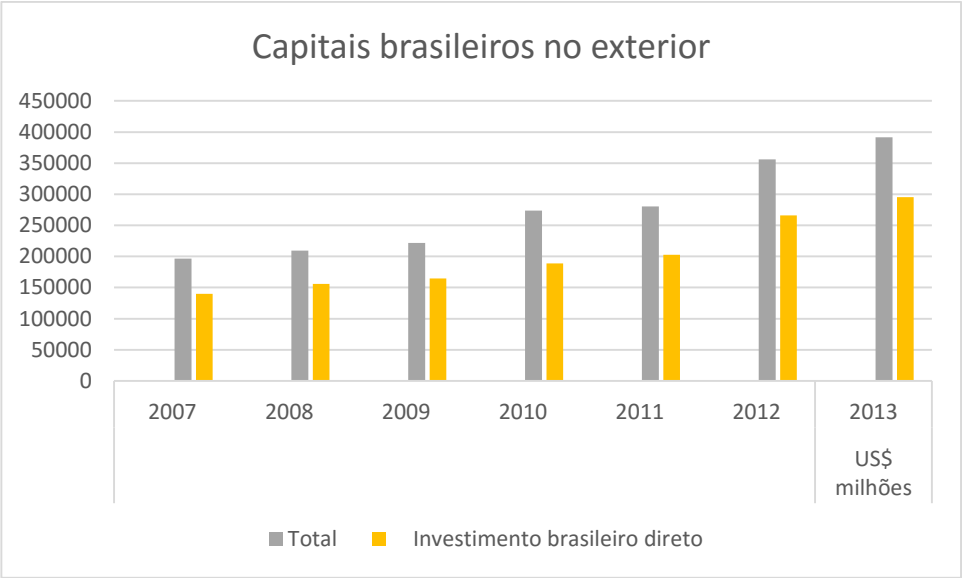
[324]AZEVEDO, Débora Bithiah de. **Os Acordos para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos Assinados pelo Brasil.** Brasília. Câmara dos Deputados, 2001, p. 8-9. Disponível em: ‹http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2542/acordos_promocao_azevedo.pdf?sequence=1›. Acesso em: 22/03/2014.

[325] *Ibid.*, p. 9.

[326] UNCTAD. **World Investment Report – 2015**: Reforming International Investment Governance**.** New York and Geneva: UNCTAD, 2015, p. 115. Disponível em: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf. Acesso em 16/09/2015.

## 5.2 O Brasil como país receptor e investidor: novos interesses a serem tutelados

Nos últimos 20 anos observou-se um grande crescimento nos fluxos de investimentos brasileiros para o exterior, em paralelo à internacionalização das empresas brasileiras. Nesse sentido, o gráfico abaixo demonstra o crescimento do estoque de capitais brasileiros no exterior (*outflows*), no período entre 2007 e 2013, com destaque para os investimentos brasileiros diretos[327], que passaram de 140 a 295 bilhões nesse período.




Fonte: Banco Central do Brasil

No atual contexto de aumento da atuação das empresas brasileiras no exterior a proteção dos investimentos é questão que merece atenção. A recente experiência dos casos de expropriação da propriedade de empresas brasileiras pelos governos Sul-americanos demonstrou que as discussões poderiam ter sido muito mais jurídicas e despolitizadas, caso o Brasil tivesse adotado acordos internacionais sobre investimentos e a Convenção do ICSID[328].

[327] O investimento brasileiro direto, conforme o critério usado pelo Banco Central do Brasil na apuração de seus dados, engloba tanto a participação no capital de empresas no exterior (que responde por seu maior volume), como os empréstimos intercompanhias.

[328] MATIAS, Eduardo Felipe P.. Instrumentos Internacionais de proteção aos investimentos. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Doutrinas Essenciais Direito Internacional**. V. 2: Direito Internacional Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 278.

A questão da falta de BITs no Brasil ficou evidente no caso das refinarias de petróleo da Petrobrás, que foram nacionalizadas na Bolívia em 2006 pelo governo de Evo Morales[329] e, posteriormente, no caso da decisão do Governo do Equador de expulsar a CNO (Construtora Norberto Odebrecht S.A.) do país em 2008. A expulsão da Odebrecht do Equador foi considerada contrária ao devido processo legal e à segurança jurídica, tendo o advogado da empresa comentado que o litígio poderia ter sido levado a um foro internacional para a discussão dos direitos e da propriedade dos bens da empresa, caso a Bolívia tivesse um acordo de proteção ao investimento com o Brasil[330].

Atualmente, pois, para resolver disputas contra os Estados aonde se instalaram as empresas brasileiras podem ser valer apenas de práticas como a do *treaty shopping* e o mecanismo de proteção diplomática. A primeira apresenta o problema de ser uma prática não mais aceita por alguns tribunais arbitrais e também evitada por BITs mais recentes, que preveem o uso do critério do controle efetivo para determinar a nacionalidade da empresa. A proteção diplomática, por sua vez, está sujeita à conveniência do Estado de origem e de suas relações internacionais com o Estado receptor, muitas vezes deixando o investidor desamparado[331].

Por estes motivos, o Dr. Eduardo Felipe P. Matias defende que ação no sentido de assegurar maior proteção aos investidores nacionais deve ser vista como prioridade pelo governo brasileiro. Assim, o país compreenderá a globalização jurídica da mesma forma que as empresas brasileiras acompanharam a globalização econômica[332].

O risco de calote nos países Sul-americanos, o fato de que Bolívia, Nicarágua e Venezuela denunciaram a Convenção de Washington e as dificuldades que foram encontradas pela Petrobrás e outras empresas em obter soluções amigáveis em alguns conflitos são

---

[329] CELLI JR, Umberto. Os acordos GATS e TRIMS na OMC: Espaço para Políticas Públicas de Desenvolvimento. In: CELLI JUNIOR, Umberto; SAYEG, Fernanda Manzano. (Org.). **Comércio de Serviços, OMC e Desenvolvimento**. São Paulo: IDCID, 2008. p. 12.

[330] WALD, Arnoldo. Uma nova visão dos tratados de proteção de investimento. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Doutrinas Essenciais Direito Internacional**. V. 5: Direito do Comércio Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1176-1177.

[331] MATIAS, Eduardo Felipe P.. Instrumentos Internacionais de proteção aos investimentos. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Doutrinas Essenciais Direito Internacional**. V. 2: Direito Internacional Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.281.

[332] *Ibid.*, p. 281.

apontados como fatores que demonstram o risco de prejuízos vultosos das empresas brasileiras na região, caso não se encontre meios adequados de solução de conflitos[333].

Nesse sentido, Rubens Barbosa, que foi embaixador do Brasil e hoje é consultor de negócios e presidente do Conselho de Comércio Exterior da FIESP, comenta que, diante dos interesses das empresas brasileiras no exterior, a única explicação para a falta de negociações de acordos que protejam os investimentos nos países em que atuem substancialmente é por motivos de considerações ideológicas, "que permeiam muitas das decisões de política externa" do país. O consultor defende que as empresas nacionais precisam de políticas públicas que deem suporte a sua continuada expansão no exterior e informou que a Fiesp transmitiu ao Governo a urgente necessidade de abertura de entendimentos sobre os acordos de investimentos[334].

Por outro lado, como os efeitos da crise financeira internacional afetaram o país de forma mais contundente neste ano, também se põe a questão da necessidade de atração de investimentos como ponto que favorece a inserção brasileira nos acordos de proteção ao investimento.

Com efeito, Arnoldo Wald pondera que em momentos de incerteza generalizada é incontestável que os acordos de proteção dos investimentos têm aspectos favoráveis, e a situação do Brasil ao competir na economia mundial com as demais economias emergentes, quando a maioria dos países já aderiu à Convenção de Washington merece reconsideração. O autor acredita, portanto, que os resultados da adoção de BITs e da Convenção de Washington são satisfatórios, "a grosso modo", tanto para os investidores como para os Estados receptores de investimentos[335].

Tomando como base o pragmatismo jurídico, Arnoldo Wald argumenta que não há mais razão para não equiparar a decisão arbitral à sentença judicial e nem para considerar que a soberania nacional é incompatível com os acordos de cooperação e de proteção do

---

[333] WALD, Arnoldo. Uma nova visão dos tratados de proteção de investimento. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Doutrinas Essenciais Direito Internacional**. V. 5: Direito do Comércio Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1178.

[334] BARBOSA, Rubens. Proteção de Investimentos no exterior. **O Estadão**. São Paulo, 24 fev. 2009. Disponível em: opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,protecao-de-investimentos-no-exterior,329041. Acesso em: 06/10/2015.

[335] WALD, Arnoldo. Uma nova visão dos tratados de proteção de investimento. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Doutrinas Essenciais Direito Internacional**. V. 5: Direito do Comércio Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.1181-1182.

investimento[336]. Com efeito, o direito pátrio já reconheceu a possibilidade de submissão à arbitragem para as pessoas jurídicas de direito público e entidades por elas controladas[337].

As normas brasileiras concernentes aos contratos administrativos, à responsabilidade do Estado e às desapropriações não ficariam aquém das garantias exigidas pelos investidores. A responsabilidade do Estado por seus atos é objetiva, existe a previsão do equilíbrio econômico financeiro para os contratos administrativos e, quanto a desapropriação, a indenização deve ser justa e prévia (respectivamente: Art. 37, § 6º; Art. 37, XXI e Art. 5º, XXIV da CRFB/88). Além do que, já há a previsão legal de arbitragem para PPPs e concessões públicas. Desta forma, o autor argumenta que não há que se falar em uma discriminação favorável ao investidor estrangeiro em relação ao nacional, que pudesse violar o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da CRFB/88), uma vez que os princípios e regras geralmente contidos nos acordos consubstanciam direitos que já são garantidos às pessoas físicas e jurídicas estrangeiras residentes no país. Isto evita, pois, que se fixe qualquer tipo de privilégio para o investidor estrangeiro[338].

Conclui Wald que todas as razões que impediram a ratificação dos acordos de proteção de investimentos no passado se encontram hoje completamente ultrapassadas[339].

Quando da elaboração do projeto de pesquisa deste trabalho, a proposta inicial era averiguar se seria conveniente para o Brasil, diante do aparecimento de uma 4ª geração de BITs e do aumento em seus fluxos de investimentos para o exterior (outflows), passar a adotar acordos internacionais (em particular, BITs) com a elaboração de um modelo próprio para as negociações. Ocorre que, no decorrer da pesquisa, o Brasil elaborou o modelo de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) e passou a negociá-lo com outros Estados. Até o momento, quatro desses acordos já passaram pela fase de negociação e foram assinados, como veremos a seguir.

---

[336] WALD, Arnoldo. Uma nova visão dos tratados de proteção de investimento. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Doutrinas Essenciais Direito Internacional**. V. 5: Direito do Comércio Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.1183.
[337] *Ibid.*, p. 1183-1184.
[338] *Ibid.*, p. 1184-1185.
[339] *Ibid.*, p. 1185.

### 5.3 Os Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI)

A recente mudança na postura do Brasil, face aos acordos internacionais sobre investimentos, foi observada com a elaboração de um modelo próprio de acordo, seguida pela negociação dos Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos com países africanos e latino americanos, da qual resultou, a partir de março deste ano, a assinatura de quatro desses acordos, com Moçambique, Angola, México e Maláui.

Destarte, cumpre mencionar que, dentre os países que mais recebem investimentos brasileiros diretos (por participação no capital da empresa), nota-se Angola e México, que ocupam, respectivamente, as posições 18º e 21º no ranking de países de destino do investimento brasileiro direto, conforme se observa na tabela a seguir:

| **Investimento brasileiro Direto – Participação do capital**<br>Distribuição por país da empresa investida imediata – em milhões de dólares americanos | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| **Discriminação** | **2007** | | **2010** | | **2013** | |
| | Valor | % | Valor | % | Valor | % |
| Total | 111 339 | 100,0 | 169 066 | 100,0 | 272 921 | 100,0 |
| Áustria | 31 212 | 28,0 | 37 092 | 21,9 | 66 549 | 24,4 |
| Ilhas Cayman | 16 431 | 14,8 | 29 466 | 17,4 | 42 290 | 15,5 |
| Países Baixos | 2 160 | 1,9 | 10 785 | 6,4 | 30 742 | 11,3 |
| Ilhas Virgens Britânicas | 11 245 | 10,1 | 14 724 | 8,7 | 27 399 | 10,0 |
| Espanha | 4 083 | 3,7 | 8 992 | 5,3 | 19 103 | 7,0 |
| Bahamas | 9 341 | 8,4 | 12 353 | 7,3 | 18 205 | 6,7 |
| Luxemburgo | 4 259 | 3,8 | 4 794 | 2,8 | 17 350 | 6,4 |
| Estados Unidos | 6 063 | 5,4 | 13 184 | 7,8 | 14 086 | 5,2 |
| Argentina | 2 360 | 2,1 | 5 148 | 3,0 | 4 574 | 1,7 |
| Peru | 584 | 0,5 | 2 254 | 1,3 | 3 298 | 1,2 |
| Panamá | 1 185 | 1,1 | 1 614 | 1,0 | 3 253 | 1,2 |
| Hungria | 901 | 0,8 | 2 489 | 1,5 | 3 026 | 1,1 |
| Uruguai | 1 878 | 1,7 | 2 497 | 1,5 | 3 003 | 1,1 |
| Reino Unido | 805 | 0,7 | 929 | 0,5 | 2 384 | 0,9 |
| Portugal | 1 493 | 1,3 | 3 257 | 1,9 | 2 374 | 0,9 |
| Chile | 509 | 0,5 | 574 | 0,3 | 1 575 | 0,6 |
| Venezuela | 218 | 0,2 | 679 | 0,4 | 1 490 | 0,5 |
| Angola | 73 | 0,1 | 44 | 0,0 | 1 392 | 0,5 |
| Antilhas Holandesas | 1 351 | 1,2 | 550 | 0,3 | 1 356 | 0,5 |
| França | 156 | 0,1 | 1 006 | 0,6 | 1 216 | 0,4 |
| México | 175 | 0,2 | 528 | 0,3 | 1 216 | 0,4 |

Fonte: Banco Central do Brasil

Após os BITs assinados pelo Brasil durante os anos de 1990 serem retirados da pauta do Congresso Nacional, foram criados Grupos de Trabalho Interministeriais (GTI) pela Câmara de Comércio Exterior (CAMEX) que ficaram responsáveis por estabelecer diretrizes para futuras negociações de acordos de investimentos, nas quais se proibiu a adoção de cláusulas de resolução de controvérsias investidor-Estado, expropriação indireta e outras disposições limitativas do *policy space*. Neste cenário, surgiu a proposta de um novo modelo de acordo para a disciplina dos investimentos estrangeiros, elaborado a partir de subsídios da UNCTAD e da OCDE, cujos principais objetivos são: a melhoria da governança institucional, a identificação de agendas temáticas para a cooperação e facilitação dos investimentos e os mecanismos de mitigação de riscos e prevenção de controvérsias. O Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos brasileiro é o resultado de um trabalho conjunto de atores públicos e do setor privado, desenvolvido pelo MDIC, MRE e pela CAMEX[340].

Para cumprir o objetivo de melhorar a governança institucional, uma novidade incorporada pelo Acordo foi o estabelecimento do Pontos Focais ou "Ombudsmen" (Artigo 15 do ACFI com o México) para atuarem como intermediários entre os investidores e o Estado receptor e resolver problema relacionados ao investimento, além de sugerir melhorias no ambiente de negócios[341]. No caso do Brasil, o Ombudsmen escolhido nos Acordos é a CAMEX.

Outra novidade é a criação de um Comitê Conjunto, formado por representantes de ambas as partes, com as funções de compartilhar informações de oportunidades de investimentos nos dois países, monitorar a implementação do Acordo e resolver eventuais desentendimentos de forma amigável. O modelo também deu ênfase à criação de agendas temáticas específicas para a facilitação dos investimentos, como forma de encorajar e promover um ambiente favorável ao investimento. Observa-se também a adoção de cláusulas substanciais sobre expropriação, indenização, tratamento nacional e nação mais favorecida. Por fim, há a previsão de um mecanismo de prevenção de disputas obrigatório, antes de ser possível a instauração de arbitragem entre Estados[342].

---

[340] MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=4528. Acesso em: 10/05/2015.
[341] UNCTAD. **World Investment Report – 2015**: Reforming International Investment Governance**.** New York and Geneva: UNCTAD, 2015, p. 108. Disponível em: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf. Acesso em 16/09/2015.
[342] *Ibid.*, p. 108.

O modelo é visto por especialistas como uma resposta pragmática ao sistema internacional econômico. Em sua elaboração, foi influenciado pelo debate atual de reforma do regime internacional de investimentos e tomou como base a posição geoeconômica brasileira e as demandas internas de acesso a mercados por parte de suas empresas. Considerou-se, assim, as especificidades econômicas de um país emergente como o Brasil, historicamente um grande receptor de investimentos que apenas recentemente se tornou também um país exportador de investimentos[343].

Muito embora não represente uma estrutura nova em acordos internacionais de investimentos, o modelo brasileiro trouxe novos elementos ao seu conteúdo. Quanto as disposições de facilitação dos investimentos, que visam o acesso a mercados, as agendas temáticas englobam a cooperação na concessão de vistos de trabalho, a transferência de fundos, a cooperação institucional e a transparência na concessão de licenças técnicas e ambientais. As agendas têm o papel de incorporar as demandas dos países em desenvolvimento por transferência de tecnologia, capacidade de produção e outros ganhos do investimento estrangeiro. Expressam, assim, a visão de que o benefício ao país hospedeiro não advém da transferência de capital, pura e simples, mas do impacto completo do investimento na economia do país hospedeiro[344].

As disposições de mitigação de riscos, por sua vez, englobam tanto algumas das regras típicas de proteção do investimento e do investidor como mecanismos de cooperação para a implementação, supervisão e execução das obrigações das partes, neles incluído a solução de controvérsias. Nesse sentido, nota-se que o Comitê Conjunto opera no nível entre Estados, enquanto que os pontos focais são responsáveis pela assistência aos investidores, por meio do diálogo com autoridades governamentais para repassar sugestões e queixas dos investidores e do Governo da outra Parte. Ademais, o modelo é bastante enfático na prevenção de controvérsias entre as Partes. Caso não seja possível, a disputa deve ser solucionada por meio de consultas, negociações e mediação. Somente em último caso se pode fazer uso do mecanismo da arbitragem internacional entre Estados[345].

---

[343] BADIN, Michelle Ratton Sanchez; MOROSINI, Fabio. **The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): A New Formula for International Investment Agreements?** IISD, 24 ago. 2015. Disponível em: https://www.iisd.org/itn/2015/08/04/the-brazilian-agreement-on-cooperation-and-facilitation-of-investments-acfi-a-new-formula-for-international-investment-agreements/. Acesso em: 29/09/2015.
[344] *Ibid.*
[345] *Ibid.*

Não obstante, o Brasil manteve sua relutância quanto a aceitação da arbitragem internacional entre Estado e investidor como forma de solução de controvérsias de investimentos, admitindo que o mecanismo da arbitragem seja instaurado apenas entre os Estados. Contudo, conforme foi visto ao longo do trabalho, a inserção da arbitragem investidor-Estado pode ser bastante problemática, assim, não seria desejável a sua inclusão pelo Brasil.

A mitigação dos riscos também pode ser alcançada por meio dos mecanismos de transparência[346] que exigem que as Partes empreguem seus melhores esforços para permitir que os interessados tenham acesso e possam se manifestar sobre medidas que afetem os investimentos[347].

No anexo II[348], denominado "Responsabilidade Social Corporativa", incorporou-se os padrões para uma conduta empresarial responsável nos acordos, os quais demandam os "melhores esforços" dos investidores para observá-los e assim também serviriam para a mitigação de riscos[349]. Esta inserção reflete a preocupação do governo brasileiro em sinalizar que suas empresas investidoras se comprometem a adotar uma conduta empresarial responsável, com respeito aos direitos humanos e a legislação ambiental do Estado hospedeiro.

Badin e Morosini enaltecem que os ACFIs do Brasil são um produto de uma mistura de narrativas, como os movimentos contestatórios do Estados contra relações econômicas desiguais, decorrentes do modelo tradicional dos BITs; a busca de alternativas no debate da reformulação atual do regime investimentos internacionais; além da tentativa de criação de um modelo de acordo de investimentos genuinamente brasileiro, que seja sensível às limitações constitucionais internas e às aspirações do país como uma economia emergente. Ademais, os autores expressam a visão de que o acordo foi primeiro passo dado no caminho de maior simetria em acordos de investimentos e enfatizam que o foco principal do acordo

---

[346] BADIN, Michelle Ratton Sanchez; MOROSINI, Fabio. **The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): A New Formula for International Investment Agreements?** IISD, 24 ago. 2015. Disponível em: https://www.iisd.org/itn/2015/08/04/the-brazilian-agreement-on-cooperation-and-facilitation-of-investments-acfi-a-new-formula-for-international-investment-agreements/. Acesso em: 29/09/2015.

[347] Artigo 8 do ACFI com o México. Vide Anexo II.

[348] Artigo 13 do ACFI com o México. Vide Anexo II.

[349] BADIN, Michelle Ratton Sanchez; MOROSINI, Fabio. **The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): A New Formula for International Investment Agreements?** IISD, 24 ago. 2015. Disponível em: https://www.iisd.org/itn/2015/08/04/the-brazilian-agreement-on-cooperation-and-facilitation-of-investments-acfi-a-new-formula-for-international-investment-agreements/. Acesso em: 29/09/2015.

não é a proteção dos investimentos, mas sim a coordenação constante entre as partes para a facilitação dos investimentos[350].

A autora do presente trabalho acredita que o Brasil logrou êxito ao formular um acordo sobre investimentos mais equilibrado, o qual não deixa de conceder proteção aos investidores, ao mesmo tempo que preserva o espaço regulatório dos Estados receptores para a adoção de políticas públicas de desenvolvimento.

[350] BADIN, Michelle Ratton Sanchez; MOROSINI, Fabio. **The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): A New Formula for International Investment Agreements?** IISD, 24 ago. 2015. Disponível em: https://www.iisd.org/itn/2015/08/04/the-brazilian-agreement-on-cooperation-and-facilitation-of-investments-acfi-a-new-formula-for-international-investment-agreements/. Acesso em: 29/09/2015.

## 6 – CONCLUSÃO

A Previsibilidade, a transparência e a estabilidade nas relações entre investidores estrangeiros e Estados e demais partes interessadas, conquanto objetivos do regime internacional dos acordos de investimentos, não conseguiram se desenvolver em meio a clássica disciplina dos BITs. Para que se possa superar a incerteza jurídica gerada pela vagueza dos termos dos BITs clássicos e pela interpretação inconsistente dos árbitros das mesmas disposições dos acordos em suas decisões, e também recalibrar as relações entre investidor estrangeiro e Estado receptor de investimentos, emergiu uma nova geração de acordos bilaterais de investimentos.

A chamada 4ª geração de BITs, visa à manutenção do espaço para a adoção de políticas públicas pelo Estado receptor para que este tenha "flexibilidade para o desenvolvimento", além de estimular a cooperação econômica entre os Estados como forma de superação de crises. Desta forma, busca-se incorporar nos BITs disposições de áreas centrais do desenvolvimento sustentável, como a preservação do meio ambiente, direitos do trabalhador, combate à corrupção e a defesa dos direitos humanos.

Nesse contexto, a iniciativa brasileira com a elaboração de modelo próprio de acordo de investimentos internacionais merece destaque, pois finalmente o país assumiu a atuação de *player* global e tomou a frente na propositura de um modelo próprio de acordos de investimentos, elaborado cuidadosamente para proteger os interesses nacionais, tanto do Estado como das empresas brasileiras que se encontram em processo de internacionalização.

O Acordo de Cooperação de Facilitação de Investimentos (ACFI), atualmente já concluído com Angola, Moçambique, México e Maláui, inovou em diversos pontos. Notadamente, com as disposições para a mitigação de riscos e a formação de agendas temáticas para a facilitação de investimentos. Não obstante, é preciso notar que para a implementação destes acordos é imprescindível a atuação constante e conjunta do Governo e da CAMEX, nos papéis, respectivamente, de Comitê Conjunto e Ombudsmen, fixados pelos acordos.

## 7 – BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Débora Bithiah de. **Os Acordos para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos Assinados pelo Brasil.** Brasília. Câmara dos Deputados, 2001. Disponível em: ‹http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2542/acordos_promocao_azevedo.pdf?sequence=1›. Acesso em: 22/03/2014.

BADIN, Michelle Ratton Sanchez; MOROSINI, Fabio. **The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): A New Formula for International Investment Agreements?** IISD, 24 ago. 2015. Disponível em: https://www.iisd.org/itn/2015/08/04/the-brazilian-agreement-on-cooperation-and-facilitation-of-investments-acfi-a-new-formula-for-international-investment-agreements/. Acesso em: 29/09/2015.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Os investimentos internacionais no Direito Comparado e Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BARBOSA, Rubens. Proteção de investimentos no exterior. **O Estadão.** São Paulo, 24 fev. 2009. Disponível em: opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,protecao-de-investimentos-no-exterior,329041. Acesso em: 06/10/2015.

BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. (Org.). **Comércio Internacional e Desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

BARRAL, Welber Oliveira; CORREA, Carlos M.; PIMENTEL, Luiz Otávio. (Org.). **Direito, Desenvolvimento e Sistema Multilateral de Comércio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. **Droit international économique.** 4ª ed., Paris: LGDJ, 2010.

CELLI JUNIOR, Umberto; SAYEG, Fernanda Manzano. (Org.). **Comércio de Serviços, OMC e Desenvolvimento**. São Paulo: IDCID, 2008.

CRETELLA NETO, José. **Curso de Direito Internacional Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

FONSECA, Karla Closs. **Os Acordos de Promoção e Proteção Recíproca e Investimentos e o Equilíbrio entre o Investidor Estrangeiro e o Estado Receptor de Investimentos.** 2007. 215 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2007.

GAGNÉ, Gilbert; MORIN, Jean-Frédéric. The evolving American policy on investment protection : evidence form recent FTAs and the 2004 model BIT. **Journal of International Economic Law**. V. 9(2), p. 357-382, 2006, p. 357.

GUZMAN, Andrew. Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties. **Virginia Journal of International Law**, v. 38, p.639-688, 1998.

HALLWARD-DRIEMEIER, Mary. Do bilateral investment treaties attract FDI? Only a bit… And they could bite. World Bank, **Policy Research Working Paper** 3121, June 2003. Disponível em: http://documents.worldbank.org/curated/en/2003/08/2507711/bilateral-investment-treaties-attract-foreign-direct-investment-only-bit-bite. Acesso em: 25/08/2015.

INTERNATIONAL CENTRE FOR TRADE AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT (ICTSD). La cuarta generación de los acuerdos de inversión. **Revista Puentes,** v. 7, n. 5, p. 6-8, 23 dez. 2006. Disponível em: <http://www.ictsd.org/sites/default/files/review/puentes/puentes7-5.pdf>. Acesso em: 24/08/2015.

LOWENFELD, Andreas F. **International Economic Law.** 2 ed. New York: Oxford, 2008.

MATIAS, Eduardo Felipe P.. Instrumentos Internacionais de proteção aos investimentos. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Doutrinas Essenciais Direito Internacional**. V. 2: Direito Internacional Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MUSCHLINSKI, Peter. Holistic approaches to development and international investment law: the role of international investment agreements. In: FAUNDEZ, Julio; Celine, TAN (ed.). **International Economic Law, Globalization and Developing Countries.** Northampton: Edward Elgar Publishing, Inc , 2010.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=4528. Acesso em: 10/05/2015.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito ao Desenvolvimento e Investimentos Estrangeiros**. São Paulo: Ed. Oliveira Mendes, 1998.

REINISCH, August. **Standards of Investment Protection**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

RONCOLATTO, Eduardo Lameirão. **Investimentos Brasileiros Diretos no Exterior: Regime jurídico e perspectivas**. 2008. 196 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008.

SACERDOTI, Giorgio. Bilateral Investment Treaties and Multinational Instruments on Investment Protection. **Recueil des Cours**, n. 269, p. 251-460, 1997.

SALACUSE, Jeswald W.; SULLIVAN, Nicholas P. Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain. **Harvard International Law Journal,** Cambridge, v. 46, n. 1, p.67-130, 2005.

SCHNEUWLY, Anne Mirjam. **International Investment Law and its Instruments: Managing Risks to Investors and Host States**. Fribourg: SSRN, 2012. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=2200347. Acesso em 07/05/2014.

SILVA, Caio Carlos Cruz Ferreira da. **O Regime Jurídico Brasileiro de Tratamento e Proteção dos Investimentos Internacionais Diretos.** 2007. 347 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2007.

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

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Experiences with Bilateral and Regional Approaches to Multilateral Cooperation in the Area of Long-Term Cross-Border Investment, Particularly Foreign Direct Investment.** Geneva: UNCTAD, 2002. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/c2em11d2_en.pdf. Acesso em 07/06/2015.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** New York e Geneva: UNCTAD, 2007. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 07/08/2015.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **International Investment Agreements: key issues. v. I.** Geneva: UNCTAD, 2004. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiit200410_en.pdf. Acesso em 24/05/2015.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **International Investment Agreements: key issues. v. II.** Geneva: UNCTAD, 2004. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiit200410v2_en.pdf. Acesso em 24/05/2015.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **International Investment Agreements: key issues. v. III.** Geneva: UNCTAD, 2005. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteiit200410v3_en.pdf. Acesso em 24/05/2015.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **South-South Cooperation in International Investment Arrangements.** UNCTAD/ITE/IIT/2005/3. Disponível em: http://unctad.org/en/docs/iteiit20053_en.pdf. Acesso em: 28/09/2014.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Investment Policy Review - Brazil**. UNCTAD/ITE/IPC/MISC/2005/1. Disponível em: http://unctad.org/en/docs/iteipcmisc20051_en.pdf. Acesso em: 25/09/2014.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Research Note. Recent developments in international investment agreements.** New York and Geneva: UNCTAD, 2005. Disponível em: http://unctad.org/en/docs/webiteiit20051_en.pdf. Acesso em 20/07/2015.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Scope and Definition. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II.** New York and Geneva: UNCTAD, 2011. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf. Acesso em 02/08/2015.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **IIA Issues Note. Recent Trends in IIAs and ISDs.** New York and Geneva: UNCTAD, 2015. Disponível em: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf. Acesso em 07/06/2015.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **World Investment Report – 2015**: Reforming International Investment Governance**.** New York and

Geneva: UNCTAD, 2015. http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf. Acesso em 16/09/2015.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Investment Policy Framework for Sustainable Development.** New York and Geneva: UNCTAD, 2015. http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/Investment%20Policy%20Framework%20for%20Sustainable%20Development%202015.pdf. Acesso em 16/09/2015.

U.S. DEPARTMENT OF STATE. **Model Bilateral Investiment Treaty**. Bureau of Public Affairs: Washignton, 20 abr. 2012. Disponível em: http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2012/04/188199.htm. Acesso em: 01/10/2015.

VANDEVELDE, Kenneth J. U.S. Bilateral Investment Treaties: The Second Wave. **Michigan Journal of International Law**, v. 14, p.621-704, 1992-1993.

WALD, Arnoldo. Uma nova visão dos tratados de proteção de investimento. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Doutrinas Essenciais Direito Internacional**. V. 5: Direito do Comércio Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

# ANEXO I

## USA Model BIT 2012 (partes selecionadas)

Texto integral disponível em: http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1028.pdf

**Annex A**

**Customary International Law**

The Parties confirm their shared understanding that "customary international law" generally and as specifically referenced in Article 5 [Minimum Standard of Treatment] and Annex B [Expropriation] results from a general and consistent practice of States that they follow from a sense of legal obligation. With regard to Article 5 [Minimum Standard of Treatment], the customary international law minimum standard of treatment of aliens refers to all customary international law principles that protect the economic rights and interests of aliens.

**Annex B. Expropriation.**

Annex B

Expropriation

The Parties confirm their shared understanding that:

1. Article 6 [Expropriation and Compensation](1) is intended to reflect customary international law concerning the obligation of States with respect to expropriation.

2. An action or a series of actions by a Party cannot constitute an expropriation unless it interferes with a tangible or intangible property right or property interest in an investment.

3. Article 6 [Expropriation and Compensation](1) addresses two situations. The first is direct expropriation, where an investment is nationalized or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure.

4. The second situation addressed by Article 6 [Expropriation and Compensation](1) is indirect expropriation, where an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.

(a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-bycase, fact-based inquiry that considers, among other factors:

(i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;

(ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and

(iii) the character of the government action.

(b) Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations.

**Article 8: Performance Requirements**

1. Neither Party may, in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, or sale or other disposition of an investment of an investor of a Party or of a non-Party in its territory, impose or enforce any requirement or enforce any commitment or undertaking:11

11 For greater certainty, a condition for the receipt or continued receipt of an advantage referred to in paragraph 2 does not constitute a "commitment or undertaking" for the purposes of paragraph 1.

(...)

(h) (i) to purchase, use, or accord a preference to, in its territory, technology of the Party or of persons of the Party12; or

(ii) that prevents the purchase or use of, or the according of a preference to, in its territory, particular technology,

so as to afford protection on the basis of nationality to its own investors or investments or to technology of the Party or of persons of the Party.

Article 11: **Transparency**

1. The Parties agree to consult periodically on ways to improve the transparency practices set out in this Article, Article 10 and Article 29.

(…)

8. Standards-Setting

(a) Each Party shall allow persons of the other Party to participate in the development of standards and technical regulations by its central government bodies.14 Each Party shall allow persons of the other Party to participate in the development of these measures, and the development of conformity assessment procedures by its central government bodies, on terms no less favorable than those it accords to its own persons.

(b) Each Party shall recommend that non-governmental standardizing bodies in its territory allow persons of the other Party to participate in the development of standards by those bodies. Each Party shall recommend that non-governmental standardizing bodies in its territory allow persons of the other Party to participate in the development of these standards,

and the development of conformity assessment procedures by those bodies, on terms no less favorable than those they accord to persons of the Party.

(c) Subparagraphs 8(a) and 8(b) do not apply to:

(i) sanitary and phytosanitary measures as defined in Annex A of the World Trade Organization (WTO) Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures; or

(ii) purchasing specifications prepared by a governmental body for its production or consumption requirements.

(d) For purposes of subparagraphs 8(a) and 8(b), "central government body", "standards", "technical regulations" and "conformity assessment procedures" have the meanings assigned to those terms in Annex 1 of the WTO Agreement on Technical Barriers to Trade. Consistent with Annex 1, the three latter terms do not include standards, technical regulations or conformity assessment procedures `for the supply of a service

Article 2: **Scope and Coverage**

1. This Treaty applies to measures adopted or maintained by a Party relating to:

(a) investors of the other Party;

(b) covered investments; and

(c) with respect to Articles 8 [Performance Requirements], 12 [Investment and Environment], and 13 [Investment and Labor], all investments in the territory of the Party.

2. A Party's obligations under Section A shall apply:

(a) to a state enterprise or other person when it exercises any regulatory, administrative, or other governmental authority delegated to it by that Party(8); and

(b) to the political subdivisions of that Party.

8. For greater certainty, government authority that has been delegated includes a legislative grant, and a government order, directive or other action transferring to the state enterprise or other person, or authorizing the exercise by the state enterprise or other person of, governmental authority.

**Article 28: Conduct of the Arbitration**

(…)

3. The tribunal shall have the authority to accept and consider amicus curiae submissions from a person or entity that is not a disputing party.

4. Without prejudice to a tribunal's authority to address other objections as a preliminary question, a tribunal shall address and decide as a preliminary question any objection by the

respondent that, as a matter of law, a claim submitted is not a claim for which an award in favor of the claimant may be made under Article 34.

(…)

9. (a) In any arbitration conducted under this Section, at the request of a disputing party, a tribunal shall, before issuing a decision or award on liability, transmit its proposed decision or award to the disputing parties and to the non-disputing Party. Within 60 days after the tribunal transmits its proposed decision or award, the disputing parties may submit written comments to the tribunal concerning any aspect of its proposed decision or award. The tribunal shall consider any such comments and issue its decision or award not later than 45 days after the expiration of the 60-day comment period.

(b) Subparagraph (a) shall not apply in any arbitration conducted pursuant to this Section for which an appeal has been made available pursuant to paragraph 10.

10. In the event that an appellate mechanism for reviewing awards rendered by investor-State dispute settlement tribunals is developed in the future under other institutional arrangements, the Parties shall consider whether awards rendered under Article 34 should be subject to that appellate mechanism. The Parties shall strive to ensure that any such appellate mechanism they consider adopting provides for transparency of proceedings similar to the transparency provisions established in Article 29.

**Article 29: Transparency of Arbitral Proceedings**

1. Subject to paragraphs 2 and 4, the respondent shall, after receiving the following documents, promptly transmit them to the non-disputing Party and make them available to the public:

(a) the notice of intent;

(b) the notice of arbitration;

(c) pleadings, memorials, and briefs submitted to the tribunal by a disputing party and any written submissions submitted pursuant to Article 28(2) [Non-Disputing Party submissions] and (3) [Amicus Submissions] and Article 33 [Consolidation];

(d) minutes or transcripts of hearings of the tribunal, where available; and

(e) orders, awards, and decisions of the tribunal.

2. The tribunal shall conduct hearings open to the public and shall determine, in consultation with the disputing parties, the appropriate logistical arrangements. However, any disputing party that intends to use information designated as protected information in a hearing shall so advise the tribunal. The tribunal shall make appropriate arrangements to protect the information from disclosure.

**Article 33: Consolidation**

1. Where two or more claims have been submitted separately to arbitration under Article 24(1) and the claims have a question of law or fact in common and arise out of the same events or circumstances, any disputing party may seek a consolidation order in accordance with the agreement of all the disputing parties sought to be covered by the order or the terms of paragraphs 2 through 10.

## ANEXO II

### ACFI Brasil – México (2015)

**ACORDO DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS ENTRE A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E OS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**

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;

Pactuam, de boa fé, o seguinte Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos, doravante denominado "Acordo", nos seguintes termos:

**SEÇÃO I – Âmbito de Aplicação e Definições**

**Artigo 1**

**Objetivo**

1. O objetivo do presente Acordo é promover a cooperação entre as Partes com o objetivo de facilitar e promover o investimento mútuo.

2. Para cumprir esse objetivo, o presente Acordo estabelece o marco institucional para facilitar os investimentos, estabelecer mecanismos para a mitigação de riscos e a prevenção de conflitos, e para a gestão de uma agenda de cooperação, entre outros instrumentos mutualmente acordados pelas Partes.

**Artigo 2**

**Âmbito de Aplicação**

1. O presente Acordo aplica-se a todos os investimentos realizados antes ou depois de sua entrada em vigor.

2. O presente Acordo não poderá ser invocado para questionar algum litígio resolvido por esgotamento dos recursos internos, quando há proteção da coisa julgada, ou reclamação relativa a um investimento que tenha sido resolvida antes da entrada em vigor do Acordo.

3. O presente Acordo poderá ser invocado para resolver uma controvérsia relacionada a investimentos sempre que não haja transcorrido um prazo maior do que cinco (5) anos contados a partir da data em que o investidor teve pela primeira vez ou deveria ter tido pela primeira vez conhecimento dos fatos que ensejaram a controvérsia.

4. O presente Acordo não pode de maneira alguma limitar os direitos e benefícios que um investidor de uma Parte tenha em conformidade com a legislação nacional ou internacional aplicável, no território da outra Parte.

5. Para maior certeza, as Partes reafirmam que o presente Acordo será aplicado sem prejuízo aos direitos e obrigações derivados dos Acordos da Organização Mundial de Comércio.

**Artigo 3**

**Definições**

1. Para efeitos do presente Acordo:

1.1 "**Estado anfitrião**" significa a Parte onde se encontra o investimento.

1.2 "**Investimento**" significa qualquer tipo de bem ou direito pertencente ou sob controle direto ou indireto de um investidor de uma Parte estabelecido ou adquirido de conformidade com as leis e regulamentos da outra Parte no território dessa outra Parte, vinculado à produção

de bens ou prestação de serviços no Estado anfitrião pelo investidor da outra Parte, com o objetivo de estabelecer relações econômicas de longo prazo, tais como:

a) uma sociedade, empresa, participações societárias ("equity") ou outros tipos de participações em uma sociedade ou empresa;

b) bens imóveis ou outra propriedade, tangível ou intangível, adquiridos ou utilizados com o propósito de obter benefício econômico ou para outros fins empresariais;

c) instrumentos de dívida de uma empresa:

(i) quando a empresa é uma filial do investidor, e

(ii) quando a data de vencimento original do instrumento de dívida seja de pelo menos três (3) anos,

mas não inclui um instrumento de dívida de uma Parte, independentemente da data original do vencimento[351];

d) empréstimos a uma empresa:

(i) quando a empresa é uma filial do investidor, e

(ii) quando a data de vencimento original do empréstimo seja de pelo menos três (3) anos,

mas não inclui um empréstimo a uma Parte, independentemente da data original do vencimento[352];

e) 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);

f) o valor econômico de concessão, licença ou autorização outorgada pelo Estado anfitrião ao investidor da outra Parte.

Para maior certeza, o termo "investimento" não inclui:

(i) títulos de dívida emitidos por um Governo ou empréstimos a um Governo; (ii) os investimentos de portfólio, e (iii) reivindicações pecuniárias decorrentes exclusivamente de contratos comerciais para a venda de bens ou serviços por parte de uma empresa nacional ou no território de uma Parte a uma empresa no território da outra Parte, ou a concessão de crédito no âmbito de uma transação comercial, ou quaisquer outras reivindicações pecuniárias que não envolvam os tipos de ativos referidos nas alíneas a) - f) acima.

1.3 "**Investidor**" significa: a) qualquer pessoa natural que seja nacional[353] de uma das Partes, em conformidade com sua legislação, e que faça um investimento em outra Parte;

---

[351] Essa exclusão também se aplica às empresas do Estado Mexicano.

[352] Essa exclusão também se aplica às empresas do Estado Mexicano.

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.

1.4 "**Rendimentos**" significam os valores obtidos por um investimento e que em particular, embora não exclusivamente, incluem o lucro, juros, ganhos de capital/mais valias, dividendos, "royalties" ou honorários.

1.5 "**Território**" significa: a) no que se refere aos Estados Unidos Mexicanos (também denominado como México), o território do México incluindo as áreas marinhas adjacentes ao mar territorial do Estado respectivo, ou seja, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental, na medida em que o México exerça direitos de soberania ou jurisdição sobre as referidas áreas em conformidade com o direito internacional;

b) no que se refere à República Federativa do Brasil (também denominada como Brasil), o território, incluindo a zona econômica exclusiva, o mar territorial, a plataforma continental, o solo e o subsolo, sobre o qual o Brasil exerça, em conformidade com o direito internacional e com sua legislação interna, os direitos de soberania ou jurisdição.

[353] Quando o Brasil seja a Parte referida, nacional inclui os residentes permanentes.

**SEÇÃO II – Medidas Normativas e Mitigação de Riscos**

**Artigo 4**

**Admissão**

Cada Parte deverá admitir e incentivar os investimentos de investidores da outra Parte, de acordo com suas leis e regulamentos aplicáveis.

**Artigo 5**

**Não Discriminação**

1. Sem prejuízo às exceções estabelecidas pela legislação na data em que o presente Acordo entre em vigor, uma Parte outorgará aos investidores da outra Parte e aos seus investimentos tratamento não menos favorável do que o outorgado aos seus próprios investidores e os seus investimentos. O disposto no presente Artigo não impede a adoção e implementação de novas exigências ou restrições legais aos investidores e seus investimentos, desde que não sejam discriminatórias. Considerar-se-á que um tratamento é menos favorável se alterar as condições de concorrência em favor dos seus próprios investidores e seus investimentos em comparação aos investidores da outra Parte e os seus investimentos.

2. Sem prejuízo às exceções estabelecidas pela legislação na data em que o presente Acordo entre em vigor, uma Parte outorgará aos investidores da outra Parte e aos seus investimentos tratamento não menos favorável do que o concedido a investidores de um Estado não-Parte e aos seus investimentos. Considerar-se-á que um tratamento é menos favorável se alterar as condições de concorrência em favor dos investidores de um Estado não-Parte e os seus investimentos, em comparação aos investidores da outra Parte e os seus investimentos.

3. Este Artigo não deve ser interpretado como uma obrigação de uma Parte para dar ao investidor da outra Parte ou aos seus investimentos o benefício de:

a) qualquer tratamento, preferência ou privilégio decorrente de:

(i) disposições relativas à solução de controvérsias de investimentos, constantes de um acordo de investimento ou acordo que contenha capítulo sobre o investimento;

(ii) ou qualquer acordo comercial internacional, tais como uma organização de integração econômica regional, área de livre comércio, união aduaneira ou mercado comum, presente ou futuro, do qual uma das Partes seja membro ou a que venha aderir no futuro.

b) ou quaisquer direitos ou obrigações de uma Parte decorrentes de um acordo ou convênio internacional parcial ou totalmente relacionado a tributação. No caso de qualquer inconsistência entre este Acordo e qualquer acordo ou convênio em matéria tributária, o último deve prevalecer.

**Artigo 6**

**Expropriação**

1. Sem prejuízo das suas leis e regulamentos:

1.1. As Partes não podem nacionalizar ou desapropriar os investimentos cobertos pelo presente Acordo, exceto se:

a) por utilidade ou o interesse públicos;

b) de forma não discriminatória;

c) mediante pagamento de uma indenização de acordo com os parágrafos 1.2 a 1.4, e

d) de acordo com o devido processo legal.

1.2. A indenização deverá:

a) ser paga em sua totalidade e sem demora indevida;

b) ser equivalente ao valor justo de mercado que tenha o investimento expropriado imediatamente antes de efetuada a expropriação ("data de expropriação");

c) não refletir uma alteração negativa no valor de mercado em função de conhecimento da intenção de expropriar com antecedência à data da expropriação, e

d) ser livremente transferível, em conformidade com o Artigo de Transferências.

1.3. Se o valor justo de mercado estiver denominado em uma moeda de livre uso, a indenização paga não poderá ser inferior ao valor justo de mercado na data da expropriação, mais os juros, acumulados desde a data da expropriação até a data do pagamento, em conformidade com a legislação do Estado anfitrião.

1.4. Se o valor justo de mercado estiver denominado em uma moeda que não é de livre uso, a indenização paga não será inferior ao valor justo de mercado na data da expropriação, mais os juros e, se houver, correção monetária, acumulados desde a data da expropriação até a data do pagamento, em conformidade com a legislação do Estado anfitrião.

**Artigo 7**

**Compensação por Perdas**

1. Os investidores de uma Parte cujos investimentos no território da outra Parte incorram em perdas devido a guerra ou outro conflito armado, revolução, estado de emergência nacional, insurreição, distúrbio ou qualquer outro acontecimento similar, gozarão de, no que se refere à restituição, indenização, compensação ou outra solução, o mesmo tratamento que a última Parte conceda aos próprios investidores, ou do tratamento outorgado em virtude do parágrafo 2 do Artigo 5 do presente Acordo, seja qual for o mais favorável ao investidor.

2. Cada Parte proverá ao investidor a restituição, compensação ou ambas, conforme o caso, nos termos do Artigo 6º do presente Acordo, no caso em que investimentos cobertos sofram perdas em seu território, em quaisquer das situações contempladas no parágrafo 1, que resultem de:

a) requisição de seu investimento ou de parte dele pelas forças ou autoridades desta última Parte, ou

b) destruição de seu investimento ou qualquer parte dele pelas forças ou autoridades desta última Parte.

**Artigo 8**

**Transparência**

1. Em consonância com os princípios deste Acordo, cada Parte deverá assegurar que todas as medidas que afetem os investimentos sejam administradas de maneira razoável, objetiva e imparcial, em conformidade com seu ordenamento jurídico.

2. Cada Parte garantirá que suas leis, regulamentos, procedimentos e resoluções administrativas de aplicação geral relativos a qualquer assunto compreendido no presente Acordo, em especial em matéria de qualificação, concessão de licenças e certificação, sejam publicados imediatamente e, na medida do possível, em formato eletrônico, de maneira que se permita que as pessoas interessadas e a outra Parte tenham deles conhecimento.

3. Cada Parte deverá empregar seus melhores esforços para permitir oportunidade razoável aos interessados para que se manifestem sobre as medidas propostas.

4. As Partes darão devida publicidade ao presente Acordo junto dos seus respectivos agentes financeiros, públicos e privados, responsáveis pela avaliação técnica de riscos e aprovação de financiamentos, créditos, garantias e seguros afins para investimentos destinados ao território da outra Parte.

**Artigo 9**

**Transferências**

1. As Partes permitirão a livre transferência dos fundos relacionados com o investimento, sem demora, em moeda de livre uso ou de acordo com a taxa de câmbio em vigor na data da transferência. Essas transferências incluirão:

a) o capital inicial ou qualquer adição do mesmo em relação à manutenção ou expansão da contribuição de investimento;

b) lucros, dividendos, juros, ganhos de capital, pagamentos de royalties, pagamentos de taxas de administração, assistência técnica e outras taxas e outros encargos, assim como outras somas que decorrem diretamente do investimento;
c) as receitas provenientes da venda ou liquidação total ou parcial do investimento;
d) os pagamentos efetuados de acordo com contrato do qual seja parte um investidor ou seu investimento, incluindo pagamento efetuados conforme um contrato de empréstimo, de acordo com a definição do Artigo 3, e
e) o montante da indenização, em caso de expropriação, compensação por perdas ou utilização temporária do investimento de um investidor da outra Parte pela Autoridade Pública do Estado anfitrião. Quando a indenização é paga em títulos da dívida pública a investidores da outra Parte, estes poderão transferir o valor dos recursos obtidos com a venda desses títulos no mercado.
2. Não obstante o disposto no parágrafo 1, uma Parte poderá impedir a realização de uma transferência através da aplicação equitativa, não-discriminatória e de boa fé de suas leis relativas a:
a) falência, insolvência ou proteção dos direitos dos credores;
b) infrações penais ou administrativas;
c) relatórios de transferências de divisas ou outros instrumentos monetários, ou
d) garantia de cumprimento de decisões de órgãos jurisdicionais.
3. Nenhuma disposição do presente Acordo afetará o direito de uma das Partes de adotar medidas que restrinjam as transferências em caso de crise de balanço de pagamentos, nem afetará os direitos e obrigações dos membros do Fundo Monetário Internacional contidos no Convênio Constitutivo do Fundo, em especial a utilização de medidas cambiais que estão em conformidade com as disposições do Convênio.
4. A adoção de medidas temporárias que restrinjam transferências em caso de existência ou ameaça de graves dificuldades na balança de pagamentos deve ser não discriminatória e em conformidade com o disposto no Convênio Constitutivo do Fundo Monetário Internacional.

**Artigo 10**
**Medidas Tributárias**

1. Nenhuma disposição do presente Acordo deve ser interpretada como uma obrigação de uma Parte para dar a um investidor da outra Parte, em relação aos seus investimentos, benefício de qualquer tratamento, preferência ou privilégio resultante de um acordo para

evitar a dupla tributação, atual ou futuro, de que uma das Partes no presente Acordo é uma parte ou se tornar uma parte.

2. Nenhuma disposição do presente Acordo deve ser interpretada para impedir a adoção ou a aplicação de qualquer medida destinada a garantir a imposição ou cobrança eficaz ou equitativa de tributos de acordo com a legislação das Partes, desde que tal medida não seja aplicada de forma a constituir um meio de discriminação arbitrário ou injustificável ou uma restrição disfarçada.

**Artigo 11**

**Medidas Prudenciais**

Não obstante as demais disposições do presente Acordo, não se impedirá que uma Parte adote ou mantenha medidas por razões prudenciais, incluindo medidas de proteção dos investidores, dos depositantes, dos segurados ou de pessoas com as quais um prestador de serviços financeiros tenha contraído obrigação fiduciária, ou para garantir a integridade e a estabilidade do sistema financeiro. Caso essas medidas não estejam em conformidade com as disposições do presente Acordo, não serão utilizadas como meio de contornar os compromissos ou obrigações contraídos pela Parte no marco do presente Acordo.

**Artigo 12**

**Exceções de Segurança**

1. Nenhuma disposição do presente Acordo será interpretada no sentido de impedir que uma Parte adote ou mantenha medidas destinadas a preservar sua segurança nacional ou ordem pública, ou a aplicação de disposições do seu direito penal.

2. Não estão sujeitas ao mecanismo de resolução de controvérsias no âmbito do presente Acordo as medidas adotadas por uma Parte nos termos do parágrafo 1 do presente Artigo, nem a decisão com base nas leis em matéria de segurança nacional ou de ordem pública que, a qualquer momento, proíbam ou restrinjam a realização de um investimento em seu território por um investidor da outra Parte.

**Artigo 13**

**Responsabilidade Social Corporativa**

1. Os investidores e seus investimentos se esforçarão para atingir o mais alto nível possível de contribuição ao desenvolvimento sustentável do Estado anfitrião e da comunidade local, por

meio da adoção de um alto grau de práticas socialmente responsáveis, com base nos princípios e normas voluntárias estabelecidas neste Artigo.

2. Os investidores e seus investimentos deverão realizar os seus melhores esforços para observar os seguintes princípios e normas voluntários para uma conduta empresarial responsável e coerente com as leis vigentes aplicáveis pelo Estado anfitrião do investimento:

a) estimular o progresso econômico, social e ambiental com o propósito de alcançar desenvolvimento sustentável;

b) respeitar os direitos humanos daqueles envolvidos nas atividades das empresas, em conformidade com as obrigações e os compromissos internacionais do Estado anfitrião;

c) promover o fortalecimento da construção das capacidades locais, por meio de uma estreita colaboração com a comunidade local.

d) fomentar o desenvolvimento do capital humano, criando, em particular, oportunidades de emprego e facilitando o acesso dos trabalhadores à formação profissional;

e) abster-se de procurar ou aceitar isenções que não estejam estabelecidas na legislação do Estado anfitrião em relação ao meio ambiente, à saúde, à segurança, ao trabalho, aos incentivos financeiros ou a outras questões;

f) apoiar e manter princípios de boa governança corporativa, e desenvolver e aplicar boas práticas de governança corporativa;

g) desenvolver e aplicar práticas de autorregulação e sistemas de gestão eficazes que promovam uma relação de confiança mútua entre as empresas e as sociedades nas quais conduzem suas operações;

h) promover o conhecimento dos trabalhadores quanto à política empresarial mediante a apropriada difusão desta política, recorrendo inclusive a programas de formação profissional;

i) abster-se de ação discriminatória ou disciplinar contra os trabalhadores que apresentarem relatórios de violações à direção ou, quando apropriado, às autoridades públicas competentes, sobre práticas que violem a lei ou que violem os padrões de boa governança corporativa aos quais a empresa estiver submetida;

j) encorajar, quando possível, os sócios empresariais, incluindo provedores de serviços diretos e terceirizados, a aplicarem princípios de conduta empresarial consistentes com os princípios previstos neste Artigo, e

k) respeitar as atividades e o sistema político locais.

**PARTE III – Governança Institucional e Prevenção de Controvérsias**

**Artigo 14**

**Comitê Conjunto para a Administração do Acordo**

1. Para fins do presente Acordo, as Partes estabelecem um Comitê Conjunto para a Administração do presente Acordo (doravante designado "Comitê Conjunto").
2. O Comitê Conjunto será composto por representantes dos Governos de ambas as Partes.
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 (1) vez por ano, com presidências alternadas entre as Partes.
4. O Comitê Conjunto terá as seguintes atribuições e competências:
a) monitorar a implementação e execução deste Acordo;
b) debater e compartilhar oportunidades para expansão dos investimentos recíprocos;
c) coordenar a implementação da cooperação mutuamente acordada e programas de facilitação;
d) consultar o setor privado e a sociedade civil, quando pertinente, sobre questões pontuais relacionadas com os trabalhos do Comitê Conjunto;
e) resolver amigavelmente quaisquer questões ou controvérsias sobre os investimentos das Partes, e
f) implementar, quando aplicável, as regras de solução de controvérsias arbitrais entre Estados.
5. As Partes poderão estabelecer grupos de trabalho ad hoc, que se reunirão conjunta ou separadamente do Comitê Conjunto.
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.

**Artigo 15**

**Pontos Focais ou "Ombudsmen"**

1. Cada Parte designará um Ponto Focal Nacional ou "Ombudsman", que terá como função principal dar apoio aos investidores da outra Parte em seu território.

2. No caso da República Federativa do Brasil, o "Ombudsman" será estabelecido na Câmara de Comércio Exterior – CAMEX[354].

3. No caso dos Estados Unidos Mexicanos, o Ponto Focal será estabelecido na Comissão Nacional de Investimentos Estrangeiros[355].

4. O Ponto Focal Nacional ou "Ombudsman", entre outras atribuições, deverá:

a) esforçar-se para atender às diretrizes do Comitê Conjunto e interagir com o Ponto Focal Nacional da outra Parte, observando os termos deste Acordo;

b) interagir com as autoridades governamentais pertinentes para avaliar e recomendar, quando adequado, as sugestões ou reclamações recebidas pelo Governo e investidores da outra Parte, informando ao Governo, ou investidor interessado, acerca dos compromissos derivados de tais sugestões ou reclamações;

c) prevenir disputas e facilitar a sua resolução, em coordenação com as autoridades governamentais e em colaboração com entidades privadas pertinentes;

d) prestar informações tempestivas e úteis às Partes sobre questões normativas relacionadas a investimentos em geral ou a projetos específicos, e

e) relatar ao Comitê Conjunto suas atividades e ações, quando aplicável.

5. Cada Parte elaborará o regulamento interno para o funcionamento do seu Ponto Focal Nacional ou "Ombudsman", prevendo expressamente, quando cabível, prazos para a execução de cada uma das suas atribuições e competências.

6. Cada Parte designará como seu Ponto Focal ou "Ombudsman" apenas um órgão ou autoridade, que deverá responder com celeridade às comunicações e solicitações do Governo e dos investidores da outra Parte.

7. As Partes deverão prover os meios e os recursos para que o Ponto Focal Nacional ou "Ombudsman" possa desempenhar suas funções, bem como garantir seu acesso institucional aos demais órgãos governamentais envolvidos na aplicação do presente Acordo.

**Artigo 16**

**Troca de Informações entre as Partes**

---

[354] 4 A Câmara de Comércio Exterior (CAMEX) é um Conselho de Governo da Presidência da República Federativa do Brasil. Seu órgão principal é o Conselho de Ministros, que é um órgão interministerial.

[355] 5 A Comissão Nacional de Investimentos Estrangeiros (CNIE) é integrada pelos titulares de dez Secretarias de Estado e presidida pelo Titular da Secretaria de Economia.

1. As Partes trocarão informações, sempre que possível e relevante para os investimentos recíprocos, sobre oportunidades de negócio, procedimentos e requisitos para investimentos, em especial por meio do Comitê Conjunto e de seus Pontos Focais Nacionais.
2. Para esse propósito, a Parte fornecerá, quando solicitada, com celeridade e respeito ao nível de proteção concedido à informação, dados solicitados nos termos do parágrafo 1, em especial, sobre os seguintes aspectos:
a) condições legais para o investimento;
b) incentivos específicos e programas governamentais relacionados;
c) políticas públicas e marcos legais que possam afetar o investimento, incluindo aqueles relativos à expropriação;
d) marco legal para o investimento, incluída a legislação relativa ao estabelecimento de empresas e joint ventures;
e) tratados internacionais afins;
f) procedimentos aduaneiros e regimes tributários;
g) informações estatísticas sobre mercados de bens e serviços;
h) infraestrutura e serviços públicos disponíveis;
i) compras governamentais e concessões públicas;
j) legislação social e trabalhista;
k) legislação migratória;
l) legislação cambial;
m) informações sobre legislação dos setores econômicos específicos ou áreas previamente identificadas pelas Partes, e
n) projetos regionais e acordos em matéria de investimentos.
3. As Partes trocarão, ainda, informações sobre as parcerias público-privadas (PPP), especialmente por meio de maior transparência e acesso à informação sobre as normas aplicáveis.
4. As Partes respeitarão inteiramente o nível de proteção concedido a tais informações, conforme solicitado pela Parte que forneça a informação, observadas as respectivas legislações internas aplicáveis.

**Artigo 17**

**Relação com o Setor Privado**

Reconhecendo o papel fundamental que desempenha o setor privado, as Partes deverão disseminar, nos setores empresariais pertinentes, as informações de carácter geral sobre investimentos, marcos normativos e oportunidades de negócio no território da outra Parte.

**Artigo 18**

**Prevenção de Controvérsias**

1. Os Pontos Focais ou "Ombudsmen" atuarão articuladamente entre si e com o Comitê Conjunto de forma a prevenir, gerir e resolver as controvérsias entre as Partes.

2. Antes de iniciar eventual procedimento arbitral, em conformidade com o Artigo 19 do presente Acordo, qualquer disputa entre as Partes deverá ser avaliada por meio de consultas e negociações entre as Partes e será previamente examinada pelo Comitê Conjunto.

3. Uma Parte poderá submeter uma questão específica de interesse de um investidor e convocar uma reunião do Comitê Conjunto dentro de trinta (30) dias, contados a partir da data da convocação:

a) Para iniciar o procedimento, a Parte do investidor interessado apresentará, por escrito, a sua solicitação ao Comitê Conjunto, especificando o nome do investidor interessado e os desafios ou dificuldades enfrentadas;

b) O Comitê Conjunto terá o prazo de sessenta (60) dias, prorrogáveis de comum acordo por um período adicional de sessenta (60) dias, mediante justificativa, para avaliar as informações pertinentes do caso apresentado e submeter um relatório;

c) Com objetivo de facilitar a busca de solução entre as Partes envolvidas, sempre que possível, deverão participar da reunião bilateral:

(i) representantes do investidor interessado;

(ii) representantes das entidades governamentais ou não governamentais envolvidos na medida ou situação objeto de consulta.

d) O procedimento de diálogo e consulta bilateral encerra-se por iniciativa de qualquer das Partes envolvidas, mediante a apresentação de relatório do Comitê Conjunto na reunião subsequente, que será convocada na data do término do prazo de submissão do relatório do Comitê Conjunto. O relatório deverá incluir:

(i) identificação da Parte;

(ii) identificação dos investidores interessados;

(iii) descrição da medida objeto da consulta, e

(iv) posição das Partes a respeito da medida.

e) O Comitê Conjunto deverá, sempre que possível, convocar reuniões extraordinárias para avaliar as questões submetidas.

f) No caso em que uma Parte não compareça à reunião do Comitê Conjunto prevista no inciso d) deste parágrafo, a controvérsia poderá ser submetida à arbitragem pela outra Parte, nos termos do Artigo 19 do presente Acordo.

4. A reunião do Comitê Conjunto e toda a documentação, assim como as medidas adotadas no âmbito do mecanismo estabelecido neste Artigo, terão caráter reservado, exceto os relatórios apresentados.

**Artigo 19**

**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.

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.

**PARTE IV – Agenda para Maior Cooperação e Facilitação de Investimentos**

**Artigo 20**
**Agenda para Maior Cooperação e Facilitação de Investimentos**
1. O Comitê Conjunto desenvolverá e discutirá uma Agenda para Maior Cooperação e Facilitação de Investimentos nos temas relevantes à promoção e ao incremento dos investimentos bilaterais. Os temas a serem inicialmente tratados e seus objetivos estão listados no Anexo I – “Agenda para Maior Cooperação e Facilitação de Investimentos”.
2. As agendas serão discutidas entre as autoridades governamentais competentes de ambas as Partes. O Comitê Conjunto poderá convidar, quando aplicável, outras autoridades governamentais de ambas as Partes para os debates da agenda.

3. Os resultados de tais negociações poderão constituir instrumentos jurídicos específicos.
4. O Comitê Conjunto coordenará os cronogramas das discussões para uma maior cooperação e facilitação de investimentos e a negociação de compromissos específicos.
5. As Partes deverão apresentar ao Comitê Conjunto os nomes dos órgãos governamentais e os de seus representantes oficiais, envolvidos nessas negociações.

**PARTE V – DISPOSIÇÕES GERAIS E FINAIS**

**Artigo 21**
**Disposições Finais**
1. O Comitê Conjunto ou dos Pontos Focais ou "Ombudsmen" estabelecidos no âmbito do presente Acordo não substituirão ou prejudicarão, de qualquer forma, qualquer outro acordo ou os canais diplomáticos existentes entre as Partes.
2.Sem prejuízo de suas reuniões regulares, cinco (5) anos após a entrada em vigor do presente Acordo o Comitê Conjunto realizará uma revisão geral de sua aplicação e fará recomendações adicionais, se necessário.
3. Este Acordo entrará em vigor noventa (90) dias após a data de recebimento da última nota diplomática informando sobre o cumprimento dos requisitos legais internos para o efeito.
4. O presente Acordo poderá ser modificado por consentimento mútuo das Partes, e a modificação acordada entrará em vigor de acordo com os procedimentos estabelecidos no parágrafo 3 este Artigo.
5. Em qualquer momento, qualquer uma das Partes poderá denunciar este Acordo por meio de notificação escrita à outra Parte. A denúncia produzirá efeito na data que as Partes acordem ou, se as Partes não alcançarem consenso, trezentos e sessenta e cinco (365) dias após a data de entrega da notificação de denúncia, pela via diplomática.
EM VISTA DO QUE, os signatários, devidamente autorizados por seus respectivos Governos, firmam este Acordo.
FEITO na Cidade do México, em _____ de maio de _____, em dois originais, nos idiomas espanhol e português, sendo ambos os textos igualmente autênticos.
PELA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

_____

PELOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

_____

**ANEXO I**

**AGENDA PARA MAIOR COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS**

A agenda a seguir representa um esforço inicial para uma agenda de discussão para a cooperação e facilitação de investimentos entre as Partes e poderá ser ampliada e modificada em qualquer momento pelo Comitê Conjunto.

a. **Pagamentos e Transferências** i. Facilitação das remessas de capital e de divisas entre as Partes.

b**. Vistos** i. Facilitação de entrada e permanência temporária dos gerentes, executivos e empregados qualificados dos agentes econômicos, entidades, empresas e investidores da outra Parte.

c. **Regulamentos técnicos e ambientais** i. Facilitação da expedição de documentos, licenças e certificados relacionados ao investimento da outra Parte.

d**. Cooperação para a regulação e intercâmbio institucional** i. Cooperação institucional para o intercâmbio de experiências sobre o desenvolvimento e a gestão dos marcos regulatórios