

5. A proteção dos investidores nos Acordos de Cooperação e Favorecimento de Investimentos: perspectivas e limites

The protection to investors in cooperation and trade procedures investment agreements: perspectives and limitations

(Autores)

JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA

Professor de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Bolsista Produtividade do CNPq. Advogado.

VIVIAN DANIELE ROCHA GABRIEL

Doutoranda em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e Mestre pela mesma instituição. Advogada-pesquisadora do Centro de Estudos do Comércio Global e Investimentos da Escola de Economia da Fundação Getúlio Vargas (CCGI/ FGV). Advogada.

Sumário:

Introdução

1 Breve histórico e outros modelos

2 ACFIs: contexto de formação, cobertura e regras substantivas

3 Prevenção de controvérsias nos ACFIs

4 Conclusão

5 Referências bibliográficas

Área do Direito: Internacional

Abstract:

The article discuss the potential of Brazilian investment agreements to protect foreign investments in Brazil and Brazilian investments abroad. It delivers a brief background of international investment agreements and the current developments of new patterns of investment protection. Thereafter, it describes the material provisions of the agreements and examines the level of legal protection

established, their benefits and impacts for the future. It also explains the preventive mechanism chosen to settle disputes, focused on the Ombudsman as a first step to settle a dispute and the need to diplomatic protection to bring a dispute to international level. At last, it discusses the protection of investors regarding the structure of substantive provisions and the lack of an international dispute resolution system between investors and states.

Resumo:

O artigo discute o potencial dos acordos de investimento brasileiros para proteger investidores estrangeiros no Brasil e brasileiros no exterior. Oferece-se uma breve descrição dos acordos e dos desenvolvimentos de novos padrões de proteção internacional de investimentos. Em seguida, descrevem-se as regras substantivas dos acordos e o patamar de proteção jurídica estabelecido, seus benefícios e impactos futuros. Também se explica a escolha de mecanismos preventivos de solução de controvérsias, com foco no Ombudsman como primeira instância para resolver uma disputa e a necessidade de proteção diplomática para a levar ao patamar internacional. Por fim, discute-se a proteção dos investidores com base na estrutura das regras materiais e a falta de um sistema internacional de solução de controvérsias entre investidores e Estados.

Keywords: International Investment Agreements - foreign investment - The Cooperation and Facilitation Investment Agreement - BIT - CFIs - Ombudsman.

Palavra Chave: Acordos internacionais de investimento - investimento estrangeiro - acordos de cooperação e facilitação de investimentos - ACFI - BIT - Ombudsman.

Introdução

Em 2015 o Brasil assinou seis acordos para a cooperação e facilitação de investimentos (ACFIs), os quais vêm sendo apresentados pelos órgãos governamentais como um instrumento revolucionário para auxiliar investidores estrangeiros no Brasil e, sobretudo, brasileiros no exterior. O presente artigo analisa a estrutura, as disposições materiais e as regras sobre solução de controvérsias para discutir o seu potencial para oferecer efetiva proteção dos investidores brasileiros no exterior.¹

Dada a fragilidade da estrutura de direitos atribuídos a investidores e investimentos e, especialmente, por não instituir a arbitragem internacional de investimentos como instrumento de eficácia das regras substantivas, entende-se serem tais acordos anódinos, completamente insuficientes para dar qualquer proteção séria aos investidores brasileiros no exterior. Não se discute em detalhe, portanto, a capacidade para gerar outros benefícios, mediante agendas de negociação entre os Estados ou a criação de uma estrutura de governança.² Apenas se avalia a capacidade dos ACFIs para proteger investidores e investimentos.

Para tanto, se inicia com um breve histórico dos acordos internacionais de investimentos com o objetivo de situar o momento em que aparecem os ACFIs. Em seguida, analisam-se as disposições sobre cobertura e regras materiais dos acordos. Por fim, discute-se a opção por um sistema de *prevenção* de controvérsias que, na prática, implica em acordos *banguelas*.

1. Breve histórico e outros modelos

É, decerto, razoável esperar que um país se preocupe em proteger seus nacionais no exterior, sobretudo aqueles que se aventuram em terrenos desconhecidos e, presumivelmente, pouco seguros. Os excessos desse zelo são bem conhecidos: estruturas de dominação militar e cultural que, não raramente, devastaram valores locais e escravizaram povos ao mesmo tempo em que transferiam verdadeiras montanhas e oceanos de recursos naturais para os polos de produção industrial. O território brasileiro foi, por séculos, objeto desse tipo de exploração, de maneira a ser inevitável ouvir soar uns quantos alarmes sempre que se fale em soberania, internacionalização ou colonialismo.

A atitude desconfiada com que os países do até há pouco denominado Terceiro Mundo parece ser muito difícil de afastar, mesmo para um país de grandes dimensões geográficas e econômicas. Igualmente difícil é não ver na reação brasileira contra os APPRIs dos anos 1990 uma expressão desse temor, expresso no discurso da proteção da soberania nacional e do fortalecimento do Estado.

Os ACFIs são engendrados no mesmo medo. Não são o resultado de uma análise consistente e de um discurso amplo com a sociedade brasileira, mesmo que associações de empresários tenham participado, em algum momento, de conversas com instâncias governamentais. Tampouco expressam uma posição consistente e bem posicionada em face do que se vem realizando em matéria de APPRIs ao redor do mundo. Basta acompanhar com atenção o desenvolvimento dos acordos mais recentes e sua tendência de multilateralizar formas consagradas de proteção de investidores e investimentos estrangeiros a partir da Aliança para o Pacífico, Parceria Transpacífica (em inglês, *Transpacific Partnership* - TPP) e Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*- TTIP). São acordos que, apesar de mais cuidadosos, não abrem mão de padrões efetivos de proteção dos investidores e de sistemas internacionais de solução de controvérsia entre investidor e Estado, mesmo na heterodoxa proposta europeia de um tribunal internacional.

Ao que parece, os funcionários brasileiros acreditam ter feito um trabalho grandioso e revolucionário. Há certa razão nisso: os acordos não são essencialmente ruins e poderiam servir como um bom ponto de partida para o país ingressar nos debates internacionais sobre a matéria, gerar uma pauta de negociações concretas e assinalar posições defensivas em matéria de proteção de investimentos.³ Há, no entanto, um problema sério decorrente das percepções muito positivas dos acordos brasileiros: o da supervalorização de seu potencial.

Mesmo que venham a ser avaliados pelo Congresso, tais instrumentos estão a tanta distância das tendências atuais que, dada a importância média do Brasil no cenário econômico internacional, não deverão se tornar uma nova tendência, nem possibilitar ao país, se aferrado a seu esquema, participar efetivamente das discussões em matéria de investimento e, possivelmente, dificultar seu ingresso nos chamados mega acordos comerciais internacionais.

Para compreender o contexto do Direito Internacional dos Investimentos estrangeiros em que surgem os ACFIs é importante, portanto, ter em conta algumas considerações.

O histórico dos acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos (APPRIs) e de sua relação com os sistemas internacionais de solução de controvérsias é bem assentado. É possível, de maneira bastante singela, identificar três grandes períodos: (a) o da busca por uma alternativa à estruturação das relações econômicas internacionais mediada por domínio colonial e neocolonial e instrumentos de direito internacional dependentes de proteção diplomática; (b) o da intensificação da assinatura de tratados bilaterais de investimento (em inglês, *Bilateral Investment Treaties* - BITs) e de inclusão de capítulos sobre investimentos em tratados de livre comércio (TLCs), bem como da efetiva utilização dos sistemas formais de solução de controvérsias, com destaque para o Centro Internacional de Solução de Disputas sobre Investimentos (em inglês, *International Centre for Settlement of Investment Disputes* - ICSID); e (c) o do surgimento de críticas e busca de alternativas ao sistema predominante.

De fato, até a Primeira Guerra Mundial, é possível atribuir a estruturação da economia internacional ao recurso a instituições estabelecidas pelo Reino Unido, associadas a relações coloniais e redes de acordos de navegação, comércio e amizade normalmente favoráveis aos países industrializados.⁴ Duas guerras e vinte anos de crise depois, já não era possível confiar as bases da economia mundial a um único país, mesmo em face dos indubitáveis poderes militar e econômico estadunidenses. O processo de descolonização, a divisão estratégica e ideológica da geopolítica e o desabrochar da consciência dos países não alinhados e em desenvolvimento tornavam impossível o emprego dos instrumentos outrora existentes.

Do desejo de promover a paz surgem as organizações de *Bretton Woods*: o Fundo Monetário Internacional (FMI) para garantir a estabilidade cambial e monetária e o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) para fomentar projetos nos países impactados pela guerra e nos do que se viria a chamar o Terceiro Mundo. O comércio internacional, mesmo com o fracasso da Carta de Havana de 1948, se estruturou para as economias de mercado por meio de diversos acordos de redução tarifária, coordenados por um Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade - GATT*) que viria a se tornar, nos 45 anos seguintes, tendente à universalização e a uma maior abrangência temática e institucionalização mais robusta com a formação da Organização Mundial do Comércio (OMC), em 1994.⁵ No campo dos investimentos, porém, nada se pôs no lugar das estruturas outrora presentes.

Portanto, desde o término da Segunda Guerra Mundial até os anos que se seguiram à Queda do Muro de Berlim, verifica-se um período de relativa instabilidade para a proteção dos ativos aplicados no estrangeiro, seja na forma de empréstimos, seja na de investimentos diretos na exploração de recursos naturais, oferta de infraestrutura e outras atividades econômicas. Há profundo enfraquecimento da possibilidade de resolver as questões mediante proteção diplomática e o uso da força deixa de ser uma alternativa. Nesse contexto surgem os primeiros BITs, a partir de 1959, e, seis anos depois, o ICSID, na tentativa de construir uma esfera neutra em relação às tensões da guerra fria e do esvanecimento das relações coloniais.⁶

De modo sucinto, é possível caracterizar os BITs do *mainstream* a partir de algumas regras normalmente incluídas nos acordos:

"1. Definição de investidores e investimentos ampla, baseada em ativos e pautada por lista exemplificativa;

2. Padrões variáveis mínimos, conforme regras de tratamento nacional e de nação mais favorecida para os investidores em circunstâncias similares (*in like circumstances*);

3. Padrão fixo, algumas vezes superior ao do Direito internacional geral, de tratamento justo e equitativo;

4. Fixação do valor de indenizações mediante referência ao valor de mercado dos ativos e não a seu valor contábil;

5. Pagamento de indenizações conforme o *Hull standard*: imediato (sem demora injustificada), adequado (conforme o valor de mercado) e efetivo (pago em moeda livremente conversível e transferível);

6. Definições amplas de expropriação, incluindo várias modalidades indiretas, como a expropriação paulatina (*creeping*), regulatória (*regulatory takings*) e equivalente (*tantamount*) *i. a.*;

7. Proteção integral contra eventos políticos e fato do príncipe;

8. Previsão de arbitragem entre Estados Partes; e

9. Arbitragem entre investidor e Estado, funcionando a cláusula no próprio APPRI como consentimento dado pelos Estados Partes".

Não obstante, o sistema BITs/ICSID foi pouco utilizado nas primeiras décadas, quando, dadas as circunstâncias geopolíticas, busca-se levar as questões à esfera privada e aceitar, em grande medida, a necessidade de redistribuição dos benefícios decorrente dos realinhamentos das capacidades de Estados e investidores, inclusive mediante a substituição de concessões de exploração por *joint ventures* contratuais e empresarias entre companhias transnacionais e entidades estatais detentoras de monopólios setoriais ou, em alguns casos, por contratos de prestação de serviços e transferência de tecnologia.⁷

Não é sem razão que o segundo período da história recente dos instrumentos internacionais de promoção de proteção de investimentos estrangeiros ocorre concomitantemente aos eventos que se seguiram à

Queda do Muro de Berlim, particularmente a dissolução da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas. Desnecessário, aqui, narrar novamente o intenso crescimento do número de APPRIs e TLCs com capítulos de investimentos, bem como o início de uma efetiva utilização do ICSID como foro para as arbitragens de investimento, as quais também ocorreram em conformidade com as regras da Uncitral e em instâncias privadas, como a da Câmara de Comércio Internacional (CCI) e da Câmara de Comércio de Estocolmo (SCC).

Nesse contexto, surgiram inúmeras críticas, as quais podem ser sumarizadas em alguns pontos principais:⁸

- "1. Falta de legitimidade, comprovada pela ausência de um sistema multilateral de caráter universal;
2. Falta de transparência e participação da sociedade civil na elaboração dos APPRIs e nos procedimentos arbitrais;
3. Oferecimento de injustificadas vantagens para o investidor estrangeiro em detrimento do nacional;
4. Restrição da capacidade regulatória estatal, sobretudo, mediante o padrão de tratamento justo e equitativo; e
5. Viés arbitral em favor dos investidores".

De modo geral, tais críticas dão corpo a dois conjuntos de interesses: o de Estados afetados por arbitragens entre investidores e Estados, como a Argentina e as chamadas Repúblicas Bolivarianas⁹ e o de organizações da sociedade civil na busca de maior espaço de atuação e influência no campo interno e internacional.¹⁰

Mesmo considerando que a maior parte das decisões arbitrais favoráveis aos investidores se devam à fiel e correta aplicação de tratados com os quais os Estados concordaram voluntariamente, é fato que a metralhadora giratória das críticas não atingiu somente os APPRIs, muitas vezes elaborados com viés favorável aos investidores, mas levou consigo árbitros e tribunais arbitrais, tantas vezes acusados de parcialidade.¹¹

De qualquer modo, as críticas formuladas contra o sistema APPRIs/ICSID de proteção dos investimentos estrangeiros não chegaram a gerar, até o momento, tendências claras de transformação. O modelo de BIT norueguês de 2008 (reformulado em 2015), por exemplo, distanciou-se dos tratados mais comuns ao incluir responsabilidade social, cláusula ambiental mais incisiva, exceções gerais (moral pública; saúde e vida humana, animal e vegetal; respeito à lei e aos regulamentos nacionais; proteção de tesouros históricos, artísticos e arqueológicos; e ambiental), preventivas, de segurança, culturais e tributárias.¹² Verificaram-se, bem mais próximas dos APPRIs dos anos 1990, importantes mudanças também no modelo de BIT americano em 2012¹³ e no modelo indiano de 2015.¹⁴

A respeito da arbitragem internacional de investimentos, as alternativas apontadas pelos críticos são bastante variadas. Na vertente mais radical, encampada por organizações da sociedade civil e alguns governos (Austrália, Bolívia, Equador e Venezuela, por exemplo), busca-se dar novo alento à defunta doutrina Calvo e converter as arenas jurídicas nacionais em única alternativa para os investidores. Tal hipótese, além de contrariar clara tendência internacional, é bastante deletéria quando aplicada por países cujo sistema jurisdicional não consegue granjear suficiente confiança a respeito de sua imparcialidade e qualidade.

Apontam-se, também, possibilidades de reformas mais ou menos profundas no sistema, como, *i.a.*:¹⁵

- "1. Incremento da transparência dos procedimentos mediante acesso público à documentação e às audiências arbitrais;

2. Estabelecimento de direitos de acesso em litisconsórcio ou como *amicus curiae* para quaisquer interessados;
3. Estabelecimento de padrões mais rigorosos de impedimento e suspeição de árbitros, expandindo a cobertura das hipóteses de conflitos de interesses e oferecendo remédios procedimentais desvinculantes;
4. Aumento de exigências mínimas para o início da arbitragem, como: (i) a exigência de esgotamento de recursos internos, (ii) prazos e condições mais elevados para excepcionar tal exigência, (iii) obrigatoriedade de conciliação prévia e (iv) necessidade de consentimento estatal específico;
5. Participação dos Estados no procedimento para oferecer interpretação autêntica dos tratados;
6. Procedimento de revisão com devolução de matéria substantiva; e
7. Instituição de tribunal internacional permanente em matéria de investimentos".

Algumas dessas alternativas têm sido adotadas em novos APPRIs, porém um caminho claro não parece vir sendo trilhado até o momento, como sugere o estudo comparado dos modelos existentes. É certo que os padrões estadunidenses, reformulados para dar maior capacidade de controle estatal sobre as potenciais e efetivas controvérsias, podem ser apontados como os mais fortes candidatos a gerar o maior grau de convergência.

Não obstante, tudo indica que, nas circunstâncias presentes, o melhor âmbito para buscar os elementos necessários para esboçar as possíveis trajetórias futuras de um direito internacional do investimento estrangeiro se encontra nas negociações e nos textos consolidados dos chamados mega acordos comerciais regionais - a Parceria Transpacífica e a Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento, as quais abrangerão não menos de um quarto do comércio mundial de bens e serviços.

O texto consolidado da TTP¹⁶ apresenta forte aproximação com os modelos estadunidenses: reconhece o ICSID como instituição preferencial, provê o consentimento estatal para a arbitragem mediante o tratado; estabelece limites cronológicos (prescrição em três anos e meio); regras para a seleção de árbitros; participação de Estados contratantes não partes no procedimento, *amicus curiae* conforme avaliação do tribunal; e transparência do procedimento arbitral. É possível, pelo menos por ora, identificar aí uma boa solução para algumas fragilidades da arbitragem internacional de investimentos, sobretudo no sentido de preservar a capacidade regulatória estatal e alguma influência pública legítima na delimitação do universo de decisões possíveis, sem dispensar um afago nas organizações não governamentais. A proximidade ao modelo vigente nas décadas anteriores fortalece sua posição de alternativa segura e bem estruturada, claramente situada no campo dos acordos internacionais de investimento e com resultados bastante previsíveis.¹⁷

Nas negociações do TTIP há maior polêmica, dada a proposta europeia de um tribunal permanente com dois graus de jurisdição apresentada formalmente em novembro de 2015.¹⁸ Há, dada a óbvia e razoável resistência dos Estados Unidos, campo aberto para muita polêmica e nenhuma solução à vista, pelo menos por enquanto. Em breve análise, acredita-se que a complexidade e inércia próprias do sistema de tomada de decisões europeu tende a dificultar sobremaneira um recuo para posições favoráveis à arbitragem; ao mesmo tempo, os Estados Unidos dificilmente abrirão mão de sua estratégia global e ceder a um capricho europeu. Como o TTIP é muito grande e as áreas onde a cooperação é favorável muito mais extensas que as de discórdia, não parece equivocado apostar em uma solução de meio termo. Não se tem muita ideia de qual será, entretanto.

Os acordos brasileiros de investimento surgem nesse contexto de reajustamentos da sistemática de proteção ora existente e colocam-se na linha de uma resposta às críticas genericamente formuladas. Como se verá, abrem mão da *proteção* dos investidores para privilegiar a *cooperação* e *facilitação* mediante maior aproximação e transparência das instâncias regulatórias públicas.

2. ACFIs: contexto de formação, cobertura e regras substantivas

Após cerca de vinte anos, com a expansão e intensificação dos investimentos brasileiros no exterior, a União decidiu instituir acordos internacionais de investimentos que refletissem as perspectivas e preocupações nacionais com relação ao tema. A noção de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) foi desenvolvida conjuntamente pelo governo brasileiro e a iniciativa privada, representada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) e pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP). Até o momento, já foram assinados seis acordos desta espécie com: Moçambique, em 30.03.2015; Angola, em 01.04.2015; México, em 27.05.2015; Malawi, em 25.06.2015; Colômbia, em 09.10.2015 e Chile, em 23.11.2015.¹⁹

Embora não exista um modelo publicado e os acordos já assinados apresentem, como se verá, diferenças importantes entre si, é possível afirmar a existência de algumas características que os diferenciam dos acordos internacionais de investimento próprios dos anos 1990:

"1. O âmbito material é mais estrito, pois a definição de investimentos exige que estes sejam *produtivos e duradouros*, com a possível finalidade de excluir capitais especulativos;

2. As regras substantivas tratando de estabelecimento, padrões de tratamento, expropriações, transferência de capitais e proteção integral buscam oferecer menos proteção aos investidores e conservar intactas as prerrogativas do Estado hospedeiro;

3. As regras sobre responsabilidade social, meio ambiente e corrupção, *i.a.*, estão presentes nesses acordos, mesmo que sua natureza seja meramente exortatória;

4. Há previsão de uma estrutura de governança, para a cooperação entre os Estados, assunto normalmente excluído dos BITs e capítulos de investimentos em TLCs;

5. Há previsão de agendas de negociação, para orientar a cooperação entre os Estados, assunto normalmente excluído dos BITs e capítulos de investimentos em TLCs; e

6. A solução de controvérsias entre investidor e Estado é tratada apenas como atribuição dos pontos focais (organismos do Estado hospedeiro), sem previsão de arbitragem".

Este novo padrão de promoção desenvolveu-se após incessante contumácia do governo brasileiro em matéria de tratamento internacional de investimentos. Desde o princípio as críticas voltaram-se contra a arbitragem investidor-Estado, tida como incompatível com soberania estatal. De acordo com o consultor jurídico do Itamaraty, Augusto de Rezende Rocha, em parecer datado de 1964, o Brasil não deveria curvar-se à arbitragem de investimentos e, por conseguinte, rejeitar peremptoriamente o ICSID, pois isto não traria nada de bom ao país. Conforme o texto, além de consagrar a tensão entre economias dominantes e economias dominadas a arbitragem de investimentos seria instrumento para perpetuar o imperialismo econômico e financeiro disfarçado.²⁰ Ainda hoje tal parecer é percebido como transbordante fonte de sabedoria e autoridade.

Ressalta-se que, apesar deste prisma, este posicionamento oficial saiu de foco nos anos 1990, ocasião em que o Brasil assinou catorze BITs.²¹ A estrutura jurídica desses acordos era a do *mainstream*, em conformidade com o descrito no tópico anterior.²² Contudo, esses acordos não vingaram no Congresso dadas resistências contra: (i) os padrões de indenização por desapropriação urbana e rural e as compensações prontas, líquidas e imediatas; (ii) a livre transferência de ativos mesmo em situações de graves crises monetárias e financeiras e (iii) o sistema de solução de controvérsias estabelecido (arbitragem investidor-Estado). No fim, como cortesia para o Presidente eleito, Luís Inácio Lula da Silva, o governo de Fernando Henrique Cardoso retirou os acordos aos 12.12.2002.²³

Virada esta breve página de percepção governamental favorável aos APPRIs, voltaram a imperar, quase

absolutos, os preconceitos de sempre. É esse o caldo de cultura em que foram engendrados os ACFIs.

Mesmo que de forma geral, infere-se que os ACFIs foram criados em levando em consideração os tradicionais BITs dos anos 1990. Porém, realizou-se uma profunda revisão dos antigos tratados, avaliando-se as principais críticas enfrentadas, os limites da regulação doméstica dos países envolvidos e, por fim, as contribuições do setor privado brasileiro e suas recentes experiências como investidores em outros países, os quais nem sempre foram bem recebidos.

Ressalta-se que, já em 2014, antes mesmo dos acordos serem assinados, suas bases já estavam estabelecidas. No *World Economic Forum 2014*, Daniel Godinho, Secretário de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio (MDIC), aduziu que os três pilares centrais dos ACFIs seriam basicamente: (i) atingir governança institucional; (ii) instituir mecanismos para mitigação de riscos e prevenção e solução de disputas e (iii) promover a facilitação de investimentos através agendas temáticas.²⁴ Logo, o resultado dessa elaboração foi um acordo para a facilitação de investimentos no exterior, que incite a cooperação entre as Partes, a mitigação de riscos existentes e a preservação do *policy space* das Partes. Em outras palavras, o modelo não considera ser importante a proteção internacional dos investidores e investimentos, nem confia na atribuição de direitos subjetivos e legitimidade processual internacional aos particulares.

Dentre as previsões mais importantes, já no preâmbulo, é destacada a intenção de aproximação e cooperação entre as Partes e o respeito que estas devem empreender para atingir o desenvolvimento sustentável na promoção e proteção dos investimentos. De acordo com a *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD), esta previsão segue uma tendência mundial dos últimos acordos de promoção e proteção de investimentos assinados em 2014.²⁵ Acrescenta-se a isso também a finalidade de gerar crescimento econômico, reduzir pobreza, criar empregos, expandir a capacidade produtiva e promover o desenvolvimento humano, além de fomentar a transferência tecnológica. Por fim, o preâmbulo reforça o condão de os Estados Partes livremente formularem suas políticas públicas e novas regulamentações sobre investimentos, mantendo suas capacidades regulatórias protegidas contra qualquer pretensão jurídica de investidores alheias ao direito interno.

A cobertura material parte de definições de investidor e investimentos amplas, embora limitadas aos investimentos de caráter produtivo e duradouro. De forma geral, investimento representa qualquer tipo de bem ou direito próprio, controlado direta ou indiretamente por um investidor de uma das Partes no território da outra Parte, com a intenção de perpetrar *relações econômicas duradouras*, e destinado à *produção* de bens e serviços no Estado receptor.²⁶ Estes dois elementos tornam-se complementares, pois, além de o investimento ser duradouro, deve estar ligado a alguma atividade econômica de bens ou serviços no território do Estado receptor.²⁷ Além disso, os ACFIs, exceto o assinado com Angola, apresentam também uma lista positiva exemplificativa do que pode ser considerado investimento que inclui quotas e outras participações acionárias, empréstimos, propriedade móvel e imóvel ou outros direitos de propriedade *í.a.*. Os ACFIs com México, Colômbia e Chile acrescentam, ainda, os direitos de propriedade intelectual.²⁸ Considerando o caráter *exemplificativo* das listas dos demais acordos, nada induz a interpretação de que estes não cubram tal categoria de direitos.

Os ACFIs com Malawi, México, Colômbia e Chile também dispõem sobre o que não deve ser considerado investimento. Segundo o ACFI com o Chile, em seu art. 5.º, item "v":

"1.4.1 Para maior certeza, 'Investimento' não inclui:

- (a) as operações de dívida pública;
- (b) uma ordem ou sentença emitida em uma ação judicial ou administrativa;
- (c) os investimentos de portfólio; e

(d) as reclamações pecuniárias decorrentes exclusivamente de contratos comerciais para a venda de bens ou serviços por parte de um investidor no território de uma Parte a um nacional ou uma empresa no território da outra Parte ou a concessão de crédito no âmbito de uma transação comercial".²⁹

Os investidores cobertos pelos acordos são, quando pessoas naturais, aqueles que tenham *nacionalidade* de uma das Partes e invistam no outro Estado. É irrelevante, em regra, o domicílio. Para pessoas jurídicas se aplica o critério do país de constituição da empresa ou de seu centro de administração, quando constituída pelo direito do país receptor. Admite-se, ainda, a cobertura a partir da verificação do controle por um investidor.

O art. 1.6 do ACFI com o Chile deixa claro que a empresa investidora poder ser tanto a de propriedade pública quanto privada, desde que constituída sob a legislação aplicável, e, também, com domicílio e atividades substanciais no território do Estado receptor.³⁰ O ACFI com o Malauí prevê no art. 2.º, § 2, letra "c", que investidor consiste na pessoa cuja propriedade ou controle efetivo pertença, direta ou indiretamente, a nacionais ou *residentes permanentes* das Partes, de acordo com a legislação correspondente.³¹ Dessa forma, alarga-se o critério domiciliar utilizado, elevando-se a proteção existente também para o residente permanente que vive no Estado receptor de investimentos.

Ademais, importante salientar o disposto no ACFI com Angola, único acordo que não possui definições próprias. O art. 3.º do acordo prevê que as definições serão regulamentadas pelos respectivos ordenamentos jurídicos das Partes. Isto se torna problemático ao passo que não se especifica de qual ordenamento jurídico se está falando, se de Brasil ou de Angola (que contêm conceitos distintos). Além disso, cada ordenamento doméstico poderá empregar conceitos diferentes em legislações específicas distintas, o que dificulta para a determinação de uma referência concreta para servir de base. Por fim, haverá o risco da sobrevivência de novas legislações, como a mais recente Lei de Investimentos Privados de Angola, promulgada em agosto de 2015 (Lei 14/2015), após a assinatura do ACFI, que altera alguns dos conceitos previstos na legislação anterior, Lei 20/2011.

Outro ponto relevante previsto nos ACFIs refere-se aos padrões específicos de tratamento. Assim como nos BITs dos anos 1990, prevê-se o respeito ao tratamento nacional e à nação mais favorecida, como formas de não discriminação dos investidores estrangeiros em situações similares com relação aos investidores nacionais e, também, aos investidores de terceiros países. Os ACFIs com a Colômbia e com o Chile inovam com um rol positivo não exaustivo sobre as situações em que não poderá haver tratamento menos favorável, como quando houver expansão, administração, condução, operação, venda ou outra disposição dos investimentos em seu território.

Não obstante, o tratamento de nação mais favorecida é extremamente limitado, pois se prevê que os benefícios e privilégios concedidos a Estados terceiros não se estendem sempre que tenham sido estabelecidos em acordo internacional. Consequentemente, apenas quando houver melhor tratamento estabelecido *unilateralmente* pelo Estado receptor a favor de terceiro é que incidirá regra de não discriminação.

Ademais, salienta-se haver dois grupos diferentes de ACFIs no que tange ao tratamento nacional, haja vista que os acordos africanos preveem cobertura da fase de pré-estabelecimento, enquanto os latino-americanos não a abrangem e, ainda, o ACFI com o México é silente quanto ao estabelecimento do investimento, e o da Colômbia é explícito, por exemplo, ao não prever em seu rol positivo o *estabelecimento*.³²

Deve-se, ainda a respeito dos padrões de tratamento consagrados nos ACFIs, deixar bastante clara sua possibilidade de utilização direta pelos tribunais brasileiros. Decerto, mesmo evitando estabelecer legitimidade internacional para os investidores, o texto dos tratados é suficiente para proporcionar aplicação das regras por órgãos internos e, portanto, serve como base para a constituição de direitos subjetivos para os investidores cobertos. Em outros termos: investidores estrangeiros poderão recorrer

aos tribunais brasileiros para fazer valer os direitos de nação mais favorecida e tratamento nacional conferidos pelos acordos. Tal circunstância, considerando o teor do texto e a ausência de qualquer norma restritiva expressa, deriva de consistente prática dos tribunais e é independente de qualquer compromisso de reciprocidade³³.

Os ACFIs, por fim, não instituem expressamente o tratamento justo e equitativo. Muito frequente nos acordos de comércio e investimentos assinados pelos EUA, nos ACFIs esta disposição é ausente, principalmente, em razão de sua difícil definição e materialidade.

Traz-se, ainda, à baila um dos pontos mais polêmicos dos ACFIs: a expropriação ou desapropriação³⁴ e a sua compensação. Prevê-se que somente haverá desapropriação quando justificada por utilidade pública ou interesse social, de modo não discriminatório, e através do pagamento de indenização justa, adequada e efetiva, em consonância com o devido processo legal e suas leis e regulamentos. Sabe-se que a expropriação pode ocorrer tanto na modalidade direta, quando há transferência de titularidade pelo Poder Público, quanto indireta, quando por outros meios se anula ou reduz o valor dos ativos ou sua disponibilidade para o titular.

Embora modalidades indiretas de desapropriação sejam reconhecidas no direito brasileiro, o tema é um dos que geram maiores temores governamentais, pois se entende que disposições internacionais na matéria poderiam reduzir o espaço regulatório dos Estados na persecução de suas políticas públicas.³⁵ Inobstante, os primeiros ACFIs nada especificavam do tipo de desapropriação escolhido. Só no acordo com o Chile há disposição expressa (art. 7.º (5)) de modo a limitar a proibição às expropriações diretas.

Quanto à indenização, esta deverá ser pronta ou sem qualquer tipo de demora indevida, equivaler ao valor justo de mercado do investimento expropriado imediatamente antes da desapropriação efetiva ou antes que seja de conhecimento público, o que ocorrer antes ("data da desapropriação"). Além disso, deverá ser liquidável - livremente pagável - e livremente transferível. Se o valor for calculado em uma moeda internacionalmente conversível (dólar, libra, euro, iene ou franco suíço), não poderá ser inferior ao valor justo de mercado na data da valoração mais os juros comerciais fixados com base em critérios de mercado para a referida moeda, cumulados desde a data da valoração até a data do pagamento, conforme a legislação do Estado receptor.

Ressalta-se ainda que, ao se habilitar a livre transferência também do montante de indenização ou valor de recursos obtidos com a venda no mercado de títulos recebidos como compensação, os ACFIs, por consequência, acabam por habilitar o pagamento de compensação por títulos da dívida pública. Esta era uma das grandes polêmicas dos BITs dos anos 1990, haja vista a Constituição Federal do Brasil permitir o pagamento de compensação por desapropriação urbana por meio de títulos da dívida pública e por desapropriação rural, por títulos da dívida agrária, e os BITs nada especificavam sobre isso, permanecendo subentendida a concordância com este regime. Porém, isto poderia gerar controvérsias com relação ao caráter liquidável da compensação, por isso a polêmica e resistência congressional.

Nesse diapasão, faz-se necessário salientar que os ACFIs especificam do que se tratam as transferências, para que as Partes melhor compreendam quais ativos poderão ser transferidos, como por exemplo: (a) a contribuição inicial ao capital inicial ou qualquer adição deste em relação à manutenção ou expansão deste tipo de investimento; (b) os rendimentos diretamente relacionados com o investimento; (c) as receitas provenientes da venda ou liquidação total ou parcial do investimento; (d) os salários e demais remunerações auferidos pelo pessoal contratado no exterior relativos a um investimento; (e) os pagamentos de qualquer empréstimo, incluindo os juros sobre este, diretamente relacionados com o investimento, e (f) o montante da indenização ou o valor dos recursos obtidos com a venda no mercado de títulos recebidos como indenização.³⁶

Os ACFIs com Angola, Moçambique, México e Malawi são mais explícitos ao apontarem que as transferências incluirão o montante da indenização em caso de expropriação ou desapropriação, e o ACFI

com o México acrescenta ainda a indenização em caso de compensação por perdas. Logo, conclui-se que em todos os casos, se a indenização for quitada em títulos da dívida pública, os investidores poderão transferir o montante obtido com a venda desses títulos no mercado.

Não obstante, ressalta-se que uma Parte poderá impedir ou retardar a transferência de valores, de modo temporário, nas seguintes hipóteses: (i) falência, insolvência ou proteção dos direitos dos credores; (ii) infrações penais ou administrativas; e (iii) garantia de cumprimento de decisões de órgãos jurisdicionais e administrativos. O ACFI com a Colômbia acrescenta ainda, quando da restrição para o cumprimento de obrigações trabalhistas ou tributárias³⁷ e o com o México aborda o caso em que há a aplicação de relatórios de transferências de divisas ou de outros instrumentos monetários.³⁸ Ademais, nos ACFIs essas restrições também se darão no caso de graves dificuldades na balança de pagamento e nas finanças externas ou na ameaça destas, desde que não sejam discriminatórias e evitem danos desnecessários aos interesses econômicos do investidor. Ora, o direito de obstrução da livre transferência de capitais em se tratando de crises financeiras e cambiais era um dos grandes temores e objeto de resistência congressional para a ratificação dos BITs brasileiros dos anos 1990, por conseguinte, com os ACFIs esta preocupação foi resolvida, haja vista a legitimação desta restrição quando necessária.

Considerando o teor do texto dos ACFIs e o tratamento dado pelos tribunais brasileiros aos tratados internacionais em vigor no país, é também possível pleitear na Justiça com fulcro nas regras sobre caracterização da expropriação, padrão de cálculo dos valores da indenização e da transferência de moeda e capitais.

Outra previsão material que merece destaque é a obrigação de transparência, seja no processo legislativo, administrativo e judicial e na publicação de legislações e práticas administrativas nacionais, seja na troca de informações entre as Partes sobre oportunidades de negócios ou quaisquer outros questionamentos pertinentes.

Acrescenta-se às previsões relevantes dos acordos, o respeito à responsabilidade social corporativa. Esta disposição revela o objetivo dos Estados em promover um investimento responsável e que contribua para o desenvolvimento com a comunidade local, em atenção à máxima proteção do meio ambiente, do desenvolvimento sustentável, dos direitos humanos, dos padrões trabalhistas e das práticas da boa governança. São regras meramente exortatórias, insuficientes para criar direitos subjetivos para quaisquer eventuais interessados.

Por fim, ressalta-se o estabelecimento das agendas temáticas para cooperação, um dos pilares da governança institucional dos ACFIs. As agendas temáticas, dependendo da escolha das Partes, podem prever matérias que auxiliarão principalmente na redução da burocracia e dos custos das atividades econômicas dos investidores, como na facilitação da: (i) remessa de divisas e capitais; (ii) obtenção de vistos, seus prazos de concessão, validade, entrada e estadia e (iii) livre circulação de funcionários com o objetivo de efetuar atividades relativas ao investimento.³⁹

Ademais, as agendas temáticas também envolvem a: (i) cooperação entre Estados quanto à promoção de intercâmbio de experiências legislativas setoriais e na elaboração e gestão de outras regulações; (ii) cooperação tecnológica, científica e cultural mediante ações mútuas e cooperação para a capacitação de mão de obra; (iii) cooperação para a troca de experiências de economia solidária; (iv) cooperação para o fomento de maior integração logística e de transportes; e (v) cooperação institucional para o desenvolvimento e planejamento energético, a gestão de entidades transfronteiriças e modelos de preservação do meio ambiente, o que inclui a gestão de matrizes de carbono e água.

É possível afirmar, portanto, que a estrutura geral das disposições materiais dos ACFIs não guarda diferenças profundas com a dos APPRIs. À primeira vista, tudo parece estar em seu lugar e o esquema geral dos acordos que experimentaram um crescimento gigantesco nos anos 1990 e 2000, brevemente sumarizado no tópico anterior, parece estar integralmente presente. Entretanto, vistos mais de perto, os

acordos brasileiros são muito mais débeis e não implicam nenhum acréscimo de proteção jurídica aos investidores brasileiros no exterior. O maior impacto que podem vir a gerar, caso algum dia venham a ser promulgados, é o da atribuição de alguns direitos e preferências a investidores estrangeiros no Brasil em razão do caráter de acordos autoexecutáveis. Não é muito claro, entretanto, se os brasileiros receberão benefícios equivalentes das cortes estrangeiras.

3. Prevenção de controvérsias nos ACFIs

Não bastasse uma cobertura mais estreita e regras substantivas menos efetivas, a opção brasileira por evitar qualquer instrumento internacional de solução de controvérsias entre investidores e Estados desferiu o *coup de grâce* no potencial de proteção dos investidores brasileiros no exterior. Embora, no Brasil, sempre exista a possibilidade de levar questões à arbitragem contra a Administração Pública nas hipóteses legalmente postas,⁴⁰ ficam os investidores, sobretudo os brasileiros no exterior, sem o abrigo da arbitragem internacional de investimentos: completamente imersos na cultura legal e judicial dos países hospedeiros, a menos que sejam capazes de negociar contratualmente a inserção de cláusulas de arbitragem mista. A bem da estabilidade da relação e da proteção dos ativos investidos, tal alternativa é bastante recomendada nas relações com os Estados que a admitem, sobretudo quando o sistema jurídico interno tenha imperfeições consideráveis ou existam riscos de desestabilização política.

O objetivo de tal opção é, como deflui da discussão do contexto de gestação dos ACFIs, é proteger o Estado. Como lembram Rabih Nasser *et al.*, a posição brasileira busca "garantir a maior previsibilidade possível quanto às eventuais disputas que o Estado pode ter que enfrentar".⁴¹ Ao investidor, brasileiro ou estrangeiro, as batatas.

O paliativo ofertado é a possibilidade de reclamar a um órgão do país hospedeiro, designado nos acordos. São os chamados "pontos focais" ou, para repetir o desnecessário e sexista estrangeirismo dos textos, "ombudsmen".

O mecanismo de prevenção de controvérsias estabelecido pelos ACFIs se ampara principalmente através de duas entidades principais: os Pontos Focais e o Comitê Conjunto. Essas sistemáticas foram elaboradas para que a reclamação do investidor possa ser solucionada ainda em seu início, de forma que não evolua futuramente para uma controvérsia arbitral.

Primeiramente, foi estabelecido que o investidor recorrerá diretamente ao *ombudsman* para retratar seu problema e buscar uma solução amigável para tanto. No entanto, caso esta seja infrutífera caberá ao Estado de origem do investidor avaliar a situação e, por conseguinte, encaminhar a demanda para análise do Comitê Conjunto, organismo compartilhado em que representantes do governo discutem e revisam a implementação e operacionalização dos ACFIs. Novamente, se estes órgãos não alcançarem solução à reclamação, a *ultima ratio* será a arbitragem entre Estados, única opção disponível como mecanismo jurisdicional nos ACFIs, haja vista a resistência brasileira à arbitragem investidor-Estado.

O foco do presente artigo se centrará no mecanismo preventivo de solução de controvérsias, mais especificamente no ponto focal, em razão de estes serem reconhecidos como uma das maiores inovações nos ACFIs. Contudo, ao se abordar o tema, será indissociável examinar também o sistema de solução de controvérsias adotado nos ACFIs, bem como a experiência sul-coreana, haja vista ser a maior inspiração para o mecanismo do *ombudsman* nos ACFIs.

O *ombudsman* trata-se de um sistema *one-stop-shop* para as reclamações recebidas, disponibilizando aos investidores soluções através de um interlocutor institucional para tratar dos problemas ainda em estágio inicial. Nos ACFIs, segundo Cozendey e Cavalcanti, caberá ao *ombudsman* receber questionamentos do investidor, sejam dúvidas sobre legislação aplicável ou oportunidades de investimentos, sejam questionamentos sobre situações específicas, como por exemplo, a morosidade na obtenção de licenças que estejam comprometendo a operação de um investimento. Nesse contexto, o *ombudsman* "analisa o

questionamento do investidor e o encaminha para seus contatos nos órgãos diretamente responsáveis pelo tema específico da dúvida ou dificuldade enfrentada pelo investidor".⁴²

Desse modo, os ACFIs estabelecem que cada Parte designará um *ombudsman* com o escopo de servir como canal de comunicação e apoio entre investidores e o Estado receptor. Este exercerá seu mandato com obrigações pré-estabelecidas, tendo o condão de propor ações específicas em busca da melhoria da governança em investimentos.⁴³ Cada Parte deverá designar um único órgão ou autoridade para que atue como *ombudsman* ou Ponto Focal, que deverá agir com dinamicidade e celeridade no contato com as Partes, sendo que do lado brasileiro, este arranjo institucional será instituído no âmbito da *Camex*.

Por fim, entre as funções previstas nos ACFIs para o *ombudsman* destacam-se: (i) seguir as diretrizes do Comitê Conjunto e interagir com o *ombudsman* da outra Parte, em consonância com o previsto nos acordos; (ii) conduzir as consultas e reclamações da outra Parte ou dos investidores da outra Parte do acordo com as autoridades governamentais competentes e realizar sugestões para solucionar os problemas levantados, informando oficialmente os interessados sobre do resultado de suas sugestões; (iii) prevenir ou mitigar disputas e facilitar sua resolução, conjuntamente com as autoridades estatais ou com entidades privadas pertinentes; (iv) prestar informações tempestivas às Partes sobre questões normativas relacionadas a investimentos e úteis ao caso e (v) relatar ao Comitê Conjunto suas atividades e ações quando adequado. Logo, conclui-se que este método preventivo foi designado com o objetivo de se tornar um mecanismo mais célere, que possibilita o acesso direto do investidor, sendo também menos custoso, se comparado aos mecanismos jurisdicionais arbitrais.

Nesta toada, faz-se necessário ressaltar que, nos ACFIs, o *ombudsman* foi criado sob inspiração do *Office of the Foreign Investment Ombudsman (OFIO)*, que opera no âmbito da *Korea Trade-Investment Promotion Agency (KOTRA)*,⁴⁴ na Coreia do Sul. Na elaboração dos dispositivos preventivos dos ACFIs, é sabido que autoridades brasileiras promoveram visita oficial ao escritório da KOTRA na Coreia do Sul para melhor compreender a estrutura deste órgão institucional, haja vista este "ter sido reconhecido como iniciativa bem-sucedida por diversas instituições internacionais relevantes, como a UNCTAD e a OCDE,⁴⁵ o que levou à adoção de mecanismo semelhante nos ACFIs".⁴⁶

Na Coreia do Sul, o *ombudsman* de investimentos, estabelecido pelo art. 15-2, da Lei de Promoção de Investimentos Estrangeiros de 1998, trata-se de um cargo comissionado, com indivíduo com elevado grau de instrução sobre o tema, instituído pelo Presidente da República, e assessorado por diversos *experts* em áreas afins à matéria investimentos.⁴⁷ Este serviço não possui custos e seu escopo primordial refere-se a recolher e avaliar informações sobre os problemas aventados pelos investidores, solicitar a cooperação no procedimento, demandando a implementação aos órgãos e agências administrativas pertinentes, propor novas políticas públicas para o melhoramento da promoção de investimentos no território das Partes e promover recomendações para resolver os problemas dos investidores estrangeiros.⁴⁸

Nos últimos anos, pode-se afirmar que os serviços do *ombudsman* sul-coreano têm mostrado grandes resultados. De 2005 a 2014 foram submetidos 3.748 casos ao *ombudsman*, sendo que, e desses, foram resolvidos 2.866 casos.⁴⁹ Entretanto, na Coreia do Sul, o arcabouço regulatório para a proteção e solução de investimentos estrangeiros não se restringe ao *ombudsman*. No caso de os mecanismos preventivos do *ombudsman* não dirimirem o problema, o investidor está apto a recorrer aos meios judiciais nacionais ou internacionais. Nesta última hipótese, traz-se à baila que a Coreia do Sul possui diversos tratados bilaterais de investimentos assinados desde a década de 1960 e acordos de livre comércio com capítulos sobre investimentos, em que neles está contida a cláusula de solução de controvérsias, instituindo a arbitragem investidor-Estado como método para resolução de controvérsias sobre investimentos. Logo, uma vez que a queixa não seja resolvida pelo *ombudsman*, o investidor poderá acionar a arbitragem de investimentos, sendo que, de acordo com o modelo de BIT sul-coreano de 2001, a instituição elegida para administrar o procedimento seria o Centro Internacional para Resolução de Disputas sobre Investimentos (ICSID).⁵⁰

Decerto, a inspiração para a criação de uma instituição estatal de apoio aos investidores estrangeiros possa ser interessante para o Brasil. O bom desempenho do *ombudsman* coreano torna tal modelo um paradigma razoável para a construção de organismo similar. No entanto, sua instituição por tratado internacional dificilmente é a melhor opção. Decerto, inexistente causa para excluir dos benefícios de tal estrutura os investidores de quaisquer países, não apenas os cobertos pelos tratados. As vantagens para o Brasil seriam maiores mediante a pura e simples instituição da entidade. Por outro lado, não há qualquer obrigação internacional de fazer com que o ponto focal nacional funcione bem; por conseguinte, é difícil imaginar que os investidores brasileiros vão encontrar nos *ombudsmen* uma qualidade institucional ou compromisso com a cooperação, maiores do que os existentes em qualquer outra instância administrativa do país hospedeiro.

É, também, evidente que os conflitos resolvidos pelo organismo coreano pouco ou nada tem a ver com as disputas levadas à arbitragem de investimentos. Os números são eloquentes: os 2.866 casos resolvidos em dez anos provavelmente não têm a complexidade e o vulto das poucas arbitragens internacionais de investimentos. O exercício inverso também é válido: observe-se qualquer caso levado ao ICSID e avalie-se o potencial de resolução por uma entidade do tipo do Ponto Focal. Ressalte-se, ainda, que as autoridades coreanas têm um incentivo maior para solucionar questões delicadas, dado haver, para investidores cobertos pelos acordos internacionais de investimentos em vigor para o país, elevado incentivo para resolver as controvérsias antes de estas escalarem para patamares mais custosos econômica e politicamente. Os ACFIs não contam, sequer, com essa alavancagem.⁵¹

Na prática, portanto, uma vez que as vias administrativas se revelem infrutíferas, cabe ao investidor avaliar a conveniência de iniciar litígio judicial ou, quando for o caso, arbitral, nos termos da lei do país receptor do investimento. A proteção mediante arbitragem entre Estados, dado o descomunal desgaste político que gera, fica reservada para situações extremamente graves, como as provocadas por nacionalizações e socializações massivas ou as que afetem empresas ou indivíduos com imensa influência sobre o governo.

4. Conclusão

A partir de uma simples análise lógica e jurídica do texto dos acordos recentemente firmados pelo Brasil observa-se um corpo inspirado na estrutura predominante nos APPRIs desde pelo menos os anos 1990, cravejada de instrumentos sugeridos no debate acadêmico e da sociedade civil nas últimas duas décadas. Para afastar qualquer risco destes causarem qualquer restrição ao estabelecimento de políticas governamentais, no entanto, optou-se por mecanismos imobilizadores, particularmente:

- "1. Definições de investimentos cobertos atreladas ao caráter *produtivo e duradouro*;
2. Disposições materiais restritas decorrentes, entre outras, da ausência de regra sobre tratamento justo e equitativo, da aplicação da cláusula de nação mais favorecida apenas para benefícios unilateralmente oferecidos por Parte a Estado terceiro e da tentativa errática de excluir as desapropriações regulatórias; e
3. Ausência de um sistema internacional de solução de controvérsias entre investidor e Estado".

Tais opções resultam em instrumentos insuficientes para proteger os investidores: pequenos, magros e banguelas, respectivamente.

Talvez os ACFIs jamais venham a ser confirmados pelo Congresso do próprio país que os criou. Talvez, dado seu caráter anódino, venham a ser confirmados, afinal de contas, não parecem fazer mal algum - exceto o de encerrar o país em posições que tornem difícil a negociação de acordos de investimento sérios, tanto com as Contrapartes que já assinaram, quanto com terceiros países. O que importa deixar claro, entretanto, é que tais acordos não são suficientes para oferecer proteção internacional aos investidores brasileiros no exterior.

É certo que, em vista da autoexecutoriedade dos acordos, investidores estrangeiros poderão se valer das disposições materiais para dar suporte a reclamações feitas no Brasil. Não obstante, qualquer possibilidade similar para os brasileiros no exterior depende exclusivamente dos direitos dos países receptores, o que está fora do objeto do presente artigo.

Portanto, em termos especificamente jurídicos, são poucas e incertas as vantagens que tais acordos instituem para os investidores brasileiros. A cautela recomenda, portanto, uma análise cuidadosa, com apoio de profissionais do país hospedeiro, do quadro regulatório e das efetivas idiossincrasias e perigos dos Ordenamentos locais. No mesmo sentido, para empreitadas de grande vulto a serem realizadas a despeito de instabilidade política e sistemas jurídicos patológicos, deve se ter em conta a necessidade de estabelecer uma boa estrutura de cláusulas de arbitragem e lei aplicável nas relações contratuais ou, sendo o caso, buscar guarida em APPRIs do país receptor do investimento com terceiros.

Correndo o risco, sempre elevado, de se dar ouvidos à sussurrante serpente de Cassandra, o pior cenário possível é o de que tais acordos, uma vez ratificados, criem óbices e argumentos de natureza política que venham a impedir qualquer aproximação brasileira dos termos que vem sendo estabelecidos nos principais acordos internacionais, de caráter plurilateral e alcance econômico substancial. É aí que se destaca a centralidade dos sistemas atributivos de direitos subjetivos de direito internacional aos investidores, os quais possam ser exercidos diretamente mediante arbitragens internacionais de investimentos ou, o que ainda parece improvável, um tribunal específico. Sem isso, mesmo investidores com grande capacidade econômica se convertem em reféns, sujeitos às variações políticas e jurídicas e dependentes da proteção diplomática, normalmente improvável dado o desgaste que implica para o país que a exerce.

A confiança nas muralhas é, muitas vezes, apenas ilusão.

5. Referências bibliográficas

Alschner, Wolfgang; Skougarevskiy, Dmitriy. The new gold standard? Empirically situating the TTP in the investment treaty universe. *Graduate Institute of International and Development Studies: Center for Trade and Economic Integration: Working Paper Series*, WP N IHEIDCTEI2015-08. Genebra: 2015. Disponível em: [http://graduateinstitute.ch/files/live/sites/iheid/files/sites/ctei/shared/CTEI/working_papers/CTEI%202015-8%20Alschner_Skougarevskiy_TTP.pdf]. Acesso em: 22.03.2016.

Alvarez, José E. Chapter 1: The Evolving BIT, In: Laird, Ian A.; Weiler, Todd J. (cords.). *Investment Treaty Arbitration and International Law*. Huntington: Juris-Net, 2010.

_____. The Return of the State. *Minnesota Journal of International Law*, vol. 20, n. 2. 2011. Disponível em: [<https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>]. Acesso em: 21.03.2016.

Blackaby, Nigel. Public interest and investment treaty arbitration. *Transnational Dispute Management*, vol. 1, n. 1, Voorburg: Maris, 2004.

Brasil. *Acordo e Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Chile*. Brasília, 23.11.2015. Acesso em: 30.01.2016.

_____. *Acordo e Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e o Governo da República da Colômbia*. Bogotá. 09.10.2015. Disponível em: [www.itamaraty.gov.br/images/ed_atosinter/20151009-ACFI-port2.pdf]. Acesso em: 15.02.2016.

_____. *Acordo e Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Maláui*. Brasília, 25.06.2015. Disponível em: [<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3472>]. Acesso em: 15.02.2016.

_____. *Acordo e Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos do México*. Brasília, 26.05.2015. Disponível em: [http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3458]. Acesso em: 30.01.2016.

Brower, Charles N. Concerns of the Nafta parties and civil society. *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law*, vol. 97, p. 251-257, 2003.

Buergethal, Thomas. Self-executing and non-self-executing treaties in national and international law. *Recueil des Cours*, vol. 235, p. 303-400, 1992.

Coreia do Sul. *Foreign Investment Ombudsman Annual Report 2014*. 2015. Disponível em: [http://125.131.31.47/Solars7DMME/004/15Foreign_Investment_Ombudsman_Annual_Report2014.pdf]. Acesso em: 05.02.2016.

_____. *Foreign Investment Promotion Act (Republic of Korea)*. Art. 15-2(1). Disponível em: [http://legal.un.org/avl/pdf/ls/Shin_RelDocs.pdf]. Acesso em: 26.01.2016.

Cozendey, Carlos Marcio Bicalho; Cavalcante, Pedro Mendonça. Novas perspectivas para acordos internacionais de investimentos - o Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI). *Cadernos de Política Exterior*, vol. 1, n. 2, p. 87-109, Brasília, out. 2015.

Costa, José Augusto Fontoura. Tentações, reputação e cultura: imparcialidade na arbitragem entre investidores e Estados. *Revista de Arbitragem* 21/30-63, São Paulo: Ed. RT, 2009.

_____. Aplicação do GATT no Brasil e tributos discriminatórios: o caso dos veículos importados. *Revista de Direito Empresarial* 11/25-41, 2014.

_____. Comparing WTO Panelists and ICSID Arbitrators: the Creation of International Legal Fields. *Oñati Socio - Legal Series* 4/1-25, 2011.

_____. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. *Proteção internacional do investimento estrangeiro no Mercosul*. Florianópolis: Gedai, 2012.

_____; Gabriel, Vivian Daniele Rocha. O Brasil, ACFIs e a arbitragem de investimentos. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação* 8/63-81, 2015.

Dolinger, Jacob. Brazilian Supreme Court solutions for conflicts between domestic and international law: an exercise in eclecticism. *Capital University Law Review* 22/1041-1093, 1993.

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

Harten, Gus van. *Investment treaty arbitration and public law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

_____. The public-private distinction in the international arbitration of individual claims against the state. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, n. 2, 2007.

_____; Loughlin, Martin. Investment treaty arbitration as a species of global administrative law. *European Journal of International Law*, v. 17, n. 1, Florença: European University Institute, 2006.

Heywood, Andrew. *Politics*. 4. ed. New York: Palgrave Macmillan, 2013.

International Centre for Settlement of Investment Disputes. *Emilio Augustin Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case n. ARB/97/7, Award, 13.11.2000.

International Centre for Settlement of Investment Disputes. *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case n. ARB(AF)/97/1, Award, 30.08.2000.

International Centre for Settlement of Investment Disputes. *Waste Management Inc. v. United Mexican State (Number 2)*, ICSID Case n. ARB(AF)/98/2, Award, 30.04.2004.

Kindleberger, Charles P. *The world in depression: 1929-1939*. Berkeley: University of California Press, 1973.

Kurtz, Jurgen. A General investment agreement in the WTO? Lessons from Chapter 1 of NAFTA and the OECD Multilateral Agreement on Investment. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 23, p. 713-789, 2002.

Lowenfeld, Andreas F. *International Economic Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

Luís, Daniel Tavela; Costa, José Augusto Fontoura. Repúblicas bolivarianas e o ICSID: será que o inimigo não é outro? *Anuário Mexicano de Direito Internacional*, vol. XVI. Unam, 2016. 20 p. Disponível em: [www2.juridicas.unam.mx/2016/01/28/republicas-bolivarianas-e-o-icsid-sera-que-o-inimigo-nao-e-outro]. Acesso em: 21.03.2016.

Mabey, Nick. Defending the legacy of Rio: the civil society campaign against the MAI. In: Picciotto, Sol; Mayne, Ruth (orgs.). *Regulating International Business - Beyond Globalization*. Londres: MacMillan Press, 1999.

Marotta Rangel, Vicente. Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 62, n. 2, p. 81-134, 1967.

Molle, Willem. *Global Economic Institutions*. London: Routledge, 2003.

Monebhurrin, Nitish. Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7, n. 1, 2016.

Nasser, Rabih A; Nasser, Salem H; Sato, Nathalie S. T. Arbitragem no novo modelo brasileiro de acordos de investimento. *Revista Brasileira de Arbitragem e Mediação*, n. 47. p. 38-54, 2015.

Organization for Economic Co-operation and Development. *OECD Reviews of Regulatory Reform Korea Progress in Implementing Regulatory Reform*. OECD Publishing. Disponível em: [www.oecd.org/korea/41399033.pdf]. Acesso em: 26.01.2016.

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

Parra, Antonio. *The history of ICSID*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Peter, Wolfgang. *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1986.

Peterson, Luke. Norway proposes significant reforms to its investment treaty practices. *Investment Treaty News*. International Institute for Sustainable Development, 27.03.2008. Texto do modelo disponível em: [http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2873]. Acesso em: 21.03.2016.

Picciotto, Sol. Linkages in international investment regulation: the antinomies of the draft multilateral agreement on investment. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, n. 19, 1998.

_____. *Regulating Global Corporate Capitalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

Roberts, Anthea. Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of states. *The American Journal of International Law*, vol. 104, n. 2, p 179-225, 2010.

Rocha, Augusto de Rezende. *Parecer DAJ/138: criação de órgão de arbitragem internacional - BIRD*. 20.08.1964.

Scandiucci Filho, José G. O Brasil e os acordos bilaterais de investimentos. In: Amaral Júnior, Alberto; Sanchez, Michelle R. (orgs.). *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

Shin, Hi-Taek. Republic of Korea In: Brown, Chester (Ed). *Commentaries on selected model investment treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Souza, Renato Rezende de Campos. Cooperation and Facilitation Investment Agreement - CFIA. [apresentação de slides no World Investment Forum]. [s.l.], maio 2015. Disponível em: [http://unctad-worldinvestmentforum.org/wp-content/uploads/2015/03/Brazil_side-event-Wednesday_model-agreements.pdf]. Acesso em: 15.09.2015.

United Nations Conference on Trade and Development. *World Investment Report 2015: reforming international investment governance*. Genebra: UNCTAD, 2015.

_____. *Proceedings of the Washington and Lee University and UNCTAD Joint Symposium on international investment and alternative dispute resolution, held on 29 March 2010 in Lexington, Virginia, United States of America*. New York and Geneva: United Nations, 2011.

_____. *Recent trends in IIAs and ISDS*, n. 1. Genebra: United Nations, 2015.

_____. *World investment forum 2014: investing in sustainable development*. IIA Conference - 16.10.2014. Daniel Godinho. Disponível em: [<http://unctad-worldinvestmentforum.org/wp-content/uploads/2014/10/Godinho.pdf>]. Acesso em: 16.02.2016.

_____. *World Investment Report 2015: Reforming international investment governance*. New York; Geneva: United Nations, 2015.

Waibel, Michael; Kaushai, Asha; Chung, Kyi-Hwa Liz; Balchin, Claire (orgs.) *The backlash against investment arbitration: perceptions and reality*. Alphen aan den Rijn: Wolters/Kluwer, 2010.

Pesquisas do Editorial

- O FORMATO DOS ACORDOS BILATERAIS ENTRE OS PAÍSES LATINO-AMERICANOS E OS ESTADOS UNIDOS: UMA BARGANHA POSITIVA?, de Thalís Ryan de Andrade - RDCI 61/2007/268
- PERSPECTIVAS AO ACORDO SOBRE MEDIDAS DE INVESTIMENTOS RELATIVAS AO COMÉRCIO (TRIMS) PERANTE A OMC: INVESTIMENTOS E TRANSFER PRICING, de Ataíde Marcelino Júnior - RTrib 62/2005/11