



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Ely Caetano Xavier Junior

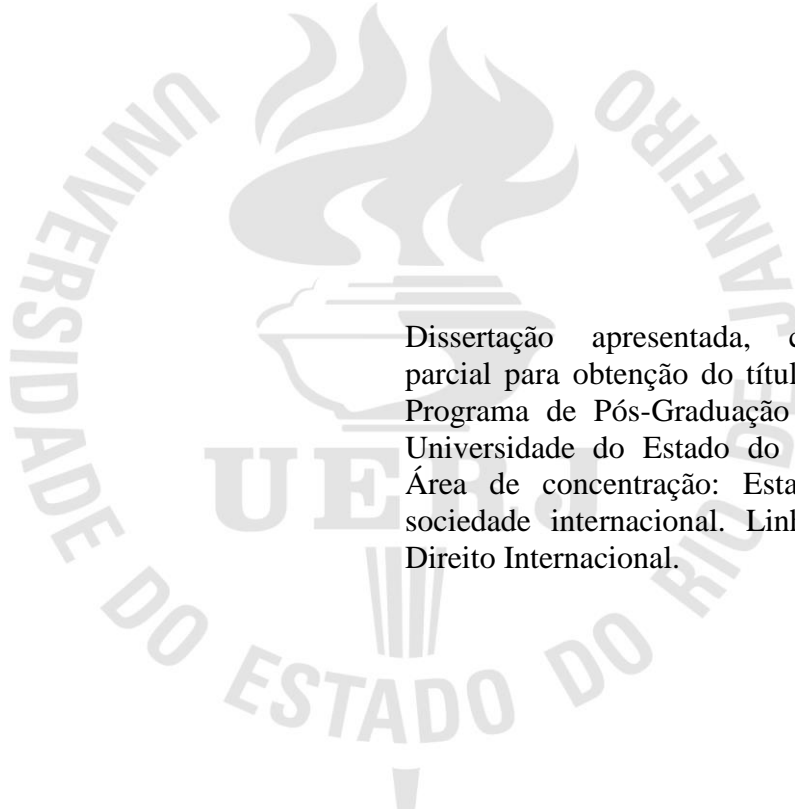
**Direito internacional dos investimentos e o Brasil: uma perspectiva a partir
do padrão de tratamento justo e equitativo**

Rio de Janeiro

2014

Ely Caetano Xavier Junior

Direito internacional dos investimentos e o Brasil: uma perspectiva a partir do padrão de tratamento justo e equitativo



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Estado, processo e sociedade internacional. Linha de pesquisa: Direito Internacional.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Marilda Rosado de Sá Ribeiro

Rio de Janeiro

2014

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

X3 Xavier Junior, Ely Caetano.

Direito internacional dos investimentos e o Brasil : uma perspectiva a partir do padrão de tratamento justo e equitativo / Ely Caetano Xavier Junior. – 2014.
279 f.

Orientadora: Profa. Dra. Marilda Rosado de Sá Ribeiro.

Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito internacional público - Teses. 2. Investimentos estrangeiros – Teses. I. Ribeiro, Marilda Rosado de Sá. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 341

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Ely Caetano Xavier Junior

Direito internacional dos investimentos e o Brasil: uma perspectiva a partir do padrão de tratamento justo e equitativo

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Estado, processo e sociedade internacional. Linha de pesquisa: Direito Internacional.

Aprovada em 26 de junho de 2014.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dra. Marilda Rosado de Sá Ribeiro (Orientadora)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof.^a Dra. Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Diego Pedro Fernández Arroyo
École de Droit de SciencesPo Paris

Rio de Janeiro

2014

DEDICATÓRIA

A minha mãe Vera, com todo o amor, como sempre, como em tudo, pela plenitude da existência e pela brevidade do instante; pela imensidão do universo e pela simplicidade do fragmento.

AGRADECIMENTOS

Na inabalável certeza de que cada átimo apenas existiu porque deveria existir, agradeço a Deus [inteligência superior, força criadora, antecedência universal] pela existência de todas as coisas.

Minha mais incondicional gratidão a minha mãe Vera – “essa total explicação da vida, esse nexos primeiro e singular” (Drummond de Andrade) – na certeza de que todo agradecimento jamais será suficiente. A minha avó Neiva (*in memoriam*) – nobreza encarnada na simplicidade – serei grato *in aeternum* por ser meu exemplo da mais pura ética e da mais imparcial equidade. A minha tia Juciara, por guarnecer a infância de sorrisos e por fazer mais amena a travessia das tempestades, e a minha prima Heloisa, que comigo partilha a dádiva de levar nossa história à posteridade, deixo meus agradecimentos.

Agradeço a minha orientadora, Prof.^a Dr.^a Marilda Rosado de Sá Ribeiro – “*not [only] a teacher, but an awakener*” (Robert Frost) – pela confiança e pela generosidade de compartilhar seus conhecimentos. Igualmente agradeço à (eterna orientadora) Prof.^a Dr.^a Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues, fonte de inspiração, por todas, muitas, incontáveis lições, sempre repletas de afetuosidade. Ainda que todos os méritos desse trabalho se devam a Carmen e Marilda, os incontáveis erros são exclusivamente meus.

Meu sincero agradecimento a Emília Lana de Freitas Castro, pois “*Glücklich! glücklich! Dich hab’ ich gefunden, hab’ aus Millionen dich umwunden*” (Friedrich Schiller) para compartilhar as incertas angústias e, sobretudo, as plácidas alegrias.

A Nathalie Leite Gazzaneo minha pura amizade e profunda admiração por “*anstatt nur gütig zu sein, [sich bemühen] einen Zustand zu schaffen, der die Güte ermöglicht*” (Bertold Brecht).

Um incomensurável agradecimento a Thássila Rocha Uatanabe pela leal e valiosa companhia e amizade há mais de uma década: dos bancos escolares às barras dos tribunais.

Muito obrigado às mais belas “flores raras e banalíssimas” (Carmen Oliveira) que me foram ofertadas pela vida: Ana Valéria Lessa, Carolina Azevedo, Cláudia Toledo, Fernanda Fadda, Fernanda Volpon, Ilana Zeitoune, Patrícia Fiad (*guru* da Haia) e Simone Mitri. Um especialíssimo agradecimento a Rita Mattos, que reconheceu em mim a inquietude científica e soube despertar o encanto pela pesquisa. Aos colegas e amigos, um agradecimento pela inestimável lealdade: Alexandre Arlota, Alberto Lopes, Bruno Almeida, Fábio Morosini, Leonardo Oliveira e Pedro Menezes. Para os sócios do *Apfelstrudel Advogados Associados*

meu agradecimento pelos momentos alegres e meu desejo de muito sucesso na imensidão do futuro.

Pelos desafios que fortalecem, agradeço à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, minha *alma mater*, registrando o especial agradecimento a Sônia Leitão – chefe da secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito – cujas doçura e eficiência sempre tornaram nossos caminhos menos tortuosos.

Aos meus alunos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, agradeço por me ensinarem a compartilhar o pouco que aprendi, em meu incansável exercício de acreditar que “as gerações que nos sucedem são melhores do que as nossas” (Oscar Tenório).

Registo igualmente meus agradecimentos ao Programa de Formação de Recursos Humanos nº 33, uma iniciativa da Petrobras em parceria com a Agência Nacional do Petróleo, pelo apoio financeiro para a execução da pesquisa e à Universidade de Londres pelas robustas bases de dados que me pertiriam acessar muitas das fontes que foram consultadas na elaboração do trabalho.

Ainda que sejam longas e taciturnas as horas das elucubrações acadêmicas, os momentos ao lado daqueles muitos que nos enobrecem suplantam os instantes de angústia: meu profundo agradecimento, pois, a todas as pessoas que contribuíram para a concretização desta *soi-disant* dissertação, estimulando-me intelectual e emocionalmente.

Que a felicidade não se ofenda por tomá-la como minha.

[...]

Me desculpe o tempo pelo tanto de mundo ignorado por segundo.

Me desculpe o amor antigo por sentir o novo como primeiro.

[...]

Me desculpe a árvore cortada pelas quatro pernas da mesa.

Me desculpem as grandes perguntas pelas respostas pequenas.

Verdade, não me dê excessiva atenção.

Seriedade, me mostre magnanimidade.

[...]

Me desculpe tudo, por não poder estar em toda parte.

Me desculpem todos, por não saber ser cada um e cada uma.

*Wisława Szymborska**

* SZYMBORSKA, Wisława. *Poemas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. Tradução de Regina Przybycien do original em polonês *Pod jedną gwiazdką*: “*Niech się nie gniewa szczęście, że biorę je jak swoje. [...] Przepraszam czas za mnogość przeoczonego świata na sekundę. | Przepraszam dawną miłość, że nową uważam za pierwszą. [...] Przepraszam ścięte drzewo za cztery nogi stołowe. | Przepraszam wielkie pytania za małe odpowiedzi. | Prawdo, nie zwracaj na mnie zbyt bacznej uwagi. | Powago, okaż mi wspaniałomyślność. [...] Ścierp, tajemnico bytu, że nie mogę być wszędzie. | Przepraszam wszystkich, że nie mogę być każdym i każdą*”.

RESUMO

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

O crescente fluxo global de investimentos estrangeiros coloca o tema da regulação dos investimentos estrangeiros no cerne das preocupações do Direito Internacional. Em uma estrutura formal com diversos níveis, o Direito Internacional dos Investimentos passa por constantes readaptações e reconstruções. Diversas alternativas teóricas têm sido propostas para responder aos muitos questionamentos relativos ao futuro do Direito Internacional dos Investimentos. Ao longo das décadas, o Brasil optou por manter-se isolado do regime internacional de regulação de investimentos estrangeiros, de maneira que a questão permaneceu regulada inteiramente por um mosaico normativo disperso entre normas constitucionais e infraconstitucionais. O crescente papel do Brasil como país exportador de capitais – especialmente em virtude da expansão da indústria do petróleo e gás – levou à recente revisão das diretrizes de política externa em matéria de investimentos estrangeiros. A decisão de negociar acordos internacionais de investimentos pode trazer diversas consequências para o ordenamento jurídico doméstico, dentre as quais se destaca a interferência do padrão de tratamento justo e equitativo no exercício do poder regulatório pelo Estado. A recorrente invocação do padrão de tratamento justo e equitativo contrasta com as incertezas sobre seu conteúdo. Ainda que possa existir uma compatibilidade teórica entre esse padrão de tratamento e o Direito brasileiro, a exposição às interpretações criativas dos tribunais arbitrais pode representar um risco para o Brasil, que deve cuidadosamente avaliar a pertinência de incluir uma cláusula do padrão de tratamento justo e equitativo nos acordos atualmente em negociação.

Palavras-chave: Investimento estrangeiro. Regulação. Direito Internacional. Direito brasileiro. Tratamento justo e equitativo.

ABSTRACT

XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *International investment law and Brazil: perspective under the fair and equitable treatment standard*. Rio de Janeiro, 2014. 280 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

The increasing global flow of foreign capitals raises the issue of the regulation of foreign investments at the core of the concerns of International Law. With a multi-layered formal structure, International Investment Law undergoes continuous readjustment and reconstruction. Several theoretical alternatives have been proposed in order to answer many questions concerning the uncertain future of International Investment Law. Brazil has chosen to remain isolated from the international regime regulating foreign investment and this matter remained fully regulated by an untidy mosaic of constitutional and infra-constitutional rules. The growing role of Brazil as a capital-exporter country – especially due to the development of the oil and gas industry – has led to a recent revision of foreign policy guidelines regarding foreign investment. The decision of negotiating international investment agreements may have several consequences to the domestic legal system. Standing out as one of the key consequences is the interference of the fair and equitable treatment standard in the exercise of regulatory powers by the State. The recurrent allusion to the fair and equitable treatment standard contrasts with the uncertainty about its normative content. Although there may be a theoretical compatibility between the fair and equitable treatment standard and the Brazilian law, the exposure of state measures to creative interpretations of arbitral tribunals may pose a risk to the country, which must carefully evaluate the appropriateness of including a clause on fair and equitable treatment standard in the agreements currently under negotiation.

Keywords: Foreign investment. Regulation. International Law. Brazilian law. Fair and equitable treatment.

LISTA DE ABREVIATURAS

| | |
|----------|---|
| ACFI | Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos |
| AGU | Advocacia-Geral da União |
| BACEN | Banco Central do Brasil |
| BIRD | Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento |
| BITs | Tratados bilaterais de investimento |
| CAFTA-DR | <i>Dominican Republic–Central America Free Trade Agreement</i> |
| CAMEX | Câmara de Comércio Exterior |
| CCJC | Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania |
| CDEIC | Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio |
| CETA | <i>Comprehensive Economic and Trade Agreement</i> |
| CFT | Comissão de Finanças e Tributação |
| CGU | Controladoria Geral da União |
| CMN | Conselho Monetário Nacional |
| COMESA | <i>Common Market for Eastern and Southern Africa</i> |
| CPA | Corte Permanente de Arbitragem |
| CREDN | Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional |
| DCFTA | <i>Deep and Comprehensive Free Trade Agreement</i> |
| ECOSOC | Conselho Econômico e Social das Nações Unidas |
| FET | <i>Fair and equitable treatment</i> tratamento justo e equitativo |
| FIRA | <i>Foreign Investment Review Act</i> |
| FMI | Fundo Monetário Internacional |
| FTAs | <i>Free Trade Agreement</i> Acordos de Livre Comércio |
| GATS | Acordo Geral sobre Comércio de Serviços |
| GATT | Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio |
| ICC | Câmara de Comércio Internacional de Paris |
| ICSID | <i>International Centre for Settlement of Investment Disputes</i> |
| IAs | <i>International Investment Agreements</i> |
| IISD | <i>International Institute for Sustainable Development</i> |
| IPOs | Oferta pública inicial de ações |
| MDIC | Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior |
| MERCOSUL | Mercado Comum do Sul |
| MIA | <i>Multilateral Agreement on Investment</i> |

| | |
|----------|---|
| MIGA | <i>Multilateral Investment Guarantee Agency</i> |
| MRE | Ministério das Relações Exteriores |
| NAFTA | <i>North American Free Trade Agreement</i> |
| OCDE | Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico |
| OECE | Organização Europeia de Cooperação Econômica |
| OIC | Organização Internacional do Comércio |
| OMC | Organização Mundial do Comércio |
| ONU | Organização das Nações Unidas |
| RDE | Registro Declaratório Eletrônico |
| SCC | <i>Stockholm Chamber of Commerce</i> |
| SISBACEN | Sistema de Informações Banco Central |
| SUMOC | Superintendência da Moeda e do Crédito |
| TIFAs | <i>Trade and Investment Framework Agreements</i> |
| TPP | <i>Trans-Pacific Partnership Agreement</i> |
| TRIMS | <i>Trade Related Investment Measures Agreement</i> |
| TRIPS | Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio |
| TTIP | <i>Transatlantic Trade and Investment Partnership</i> |
| UNCITRAL | Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional |
| UNCTAD | Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento |

SUMÁRIO

| | |
|---|-----|
| INTRODUÇÃO | 13 |
| 1 DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS | 20 |
| 1.1 Esforços internacionais para a regulação dos investimentos estrangeiros | 21 |
| 1.1.1 <u>Organização das Nações Unidas (ONU)</u> | 21 |
| 1.1.2 <u>Banco Mundial</u> | 26 |
| 1.1.3 <u>Organização Mundial do Comércio (OMC)</u> | 28 |
| 1.1.4 <u>Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)</u> | 38 |
| 1.2 Acordo Multilateral de Investimentos: desdobramentos do projeto | 40 |
| 1.3 Tratados bilaterais de investimento | 49 |
| 1.4 A nova geração dos acordos internacionais de investimentos | 56 |
| 1.5 A solução de controvérsias entre investidores estrangeiros e Estados hospedeiros ... | 67 |
| 1.6 A importância dos investimentos estrangeiros para a indústria de petróleo e gás | 73 |
| 1.7 O futuro do Direito Internacional dos Investimentos: “<i>law at the crossroads</i>” | 79 |
| 1.7.1 <u>Entre <i>lex specialis</i> e costume internacional</u> | 81 |
| 1.7.2 <u>Multilateralização <i>de facto</i> e governança global</u> | 85 |
| 1.7.3 <u>Para além dos Estados: a teoria do direito administrativo global</u> | 93 |
| 2 INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS NO DIREITO BRASILEIRO | 107 |
| 2.1 A posição brasileira sobre a proteção do investidor estrangeiro | 107 |
| 2.2 Os tratados bilaterais de investimento do Brasil: análise dos desdobramentos | 119 |
| 2.3 Regulação dos investimentos estrangeiros no Direito brasileiro | 132 |
| 2.3.1 <u>Os investimentos estrangeiros na Constituição Federal</u> | 132 |
| 2.3.2 <u>Regulação infraconstitucional do investimento estrangeiro</u> | 149 |
| 2.3.2.1 <u>Conceito de investimento estrangeiro no Direito brasileiro</u> | 150 |
| 2.3.2.2 <u>Procedimento para ingresso do investimento estrangeiro</u> | 157 |
| 2.3.2.3 <u>Tratamento do investimento estrangeiro</u> | 162 |
| 2.3.2.4 <u>Remessa de lucros e repatriação do investimento estrangeiro</u> | 166 |
| 2.4 Ecos da regulação do investimento estrangeiro na jurisprudência brasileira | 169 |
| 2.5 Exportação de capitais e revisão da posição política: os novos tratados bilaterais de investimento do Brasil | 171 |
| 3 TRATAMENTO JUSTO E EQUITATIVO | 187 |

| | |
|--|-----|
| 3.1 Os universos do Direito Internacional dos Investimentos e a relevância do padrão de tratamento justo e equitativo | 187 |
| 3.2 A evolução do padrão de tratamento justo e equitativo nos acordos internacionais de investimentos | 191 |
| 3.3 Articulação entre o padrão de tratamento justo e equitativo e o “<i>international minimum standard</i>” | 199 |
| 3.4 Elementos do padrão de tratamento justo e equitativo no Direito Internacional dos Investimentos | 205 |
| 3.4.1 <u>Tutela das expectativas legítimas</u> | 206 |
| 3.4.2 <u>Consistência, estabilidade, previsibilidade e segurança jurídica</u> | 213 |
| 3.4.3 <u>Transparência</u> | 217 |
| 3.4.4 <u>Ausência de arbitrariedade, proporcionalidade e razoabilidade</u> | 218 |
| 3.4.5 <u>Boa-fé</u> | 220 |
| 3.4.6 <u>Devido processo legal</u> | 221 |
| 3.5 Análise empírica de laudos arbitrais recentes e potenciais impactos do padrão de tratamento justo e equitativo no ordenamento jurídico nacional | 223 |
| CONCLUSÃO | 237 |
| REFERÊNCIAS | 251 |

INTRODUÇÃO

A regulação dos investimentos estrangeiros constitui uma antiga e complexa preocupação do Direito Internacional. Embora a questão tenha sido tratada, por séculos, no âmbito das regras originadas Direito Internacional Público, os desdobramentos jurídicos e econômicos contemporâneos recolocaram os investimentos estrangeiros no centro dos temas econômicos do Direito Internacional.

A ideia de elaboração de normas uniformes e específicas para reger o fluxo de investimentos em escala global é resultado de uma necessidade recente. No entendimento de Alvarez, quando “*the pharaohs of Egypt mined tin for forging bronze far from their shores or when the Phoenicians invested in ancient Israel there was no recognizable global law to govern these cross-border investments*”.¹ As questões relativas aos investimentos estrangeiros foram, desde então, tratadas no âmbito das normas originadas do costume internacional em matéria de tratamento dos estrangeiros e de sua propriedade.²

Poucos desenvolvimentos normativos específicos sobre os investimentos estrangeiros foram feitos até a segunda metade do século XX.³ Nesse sentido, a Corte Internacional de Justiça, no julgamento do caso *Barcelona Traction* em 1970, identificou o descompasso, então existente, entre a expansão das atividades internacionais das empresas transnacionais e a evolução da disciplina jurídica dos investimentos estrangeiros,⁴ nos seguintes termos:

Considering the important developments of the last half-century, the growth of foreign investments and the expansion of international activities of corporations, in particular of holding companies, which are often multinational, and considering the

¹ ALVAREZ, Jose Enrique. The Public International Law regime governing international investment. *Recueil des Cours*, v. 344, p. 197-541, 2011, p. 203. Em tradução livre: os faraós do Egito extraíam estanho para forjar bronze longe de suas costas ou quando os fenícios investidos em Israel antigo, não havia nenhuma lei global identificável para governar esses investimentos transfronteiriços.

² MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1058-9.

³ Uma retrospectiva histórica da fase pré-moderna da regulação dos investimentos é feita por ZERBINI, Eugênia C. G. de Jesus. *O regime internacional dos investimentos: sistemas regional, multilateral, setorial e bilateral*. São Paulo, 2003. 250 f. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 13-22. De acordo com Zerbini, nessa fase, a proteção dos investimentos estrangeiros encontrava-se inserida no âmbito da proteção dos estrangeiros e vinculada ao instituto da proteção diplomática, como ficou evidente pelos casos da Usina de *Chorzow*, dos interesses alemães na Alta Silésia e das concessões *Mavrommatis* na Palestina, julgados pela Corte Permanente de Justiça Internacional.

⁴ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 511.

*way in which the economic interests of states have proliferated, it may at first sight appear surprising that the evolution of the law has not gone further and that no generally accepted rules in the matter have crystallized on the international plane.*⁵

Nas últimas décadas, entretanto, houve uma exponencial proliferação de estudos sobre a regulação dos investimentos estrangeiros: uma natural consequência da multiplicação de acordos internacionais de investimentos, principalmente na forma de tratados bilaterais de investimento. Outro fenômeno relevante para a expansão do Direito Internacional dos Investimentos, mais evidente a partir da década de 80, foi o aumento de procedimentos arbitrais em matéria de investimentos.⁶

Ao contrário de outros temas da agenda econômica internacional, o Direito Internacional dos Investimentos continuou a se desenvolver na ausência de um conjunto global único de regras jurídicas. Enquanto o multilateralismo dominou as relações internacionais no âmbito do comércio internacional e da regulação do sistema financeiro, através da criação da Organização Mundial do Comércio (OMC) e do Fundo Monetário Internacional (FMI), várias tentativas de estabelecer um acordo multilateral de investimentos falharam.⁷

Do ponto de vista formal, portanto, o Direito Internacional dos Investimentos, encontra-se disperso em diversos níveis e formas de regulamentação. No nível multilateral, há acordos setoriais que contêm esparsamente disposições sobre investimentos estrangeiros. Além disso, existem as regras dos mecanismos de solução de controvérsias, que afetam muito indiretamente a regulação substancial da matéria. Em outra frente, observam-se instrumentos variados de caráter não-vinculante, que podem ser considerados *soft law*.⁸ Em nível regional, delineiam-se acordos ora específicos ora setoriais que tentam regulamentar com maior ou menor efetividade as relações de investimento que envolvem grupos mais ou menos

⁵ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain). Judgment, 5 fev. 1970. *ICJ Reports*, 1970, p. 46-7. Em tradução livre: Considerando a importância dos desenvolvimentos da metade do último século, o crescimento dos investimentos estrangeiros e a expansão das atividades internacionais das empresas, em particular das *holding companies*, que muitas vezes são multinacionais, e considerando a forma como os interesses econômicos dos Estados proliferaram, pode parecer, à primeira vista, surpreendente que a evolução do Direito não tenha ido muito além e que regras geralmente aceitas sobre esses assuntos não tenham sido estabelecidas no plano internacional.

⁶ SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 1.

⁷ LEAL-ARCAS, Rafael. The multilateralization of International Investment Law. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, v. 35, p. 109, 2009.

⁸ GUZMAN, Andrew T.; MEYER, Timothy L. International soft law. *Journal of Legal Analysis*, v. 2, n. 1, p. 171-225, 2010.

abrangentes de países, havendo em alguns casos sobreposição de instrumentos. Com expressividade muito maior, existem inúmeros tratados bilaterais de investimento que determinam a tônica bilateral do regime internacional atual.⁹

A regulação internacional de investimentos estrangeiros mostra-se um complexo campo de estudo, até mesmo porque o substrato material da regulação constitui isoladamente um objeto controverso. A definição de investimento estrangeiro tem dupla importância para o Direito Internacional dos Investimentos. Em primeiro lugar, há uma exigência teórica de definição do objeto material de estudo do Direito Internacional dos Investimentos. Em segundo lugar, há duas questões práticas fundamentais que dependem da definição de investimento estrangeiro: (a) a caracterização de determinada transação econômica internacional como investimento, de maneira que a ela possam ser aplicadas as regras jurídicas – nacionais ou internacionais – específicas, e (b) a fixação de jurisdição para os tribunais arbitrais com atribuição para solução de controvérsias relativas a investimentos.¹⁰

Verifica-se, da análise dos precedentes arbitrais, que a questão da definição dos investimentos estrangeiros suscita ao menos dois problemas. O primeiro deles diz respeito à existência e/ou necessidade de uma definição *a priori* de investimentos estrangeiros. O segundo problema, na hipótese de uma resposta afirmativa para o primeiro, recai sobre os elementos ou critérios que devem compor a definição de investimento estrangeiro e sobre sua interpretação.¹¹

Essas considerações sobre a definição de investimentos estrangeiros permitem aferir a importância da jurisprudência arbitral para o Direito Internacional dos Investimentos. Na ausência de instrumentos de regulação globais, cabe à arbitragem conferir densidade normativa a conceitos como tratamento justo e equitativo (*fair and equitable treatment*) e proteção e segurança integrais (*full protection and security*).¹²

⁹ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. New York: Oxford, 2008, p. 20-21.

¹⁰ GILLES, Anne. *La définition de l'investissement international*. Bruxelles: Larcier, 2012, p. 222; MANCIAUX, Sébastien. The notion of investment: new controversies. *Journal of World Investment and Trade*, v. 9, n. 6, p. 443-466, 2008, p. 464-5.

¹¹ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. As (in)definições de investimentos estrangeiros. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 11-43.

¹² SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart, 2008, p. 117. Eis a opinião do autor: “While the main principles are not fully settled, and state practice and efforts made within and outside of the UN point in conflicting directions, the decisions of international courts and tribunals on these matters have been relied upon to deduce the rules applicable not only to expropriation and compensation, but also to the meaning of the terms ‘fair and equitable treatment’, ‘due process of law’, and ‘full protection and security’”.

A intensa atividade dos tribunais, entretanto, tem sido – ao mesmo tempo – fonte de importantes críticas à regulação internacional dos investimentos estrangeiros. A interpretação extensiva de padrões de tratamento do investidor estrangeiro – em especial do padrão de tratamento justo e equitativo – tem levado alguns críticos a apontar o sistema internacional de regulação dos investimentos estrangeiros como altamente protetivo para o investidor estrangeiro em detrimento dos direitos de regulação do Estado hospedeiro. O distanciamento das doutrinas tradicionais do Direito Internacional Público, baseadas nos institutos da proteção diplomática, da responsabilidade internacional do Estado e do tratamento mínimo do estrangeiro, e a inclusão de conceitos como a legítima expectativa do investidor estrangeiro e a expropriação indireta levaram Surya Subedi a identificar uma tendência de migração do Direito Internacional dos Investimentos “*from international minimum to maximum standard of treatment*”.¹³

Igualmente conexo ao tema dos investimentos estrangeiros é o estudo do exercício dos direitos econômicos pelo estrangeiro, o qual pode refletir – em certa medida – o “grau de civilização e de humanitarismo” do Estado hospedeiro.¹⁴ Nesse âmbito, tem especial relevância a disciplina das pessoas jurídicas, em especial no que se refere às questões da atribuição da nacionalidade, do reconhecimento de personalidade jurídica e das restrições de atuação.¹⁵

Em um contexto econômico, “em que muitas vezes a empresa estrangeira é mais poderosa do que o próprio Estado”,¹⁶ o tema dos contratos celebrados com o Estado assume importância estratégica.¹⁷ É inegável, nesse âmbito, a repercussão da atuação das empresas transnacionais na construção do arcabouço jurídico de regulação dos investimentos estrangeiros, especialmente através da prática arbitral.¹⁸ Fernández Arroyo comenta, em

¹³ SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart, 2008, p. 140. A crítica pode ser traduzida como: do mínimo ao máximo padrão internacional de tratamento.

¹⁴ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.207 e 234.

¹⁵ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.508-520.

¹⁶ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1070.

¹⁷ CASTRO, Emília Lana de Freitas. Os contratos de investimentos. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 99-114, p. 108.

¹⁸ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA,

relação à atuação das empresas transnacionais, que “*las empresas, como los seres humanos, han experimentado el vértigo de la movilidad y la ubicuidad facilitadas por la globalización*”.¹⁹

Evidencia-se, com breves considerações, que a regulação jurídica dos investimentos estrangeiros “produz impactos sobre diversas ordens de macrointeresses existentes na ordem internacional”,²⁰ as quais apresentam múltiplos reflexos nos ordenamentos jurídicos dos Estados hospedeiros de investimentos estrangeiros.

Historicamente, o Brasil decidiu manter-se isolado do regime internacional que, em paralelo, se desenvolvia. Sem haver aderido à Convenção de Washington de 1965 (*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*), o Brasil optou por assinar tratados bilaterais de investimento apenas na década de 90. Esses acordos, embora encaminhados ao Congresso Nacional, não foram afinal ratificados. O retrocesso brasileiro surgiu do receio de efeitos inesperados dos acordos internacionais de proteção e promoção de investimentos. Além disso, o fluxo de investimentos estrangeiros para o país não se mostrou afetado pela posição cautelosa do Governo brasileiro.²¹ Mesmo assumido posição de destaque como país importador e exportador de capitais no panorama latino-americano, o Brasil manteve sua política de isolamento no que tange à regulação dos investimentos estrangeiros, sendo reiteradamente citado como um contraponto ao regime internacional.

O contínuo crescimento da atuação transnacional das empresas brasileiras poderia – como sempre ponderaram muitos especialistas – servir de justificativa para a revisão dessa posição.²² Nesse sentido, no final de 2013, o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e

Antônio Celso Alves (Orgs). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 455-492, p. 485.

¹⁹ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. *Un derecho comparado para el Derecho Internacional Privado de nuestros días*. Chía: Ibáñez, 2012, p. 29.

²⁰ VIDIGAL, Geraldo de Camargo; VIDIGAL, Geraldo Facó; VIDIGAL NETO, Geraldo de Carmargo. Panorama jurídico-econômico dos investimentos transnacionais: análise crítica. In: CASELLA, Paulo Borba; CELLI JUNIOR, Umberto; MEIRELLES, Elizabeth de Almeida; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (Org.). *Direito Internacional: humanismo e globalidade*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 599-618, p. 617.

²¹ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 264.

²² BABIY, Larisa; SHEIKH, Adam Czewoja; XHERAJ, Blerina. Should Mexico join ICSID? *Graduate Institute of International and Development Studies Centre for Trade and Economic Integration Working Papers*, n. 6, 2012, p. 83. WHITSITT, Elizabeth; VIS-DUNBAR, Damon. Investment Arbitration in Brazil: Yes or No? *Investment Treaty News*, 30 nov. 2008. Disponível em: <http://www.iisd.org/itn/2008/11/30/investment-arbitration-in-brazil-yes-or-no/>. Acessado em 10 ago. 2013. ROSS, Alison. Brazil's BIT dilemma. *Global*

Comércio Exterior enviou missões comerciais ao continente africano para iniciar as negociações de acordos internacionais de investimentos com quatro parceiros: África do Sul, Angola, Moçambique e Nigéria. Embora os exatos termos dos acordos em negociação não sejam ainda conhecidos, vislumbra-se uma mudança de posição que poderá aproximar o Brasil do regime internacional de regulação de investimentos estrangeiros. Essa mudança de orientação da política externa tem como um de seus objetivos a proteção das empresas brasileiras que atual no exterior, dentre as quais se destacam as empresas envolvidas na indústria do petróleo.²³

A motivação para o presente estudo surge precisamente do descompasso entre a regulação jurídica dos investimentos estrangeiros no mundo e no Brasil. Pretende-se contribuir com elementos que auxiliem a análise crítica da posição brasileira, abordando especificamente os impactos potenciais do Direito Internacional dos Investimentos no Brasil e as alternativas existentes para o futuro da política brasileira nesse setor.

A amplitude temática envolvida na regulação dos investimentos estrangeiros, entretanto, exige – em nossa opinião – uma delimitação do escopo da análise. Nesse sentido, optou-se por abordar especificamente o padrão de tratamento justo e equitativo (*fair and equitable treatment*), cuja abstração conceitual foi progressivamente preenchida pelos tribunais arbitrais com elementos que o tornaram um dos mais importantes padrões de tratamento do Direito Internacional dos Investimentos, em virtude de sua influência no poder regulatório dos Estados.²⁴ A exposição do tema apresenta-se dividida em três capítulos.

No capítulo 1, analisa-se o regime internacional de regulação dos investimentos estrangeiros da perspectiva das tentativas de regulamentação pelos diversos atores internacionais, abordando-se especificamente os tratados bilaterais de investimento e a nova geração de acordos internacionais de investimentos. As teorias sobre governança global – e,

Arbitration Review, v. 4, n. 6, dez. 2009. Disponível em: <http://globalarbitrationreview.com/news/article/19658/brazils-bit-dilemma>. Acessado em 15 fev. 2012.

²³ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento. Indústria e Comércio Exterior. *Missão brasileira negocia acordos de investimento com Angola e Moçambique*, 09 out. 2012. Disponível em: <http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=1¬icia=12727>. Acessado em 28 jan. 2014; BRASIL. Ministério do Desenvolvimento. Indústria e Comércio Exterior. *Missão ao Marrocos gera US\$ 4,8 milhões em negócios e expectativas de vendas*, 4 dez. 2013. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=1¬icia=12863>. Acessado em 28 jan. 2014.

²⁴ Nesse sentido, o *fair and equitable treatment* é denominado por Alvarez como “*the heart of the investment regime*”. ALVAREZ, Jose Enrique. The Public International Law regime governing international investment. *Recueil des Cours*, v. 344, p. 197-541, 2011, p. 319.

em especial, seus desdobramentos em direção ao direito administrativo global – são utilizadas como referenciais teóricos para apresentar as perspectivas futuras do tema.

O capítulo 2 se detém na análise da regulação jurídica dos investimentos estrangeiros a partir da perspectiva do Direito brasileiro. Comenta-se, inicialmente, com algum grau de precisão, a posição do Brasil em face do sistema internacional de regulação dos investimentos estrangeiros. Expõe-se, em seguida, a regulação constitucional, legal e infralegal dos capitais estrangeiros, para então se avaliar a jurisprudência eventualmente existente sobre essa matéria. Realiza-se uma análise pragmática das novas diretrizes da política externa brasileira em relação aos acordos internacionais de investimentos, apresentando-se os possíveis desdobramentos da atuação do Brasil, em vista dos mais recentes movimentos no cenário internacional.

O padrão tratamento justo e equitativo (*fair and equitable treatment*) é o objeto central do capítulo 3. A análise parte da elucidação das diferentes formas de previsão desse padrão nos acordos internacionais de investimentos para analisar detalhadamente os elementos constitutivos que os tribunais arbitrais puderam extrair desse padrão de tratamento. Em seguida, debruça-se sobre a questão da articulação do tratamento justo e equitativo com a doutrina do “*minimum international standard*” em matéria de tratamento de estrangeiros no âmbito do Direito Internacional Público. Realiza-se uma análise empírica dos laudos arbitrais recentes em matéria de tratamento justo e equitativo para, em seguida, comentar a existência de uma compatibilidade teórica com o Direito Administrativo brasileiro contemporâneo.

Espera-se que, ao final, o estudo ofereça subsídios teóricos e práticos para analisar criticamente a posição brasileira quanto ao sistema internacional de regulação jurídica dos investimentos estrangeiros, ao menos a partir da perspectiva do padrão de tratamento justo e equitativo, e para auxiliar no estabelecimento de diretrizes que apontem o futuro do Direito Internacional dos Investimentos no Brasil.

1 DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS

A sociedade contemporânea convive com um crescente fluxo de investimentos estrangeiros, em teias de crescente complexidade, que envolvem a presença global das empresas transnacionais. Com a desconstrução nas cadeias produtivas, novos desafios se apresentam à visão jurídica da regulação desses investimentos por parte dos Estados hospedeiros.²⁵ Nesse sentido, leciona Marilda Rosado de Sá Ribeiro que o Direito Internacional dos Investimentos consiste em um conjunto de padrões de tratamento emanados do Direito Internacional Econômico, além de princípios e regras específicas, incorporando-se a elas eventualmente as leis dos países hospedeiros.²⁶ Esse conjunto normativo assumiu maior importância ao passo que os fluxos globais de investimentos estrangeiros se intensificaram, como resultado de um processo de reestruturação da economia mundial após a crise dos anos 70.²⁷

Muitos foram os esforços desde o fim da Segunda Guerra Mundial, em diversos fóruns internacionais, para regular os investimentos estrangeiros de maneira multilateral (1.1), inclusive através da negociação, no âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), de um Acordo Multilateral de Investimentos (1.2). Entretanto, diante do insucesso dessas iniciativas, os investimentos estrangeiros passaram a ser regulados principalmente através dos tratados bilaterais de investimentos (1.3), que criaram um sistema de regulação atualmente em transição, em virtude do aparecimento de uma nova geração de acordos internacionais de investimentos (1.4). Em todos os acordos internacionais de investimento, a arbitragem internacional entre investidores estrangeiros e Estados hospedeiros (1.5) representa um importante mecanismo de efetivação dos direitos e deveres previstos nos acordos internacionais, contribuindo para a construção e consolidação do atual paradigma de regulação dos investimentos estrangeiros. Esse paradigma se encontra

²⁵ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. Introdução. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 1.

²⁶ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Expropriação: revisitando o tema no contexto dos estudos sobre investimentos estrangeiros. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 132.

²⁷ LAPLANE, Mariano Francisco. Fluxos de investimento e o processo de globalização. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Rattón (Coord.). *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 27-36, p. 28-9.

em uma encruzilhada teórica, para a qual algumas soluções doutrinárias têm sido propostas (1.6).

1.1 Esforços internacionais para a regulação dos investimentos estrangeiros

Embora a regulação dos investimentos estrangeiros tenha sido objeto de reflexão do Direito Internacional há muitas décadas, foi a partir do final da Segunda Guerra Mundial que se intensificaram os esforços para estabelecer um marco multilateral para o fluxo transnacional de capitais.²⁸ Diversas iniciativas foram conduzidas no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), do Banco Mundial, da Organização Mundial do Comércio (OMC) e da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

1.1.1 Organização das Nações Unidas (ONU)

Em 19 de dezembro de 1961, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) adotou a Resolução 1707 (XVI), que tratava do comércio internacional como o instrumento primário para o desenvolvimento econômico. A Resolução tinha como base a premissa de que o desenvolvimento econômico dos países deve repousar sobre seu esforço para utilizar todos os recursos produtivos. Além disso, a Resolução asseverava que, para que o esforço dos países alcançasse o objetivo desejado, era necessária uma expansão do comércio e um aumento dos investimentos estrangeiros.²⁹

Paralelamente, a Assembleia Geral expediu a Resolução 1710 (XVI), instituindo a década do desenvolvimento, a qual acabou por levar à fundação da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD). No documento, a Assembleia Geral reconhecia a crescente disparidade econômica entre os países desenvolvidos e os países

²⁸ ZERBINI, Eugenia C. G. de Jesus. Regras multilaterais sobre o investimento internacional. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Coord.). *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 125-149, p. 126.

²⁹ UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Resolution 1707 (XVI) International trade as the primary instrument for economic development*, 16 Dec. 1961.

em desenvolvimento. Dessa maneira, conclamava nos Estados, no artigo 2(b), a desenvolver políticas que garantissem aos países em desenvolvimento uma parcela igual dos lucros pela extração e comercialização de seus recursos naturais pelos investidores estrangeiros.³⁰

Depois da Segunda Guerra Mundial, com a independência política dos territórios coloniais, os países recém-independentes passaram a priorizar a conquista de independência econômica, rompendo com os acordos celebrados entre as antigas administrações coloniais e as metrópoles.³¹ Essa independência se fundamentava no fortalecimento da soberania econômica, como se observou na Resolução 1803 (XVII) de 14 de dezembro de 1962, sobre a soberania permanente sobre os recursos naturais. A Resolução afirmava que esse direito soberano deveria ser usado no interesse do desenvolvimento nacional e do bem-estar do povo.³² Dessa maneira, de acordo com a Resolução: “*the import of the foreign capital required for these purposes, should be in conformity with the rules and conditions which the peoples and nations freely consider to be necessary or desirable*”.³³

Nesse sentido, Marilda Rosado de Sá Ribeiro argumenta que:

O direito de autodeterminação dos povos e o direito à soberania permanente sobre os recursos naturais tornaram-se um dos pilares do novo Direito Internacional, espelhando, em alguns momentos críticos, os conflitos de interesses entre os países exportadores e importadores de capital. Alguns autores dedicaram-se a esta temática, como Brownlie, que no contexto de seu enfoque, do princípio da soberania permanente como uma “regra candidata” a ter status especial de *jus cogens*, analisou decisões clássicas.³⁴

³⁰ UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Resolution 1710 (XVI) United Nations Development Decade. A programme for international economic co-operation*, 16 Dec. 1961.

³¹ SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 21.

³² MAGALHÃES, José Carlos de. *Direito Econômico Internacional*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 96.

³³ UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Resolution 1803 (XVII) Permanent sovereignty over natural resources*, 14 Dec. 1962. Em tradução livre: a importação de capital estrangeiro necessário para esses objetivos devem estar em conformidade com as regras e condições que os povos e as nações livremente considerem necessárias e desejáveis.

³⁴ Para uma perspectiva mais aprofundada sobre a importância da Resolução 1803 de 14 de dezembro de 1962, cf. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

Note-se que a Resolução 1803 buscou alcançar certo equilíbrio entre os interesses polarizados de países exportadores e importadores de capitais “*by incorporating in one single instrument the issues of vital concern for both groups of states*”.³⁵

No início dos anos 70, a crise do petróleo causou profundo impacto no panorama internacional dos investimentos estrangeiros. Os países em desenvolvimento passaram a defender conjuntamente suas posições econômicas – também em virtude de sua maioria numérica na Assembleia Geral – e os países desenvolvidos mostravam-se apreensivos com os casos cada vez mais frequentes de expropriações de investimentos estrangeiros no setor de exploração de recursos naturais.³⁶ Mesmo com a edição da Resolução 1803, a soberania permanente sobre os recursos naturais “foi seguida por anos de agudização dos conflitos entre os dois polos de interesse: os países exportadores de capital e os países importadores de capital”.³⁷

Nesse ambiente, a demanda dos países em desenvolvimento por uma reestruturação radical dos sistemas comercial e financeiro internacionais culminou no estabelecimento da nova ordem econômica internacional (*new international economic order*), materializada na Resolução 3201 (S-VI) de 1º de maio de 1974 e na Resolução 3202 (S-VI) de 1º de maio de 1974.³⁸ A Resolução 3201, que continha os princípios da nova ordem econômica internacional, consagrava – entre eles – a soberania permanente sobre os recursos naturais, “*including the right to nationalization or transfer of ownership to its nationals, this right being an expression of the full permanent sovereignty of the State*”.³⁹ Na lição de Celso Mello, a nova ordem econômica internacional atua de maneira multidimensional, de maneira que todos os esforços econômicos, sociais, políticos e culturais possam convergir para a

³⁵ SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 23. Em tradução livre: incorporando, em um único instrumento, os aspectos de vital importância para ambos os grupos de Estados.

³⁶ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos investimentos e petróleo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 18, n. 1, p. 1-37, 2010, p. 28.

³⁷ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Soberania e expropriação: novas tendências do século XXI. In: RIO OIL & GAS EXPO AND CONFERENCE, 2008, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro: IBP, 2008, p. 3.

³⁸ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 73.

³⁹ UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Resolution 3201 (S-VI) Declaration on the Establishment of a New International Economic Order*, 1 May 1974. Em tradução livre: incluindo o direito de nacionalização ou transferência de propriedade para seus nacionais, tal direito sendo uma expressão da integral e permanente soberania do Estado.

finalidade comum de luta contra o subdesenvolvimento.⁴⁰ Optando pela utilização de princípios no lugar de regras, as declarações sobre a nova ordem econômica internacional “revelam, de um lado, a profundidade das divergências; de outro, o esforço para superá-las”.⁴¹

O processo de fortalecimento da nova ordem econômica internacional foi complementado pela Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, adotada pela Assembleia Geral na Resolução 3281 (XXIX) de 12 de dezembro de 1974.⁴² O documento estabelecia diversos princípios das relações econômicas internacionais, tendo como diretriz os interesses dos países em desenvolvimento.⁴³ Especificamente sobre os investimentos estrangeiros, a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados estabelece, em seu artigo 2º, que o Estado tem direito de “*regulate and exercise authority over foreign investment within its national jurisdiction in accordance with its laws and regulations and in conformity with its national objectives and priorities*”.⁴⁴ Embora sem caráter vinculante, lembra Celso Mello que a Carta “tem sido considerada, acima de tudo, como um ‘instrumento de luta’, ou ‘instrumento de incitação’”.⁴⁵

O programa de ação da nova ordem econômica internacional, estabelecido pela Resolução 3202, incluía a formulação pela Organização das Nações Unidas de um código de conduta para as empresas transnacionais.⁴⁶ Nesse sentido, diversos esforços foram conduzidos no âmbito da *United Nations Commission on Transnational Corporations*, criada pelo

⁴⁰ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1689.

⁴¹ MAGALHÃES, José Carlos de. *Direito Econômico Internacional*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 91.

⁴² RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Sovereignty over natural resources, investment law and expropriation: the case of Bolivia and Brazil. *The Journal of World Energy Law and Business*, v. 2, n. 2, p. 129-148, 2009, p. 136; UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *International investment instruments: key issues*. Geneva: United Nations, 2004, p. 11.

⁴³ MAGALHÃES, José Carlos de. *Direito Econômico Internacional*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 91-2. O destaque para os interesses dos países em desenvolvimento levou à aprovação da Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados em virtude de sua maioria numérica. Entretanto, entre reprovações e abstenções de cada uma das disposições da Carta, destacam-se os votos contrários de Bélgica, Canadá, Estados Unidos, França, Países Baixos, Reino Unido, Japão, Luxemburgo, Alemanha, Dinamarca, Irlanda e Itália.

⁴⁴ UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Resolution 3281 (XXIX) Charter of Economic Rights and Duties of States*, 12 Dec. 1974. Em tradução livre: [direito de] regular e exercer autoridade sobre investimentos estrangeiros sob sua jurisdição nacional, de acordo com suas leis e regulamentos e em conformidade com seus objetivos e prioridades nacionais.

⁴⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1691.

⁴⁶ SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 27.

Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC) em 1974. Diversas discussões se desenvolveram durante o final dos anos 70 e o início dos anos 80, resultando no projeto do Código de Conduta para Empresas Transnacionais.⁴⁷ Essa iniciativa de regulação surgiu em um momento de forte hostilidade às empresas transnacionais e de coesão entre os países em desenvolvimento no sentido de controlar os investimentos estrangeiros.⁴⁸

O preâmbulo do documento esclarecia o objetivo de maximização das contribuições das empresas transnacionais para o desenvolvimento e crescimento econômico, e de minimização dos efeitos negativos decorrentes das atividades destas empresas. O projeto de Código fixava uma série de obrigações às empresas transnacionais, dentre as quais se destacam (a) o respeito à soberania nacional dos países receptores, (b) o cumprimento das leis, regulamentos e práticas administrativas do país receptor, (c) o respeito às metas econômicas e aos objetivos e políticas de desenvolvimento do país receptor, (d) o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, (e) a não interferência nas atividades políticas internas do país receptor, (f) a abstenção de práticas de corrupção, (g) a promoção das exportações, (h) a diversificação e a utilização de bens, serviços e outros recursos nacionais, e (i) a preservação do meio ambiente.⁴⁹ Paralelamente às obrigações fixadas para as empresas transnacionais, o Código estabelecia também obrigações ao país receptor, como a de conceder tratamento justo e equitativo e tratamento nacional aos investidores, além de permitir a livre transferência de fundos.⁵⁰ O Código cuidava igualmente do direito de nacionalização e expropriação mediante compensação e da submissão das empresas transnacionais à jurisdição dos países receptores.⁵¹

⁴⁷ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Orgs). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 455-492, p. 482.

⁴⁸ FONSECA, Karla Closs. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 49-50.

⁴⁹ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 87.

⁵⁰ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Orgs). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 455-492, p. 479.

⁵¹ KOLK, Ans; VAN TULDER, Rob. Setting new global rules? TNCs and codes of conduct. In: UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Transnational corporations*, v. 14, n. 3, 2005, p. 6-14.

Uma versão definitiva do Código de Conduta para Empresas Transnacionais nunca foi adotado pela Organização das Nações Unidas, em virtude das várias divergências entre os países envolvidos na redação do documento.⁵² Nesse sentido, assevera Marilda Rosado de Sá Ribeiro que “os países desenvolvidos contribuíram muito para o enfraquecimento da iniciativa de formulação de um código, ao se empenharem para o surgimento de um novo regime de tratados bilaterais e de novas estruturas institucionais de proteção dos investimentos”.⁵³ Embora as discussões sobre o Código de Conduta para Empresas Transnacionais tenham sido abandonadas, o tema das empresas transnacionais nunca deixou de ser absolutamente relevantes para o Direito Internacional.⁵⁴

No final do século XX, com a queda do muro de Berlim, o colapso das ideologias comunistas no continente europeu e as crises econômicas dos países em desenvolvimento, a solidariedade entre esses países foi substituída por um regime de competição pela atração de capitais estrangeiros e – como aponta Surya Subedi – “*the pendulum had begun to swing in the opposite direction*”, reduzindo o interesse pela regulação restritiva dos investimentos estrangeiros.⁵⁵

1.1.2 Banco Mundial

Em 1985, o Banco Mundial aprovou a Convenção que Estabelece a Agência Multilateral de Garantia para Investimentos – denominada, em inglês, *Multilateral Investment Guarantee Agency* (MIGA) – com o objetivo de promover os investimentos e o desenvolvimento econômico.⁵⁶ No início dos anos 60, já se examinavam alternativas para

⁵² SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 27.

⁵³ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Orgs). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 455-492, p. 480.

⁵⁴ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 87.

⁵⁵ SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 29. Em tradução livre: o pêndulo havia começado a se mover na direção contrária.

⁵⁶ BRASIL. Decreto nº 698, de 8 de dezembro de 1992. Promulga a Convenção que Estabelece a Agência Multilateral de Garantia para Investimentos (Miga), concluída em Seul em 11 de outubro de 1985, e que entrou

umentar os fluxos de investimento para países em desenvolvimento e para reduzir os riscos não comerciais das operações de investimento, de tal forma que o Banco Mundial considerou a criação de uma agência internacional que oferecesse aos investidores estrangeiros seguros contra riscos não comerciais.⁵⁷

As propostas iniciais nesse sentido, entretanto, fracassaram até que, em 1981, a direção do Banco Mundial resgatou a proposta como parte de uma estratégia para combater o declínio dos fluxos de capital para países em desenvolvimento. Após a condução de estudos extensivos e de consultas aos governos, os diretores do Banco conduziram sessões de discussão para elaborar um projeto de convenção, que foi aprovado formalmente em setembro de 1985 e posteriormente aberto para assinatura dos países membros.⁵⁸

A MIGA oferece seguros contra riscos políticos, incluindo perdas resultantes de expropriação, restrição de transferência de capitais e não pagamento de compensações devidas pelos Estados hospedeiros. A Agência também é responsável pela assistência técnica a países em desenvolvimento no sentido de criação de um ambiente de atração de investimentos estrangeiros. Além disso, a MIGA possui um serviço de solução de controvérsias oriundas dos investimentos estrangeiros.⁵⁹

Enquanto os códigos de conduta eram discutidos na Organização das Nações Unidas, o Banco Mundial – através da MIGA – se alinhou ao Fundo Monetário Internacional (FMI) para elaborar um marco regulatório para os investimentos estrangeiros. Essas instituições realizam diversos estudos internos que culminaram com a publicação das *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment* em 1992.⁶⁰ Em relação ao conteúdo, as diretrizes do Banco Mundial apresentavam recomendações muito semelhantes aos dispositivos comumente encontrados em outros acordos internacionais de investimentos, adotando sempre uma postura

em vigor para o Brasil, em 23 de setembro de 1992. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, 9 de dezembro de 1992, Seção 1, p. 16972.

⁵⁷ CHOI, Won-Mog. The present and future of investor-State dispute settlement paradigm. *Journal of International Economic Law*, v. 10, n. 3, p. 725-747, 2007, p. 731; CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Econômico*. São Paulo: Saraiva: 2012, p. 524 .

⁵⁸ SHIHATA, Ibrahim F. I. The settlement of disputes regarding foreign investments: the role of World Bank, with particular reference to ICSID and MIGA. *Arab Law Quarterly*, v. 1, n 3, p. 265-279, 1986, p. 271.

⁵⁹ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 92; LOWE, Vaughan. Changing dimensions of international investment law. *University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series (Working Paper n. 4/2007)*, 2007, p. 32.

⁶⁰ SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 34.

mais liberal.⁶¹ No caso da expropriação, por exemplo, as diretrizes possuem uma definição bastante ampla das condutas que poderiam ser consideradas expropriatórias.⁶²

As *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment* partiam do pressuposto de que o investimento traz apenas benefícios para os Estados hospedeiros, adotando posição oposta àquela do Código de Conduta para Empresas Transnacionais. Nesse aspecto, comenta Eugenia Zerbini que:

Os focos adotados nesses dois documentos eram diametralmente opostos: se o projeto do Código concentrava-se nos direitos do Estado anfitrião com relação ao investidor estrangeiro – na esmagadora maioria dos casos, uma empresa transnacional – as Diretrizes do Banco Mundial voltavam-se para as obrigações do Estado-Receptor do investimento com relação ao investidor estrangeiro.⁶³

Em virtude da semelhança com os tratados bilaterais de investimentos, José Augusto Fontoura Costa questiona se uma das intenções dos elaboradores das diretrizes do Banco Mundial não teria sido estabelecer um referencial interpretativo para esses tratados.⁶⁴ De qualquer forma, com o abandono das negociações do Código de Conduta para Empresas Transnacionais pela Organização das Nações Unidas, as *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment* acabaram por permanecer como marco teórico não vinculante dos investimentos estrangeiros na década de 90.⁶⁵

1.1.3 Organização Mundial do Comércio (OMC)

⁶¹ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 93.

⁶² SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 36.

⁶³ ZERBINI, Eugenia C. G. de Jesus. Regras multilaterais sobre o investimento internacional. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton. *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 125-149, p. 138.

⁶⁴ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 95.

⁶⁵ SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 36.

Nos anos seguintes a 1945, paralelamente à estruturação do sistema das Nações Unidas, realizou-se uma tentativa de formular um acordo multilateral que incluísse a proteção aos investimentos estrangeiros. O projeto da Carta de Havana de 1948, que previa a criação da Organização Internacional do Comércio (OIC), já continha dispositivos relacionados à regulamentação dos investimentos estrangeiros.⁶⁶ O artigo 11 da Carta de Havana determinava que nenhum Estado membro deveria tomar medidas unilaterais e injustificadas que pudessem causar prejuízo aos direitos e interesses dos investidores nacionais de outros Estados membros.⁶⁷ De maneira análoga, o artigo 12.1 continha disposição do sentido de que:

The Members recognize that:

- (a) international investment, both public and private, can be of great value in promoting economic development and reconstruction, and consequent social progress;
- (b) the international flow of capital will be stimulated to the extent that Members afford nationals of other countries opportunities for investment and security for existing and future investments;
- (c) without prejudice to existing international agreements to which Members are parties, a Member has the right:
 - (i) to take any appropriate safeguards necessary to ensure that foreign investment is not used as a basis for interference in its internal affairs or foreign policies;
 - (ii) to determine whether and, to what extent and upon what terms it will allow future foreign investment;
 - (iii) to prescribe and give effect on just terms to requirements as to the ownership of existing and future investments;
 - (iv) to prescribe and give effect to other reasonable requirements with respect to existing and future investments.⁶⁸

A Carta de Havana estabelecia, portanto, uma série de obrigações para a proteção dos investimentos estrangeiros, tais como os deveres gerais dispostos no artigo 12.2, que incluíam a garantia de segurança adequada para os investimentos existentes e futuros e observância da

⁶⁶ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 96.

⁶⁷ FONSECA, Karla Closs. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 37.

⁶⁸ Em tradução livre: “Os Membros reconhecem que: (a) o investimento internacional, tanto público quanto privado, pode ser valioso para a promoção do desenvolvimento e reconstrução econômicos, e para o conseqüente progresso social; (b) o fluxo internacional de capital será estimulado na medida em que os Membros oferecerem aos nacionais de outros países oportunidades de investimento e segurança para os investimentos existentes e futuros; (c) sem prejuízo dos acordos internacionais existentes dos quais seja parte, um Membro tem direito de: (i) fazer uso de salvaguardas para assegurar que os investimentos estrangeiros não sejam utilizados para interferir na política nacional; (ii) determinar como e em que termos permitirá futuros investimentos estrangeiros; (iii) prescrever e dar efeito apenas em termos de exigências quanto à titularidade de investimentos existentes e futuros; (iv) prescrever e dar efeito a outras exigências razoáveis em relação aos atuais e futuros investimentos.”

não discriminação entre investidores estrangeiros.⁶⁹ Além disso, o documento continha um capítulo sobre as práticas restritivas de negócios (*restrictive business practices*), entendidas como condutas de agentes econômicos que pudessem influenciar preços ou condições de negociação, limitar a oferta ou a produção, alterar a livre concorrência, discriminar determinadas empresas, entre outras.⁷⁰

As disposições relacionadas a investimentos estrangeiros contidas no documento foram motivo de grandes objeções, de maneira que as diferenças levaram à não aprovação da Carta de Havana.⁷¹ Com o fracasso da iniciativa, a busca de um acordo multilateral sobre a proteção dos investimentos estrangeiros foi abandonada por uma década, apesar de uma parte do projeto original da Carta de Havana ter servido de inspiração para o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), que não continha disposições sobre investimentos estrangeiros.⁷²

Desde a Rodada de Tóquio em 1979, a questão sobre a regulação dos investimentos relacionados a atividades comerciais estava presente nas pautas da negociação internacionais. Os governos dos países desenvolvidos não tardaram em perceber que as medidas relativas a investimentos poderiam influenciar de alguma maneira o comércio internacional, de maneira que elas deveriam ser igualmente reguladas internacionalmente, até mesmo como parte da estratégia de promoção do comércio internacional. A posição dos países desenvolvidos não se mostrava uníssona, deixando margem para a resistência de muitos países, de tal forma que foi impossível alcançar um consenso sobre a matéria na Reunião Ministerial de 1982.⁷³

No âmbito do sistema do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, a questão dos investimentos não havia sido amplamente discutida até 1982, quando os Estados Unidos da América deram início a um procedimento de solução de controvérsias em face da *Foreign Investment Review Act* do Canadá (FIRA), trazendo à pauta de discussão a relação entre o

⁶⁹ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 96.

⁷⁰ LOCKWOOD, John E.; SCHMEISSER, William C. Restrictive business practices in international trade. *Law and Contemporary Problems*, v. 11, n. 4, p. 663-683, 1946, p. 667.

⁷¹ FONSECA, Karla Closs. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 3.

⁷² Surya Subedi aponta que “*the ITO never came into existence and the Charter remained a document of merely historical interest*”. SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 20; UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *International investment instruments: key issues*. Geneva: United Nations, 2004, p. 5.

⁷³ FONSECA, Karla Closs. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 38; MASHAYEKHI, Mina; MURRAY, Gibbs. Lessons from the Uruguay Round negotiations on investment. *Journal of World Trade*, v. 33, n. 6, p. 1-26, 1999, p. 9.

comércio e as medidas de investimento. No mérito da questão discutiam-se medidas administrativas adotadas pelo Canadá em face de investidores estrangeiros, incluindo (a) a obrigação por parte do investidor estrangeiro de comprar produtos de origem ou de produção canadense, (b) a necessidade do investidor de produzir os bens em território canadense e (c) a exportação mandatória de quantidades ou proporções especificadas da produção local do investidor estrangeiro. De acordo com os Estados Unidos, a imposição generalizada de requisitos de desempenho aos investidores estrangeiros poderia afetar os interesses comerciais de outras partes contratantes e violava diversas disposições do GATT.⁷⁴

O caso consistia, dessa maneira, na realização de um controle de adequação da normativa canadense ao GATT. A aplicabilidade do GATT para a matéria foi arguida no procedimento, uma vez que a regulamentação dos investimentos não estava incluída no âmbito das disposições do GATT. O painel decidiu conduzir o procedimento, limitando sua competência às questões relacionadas ao comércio, que se adequassem ao escopo tratado no Acordo.⁷⁵

A conclusão do Painel apontou para a inconsistência entre a medida canadense de exigir a compra de produtos domésticos e a obrigação de tratamento nacional contida no artigo III:2 do GATT⁷⁶, tendo em vista que a medida era discriminatória. No entendimento do Painel, a utilização da palavra “exigências” – no original em língua inglesa “*requirements*” – englobava não só as medidas obrigatórias emanadas do Estado, mas também qualquer comprometimento voluntariamente aceito como requisito para a aprovação do investimento por parte do Estado ou para a obtenção de uma vantagem. Por outro lado, o Painel julgou não haver violação do artigo XI:1, que se referia à eliminação geral das restrições quantitativas, uma vez que a medida adotada não impedia a importação de bens, e, igualmente, entendeu

⁷⁴ GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE. *United States of America v. Canada*. Administration of the Foreign Investment Review Act (L/5504 - 30S/140). Report of the Panel adopted on 7 February 1984, p. 4.

⁷⁵ GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE. *United States of America v. Canada*. Administration of the Foreign Investment Review Act (L/5504 - 30S/140). Report of the Panel adopted on 7 February 1984, p. 8.

⁷⁶ No Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio de 1947, determina o artigo III.2 que “[o]s produtos originários de qualquer Parte Contratante importados no território de qualquer outra Parte Contratante gozarão de tratamento não menos favorável que o concedido a produtos similares de origem nacional no que concerne a todas as leis, regulamentos e exigências que afetem a sua venda, colocação no mercado, compra, transporte, distribuição ou uso no mercado interno”. (BRASIL. Lei nº 313, de 30 de julho de 1948. Autoriza o Poder Executivo a aplicar, provisoriamente, o Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio; reajusta a Tarifa das Alfândegas, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 3 ago. 1948, p. 11189)

inexistir violação do artigo XVII:1(c), referente ao tratamento não discriminatório por parte das empresas comerciais dos Estados.⁷⁷

O Painel também considerou a pretensão da Argentina, na condição de terceiro, de que fosse ratificada a faculdade de adoção de medidas inconsistentes com o GATT por países em desenvolvimento com vistas à promoção de setores determinados da indústria. O Painel reconheceu a existência dessa faculdade não se pronunciando de maneira aprofundada sobre a questão no âmbito do relatório final adotado.⁷⁸

A decisão alcançada no caso em comento revelou-se importante por delimitar em que medida as disposições do GATT se aplicavam a medidas relativas a investimentos que pudessem ter algum efeito no equilíbrio do comércio. Além disso, a decisão deixou claros os limites de aplicabilidade do GATT em relação ao tipo de medida adotada, ao considerar que as exigências de exportação não se enquadravam no escopo do Acordo. O Painel esclareceu igualmente que a decisão do caso se debruçava exclusivamente sobre as medidas relativas a investimentos que produzissem efeitos no comércio, e não sobre a competência do Canadá para regular internamente os investimentos estrangeiros.⁷⁹

Essa controvérsia consignou uma nova direção nas negociações comerciais internacionais, que para além da redução das barreiras tarifárias e não tarifárias, começaram a voltar sua atenção para as políticas de investimento nacionais que produziam efeitos no comércio internacional. Foi a partir da decisão do caso FIRA que os Estados Unidos, recebendo apoio da Comunidade Europeia e do Japão, lançaram à mesa de discussão a necessidade de incluir no âmbito do GATT as questões sobre medidas relativas a investimentos.⁸⁰

⁷⁷ FONSECA, Karla Closs. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 39; GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE. *United States of America v. Canada*. Administration of the Foreign Investment Review Act (L/5504 - 30S/140). Report of the Panel adopted on 7 February 1984, p. 11.

⁷⁸ GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE. *United States of America v. Canada*. Administration of the Foreign Investment Review Act (L/5504 - 30S/140). Report of the Panel adopted on 7 February 1984, p. 16.

⁷⁹ FONSECA, Karla Closs. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 39; GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE. *United States of America v. Canada*. Administration of the Foreign Investment Review Act (L/5504 - 30S/140). Report of the Panel adopted on 7 February 1984, p. 17.

⁸⁰ MASHAYEKHI, Mina; MURRAY, Gibbs. Lessons from the Uruguay Round negotiations on investment. *Journal of World Trade*, v. 33, n. 6, p. 1-26, 1999, p. 16.

Entretanto, apenas na etapa preparatória para a Rodada de Uruguai, os Estados Unidos obtiveram sucesso em sua demanda, que foi incluída entre os tópicos a serem discutidos nas reuniões. A Declaração Ministerial de Punta Del Este, que lançou as negociações multilaterais, estabeleceu limites estreitos para a discussão sobre medidas relativas a investimentos, determinando que:

[f]ollowing an examination of the operation of GATT Articles related to the trade-restrictive and trade-distorting effects of investment measures, negotiations should elaborate, as appropriate, further provisions that may be necessary to avoid such adverse effects on trade.⁸¹

Observa-se, portanto, que, ao contrário da proposta inicial americana, a discussão se limitou às medidas de investimento que pudessem influenciar de alguma maneira o equilíbrio do comércio internacional, não se propondo a estabelecer uma política autônoma de tratamento dos investimentos estrangeiros. Os trabalhos do grupo de negociação sobre medidas de investimento relativas ao comércio tiveram início em março de 1987, revelando-se desde logo diferenças fundamentais entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento no que dizia respeito à necessidade, à natureza e à extensão de novas disciplinas jurídicas.⁸²

Os países desenvolvidos buscavam introduzir disciplinas mais rígidas para as medidas de investimento, por entenderem que as disposições do GATT não tratavam adequadamente da questão. Entre as propostas realizadas por esse grupo de países, constava a proibição de uma série de medidas consideradas incompatíveis com o artigo III:4 do GATT, incluindo a exigência de produção no território do país hospedeiro, as restrições de câmbio, as exigências de exportação, a determinação de quotas de venda para o mercado interno e a determinação de transferência de tecnologia. A abordagem dos Estados Unidos e do Japão apresentava-se mais ampla, prevendo a disciplina geral de quaisquer medidas de investimento que pudessem influenciar o comércio. As Comunidades Europeias e os países escandinavos, por outro lado, mantinham o foco restrito às medidas que tivessem efeitos restritivos diretos e significantes no comércio internacional e que guardasse relação estreita com as disciplinas então existentes

⁸¹ GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE. *Ministerial Declaration on the Uruguay Round* [MIN.DEC], 20 September 1986, item D. Em tradução livre: em virtude de uma análise da operação dos artigos do GATT relacionados aos efeitos de restrição e de distorção do comércio pelas medidas de investimentos, as negociações devem elaborar, de maneira apropriada, outros dispositivos necessários para evitar tais efeitos adversos sobre o comércio.

⁸² SCHLEGELMILCH, Rupert. WTO: Why still no multilateral rules for foreign investment? *International Trade Law & Regulation*, v. 6, n. 3, p. 78-99, 2000, p. 84.

no âmbito do GATT. Medidas como licenças, restrições para a remessa de recursos, exigências de um determinado percentual de participação de capital nacional em certas áreas ou de transferência de tecnologia, dentre outras, possuíam efeito indireto, devendo sujeitar-se a procedimentos de consulta e de solução de controvérsias, sendo proibidas caso a caso.⁸³

A utilização das medidas de investimento como parte de uma política de garantia e promoção do desenvolvimento econômico constituía o ponto central das preocupações dos países em desenvolvimento. Para esse grupo de países, o objetivo da Declaração Ministerial de Punta Del Este era permitir a discussão acerca das medidas que tivesse efeito restritivo no comércio, escapando de seu escopo a limitação da capacidade dos Estados de empregar medidas de investimento *per se*. No centro das propostas apresentadas pelos países em desenvolvimento, encontrava-se a criação de um “teste de efeitos” (*effects test*) para determinar se as medidas de investimento tinham efeito direto e significativo no comércio a partir do exame casuístico de evidências empíricas. A Índia submeteu especificamente a proposta de negociação sobre as práticas restritivas de empresas transnacionais, mas o grupo de negociações se opôs a tratar de assuntos não governamentais no âmbito do GATT.⁸⁴

Em função da polarização das posições até dezembro de 1991, as negociações sobre medidas de investimento relacionadas ao comércio produziram um documento final com escopo mais modesto, esclarecendo a interpretação e a aplicabilidade de certos dispositivos previstos no GATT às medidas de investimento relacionadas a comércio. Essa minuta acabou sendo incorporada aos resultados da Rodada Uruguai e materializou-se no Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio – no título original, *Trade Related Investment Measures Agreement* – comumente referido como Acordo TRIMS, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1995, como parte do sistema da Organização Mundial do Comércio (OMC).⁸⁵

⁸³ NASSER, Rabih Ali. TRIMS: a relação entre investimentos e comércio e o controle multilateral na OMC. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Coord.). *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 151-174, p. 156-7; CIVELO, Paul. The TRIMs Agreement: a failed attempt at investment liberalization. *Minnesota Journal of Global Trade*, v. 8, p. 97-126, 1999, p. 104.

⁸⁴ STERLINI, Martha Lara. The Agreement of Trade-Related Investment Measures. In: MACRORY, Patrick F. J.; APPLETON, Arthur E.; PLUMMER, Michael G. (Eds.) *The World Trade Organization: legal, economic and political analysis*, volume I. New York : Springer, p. 436-484, 2005, p. 438.

⁸⁵ FONSECA, Karla Closs. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 42; CIVELO, Paul. The TRIMs Agreement: a failed attempt at investment liberalization. *Minnesota Journal of Global Trade*, v. 8, p. 97-126, 1999, p. 118.

O Acordo TRIMS não criou novas obrigações para além daquelas previamente estabelecidas no escopo do GATT, de maneira que muitas das medidas, cuja regulamentação se havia proposto, acabaram não sendo contempladas e um regime autônomo para os investimentos internacionais não foi formulado.⁸⁶ Do ponto de vista dos países em desenvolvimento, a objetivo de limitar o escopo do Acordo TRIMS ao esclarecimento da aplicabilidade das regras oriundas do GATT foi alcançado, apesar da proibição das medidas de investimento ter sido cristalizada sem a necessidade de efetiva verificação dos efeitos no comércio. Da perspectiva dos países desenvolvidos, o Acordo TRIMS deixou de incluir grande parte das medidas inicialmente propostas.⁸⁷

O Acordo TRIMS codifica essencialmente a interpretação de extensão dada aos artigos III – sobre tratamento nacional – e XI – sobre eliminação de restrições quantitativas – do GATT de 1994, de maneira que o tratamento das medidas de investimento é direcionado ao comércio, tratando exclusivamente do tratamento discriminatório que possa ser dispensado com os produtos importados ou exportados, não se debruçando sobre a entrada e o tratamento de investimentos.⁸⁸ Do mesmo modo, a disciplina contida do Acordo TRIMS se aplica exclusivamente a bens, excluindo-se de seu escopo o tratamento das medidas relativas aos serviços, às quais se aplica o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS).⁸⁹

Em relação às medidas de investimento, Rabih Ali Nasser enumera:

As disposições contidas em legislações nacionais que: i) impõem determinadas condições ou exigências aos investimentos estrangeiros realizados no país; ou ii) vinculam a concessão de benefícios (em geral subsídios, tais como isenções fiscais) aos agentes privados interessados em investir no país à adoção de determinadas medidas.⁹⁰

⁸⁶ FONSECA, Karla Closs. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 42

⁸⁷ HOEKMAN, Bernard; KAMAL, Saggi. Assessing the case for extending WTO disciplines on investment-related policies. *Journal of Economic Integration*, v. 15, n. 4, p. 630-653, 2000, p. 647.

⁸⁸ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 98.

⁸⁹ STERLINI, Martha Lara. The Agreement of Trade-Related Investment Measures. In: MACRORY, Patrick F. J.; APPLETON, Arthur E.; PLUMMER, Michael G. (Eds.) *The World Trade Organization: legal, economic and political analysis*, volume I. New York : Springer, p. 436-484, 2005, p. 440.

⁹⁰ NASSER, Rabih Ali. TRIMS: a relação entre investimentos e comércio e o controle multilateral na OMC. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Rattón (Coord.). *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 151-174, p. 162.

O Acordo traz, em seu anexo, uma lista ilustrativa de medidas de investimento que são incompatíveis com as obrigações existentes no GATT. Conforme disposto na lista ilustrativa, as medidas de investimento incompatíveis com o tratamento nacional incluem as que são obrigatórias ou exigíveis pela legislação nacional ou por resoluções administrativas, cujo cumprimento seja necessário para obter um benefício e que requeiram (a) a compra ou utilização por uma empresa de quantidades ou proporções especificadas de produtos nacionais, ou (b) a compra ou a utilização limitada de produtos importados por uma empresa. Da mesma forma, a lista ilustrativa classifica como inconsistentes com a obrigação de eliminação das restrições quantitativas as medidas que restrinjam (a) a importação por uma empresa de produtos utilizados em sua produção local, (b) a exportação ou venda para a exportação, ou (c) o acesso da empresa a divisas estrangeiras. A lista, no entanto, não especifica quais medidas de investimento são proibidas *per se* e quais devem ser analisadas caso a caso.⁹¹

Além disso, embora as medidas tratadas pelo Acordo TRIMS sejam normalmente aplicadas como parte da política de tratamento dos investimentos estrangeiros, o Acordo não realiza *per se* uma diferenciação da origem do investimento, repudiando igualmente as medidas de investimento que possam ser porventura aplicadas aos investimentos nacionais ou aos investimentos estrangeiros, desde que elas se mostrem inconsistentes como as exigências do GATT. A fase do investimento sobre o qual é imposta a medida discriminatória é irrelevante para o Acordo TRIMS, tendo em vista que não existem distinções estabelecidas no texto do Acordo entre o momento do ingresso do investimento estrangeiro e as fases posteriores, em que o capital se encontra estabelecido no território estrangeiro.⁹²

Embora tenha resultado de negociações entre interesses tão divergentes, é possível afirmar que o Acordo TRIMS constituiu um avanço para a regulação dos investimentos estrangeiros no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), uma vez que colocou as medidas de investimento como tema central de um acordo de regulação em nível multilateral.⁹³ Esse avanço atendeu, no entanto, principalmente aos interesses dos países desenvolvidos, pois a limitação dos mecanismos de estímulo à indústria nacional – como o

⁹¹ FONSECA, Karla Closs. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 44.

⁹² HOEKMAN, Bernard; KAMAL, Saggi. Assessing the case for extending WTO disciplines on investment-related policies. *Journal of Economic Integration*, v. 15, n. 4, p. 630-653, 2000, p. 641.

⁹³ FONSECA, Karla Closs. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 44.

conteúdo local e a regulação das importações – se mostra assaz incompatível com os interesses de países em desenvolvimento.⁹⁴

A restrição do Acordo TRIMS às medidas relativas a comércio conduziu à necessidade de elaboração de outros acordos tratando de medidas de investimento, os quais acabaram por trazer regulamentações também setoriais, como é o caso do Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS) e o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS).⁹⁵

Também negociado durante a Rodada do Uruguai, o GATS se mostrou relevante no que tange à questão dos investimentos estrangeiros ao incluir no seu escopo a prestação de serviços por meio da presença comercial.⁹⁶ O artigo I:2 do Acordo apresenta quatro formas de prestação de serviços, dentre as quais se destaca a presença comercial em território estrangeiro.⁹⁷

O artigo XXVIII(d) do GATS permite aferir claramente a relação com os investimentos estrangeiros, definindo “presença comercial” como qualquer tipo de negócio ou estabelecimento profissional para prestação de serviços, que se estabeleça através da constituição, aquisição ou manutenção de uma pessoa jurídica, ou da criação ou manutenção de uma filial ou representação comercial.⁹⁸ A relação entre o Acordo e os investimentos estrangeiros repousa sobre essa modalidade de prestação de serviços, tendo em vista que é necessário o investimento para que o prestador de serviços estabeleça presença comercial no

⁹⁴ NASSER, Rabih Ali. TRIMS: a relação entre investimentos e comércio e o controle multilateral na OMC. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Coord.). *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 151-174, p. 165.

⁹⁵ FONSECA, Karla Closs. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 44.

⁹⁶ VOLPON, Fernanda Torres. Investimento estrangeiro e comércio internacional. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar: 2014, p. 639-658, p. 656.

⁹⁷ De acordo com o artigo I.2 do Acordo Geral sobre Comércio de Serviços, “[p]ara os propósitos deste Acordo, o comércio de serviços é definido como a prestação de serviço: (a) do território de um Membro ao território de qualquer outro Membro; (b) no território de um Membro aos consumidores de serviços de qualquer outro Membro; (c) pelo prestador de serviços de um Membro, por intermédio da presença comercial, no território de qualquer outro Membro; (d) pelo prestador de serviços de um Membro, por intermédio da presença de pessoas naturais de um Membro no território de qualquer outro Membro”. BRASIL. Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Promulgo a ata final que incorpora os resultados da Rodada Uruguai de negociações comerciais multilaterais do GATT. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 31 dez. 1994, p. 21394.

⁹⁸ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 99.

território de outro país membro.⁹⁹ Embora se mostre um acordo multilateral sobre investimentos estrangeiros, o GATS é restrito ao âmbito da prestação de serviços e difere significativamente dos demais acordos internacionais de investimentos, tendo em vista que não contém, por exemplo, dispositivos sobre expropriação e compensação.¹⁰⁰ Além disso, o GATS adota uma definição de investimento estrangeiro baseada em empresa, consideravelmente mais restrita do que a definição baseada em ativos, rotineiramente adotada.¹⁰¹

Também inserido no sistema da OMC, o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Acordo TRIPS) contém disposições que indiretamente têm aplicabilidade sobre os investimentos estrangeiros. Embora o objetivo do Acordo TRIPS seja tratar dos direitos de propriedade intelectual, sua relação com os investimentos internacionais se evidencia, uma vez que grande parte dos tratados de investimento classifica a propriedade intelectual como uma forma de investimento estrangeiro. Considerando que o Acordo TRIPS estabelece padrões de proteção aos direitos de propriedade intelectual que devem ser transpostos para a legislação nacional, é possível observar uma aplicabilidade indireta desses padrões à questão dos investimentos estrangeiros.¹⁰²

1.1.4 Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)

⁹⁹ FONSECA, Karla Closs. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 45.

¹⁰⁰ FONSECA, Karla Closs. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 47.

¹⁰¹ FOOTER, Mary E.; GEORGE, Carol. The General Agreement on Trade in Services. In: MACRORY, Patrick F. J.; APPLETON, Arthur E.; PLUMMER, Michael G. (Eds.) *The World Trade Organization: legal, economic and political analysis*, volume I. New York: Springer, p. 799-954, 2005, p. 814. A UNCTAD classifica as definições de investimentos existentes nos acordos internacionais em três categorias: (a) baseada em ativos, que é utilizada mais comumente; (b) baseada em empresa, que leva em consideração o estabelecimento de uma empresa no país estrangeiros; e (c) baseada em transações. XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. As (in)definições de investimentos estrangeiros. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 11-43.

¹⁰² SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. 2 ed. New York: Cambridge University Press, 2004, p. 301-302; SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 38.

Algumas propostas iniciais de acordos multilaterais partiram de associações de investidores privados, buscando primordialmente a proteção do investimento estrangeiro contra a expropriação, mais do que a liberalização da admissão de investimentos. No final da década de 50, Hermann Abs e Hartley Shawcross produziram um projeto de convenção tratando de investimentos estrangeiros. O Projeto de Convenção Abs-Shawcross de 1959 antecipou muitas das características dos tratados de investimento modernos e foi estudado pela Organização Europeia de Cooperação Econômica (OECE), a qual administrava o Plano Marshall de ajuda americana à Europa no pós-Segunda Guerra Mundial.¹⁰³

Embora a OECE não tenha adotado o Projeto de Convenção Abs-Shawcross, um documento baseado em um dos anteprojetos foi elaborado em 1962 pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a organização que sucedeu a OECE a partir de 1961. Nessa linha, a OCDE preparou em 1967 um projeto da Convenção sobre Proteção de Propriedade Estrangeira (*Convention on the Protection of Foreign Property*), que, embora aprovado pelo conselho da Organização, nunca foi aberto para assinaturas.¹⁰⁴ O texto do projeto permaneceu, entretanto, como uma importante referência para a redação de diversos tratados bilaterais de investimentos.¹⁰⁵

Na mesma época, a OCDE também se envolveu na redação de documentos cujo objetivo apontava para a liberalização dos investimentos, produzindo códigos de liberalização sobre movimentos de capital (*Code of Liberalisation of Capital Movements*) e sobre operações correntes invisíveis (*Code of Liberalisation of Current Invisible Operations*), os quais estabeleciam regras para a liberalização contínua e para o crescimento gradual dos investimentos estrangeiros.¹⁰⁶ Os códigos apresentam estruturas bastante semelhantes e funcionam através do encorajamento à liberalização unilateral para integração dos mercados de diferentes Estados.¹⁰⁷

¹⁰³ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 104-5. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *International investment instruments: key issues*. Geneva: United Nations, 2004, p. 11.

¹⁰⁴ SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 39.

¹⁰⁵ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 108.

¹⁰⁶ CRETELLA NETO, José. *Empresa transnacional e Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 97; UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *International investment instruments: key issues*. Geneva: United Nations, 2004, p. 9.

¹⁰⁷ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 109.

A OCDE, nos anos 70, também liderou negociações para a elaboração de códigos de conduta para as empresas transnacionais. Em 1976, o conselho da OCDE adotou a Declaração sobre Investimento Internacional e Empresas Multinacionais (*Declaration on International Investment and Multinational Enterprises*), que incluía um conjunto de recomendações não vinculantes direcionadas às empresas (*Guidelines for Multinational Enterprises*) no sentido de observância das leis e políticas nacionais, de transparência corporativa e de estabelecimento de padrões internacionais de atuação nos mercados. Na opinião de Marilda Rosado de Sá Ribeiro “as recomendações constituem o mais amplo instrumento equivalente a um código geral de conduta para as transnacionais”.¹⁰⁸ Embora a eficácia de um instrumento sem caráter vinculante não possa ser aferida objetivamente a partir de seu cumprimento, José Augusto Fontoura Costa considera importante notar as recorrentes referências doutrinárias e jurisprudenciais às *Guidelines for Multinational Enterprises*.¹⁰⁹

Verifica-se que diversas foram as tentativas no sentido de estabelecer regras multilaterais sobre investimentos estrangeiros.¹¹⁰ Não há, contudo, um conjunto de normas regulando os investimentos estrangeiros, tal como no sistema instituído pela Organização Mundial do Comércio (OMC) para as questões de comércio internacional. O insucesso das iniciativas anteriores não impediu a tentativa de negociação, na década de 90, de um acordo multilateral que cuidasse exclusivamente da regulação dos investimentos estrangeiros.

1.2 Acordo Multilateral de Investimentos: desdobramentos do projeto

¹⁰⁸ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Orgs). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 455-492, p. 481-2. De acordo com a autora, “se considerarmos os membros da OCDE e os países que a ela aderiram, verificamos que alcançam os maiores países em exportação de investimento e os Estados sede das transnacionais mais importantes”.

¹⁰⁹ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 114.

¹¹⁰ É importante citar o *Energy Charter Treaty* (ECT), assinado em 2004, que pretende promover cooperação multilateral exclusivamente do setor de energia, contendo disposições sobre investimentos muito semelhantes às utilizadas nos tratados bilaterais de investimentos (BITs). O *Energy Charter Treaty* tem maior difusão entre os países europeus, havendo pouco mais de 40 procedimentos arbitrais relacionados ao tratado. NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and practice of investment treaties: standards of treatment*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, p. 54-5.

O esforço da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) para a negociação de um Acordo Multilateral de Investimentos – originalmente *Multilateral Agreement on Investment* (MAI) – representou um ambicioso projeto, após iniciativas anteriores que se mostraram mais limitadas em termos não só geográficos, mas também substanciais.¹¹¹ A elaboração do MAI foi proposta pela OCDE em 1995 e sua minuta foi publicada em 1997. A estratégia dos países da OCDE para a negociação do MAI foi a de negociá-lo secretamente e, quando a minuta já estivesse definida, apresentá-la à comunidade internacional, inclusive para adesão de países não membros da OCDE.¹¹²

As negociações tinham como objetivo produzir um acordo internacional de investimentos que incluísse todos os setores econômicos e estabelecesse regras claras a serem aplicadas indistintamente a todos os investimentos estrangeiros.¹¹³ A proposta de acordo se fundamentava em três diretrizes bem evidentes: (a) liberalização dos investimentos estrangeiros, (b) proteção dos investimentos estrangeiros e (c) estabelecimento de um mecanismo eficaz para a solução de controvérsias.¹¹⁴ O anteprojeto de acordo continha doze seções principais: (i) preâmbulo e disposições gerais, (ii) escopo e âmbito de aplicação, (iii) padrões de tratamento de investidores e investimentos, (iv) proteção dos investimentos, (v) solução de controvérsias, (vi) exceções e salvaguardas, (vii) serviços financeiros, (viii) tributação, (ix) exceções específicas de cada Estado, (x) relações com outros acordos internacionais, (xi) implementação e operação, e (xii) disposições finais.¹¹⁵

¹¹¹ ZERBINI, Eugenia C. G. de Jesus. Regras multilaterais sobre o investimento internacional. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton. *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 125-149, p. 128.

¹¹² KURTZ, Jürgen. A general investment agreement in the WTO? Lessons from Chapter 11 of NAFTA and the OECD Multilateral Agreement on Investment. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, v. 23, n. 4, 2002, p. 756; FONSECA, Karla Closs. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 49.

¹¹³ GEIGER, Rainer. Towards a Multilateral Agreement on Investment. *Cornell International Law Journal*, v. 31, p. 467-475, 1998, p. 467. WALLACE-BRUCE, Nii Lante. The Multilateral Agreement on Investment: an indecent proposal and not learning the lessons of history. *The Journal of World Investment*, v. 2, p. 53-85, 2001, p. 55. CANNER, Stephen J. The Multilateral Agreement on Investment. *Cornell International Law Journal*, v. 31, p. 657-681, 1998, p. 657.

¹¹⁴ WALLACE-BRUCE, Nii Lante. The Multilateral Agreement on Investment: an indecent proposal and not learning the lessons of history. *The Journal of World Investment*, v. 2, p. 53-85, 2001, p. 55.

¹¹⁵ MUCHLINSKI, Peter T. The rise and fall of the Multilateral Agreement on Investment: where now? *The International Lawyer*, v. 34, p. 1033-1053, 2000, p. 1040. Eugenia Zerbini aponta que o texto foi inspirado em três aspectos fundamentais: a liberalização dos investimentos, a garantia dos investimentos e a segurança jurídica do investidor através do acesso direito a um mecanismo internacional de solução de controvérsias. ZERBINI, Eugenia C. G. de Jesus. Regras multilaterais sobre o investimento internacional. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton. *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 125-149, p. 130.

A intenção dos negociadores do MAI era refletir, nas disposições do acordo, aquilo que consideravam o “estado da arte” do Direito Internacional dos Investimentos, mas buscando aplica-lo todas as formas de investimento em todos os setores econômicos.¹¹⁶ Nessa perspectiva, a definição de investimentos como “*every kind of asset owned or controlled, directly or indirectly, by an investor*”¹¹⁷ se mostrava bastante ampla, circunscrevendo também o investimento em portfolio. As questões jurídicas suscitadas pelo investimento estrangeiro em portfolio são, entretanto, em grande medida, distintas daquelas criadas pelo investimento estrangeiro direto, com o qual se ocupam normalmente os acordos internacionais de investimento.¹¹⁸ Embora a definição de investimento estrangeiro seja isoladamente um aspecto controverso do Direito Internacional dos Investimentos, é possível vislumbrar algumas notas diferenciadoras entre o investimento em portfolio e o investimento direto.¹¹⁹

O controle do capital investidor aparece como um dos elementos fundamentais do investimento direto, pois “*it tends to have some emotional aspect to it because invariably there is some prominent physical presence by the foreign investor on the territory of the host government*”.¹²⁰ A relação mais duradoura que se estabelece entre o investidor estrangeiro – que possui domínio sobre as operações de seu empreendimento, no caso do investimento direto – e o Estado hospedeiro expõe o investidor aos riscos jurídicos de sua presença econômica em um território estrangeiro. Da mesma forma, os impactos da atividade econômica conduzida pelo investidor estrangeiro são mais evidentes e relevantes para o Estado hospedeiro. Esses elementos acabaram por definir, do ponto de vista histórico, uma

¹¹⁶ GEIGER, Rainer. Towards a Multilateral Agreement on Investment. *Cornell International Law Journal*, v. 31, p. 467-475, 1998, p. 468. WALLACE-BRUCE, Nii Lante. The Multilateral Agreement on Investment: an indecent proposal and not learning the lessons of history. *The Journal of World Investment*, v. 2, p. 53-85, 2001, p. 56.

¹¹⁷ Em tradução livre: qualquer tipo de ativo de propriedade ou controlado, direta ou indiretamente, por um investidor.

¹¹⁸ VALLIANATOS, Mark. De-fanging the MAI. *Cornell Journal of International Law*, v. 31, p. 713-726, 1998, p. 714. WALLACE-BRUCE, Nii Lante. The Multilateral Agreement on Investment: an indecent proposal and not learning the lessons of history. *The Journal of World Investment*, v. 2, p. 53-85, 2001, p. 58.

¹¹⁹ O tema da definição dos investimentos estrangeiros comporta muitas controvérsias, pois – além das definições econômicas – é necessário considerar as múltiplas e distintas definições existentes na doutrina, em acordos internacionais de investimentos e em laudos arbitrais. Nesse sentido, cf. XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. As (in)definições de investimentos estrangeiros. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 11-43.

¹²⁰ WALLACE-BRUCE, Nii Lante. The Multilateral Agreement on Investment: an indecent proposal and not learning the lessons of history. *The Journal of World Investment*, v. 2, p. 53-85, 2001, p. 58. Em tradução livre: [o investimento estrangeiro direto] tende a ter um aspecto emocional, porque há invariavelmente uma presença física proeminente do investidor estrangeiro no território do Estado hospedeiro.

preferência geral de regulação apenas dos investimentos estrangeiros diretos pelo Direito Internacional.

O investimento em portfolio, por outro lado, possui os traços essenciais da invisibilidade física e da mobilidade transfronteiriça.¹²¹ A velocidade de investimento e desinvestimento dos capitais de portfolio, movida apenas pelo interesse nos rendimentos financeiros, demanda uma regulação jurídica a partir de outros parâmetros, mais vinculados às normas de supervisão dos sistemas monetários e financeiros. A inclusão do investimento em portfolio na definição prevista no anteprojeto do MAI reduziria, por exemplo, as medidas jurídicas que um Estado hospedeiro poderia utilizar para controlar os efeitos de uma desestabilização monetária ou de uma crise cambial, causadas pela retirada de uma alta quantia de divisas estrangeiras.¹²²

Além disso, o grande âmbito de aplicação pretendido para o MAI ficou evidenciado na escolha de estender a proteção do investimento estrangeiro a todas as fases do procedimento para a realização do aporte de capital. Dessa forma, uma concessão de licença para instalação de um empreendimento futuro poderia ser caracterizada como um investimento estrangeiro e, se o Estado hospedeiro decidisse *a posteriori* pela revogação da licença, sua conduta poderia ser considerada uma violação aos padrões de tratamento previstos no tratado.¹²³

O anteprojeto de MAI também pretendia utilizar, como parâmetro de comparação para os padrões de tratamento nacional e de tratamento na nação mais favorecida, as condições oferecidas pelo Estado hospedeiro para os investidores de quaisquer outros Estados, inclusive para aqueles que não fossem partes do próprio tratado. Dessa maneira, as disposições do MAI transcenderiam os limites subjetivos, tradicionalmente demarcados pela adesão ou não de um Estado ao acordo internacional.¹²⁴

¹²¹ VALLIANATOS, Mark. De-fanging the MAI. *Cornell Journal of International Law*, v. 31, p. 713-726, 1998, p. 716. WALLACE-BRUCE, Nii Lante. The Multilateral Agreement on Investment: an indecent proposal and not learning the lessons of history. *The Journal of World Investment*, v. 2, p. 53-85, 2001, p. 58.

¹²² WALLACE-BRUCE, Nii Lante. The Multilateral Agreement on Investment: an indecent proposal and not learning the lessons of history. *The Journal of World Investment*, v. 2, p. 53-85, 2001, p. 59.

¹²³ CANNER, Stephen J. The Multilateral Agreement on Investment. *Cornell International Law Journal*, v. 31, p. 657-681, 1998, p. 667. WALLACE-BRUCE, Nii Lante. The Multilateral Agreement on Investment: an indecent proposal and not learning the lessons of history. *The Journal of World Investment*, v. 2, p. 53-85, 2001, p. 58.

¹²⁴ WALLACE-BRUCE, Nii Lante. The Multilateral Agreement on Investment: an indecent proposal and not learning the lessons of history. *The Journal of World Investment*, v. 2, p. 53-85, 2001, p. 56.

Outro aspecto inovador da minuta utilizada durante a negociação foi a absoluta proibição de “*performance requirements*”.¹²⁵ De acordo com o projeto de acordo, os Estados hospedeiros não poderiam exigir que investidores mantivessem um percentual mínimo de conteúdo local, transferissem tecnologia para as empresas locais ou respeitassem certos requisitos de responsabilidade social ou ambiental, ainda que tais limitações fossem igualmente aplicadas aos investidores nacionais.¹²⁶ O acordo também possui disposições sobre a simplificação do regime tributário para garantir ao investidor estrangeiro o direito à transparência e as políticas imigratórias para facilitar a fixação do investidor estrangeiro no território do Estado hospedeiro.¹²⁷

Em todos os aspectos, o projeto do Acordo Multilateral de Investimentos adotou uma sistemática “*top-down*”, que consistia no estabelecimento de direitos gerais aplicáveis de maneira uniforme a todos os setores econômicos, com observância de exceções admitidas em circunstâncias muito limitadas, como segurança nacional e crises financeiras temporárias.¹²⁸ O projeto também previa um mecanismo, através do qual as exceções deveriam ser periodicamente revisadas pelos Estados de maneira a liberalizar continuamente o regime dos investimentos estrangeiros.¹²⁹ Alguns países buscaram, contudo, introduzir progressivamente novas exceções aos direitos garantidos pelo acordo, de maneira que, nos anos finais da

¹²⁵ WALLACE-BRUCE, Nii Lante. The Multilateral Agreement on Investment: an indecent proposal and not learning the lessons of history. *The Journal of World Investment*, v. 2, p. 53-85, 2001, p. 56. A proibição dos “*performance requirements*” talvez tenha sido um dos aspectos principais que motivaram a resistência dos países em desenvolvimento. Nesse sentido, Wallace-Bruce comenta as vantagens dos “*performance requirements*” para os países menos desenvolvidos: “*Firstly, it enables a country to ensure that foreign investment that comes in is appropriate for the country. Secondly, performance requirements enable a government to fairly distribute the spread of foreign investments around the country by requiring the siting of industries in areas of most need. [...] Thirdly, performance requirements are useful in responding to changing circumstances. [...] Simply put, there are social and political considerations which make it imperative for a developing country in particular to have the ability to influence some of these matters to ensure that the country derives the most benefit from the investment*”.

¹²⁶ VALLIANATOS, Mark. De-fanging the MAI. *Cornell Journal of International Law*, v. 31, p. 713-726, 1998, p. 719.

¹²⁷ CANNER, Stephen J. The Multilateral Agreement on Investment. *Cornell International Law Journal*, v. 31, p. 657-681, 1998, p. 667.

¹²⁸ GEIGER, Rainer. Towards a Multilateral Agreement on Investment. *Cornell International Law Journal*, v. 31, p. 467-475, 1998, p. 470.

¹²⁹ ZERBINI, Eugenia C. G. de Jesus. Regras multilaterais sobre o investimento internacional. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Rattón. *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 125-149, p. 131; GEIGER, Rainer. Towards a Multilateral Agreement on Investment. *Cornell International Law Journal*, v. 31, p. 467-475, 1998, p. 470.

negociação, o retalhamento do âmbito de aplicação do acordo acarretou a perda de interesse no MAI por algumas delegações.¹³⁰

O elevado nível de proteção do investidor estrangeiro também se mostrou evidente na cláusula sobre expropriação. Além da adoção de uma definição ampla – incluindo as formas diretas e indiretas de expropriação –, a minuta fazia referência a “*any measure or measures having equivalent effect*”, deixando o esclarecimento sobre quais medidas do Estado hospedeiro poderiam ter um efeito equivalente ao da expropriação para decisões arbitrais *a posteriori*.¹³¹

No que se refere à solução de controvérsias entre investidor estrangeiro e Estado hospedeiro, o projeto de Acordo Multilateral de Investimentos garantia o direito de instituição do procedimento arbitral apenas ao investidor estrangeiro, que poderia escolher em qual foro deveria ser julgada a controvérsia. O projeto incluía uma cláusula de consentimento incondicional por parte do Estado hospedeiro para a instituição de arbitragem pelo investidor em qualquer um dos foros sugeridos pelo acordo, dentre os quais constavam o *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)* e a Câmara de Comércio Internacional de Paris (ICC).¹³² As previsões relativas à solução de controvérsias receberam muitas críticas de alguns setores da comunidade internacional, algumas das quais foram resumidas por Vallianatos:

*Investors decide when, where, and whether to challenge laws or policies in international court. There is no governmental mechanism in place to screen investor claims. The MAI does not set out the standards to be employed by dispute panels when adjudicating a case. Thus, the potential impacts of this dispute resolution process are ambiguous.*¹³³

¹³⁰ WALLACE-BRUCE, Nii Lante. The Multilateral Agreement on Investment: an indecent proposal and not learning the lessons of history. *The Journal of World Investment*, v. 2, p. 53-85, 2001, p. 57.

¹³¹ WALLACE-BRUCE, Nii Lante. The Multilateral Agreement on Investment: an indecent proposal and not learning the lessons of history. *The Journal of World Investment*, v. 2, p. 53-85, 2001, p. 61. Em tradução livre: qualquer medida ou medidas de efeito equivalente.

¹³² WALLACE-BRUCE, Nii Lante. The Multilateral Agreement on Investment: an indecent proposal and not learning the lessons of history. *The Journal of World Investment*, v. 2, p. 53-85, 2001, p. 63.

¹³³ VALLIANATOS, Mark. De-fanging the MAI. *Cornell Journal of International Law*, v. 31, p. 713-726, 1998, p. 726. Em tradução livre: Os investidores decidem quando, como e se questionaram as leis e políticas públicas nas cortes internacionais. Não há nenhum mecanismo governamental para monitorar as controvérsias suscitadas pelos investidores. O MAI não estabelece os padrões que devem ser empregados pelos árbitros para decidir o caso. Assim, os potenciais impactos desse procedimento de solução de controvérsias são ambíguos.

O processo de negociação do MAI foi marcado por um progressivo acirramento de posições: por um lado, alguns países defendiam vigorosamente a necessidade do acordo para a liberalização de economia internacional e, por outro lado, alguns críticos definiam o MAI como um “*slow motion coup d’état*” ou como uma “*indecent proposal*”.¹³⁴ Também descrito como uma “*global bill of rights*” dos investidores, o MAI era visto como um instrumento de proteção do capital estrangeiro que não garantia nenhum direito ao Estado hospedeiro, fulminando qualquer comprometimento com o desenvolvimento.¹³⁵

Uma forte resistência ao MAI partiu dos países em desenvolvimento, que entendiam haver violação à sua soberania, por exemplo, com a imposição da cláusula *standstill* – que proibia os Estados de introduzir qualquer alteração legal restritiva posterior.¹³⁶ Fatores como os protestos das organizações não governamentais, a ausência de acordo entre os países desenvolvidos sobre a forma de proteção dos investimentos estrangeiros, a exclusão de salvaguardas ambientais por parte do Reino Unido, e a preocupação com as indústrias culturais por parte do Canadá e da França levaram ao afastamento dos principais países que conduziam as discussões acerca do MAI, levando à inevitável suspensão das negociações em 1998.¹³⁷ Na visão de José Augusto Fontoura Costa, “a estrutura do projeto e seu caráter de ampla liberalização e proteção deram espaço para o surgimento de preocupações efetivas com a manutenção de controles soberanos”.¹³⁸

O insucesso nas negociações do Acordo Multilateral de Investimentos não silenciaram, entretanto, as vozes que defendem a necessidade de elaboração de algum instrumento multilateral para a regulação dos investimentos estrangeiros, como assinala Baumgartner:

¹³⁴ WALLACE-BRUCE, Nii Lante. The Multilateral Agreement on Investment: an indecent proposal and not learning the lessons of history. *The Journal of World Investment*, v. 2, p. 53-85, 2001, p. 53. Em tradução livre: um golpe de estado em marcha lenta / proposta indecente.

¹³⁵ SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 41. A desconsideração pelos reflexos sociais dos investimentos também foi criticada por Wartha: “*Die spürbare Dominanz des Wirtschaftlichen, die den Bürger zum Konsumenten reduziert und mit einer ‚Abdankung der Politik‘ einhergeht, kann nicht der Weg für die Zukunft sein*”. WARTHA, Udo. Das Multilaterale Abkommen über Investitionen (MAI). In: SCHACHTSCHNEIDER, Karl Albrecht (Org.). *Rechtsfragen der Weltwirtschaft*. Berlin: Duncker und Humblot, 2002, p. 359-433, p. 433.

¹³⁶ GEIGER, Rainer. Towards a Multilateral Agreement on Investment. *Cornell International Law Journal*, v. 31, p. 467-475, 1998, p. 470.

¹³⁷ FONSECA, Karla Closs. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 49.

¹³⁸ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 251.

*Despite the apparent demise of the MAI, business interests have pledged to continue seeking some sort of international investment regulation in an effort to increase free trade. Admittedly, any such agreement would be significantly less ambitious in scope than the MAI.*¹³⁹

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) limitou-se, após a interrupção das negociações do MAI, a revisar em 2000 as *Guidelines for Multinational Enterprises*, corrigindo alguns desequilíbrios do MAI de maneira a incluir referências ao respeito aos direitos humanos e ao comprometimento com o desenvolvimento sustentável.¹⁴⁰ Em 2011, as *Guidelines for Multinational Enterprises* foram novamente revisadas pela OCDE, que incluiu, entre outras alterações, um capítulo sobre a proteção dos direitos humanos pela empresas transnacionais. O documento permaneceu, entretanto, sem força vinculante ao longo dos anos. Em paralelo, a OCDE adotou em 2006 o *Policy Framework for Investment*, um conjunto de princípios e diretrizes não vinculantes para políticas públicas a serem implementados pelos Estados de maneira a construir e manter um ambiente econômico favorável aos investimentos estrangeiros.¹⁴¹

Alguns autores questionam, portanto, se uma nova tentativa de negociação de um acordo multilateral deveria ser realizada no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), em virtude de sua maior representatividade. Nesse sentido, recomenda-se que – além de menos ambicioso – o eventual acordo multilateral procure atender também aos interesses dos países menos desenvolvidos, levando em consideração o legado de experiência negativa

¹³⁹ BAUMGARTNER, Chris. The demise of the Multilateral Agreement on Investment. *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, v. 10, p. 40-47, 1999, p. 47. Em tradução livre: Apesar do aparente fim do MAI, os interesses das empresas fomentaram a contínua busca por algum tipo de regulação internacional dos investimentos, como um esforço para aumentar o livre comércio. É evidente que qualquer acordo desse tipo teria um escopo significativamente menos ambicioso do que o MAI.

¹⁴⁰ SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 41.

¹⁴¹ O *Policy Framework for Investment* da OCDE contém recomendações para a estruturação de políticas públicas em áreas como tributação, responsabilidade corporativa, transparência na gestão pública. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Policy Framework for Investment*. Paris: OECD Publishing, 2006. Em 2012, a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) formulou o *Investment Policy Framework for Sustainable Development* (IPFSD), contendo diretrizes de políticas públicas de nova geração, que buscam compatibilizar investimento e desenvolvimento sustentável, promovendo acordos internacionais de investimento “*sustainable-development-friendly*”. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Investment Policy Framework for Sustainable Development* (IPFSD). [s.l.]: United Nations, 2012.

deixado pela negociação do MAI.¹⁴² De qualquer maneira, tendo como objetivo principal a liberalização do comércio, a OMC teria que ser prudente – na opinião de Kennedy – na negociação de temas não comerciais como trabalho, meio ambiente e política de concorrência, de maneira a não comprometer seu projeto institucional. Segundo o autor, “*a Pandora's box could be opened if serious negotiations get underway in the WTO on an agreement on investment*”.¹⁴³

É importante lembrar que o tema dos investimentos estrangeiros foi incluído na pauta de negociações da Rodada de Doha, em temas como a definição de investimentos, a não discriminação e a solução de controvérsias deveriam ser analisados e discutidos. A Declaração Ministerial registrou a preocupação de criar diretrizes que harmonizassem os interesses dos países exportadores e importadores de capital:

*Any framework should reflect in a balanced manner the interests of home and host countries, and take due account of the development policies and objectives of host governments as well as their right to regulate in the public interest. The special development, trade and financial needs of developing and least-developed countries should be taken into account as an integral part of any framework, which should enable members to undertake obligations and commitments commensurate with their individual needs and circumstances. Due regard should be paid to other relevant WTO provisions. Account should be taken, as appropriate, of existing bilateral and regional arrangements on investment.*¹⁴⁴

Entretanto, após a Quinta Conferência Ministerial em Cancun em 2003, que terminou sem consenso, a OMC decidiu retirar, entre outros temas, a regulação dos investimentos da

¹⁴² KURTZ, Jürgen. A general investment agreement in the WTO? Lessons from Chapter 11 of NAFTA and the OECD Multilateral Agreement on Investment. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, v. 23, n. 4, 2002, p. 788-9.

¹⁴³ KENNEDY, Kevin C. A WTO agreement on investment: a solution in search of a problem? *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, v. 24, n. 1 p. 77-188, 2003, p. 188. Em tradução livre: uma caixa de Pandora poderia ser aberta, se negociações sérias sobre um acordo de investimento fossem conduzidas na OMC.

¹⁴⁴ WORLD TRADE ORGANIZATION. *Ministerial Declaration adopted on 14 November 2001* [WT/MIN(01)/DEC/01], 2001, § 23. Em tradução livre: Qualquer marco regulatório deveria refletir de maneira equilibrada os interesses dos países de origem e dos países hospedeiros, e levar em consideração as políticas e os objetivos de desenvolvimento dos países hospedeiros bem como seu direito de regular conforme o interesse público. As necessidades especiais em matéria de finanças, comércio e desenvolvimento de países menos desenvolvidos e países em desenvolvimento devem ser consideradas como parte integral de qualquer marco regulatório, que deve permitir aos membros assumir obrigações e compromissos adequados a suas necessidades e circunstâncias individuais.

agenda de negociações da organização.¹⁴⁵ Desde então, o tema não voltou a ser incluído na pauta da OMC.

Embora a discussão sobre a necessidade e, em um segundo momento, sobre o conteúdo de eventual acordo multilateral de investimentos seja bastante profícua, o registro histórico do insucesso das negociações do MAI permite constatar a inexistência, no plano multilateral, de uma regulação formal e abrangente dos investimentos estrangeiros. Os instrumentos de maior alcance geográfico – inseridos no âmbito da Organização Mundial do Comércio – mostram-se restritos do ponto de vista temático, aplicando-se somente às medidas de investimento que guardem algum grau de relação com o comércio internacional. Por outro lado, identifica-se um arcabouço jurídico plurilateral capitaneado principalmente pelas iniciativas da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), ainda que todas as iniciativas tenham um caráter não vinculante.

1.3 Tratados bilaterais de investimento

A proteção dos investimentos através do costume internacional em matéria de tratamento de estrangeiros foi colocada em confronto com as políticas regulatórias de países em desenvolvimento na década de 1950.¹⁴⁶ A nacionalização dos ativos petrolíferos britânicos pelo Irã em 1951, a expropriação das concessões *Liamco* na Líbia em 1955, e a nacionalização da *Suez Canal Company* pelo Egito em 1956 serviram de indicador do posicionamento de muitos países receptores de investimento, que demandavam uma rápida estruturação de um arcabouço jurídico para tratar da matéria.¹⁴⁷

Diante da falta de sucesso nas muitas tentativas de negociação de uma regulamentação multilateral, era necessário encontrar uma alternativa eficiente para a regulação dos investimentos estrangeiros. Os Tratados de Amizade, Comércio e Navegação eram utilizados

¹⁴⁵ WORLD TRADE ORGANIZATION. *Doha Work Programme. Decision Adopted by the General Council on 1 August 2004* [WT/L/579], 2004, § 1(g).

¹⁴⁶ Sobre os diferentes aspectos do tratamento de estrangeiros e, em especial, sobre a questão dos direitos econômicos, cf., por todos, TIBURCIO, Carmen. *The human rights of aliens under international and comparative law*. The Hague: Martinus Nijhoff, 2001, p. 171-178.

¹⁴⁷ NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and practice of investment treaties: standards of treatment*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, p. 34; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

para essa finalidade, embora esses instrumentos fossem genéricos, incluindo muitas disposições sobre aspectos comerciais e militares da relação entre os Estados. Ao longo dos anos, mostrou-se mais adequado buscar uma regulamentação mais aprofundada e específica para os investimentos estrangeiros.¹⁴⁸ Do ponto de vista pragmático, a falta de acordo em nível multilateral não deixou alternativa senão buscar uma espécie de solução *ad hoc*, no entendimento de Sornarajah.¹⁴⁹

Nesse panorama, os tratados bilaterais de investimento (BITs) passaram a ser adotados pontualmente, tendo como marco inicial o Tratado entre a República Federal da Alemanha e o Paquistão para a Promoção e a Proteção de Investimentos de 1959, que continha muitas das garantidas substanciais que se tornaram comuns nos BITs subsequentes. O termo investimento era definido de maneira ampla. As partes assumiam uma obrigação geral de promover o investimento estrangeiro, mantendo os requisitos de admissão definidos na lei nacional. Além disso, vedava-se qualquer espécie de discriminação baseada na nacionalidade do investidor ou no tipo de atividade do investimento, sendo dever do Estado hospedeiro garantir segurança e proteção integrais. Previam-se garantias para a transferência de capital de dos lucros do investimento, bem como a garantia de compensação justa nos casos de expropriação do capital estrangeiro. Também havia previsão de um mecanismo de solução de controvérsias entre os Estados contratantes perante a Corte Internacional de Justiça, havendo concordância de ambas as partes, ou diante de um tribunal arbitral, por solicitação de qualquer uma das partes.¹⁵⁰

A iniciativa alemã de assinatura de BITs foi acompanhada por outros países exportadores de capital, notadamente pela Suíça em 1961, pelos Países Baixos em 1963, pela Itália em 1964, pela Suécia e pela Dinamarca em 1965, pela Noruega em 1966, pela França em 1972, pelo Reino Unido em 1975 e pela Áustria em 1976. Os BITs assinados nesse período foram influenciados pelo Projeto de Convenção *Abs-Shawcross* de 1959 e, posteriormente, pelos projetos de 1962 e 1967 da *OECD Convention on the Protection of*

¹⁴⁸ BARRETO FILHO, Fernando Paulo de Mello. *O tratamento nacional de investimentos estrangeiros*. Brasília: FUNAG, 1999, p. 44; DOLZER, Rudolf; STEVENS, Margrete. *Bilateral investment treaties*. Den Haag: M. Nijhoff, 1995, p. 10

¹⁴⁹ SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. 3 ed. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 183.

¹⁵⁰ LIMA, Juliana Cardoso de. *Direito Internacional dos Investimentos e a regulação de petróleo e gás no Brasil*. Rio de Janeiro. 2011. 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011; *Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the promotion and protection of investments*. Bonn, 25 November 1959.

Foreign Property, também baseados nos trabalhos *Abs-Shawcross*. Os tratados apresentavam-se consideravelmente sintéticos com foco pontual em um núcleo de proteções corporificado no tratamento nacional, no tratamento da nação mais favorecida, no padrão mínimo de tratamento, na compensação pela expropriação e nos direitos de transferência de capital e lucros.¹⁵¹

Do ponto de vista geopolítico, os tratados bilaterais iniciais foram concebidos em um momento de assimetria nas relações política e econômica existentes entre os Estados exportadores e os Estados importadores de capital. Embora as obrigações previstas nos textos dos tratados bilaterais fossem recíprocas, elas serviam pragmaticamente como um instrumento dos países exportadores de capital para garantir que os interesses econômicos de seus investidores fossem protegidos no exterior. Até o final da década de 70, o padrão de cooperação através de tratados bilaterais se restringiu às relações entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento. A vanguarda romena na assinatura de BITs com países em desenvolvimento e o tratado bilateral entre Iraque e Kuwait de 1964¹⁵² foram os primeiros movimentos alinhados ao paradigma de relação entre países em desenvolvimento. Entretanto, as maiores economias em desenvolvimento apenas iniciaram o movimento de assinatura de BITs muito depois: em 1982, no caso da China, e em 1994, no caso do Brasil e da Índia.¹⁵³

Na visão de Sornarajah, a utilização dos tratados bilaterais com a finalidade de regulamentar as relações entre países em desenvolvimento não descarta o fato de que um dos países envolvidos possa ser predominantemente exportador de capital, conservando a assimetria prática em detrimento das obrigações recíprocas formalmente previstas no tratado.¹⁵⁴

A tendência dos tratados bilaterais celebrados entre países em desenvolvimento é seguir o modelo tradicionalmente adotado pelos países desenvolvidos, tendo como notas fundamentais o estabelecimento de regras de proteção e promoção dos investimentos, a proibição de requisitos de desempenho e a limitação das exigências de transparência ao

¹⁵¹ NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and practice of investment treaties: standards of treatment*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, p. 38.

¹⁵² PROTOCOL between the governments of the State of Kuwait and the Republic of Iraq on the promotion of the movement of capital and investments between the two countries. Kuwait, 25 October 1964. *International Legal Materials*, v. 5, n. 6, p. 1140-1143, 1966.

¹⁵³ NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and practice of investment treaties: standards of treatment*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, p. 42-44

¹⁵⁴ Nesse sentido, os acordos entre Singapura e Sri Lanka e entre Tailândia e Bangladesh, em que Singapura e Tailândia são exportadores de capital e Sri Lanka e Bangladesh receptores de capital.

estágio de pós-estabelecimento dos investimentos.¹⁵⁵ Além disso, estes acordos distinguem-se por estabelecer maior número de exceções e por incluir a cláusula *fork-in-the-road*, que obriga os investidores a optar entre a jurisdição nacional e a internacional em caso de surgimento de um conflito de interesses.¹⁵⁶

Em sua perquirição pelas razões que levaram à adesão ao paradigma dos tratados bilaterais de investimento por parte dos países em desenvolvimento, Andreas Lowenfeld assevera que reduzir a participação desses países ao mero interesse em atrair empresas multinacionais não parece ser a atitude mais acertada. Para o autor, três fenômenos do século XX influenciaram substancialmente a mudança de atitude dos países em desenvolvimento. Em primeiro lugar, o declínio da União Soviética, alterando a distribuição dos centros de poder. Em segundo lugar, a estagnação econômica da África e da América Latina, em comparação às economias asiáticas como Taiwan, Singapura e Hong Kong, que atraíram investimentos estrangeiros com economias mais abertas e liberais. Em terceiro lugar, muitas economias, que não haviam rejeitado nem promovido investimentos estrangeiros, perceberam que seu avanço econômico em escala internacional dependeria do influxo de capitais estrangeiros. Apesar da influência desses fenômenos, Lowenfeld não considera que eles tenham sido absolutamente determinantes no processo de crescimento dos tratados bilaterais de investimento, uma vez que essa posição implicaria em tratar os países em desenvolvimento como um bloco monolítico, desconsiderando as circunstâncias fáticas particulares que levaram cada um dos países a se incorporar à lógica dos tratados bilaterais.¹⁵⁷

Os objetivos dos tratados bilaterais acompanharam os movimentos de negociação entre os países, permitindo o estabelecimento de perfis das gerações que determinaram a evolução desses tratados. Nesse sentido, parece plausível vislumbrar três gerações de tratados bilaterais de investimento:

¹⁵⁵ A transparência das operações de investimento e das transações corporativas das empresas transnacionais suscita profundos questionamentos na prática internacional. Ainda que a questão esteja fora do escopo do estudo, insta ressaltar a crescente relevância das organizações não governamentais internacionais na vigilância da conduta das empresas e o endurecimento de algumas legislações nacionais sobre corrupção no âmbito corporativo. Nesse sentido, cf. ANDERSON, Owen. *Recent Legal Issues Regarding Contract Provisions in Host Government Petroleum Instruments*. [conferência]. Rio de Janeiro, 7 de junho de 2011.

¹⁵⁶ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *South-South cooperation in international investment agreements*. Genève: UNCTAD, 2005, p. 12.

¹⁵⁷ LOWENFELD, Andreas F. Investment agreements and international law. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 42, p. 123-130, 2003, p. 127.

En la primera generación de acuerdos de inversión, los países liberalizaron sus regímenes [de inversión extranjera directa] y adaptaron una política de mercado amigo. En los [acuerdos bilaterales de inversión] de segunda generación, los gobiernos fueron más lejos y buscaron atraer la [inversión extranjera directa] mediante desgravaciones arancelarias y haciendo un “marketing” de sus países. Esta acción llevó a la creación de agencias nacionales de inversión. La tercera y actual generación de [acuerdos bilaterales de inversión] incorpora nuevas actividades comerciales, incorporando temas como servicios, compras públicas, cooperación, medio ambiente y mecanismos de solución de controversias, entre otros.¹⁵⁸

Desde 1959, início da utilização de tratados bilaterais de investimento, houve uma acentuada expansão quantitativa desses acordos. Mesmo durante a crise econômica e financeira internacional dos últimos anos, os países persistiram nas negociações de tratados bilaterais. Em 2009, por exemplo, no auge dos planos de recuperação de bancos, foram assinados 82 tratados bilaterais, de maneira que o universo total de BITs alcançou à época o patamar de 2750 tratados.¹⁵⁹ Ao longo de 2012, vinte tratados bilaterais de investimentos foram assinados no mundo, alcançando-se a marca de 2857 tratados bilaterais.¹⁶⁰

O constante interesse pelos tratados bilaterais levou muitos países à elaboração de seus próprios modelos de tratados. Após a publicação do modelo norte-americano em 2004, algumas outras minutas foram tornadas públicas, dentre as quais se destacam os modelos do Canadá em 2004, da França em 2006, do Reino Unido em 2006, da Noruega em 2007, da Colômbia em 2007 e da Alemanha em 2008.¹⁶¹

Apesar da variedade de modelos de tratados bilaterais, a redação de todos apresenta poucas variações. Em sua análise comparativa dos modelos britânico, francês e alemão, Rudolf Dolzer identificou poucas variações de conteúdo e, a partir das convergências, buscou extrair algumas indicações da postura a ser eventualmente adotada pela União Europeia na

¹⁵⁸ LA CUARTA generación de los acuerdos de inversión. *Puentes*, v. 7, n. 5, p. 6-8, 2005, p.8. Em tradução livre: Na primeira geração dos acordos de investimento, os países liberalizaram os regimes de investimento estrangeiro direito e adotaram uma política de mercado amigável. Nos tratados bilaterais de investimento de segunda geração, os governos foram mais longe e buscaram atrair o investimento estrangeiro direito através de desoneração alfandegária e da realização de “marketing” de seus países. Essa ação levou à criação de agências nacionais de investimento. A terceira e atual geração de tratados bilaterais de investimento incorpora novas atividades comerciais, incorporando temas como serviços, compras públicas, meio ambiente e mecanismos de solução de controvérsias, entre outros.

¹⁵⁹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2010: investing in a low-carbon economy*. New York: UNCTAD, 2010, p. 42.

¹⁶⁰ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2013: Global value chains: investment and trade for development*. Geneva: United Nations, 2013, p. 101.

¹⁶¹ CLODFELTER, Mark A. The adaptation of States to the changing world of investment protection through Model BITs. *ICSID Review*, v. 24, n. 1, p. 165-175, 2009, p. 167.

elaboração de um modelo europeu de tratado bilateral, ainda em discussão pelos países do bloco.¹⁶² A avaliação das diretrizes políticas seguidas pela Comissão Europeia indica que o modelo europeu deverá seguir, em grande medida, a formulação tradicional utilizada nos modelos dos Estados membros. Entretanto, espera-se que o modelo europeu incorpore algumas modificações, de maneira a torná-lo mais equilibrado do ponto de vista dos interesses de Estados hospedeiros e de investidores estrangeiros:

It is thus possible that future EU [international investment agreements] will contain language aiming at integrating broader, non-economic concerns into their investment protection purpose in order to find a balance between investors' and host States' interests. It is also likely that such future agreements will contain some limitations on the usually available investment dispute settlement options.¹⁶³

No caso dos Estados Unidos, uma nova versão do modelo de tratado bilateral de investimentos foi publicada em 2012, após um período de três anos de revisões e consultas públicas. Disposições cruciais sobre os padrões de tratamento do investidor estrangeiro e sobre a solução de controvérsias entre investidor e Estado permaneceram, contudo, inalteradas em relação ao modelo de 2004. A opção por desconsiderar, nesses aspectos, as transformações sofridas em quase uma década pelo Direito Internacional dos Investimentos frustrou as expectativas de muitos especialistas.¹⁶⁴

Ainda que existam, na prática, diferenças fundamentais entre a elaboração de um modelo de tratado e a negociação efetiva de um tratado, é inquestionável o papel dos modelos nacionais na definição prévia de uma tendência que *a posteriori* se observa nos acordos internacionais.¹⁶⁵

O ininterrupto aumento do quantitativo de tratados bilaterais de investimento é indicativo de uma aceitação relativamente ampla desses instrumentos para a regulação do fluxo internacional de investimentos estrangeiros. Entre os diversos autores que se dedicaram

¹⁶² DOLZER, Rudolf. The European approach to BITs. *ICSID Review*, v. 24, n. 2, p. 368-399, 2009, p. 396.

¹⁶³ REINISCH, August. The future shape of EU investment agreements. *ICSID Review*, v. 28, n. 1, p. 179-196, 2013, p. 196. Em tradução livre: É possível, portanto, que os futuros acordos internacionais de investimentos da União Europeia contenham uma redação destinada a integrar preocupações maiores e não econômicas ao objetivo de proteção dos investimentos de maneira a produzir um equilíbrio entre interesses de investidores e Estados hospedeiros. É possível também que os futuros acordos contenham algumas limitações de acesso à solução de controvérsias internacionais.

¹⁶⁴ KANTOR, Mark. Little has changed in the new US Model Bilateral Investment Treaty. *ICSID Review*, v. 27, n. 2, p. 335-378, 2012, p. 335.

¹⁶⁵ KANTOR, Mark. Little has changed in the new US Model Bilateral Investment Treaty. *ICSID Review*, v. 27, n. 2, p. 335-378, 2012, p. 378.

ao estudo dos impactos dos tratados bilaterais, é possível identificar duas correntes diametralmente opostas.¹⁶⁶

A utilização dos tratados bilaterais de investimento, inclusive por países em desenvolvimento e por países afastados do sistema capitalista, representa – para uma corrente de autores – o sucesso desse instrumento para a promoção dos investimentos. É ilustrativa dessa posição, a reflexão de Rudolf Dolzer:

*The previous occasional theme of the BIT as an instrument of capitalist expansionism has rapidly vanished over the past decade, as emerging countries – in particular China – have turned into capital-exporting countries and have themselves concluded nearly a thousand treaties with developing states. Today, the BIT stands as a universally accepted instrument for the promotion of investments, variations and criticisms notwithstanding.*¹⁶⁷

Entretanto, para outros autores, a existência de tratados bilaterais, em sua maioria, entre países mais desenvolvidos e majoritariamente exportadores de capitais e países menos desenvolvidos e majoritariamente importadores de capitais é sintomática de um desequilíbrio econômico que afeta o processo de negociação desses tratados e acaba por comprometer a igualdade durante sua aplicação.¹⁶⁸ Em um posicionamento mais crítico, muitos autores identificam um “*inbalance in the substantive principles of international investment law*”,¹⁶⁹

¹⁶⁶ Em defesa do sucesso do regime dos tratados bilaterais de investimento, por todos, cf. DOLZER, Rudolf. The European approach to BITs. *ICSID Review*, v. 24, n. 2, p. 368-399, 2009 e LOWENFELD, Andreas F. *International Economic Law*. 2 ed. New York: Oxford, 2008. Entre os que, por outro lado, consideram o sucesso dos tratados bilaterais de investimentos um sintoma do desequilíbrio econômico que se reflete no campo político e jurídico, cf. SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. 3ª ed. New York: Cambridge University Press, 2010 e SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2008.

¹⁶⁷ DOLZER, Rudolf. The European approach to BITs. *ICSID Review*, v. 24, n. 2, p. 368-399, 2009, p. 375. Em tradução livre: O tema ocasional do tratado bilateral de investimento como um instrumento do expansionismo capitalista foi rapidamente extinto na última década, uma vez que países emergentes – em particular a China – se tornaram países exportadores de capital e celebraram quase mil tratados com países em desenvolvimento. Hoje o tratado bilateral de investimento pode ser considerado um instrumento universalmente aceito para a promoção de investimento, apesar das variações e críticas. No mesmo sentido, cf. LOWENFELD, Andreas F. *International Economic Law*. 2 ed. New York: Oxford, 2008, p. 584-86.

¹⁶⁸ MONEBHURRUN, Nitish. Are Bilateral Investment Treaties contemporary unequal treaties? *International Journal of Contemporary Laws*, v. 1, n. 1, p. 1- 19, 2012, p. 17-8.

¹⁶⁹ MILES, Kate. Reconceptualising international investment law: bringing the public interest into private business. In: LEWIS, Meredith Kolsky; FRANKEL, Susy. *International economic law and national autonomy*. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 296. Em tradução livre: um desequilíbrio nos princípios materiais do Direito Internacional dos Investimentos.

em virtude da existência de disposições altamente protetivas do investidor, por um lado, e extremamente restritivas ao Estado, por outro.¹⁷⁰

As duas correntes indicadas – em nossa opinião – não são mutuamente excludentes. É necessário reconhecer o legado dos tratados bilaterais de investimento que vêm sendo celebrados há mais de 50 anos para a construção do Direito Internacional dos Investimentos. Embora não existam evidências incontrovertidas da influência direta desses tratados na atração de capital estrangeiro, é inquestionável que eles contribuíram (a) para a criação de ambientes mais estáveis para o investidor estrangeiro, (b) para a revisão de muitas medidas estatais que, na realidade, eram discriminatórias e (c) para o avanço das teorias da proteção da propriedade de estrangeiros. É igualmente necessário, por outro lado, reconhecer que, muitas vezes, esses tratados serviram como instrumento de imperialismo econômico e de cerceamento da soberania dos Estados hospedeiros. Nesse sentido, as críticas aos tratados bilaterais são absolutamente adequadas e procedentes, servindo de instrumental teórico para repensar e renovar os paradigmas atualmente utilizados, com a finalidade de criar acordos bilaterais mais equilibrados.

1.4 A nova geração dos acordos internacionais de investimentos

O fracasso das tentativas de acordos internacionais de investimentos ocorreu, na visão de Sornarajah, porque tais acordos se fixavam exclusivamente na proteção dos interesses do investidor estrangeiro e não se preocuparam com os interesses da comunidade internacional ou do país receptor, nem com a proteção de valores como meio ambiente,¹⁷¹ direitos humanos e desenvolvimento econômico.¹⁷² Dessa forma, o autor afirma que “[u]nless investment

¹⁷⁰ SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 116. No mesmo sentido, cf. SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. 3ª ed. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 178.

¹⁷¹ Em relação à emergente abordagem das questões ambientais nos acordos internacionais de investimentos, cf. MOROSINI, Fabio Costa; NIENCHESKI, Luísa. A regulação do investimento estrangeiro direto e suas relações com o meio ambiente. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 553-585, p. 570-6.

¹⁷² Sobre a questão da preocupação com os direitos humanos nos acordos internacionais em matéria econômica, cf. HORNG, Der-Chin. The Human Rights clause in the European Union's External Trade and Development Agreements. *European Law Journal*, v. 9, n. 5, p. 677-701, 2003.

treaties come to reflect a balance between the rights of the foreign investors and the regulatory concerns of the host states, their future viability will continue to be contested”.¹⁷³

Alguns tratados bilaterais mais recentes buscaram, em resposta às críticas, alcançar um equilíbrio, em maior ou menor grau, entre, de um lado, a proteção concedida ao investidor estrangeiro e a liberalização dos regimes de investimento e, de outro lado, a manutenção pelo Estado do direito de regulação (*right to regulate*)¹⁷⁴ e a tutela estatal das questões de interesse público.¹⁷⁵

O *World Investment Report 2010* da Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) reconhece a existência dessa tendência, ao afirmar que:

*[w]orth noting are certain innovative features aimed at rebalancing the agreements between the rights and obligations of investors and host countries, as well as between economic and other public policy objectives, such as the protection of the environment.*¹⁷⁶

Nessa perspectiva, a Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) estabeleceu as tendências observadas nos tratados bilaterais mais recentes, destacando (a) a adoção de definições de investimento mais estritas, afastando-se da tradicional definição baseada em ativos e buscando um equilíbrio entre uma definição relativamente ampla de investimento e a previsão dos ativos merecedores de proteção; (b) a atualização da redação de algumas disposições materiais com o objetivo de limitar a margem de interpretação dos tribunais, incluindo anexos para fixar definições e critérios de

¹⁷³ SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. 2 ed. New York: Cambridge University Press, 2004, p. 267. Em tradução livre: “a menos que os acordos de investimentos passem a refletir um equilíbrio entre os direitos dos investidores estrangeiros e os interesses regulatórios dos países receptores de investimentos, terão sua viabilidade futura constantemente contestada”.

¹⁷⁴ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. “*Indirect expropriation*” and the “*right to regulate*” in *International Investment Law* (OECD Working Papers on International Investment 2004/4). OECD Publishing, 2004, p. 11-13.

¹⁷⁵ Para uma visão mais detalhada dos fatores envolvidos na busca do equilíbrio nos Tratados Bilaterais de Investimento, cf. FONSECA, Karla Closs. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008; BARRAL, Welber (Org.). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo, Singular, 2005; CELLI JUNIOR, Umberto. Os acordos de serviços (GATS) e investimentos (TRIMs) na OMC: espaço para políticas de desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTAL, Luiz Otávio (Orgs.). *Comércio internacional e desenvolvimento*. Florianópolis: Boiteux, 2006.

¹⁷⁶ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2010: investing in a low-carbon economy*. New York: UNCTAD, 2010, p. 94. Em tradução livre: é importante notar alguns aspectos inovadores que procuram reequilibrar os direitos e obrigações de investidores e países hospedeiros, bem como entre objetivos econômicos e outras questões de ordem pública, como a proteção ao meio ambiente.

interpretação; (c) a inclusão de novos temas como saúde, segurança, meio ambiente e direitos trabalhistas, dando relevo à prevalência do interesse público sobre a liberalização e a proteção dos investimentos; e (d) a previsão de inovações nos procedimentos de solução de controvérsias entre investidor e Estado, incluindo medidas visando maior transparência nos procedimentos arbitrais, sessões abertas, publicação de documentos, possibilidade de participação da sociedade civil e o estabelecimento de mecanismos de apelação.¹⁷⁷

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), por sua vez, também mapeou as principais alterações de conteúdos dos tratados bilaterais mais recentes, vislumbrando: (a) a incorporação de disposições específicas sobre o direito do Estado de salvaguardas sobre temas como saúde pública, segurança, meio ambiente e proteção dos direitos trabalhistas; (b) o recurso cada vez maior à utilização de várias espécies de exceções, como quanto à tributação, à segurança pública, à proteção da vida e da saúde humana, animal e vegetal, e à conservação dos recursos naturais; (c) a redefinição de regras de tratamento abstratas, visando a esclarecer o seu conteúdo e alcance; (d) a inclusão de cláusulas estabelecendo condições para a realização de expropriação e o padrão para a indenização correspondente; e (e) a ampliação das obrigações de transparência para além do dever de informar e publicar leis e decisões judiciais.¹⁷⁸

Muitas dessas alterações já haviam sido observadas no modelo norte-americano de tratado bilateral de investimentos de 2004, que marcou uma das mais extensas revisões do modelo utilizado pelos Estados Unidos.¹⁷⁹ As alterações foram motivadas, em grande medida, pelas decisões arbitrais do *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) à época,¹⁸⁰ que permitiram uma mudança de perspectiva pelo governo norte-americano. Na visão de Karen

¹⁷⁷ FONSECA, Karla Closs. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 64.

¹⁷⁸ FONSECA, Karla Closs. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 65.

¹⁷⁹ CROSS, Karen Halverson. Converging trends in investment treaty practice. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, v. 38, p. 151-231, 2012, p. 188.

¹⁸⁰ LEGUM, Barton. Lessons learned from the NAFTA: the new generation of U.S. investment treaty arbitration provisions. *ICSID Review*, v. 19, n. 2, p. 344-356, 2004, p. 344. O *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) foi celebrado em 1992 entre Canadá, Estados Unidos e México, entrando em vigor em 1994. O capítulo sobre investimentos (capítulo 11) foi extremamente importante e acabou influenciado muitos tratados posteriores. NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and practice of investment treaties: standards of treatment*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, p. 53.

Cross, “*the United States finding itself on either side of investor-state disputes [has] moderated some of the most strongly pro-investor aspects of past treaties*”.¹⁸¹

As alterações identificadas no modelo norte-americano de 2004 tiveram reflexo prático nos tratados bilaterais de investimento celebrados pelos Estados Unidos com Uruguai em 2005 e Ruanda em 2008. Um discreto avanço das tendências identificadas também foi observado, mais recentemente, em algumas alterações empreendidas na revisão do modelo norte-americano de tratado bilateral em 2012. Ainda que, em substância, a versão de 2012 tenha se mantido muito semelhante à minuta de 2004, duas alterações merecem destaque.

Em primeiro lugar, o modelo trouxe novos requisitos de transparência, exigindo que as partes realizem consultas periódicas de forma a melhorar as práticas de transparência no que diz respeito à publicação de leis, decisões administrativas e laudos arbitrais. Além disso, foi acrescentada uma nova seção ao artigo 11 do modelo, estabelecendo os requisitos de transparência relativos às propostas de alterações regulatórias no ordenamento jurídico de cada uma das partes. O modelo exige, especificamente, que as partes publiquem as propostas de alterações, expliquem seu objetivo e realizem consultas públicas sobre as alterações. O modelo de tratado também acrescenta a exigência de que cada uma das partes permitia que indivíduos da outra parte possam participar do desenvolvimento de padrões técnicos e de procedimentos de avaliação de conformidade nos diversos setores econômicos. As novas disposições sobre transparência podem contribuir para a prevenção da instauração de algumas arbitragens internacionais, uma vez que as novas disposições permitiriam aos investidores discutir os efeitos das propostas de alterações regulatórias e aos Estados hospedeiros reavaliar as alterações e seus impactos antes de sua adoção.

Em segundo lugar, o modelo de tratado ampliou o escopo das obrigações trabalhistas e ambientais nos artigos 12 e 13, impondo às partes as obrigações de não reduzir os padrões e de não derogar leis trabalhistas e ambientais domésticas, ao passo que o modelo de 2004 continha uma disposição mais programática, conclamando as partes a se esforçarem para garantir a manutenção de tais padrões. O novo modelo também acrescenta a exigência de que

¹⁸¹ CROSS, Karen Halverson. Converging trends in investment treaty practice. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, v. 38, p. 151-231, 2012, p. 189-90. Em tradução livre: [o fato de] os Estados Unidos se encontrarem dos dois lados da solução de controvérsias entre investidor e Estado moderou alguns dos mais fortes aspectos pró-investidor dos tratados anteriores. Um exemplo dessa moderação foi a inclusão, no modelo de tratado de 2004, da nota interpretativa da Free Trade Commission – um órgão intergovernamental normativo do NAFTA – no sentido de que o *fair and equitable treatment* corresponde ao *minimum standard of treatment* do costume internacional. Nesse sentido, cf. CLODFELTER, Mark A. The adaptation of States to the changing world of investment protection through Model BITs. *ICSID Review*, v. 24, n. 1, p. 165-175, 2009, p. 170.

as partes efetivamente cumpram suas leis trabalhistas e ambientais. Em paralelo, incluiu-se na minuta uma nova cláusula reconhecendo explicitamente aos Estados a discricionariedade regulatória, desde que exercida nos limites da razoabilidade e da boa fé. Foram incluídas também uma nova definição de direito ambiental¹⁸² e uma definição mais expandida de direito do trabalho.¹⁸³ Embora alguns setores da sociedade tivessem sugerido que a violação às disposições ambientais e trabalhistas pudesse ser objeto de solução de controvérsias, o modelo revisado – apesar de mais enfático na redação – não atribuiu tal importância a essas disposições.¹⁸⁴

Os dados da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD) refletem a transição no paradigma de regulação internacional dos investimentos estrangeiros. Dos vinte tratados bilaterais assinados em 2012, oito fazem referência, no preâmbulo, a meio ambiente, desenvolvimento sustentável, direitos humanos, direitos trabalhistas e proteção à saúde. Seis tratados contêm exceções relativas à proteção da vida humana, vegetal e animal, e à conservação de recursos naturais e quatro tratados proíbem que os Estados hospedeiros reduzam os padrões sanitários e ambientais para a atração de investimentos.¹⁸⁵

Além da alteração do conteúdo material dos tratados bilaterais de investimento, a transição no paradigma de regulação dos investimentos se faz sentir por outros fatores. A assinatura de apenas vinte tratados bilaterais de investimento em 2012 representa o menor número nos últimos 25 anos. No mesmo período, foram assinados dez acordos internacionais de investimentos diferentes dos tratados bilaterais – denominados pela UNCTAD como

¹⁸² No original: “*For purposes of this Article, “environmental law” means each Party’s statutes or regulations, or provisions thereof, the primary purpose of which is the protection of the environment, or the prevention of a danger to human, animal, or plant life or health, through the: (a) prevention, abatement, or control of the release, discharge, or emission of pollutants or environmental contaminants; (b) control of environmentally hazardous or toxic chemicals, substances, materials, and wastes, and the dissemination of information related thereto; or (c) protection or conservation of wild flora or fauna, including endangered species, their habitat, and specially protected natural areas, in the Party’s territory, but does not include any statute or regulation, or provision thereof, directly related to worker safety or health*”.

¹⁸³ No original: “*For purposes of this Article, “labor laws” means each Party’s statutes or regulations, or provisions thereof, that are directly related to the following: a) freedom of association; (b) the effective recognition of the right to collective bargaining; (c) the elimination of all forms of forced or compulsory labor; (d) the effective abolition of child labor and a prohibition on the worst forms of child labor; (e) the elimination of discrimination in respect of employment and occupation; and (f) acceptable conditions of work with respect to minimum wages, hours of work, and occupational safety and health*”.

¹⁸⁴ KANTOR, Mark. Little has changed in the new US Model Bilateral Investment Treaty. *ICSID Review*, v. 27, n. 2, p. 335-378, 2012, p. 343.

¹⁸⁵ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2013: Global value chains: investment and trade for development*. Geneva: United Nations, 2013, p. 101-2.

“*other international investment agreements*” – elevando para 339 o total desses acordos,¹⁸⁶ o que corresponde a aproximadamente 10% do total de acordos internacionais de investimentos.

De acordo com a UNCTAD, esses outros tipos de *international investment agreements* (IIAs) podem ser divididos em três categorias. Na primeira categoria, existem acordos-quadro de cooperação, que contêm disposições gerais prevendo a cooperação em matéria de investimentos e a negociação posterior de acordos internacionais. Nessa categoria se incluem, por exemplo, o acordo-quadro entre União Europeia e Vietnã (*EU–Vietnam Framework Agreement*), e o acordo-quadro entre Chile, Colômbia, México e Peru (*Pacific Alliance Framework Agreement*).¹⁸⁷ Outro exemplo são os *Trade and Investment Framework Agreements* (TIFAs), celebrados pelos Estados Unidos com diversos outros países.¹⁸⁸ Na segunda categoria, existem acordos contendo dispositivos limitados sobre apenas alguns aspectos da regulação dos investimentos, como é caso dos acordos celebrados entre União Europeia e Colômbia, e entre Chile e Hong Kong.¹⁸⁹ Na terceira categoria, estão os acordos com dispositivos equivalentes aos tratados bilaterais de investimento. Muitas vezes há um capítulo desses acordos – normalmente celebrados sobre a forma de acordos de livre comércio ou *Free Trade Agreement* (FTAs) – que reproduzem os dispositivos dos tratados bilaterais de investimento. São exemplos dessa categoria o acordo de livre comércio entre Austrália e Malásia e os vários FTAs dos Estados Unidos.¹⁹⁰

É importante observar que os acordos de livre comércio (FTAs) têm se tornado gradativamente mais representativos no cenário internacional.¹⁹¹ Esses acordos –

¹⁸⁶ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2013: Global value chains: investment and trade for development*. Geneva: United Nations, 2013, p. 101. Em tradução livre: outros acordos internacionais de investimento.

¹⁸⁷ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2013: Global value chains: investment and trade for development*. Geneva: United Nations, 2013, p. 102.

¹⁸⁸ UNITED STATES. Office of the United States Trade Representative. *Trade & Investment Framework Agreements*. Disponível em: <http://www.ustr.gov/trade-agreements/trade-investment-framework-agreements>. Acessado em: 26 jan. 2014.

¹⁸⁹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2013: Global value chains: investment and trade for development*. Geneva: United Nations, 2013, p. 102.

¹⁹⁰ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2013: Global value chains: investment and trade for development*. Geneva: United Nations, 2013, p. 101; UNITED STATES. Office of the United States Trade Representative. *Free Trade Agreements*. Disponível em: <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>. Acessado em 26 jan. 2014; MARUYAMA, Warren H.; ROSENBERG, Charles B. The investment chapter of the U.S.-Colombia FTA: new protections of U.S investors. *Journal of World Investment and Trade*, v. 11, p. 409-417, 2010, p. 410.

¹⁹¹ A representatividade dos FTAs poderá ser ainda maior nos próximos anos. Como o pico de assinatura de tratados bilaterais de investimentos (BITs) ocorreu na década de 90, muitos tratados estão próximos do término

normalmente bastante extensos – contêm capítulos sobre diversas áreas de integração econômica: comércio, concorrência, investimentos, propriedade intelectual, direitos trabalhistas, proteção ao meio ambiente e direitos humanos. Especificamente sobre a regulação dos investimentos, os FTAs celebrados pelos Estados Unidos, por exemplo, apresentam capítulos que refletem fundamentalmente os modelos mais atuais de tratados bilaterais.¹⁹²

Outros temas marcantes da nova geração de acordos de investimento continuam presentes em capítulos autônomos, de maneira que – como reconhece a UNCTAD – “*sustainable development features continue making their way into IIAs*”.¹⁹³ Quase todos os FTAs trazem um capítulo exclusivamente dedicado ao meio ambiente, contendo regras sobre a manutenção de padrões de proteção ambiental e sobre a observância das leis e regulamentos domésticos. Mais recentemente, contudo, os alguns FTAs passaram a permitir a instauração de procedimentos de solução de controvérsias entre Estados com fundamento na violação de alguma obrigação ambiental prevista no tratado.¹⁹⁴ São os casos dos FTAs celebrados pelos Estados Unidos com Peru em 2006 (artigo 18.12.6), Colômbia em 2006 (artigo 18.12.6) e Panamá em 2007 (artigo 17.11.6).

A regionalização dos “*other international investment agreements*” também é identificada como uma tendência importante pela Conferência das Nações Unidas para o

de seu período de vigência. De acordo com a UNCTAD, em 2013 mais de 1300 BITs chegarão ao “*anytime termination stage*”. Em setembro de 2012, a África do Sul notificou Bélgica e Luxemburgo que não pretendia renovar o tratado bilateral após o término do prazo inicial em março de 2013. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2013: Global value chains: investment and trade for development*. Geneva: United Nations, 2013, p. 108.

¹⁹² Sobre os *free trade agreements* (FTAs), cf. JOHNSTON, Adrian M.; TREBILCOCK, Michael J. Fragmentation in international trade law: insights from the global investment regime. *World Trade Review*, v. 12, n. 4, p. 621-652, 2013, p. 623; CROSS, Karen Halverson. Converging trends in investment treaty practice. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, v. 38, p. 151-231, 2012, p. 184-6; TOBIN, Jennifer L.; BUSCH, Marc L. A bit is better than a lot: bilateral investment treaties and preferential trade agreements. *World Politics*, v. 62, n. 1, p. 1-42, 2010; BONDIETTI, Kristen. *Inconsistencies in treatment of foreign investment in trade agreements* (Australia Open Investment Future (AOIF) Paper 5). [s.l]: AOIF, 2008, p. 2-3.

¹⁹³ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Investment policy monitor n. 9* (March 2013) [UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/2], 2013. Disponível em: www.unctad.org/diae. Acessado em 19 jan. 2014, p. 7. Em tradução livre: aspectos do desenvolvimento sustentável continuam sendo incluídos nos IIAs.

¹⁹⁴ Outra possibilidade sugerida por Horatia Muir Watt, analisando a questão dos direitos humanos, é a leitura pelos tribunais arbitrais dos acordos internacionais de investimentos a partir da ótica mais ampla do Direito Internacional, pois – ainda que não previstas expressamente – as normas de direitos humanos devem fazer parte da análise do caso. MUIR WATT, Horatia. The contested legitimacy of investment arbitration and the human rights ordeal: the missing link. In: MATTLI, Walter; DIETZ, Thomas (Eds.). *International arbitration and global governance: contending theories and evidence*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD). Dos dez IIAs celebrados em 2012, oito foram acordos regionais, assim considerados aqueles que envolveram mais do que dois Estados. Os acordos regionais assumem diferentes formas, algumas inter-regionais: acordos entre grupos de países de mesma região, acordos entre blocos regionais e terceiros países ou acordos entre dois grupos de países de regiões distintas.¹⁹⁵ De acordo com a UNCTAD, entretanto, o crescimento dessa regulação regional e inter-regional pode comprometer o projeto de unidade da regulação dos investimentos estrangeiros:

*The current IIA regime is known for its complexity and incoherence, gaps and overlaps. Rising regionalism in international investment policymaking presents a rare opportunity to rationalize the regime and create a more coherent, manageable and development-oriented set of investment policies. In reality, however, regionalism is moving in the opposite direction, effectively leading to a multiplication of treaty layers, making the network of international investment obligations even more complex and prone to overlap and inconsistency.*¹⁹⁶

Ilustrativos da tendência de regionalismo são o *Dominican Republic–Central America Free Trade Agreement* (CAFTA-DR), celebrado entre Estados Unidos, República Dominicana, Honduras, Nicarágua, El Salvador e Guatemala, o *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA), em negociação entre União Europeia e Canadá, *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP), em negociação entre União Europeia e Estados Unidos, o *Deep and Comprehensive Free Trade Agreement* (DCFTA), em negociação entre União Europeia e Marrocos, e o *Trans-Pacific Partnership Agreement* (TPP), em negociação entre Austrália, Brunei, Canadá, Chile, Cingapura, Estados Unidos, Malásia, México, Nova Zelândia, Peru e Vietnã.¹⁹⁷

A possibilidade de criação da *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP) reunindo as maiores economias do mundo tem suscitado muito interesse jurídico: por um lado, a TTIP pode representar um primeiro estágio de um marco regulatório global para os

¹⁹⁵ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2013: Global value chains: investment and trade for development*. Geneva: United Nations, 2013, p. 101-3.

¹⁹⁶ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2013: Global value chains: investment and trade for development*. Geneva: United Nations, 2013, p. 105. Em tradução livre: O atual regime dos IIAs é conhecido por sua complexidade, incoerência, lacunas e sobreposições. O crescimento do regionalismo na política internacional dos investimentos representa uma rara oportunidade para racionalizar o regime e criar um conjunto de políticas de investimento mais coerente, gerenciável e dedicado ao desenvolvimento. Na realidade, entretanto, o regionalismo está caminhando na direção oposta, levando efetivamente a uma multiplicação dos níveis dos tratados e fazendo a rede de regras interacionais sobre investimentos mais complexa e passível de sobreposições e inconsistências.

¹⁹⁷ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2013: Global value chains: investment and trade for development*. Geneva: United Nations, 2013, p. 103-4.

investimentos;¹⁹⁸ por outro lado, a TTIP é considerada uma potencial ameaça ao multilateralismo inaugurado há meio século no âmbito do comércio internacional.¹⁹⁹

Com essa perspectiva, o *International Institute for Sustainable Development* (IISD) procurou, desde 2005, apresentar uma alternativa mais equilibrada para um eventual acordo multilateral de investimentos, através da publicação de um *Model International Agreement on Investment for Sustainable Development*.²⁰⁰ O modelo do IISD tem como principal diretriz o alinhamento da promoção dos investimentos com a garantia do desenvolvimento sustentável.²⁰¹

A intenção de equilibrar os direitos e deveres de investidores estrangeiros e de Estados hospedeiros torna-se evidente apenas pela análise da estrutura do modelo do IISD, que contém onze seções: (1) disposições gerais, (2) padrões de tratamento dos investidores estrangeiros, (3) obrigações e deveres de investidores e investimentos, (4) obrigações do Estado hospedeiro, (5) direito do Estado hospedeiro, (6) direitos e obrigações do Estado de origem do investidor, (7) relação com outros acordos internacionais, (8) instituições, (9) prevenção e solução de controvérsias, (10) exceções gerais e (11) disposições finais. Observa-se a existência de seções dedicadas a estabelecer, de maneira sistemática, direitos e obrigações para todas as partes envolvidas.

Ainda que o modelo do IISD mereça uma análise mais detalhada, são imprescindíveis – em nossa opinião – os comentários a alguns dispositivos fundamentais do documento. Na elaboração do preâmbulo do modelo, o IISD – ciente da utilização do preâmbulo de outros tratados para a fundamentação de laudos arbitrais – optou por enunciar, desde logo, os pilares do modelo proposto, fazendo referência a desenvolvimento sustentável, direitos humanos,

¹⁹⁸ ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *The transatlantic trade and investment partnership: why does it matter?* Disponível em: www.oecd.org/trade. Acessado em 14 jan. 2014.

¹⁹⁹ BARYSCH, Katinka; HEISE, Michael. Will TTIP harm the global trading system? *Yale Global Online Magazine*, 9 jan. 2014. Disponível em: <http://yaleglobal.yale.edu/content/will-ttip-harm-global-trading-system>. Acessado em 22 jan. 2014.

²⁰⁰ O *International Institute for Sustainable Development* (IISD) é um instituto canadense privado de pesquisas sobre desenvolvimento sustentável que recebe subvenções de diversas instituições internacionais como a Comissão Europeia, o Banco Mundial e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Outras informações podem ser consultadas em: www.iisd.org. Acessado em 11 dez. 2013.

²⁰¹ MANN, Howard; VON MOLTKE, Konrad; PETERSON, Luke Eric; COSBEY, Aaron. *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Investment: negotiators' handbook*. 2 ed. Winnipeg: IISD, 2006, p. xi-x. Nesse sentido: “*The Model Agreement set out below should be seen as a living text. It provides an agenda for future negotiations, and a comprehensive, consistent view of the linkages between investment and sustainable development*”.

direitos sociais, transparência, equilíbrio de direitos e obrigações e responsabilidade das empresas transnacionais.²⁰² De maneira semelhante, o artigo 1º do modelo evidencia o objetivo geral do acordo de promover o investimento estrangeiro que fomente o desenvolvimento sustentável, especialmente em países menos desenvolvidos e em desenvolvimento, de maneira a estabelecer um cânone interpretativo para eventuais procedimentos arbitrais.²⁰³

Em relação à definição de investimento estrangeiro, o modelo do IISD traz uma sistemática peculiar em seu artigo 2º, enunciando – por um lado – categorias de ativos econômicos que podem ser considerados investimentos e exigindo – por outro lado – alguns elementos como (a) o caráter direto do investimento – excluindo-se, portanto, o investimento em portfólio – (b) a presença física no Estado hospedeiro, (c) a conformidade com as leis do Estado hospedeiro, (d) a destinação para uma operação comercial ou negocial e (e) a realização por um investidor nacional de outro Estado parte. Além disso, o modelo contém uma lista negativa, com alguns ativos expressamente excluídos da definição de investimento, tais como cartas de crédito e contratos comerciais de compra e venda de bens e serviços.²⁰⁴

O modelo do IISD, no que se refere aos padrões de tratamento do investidor estrangeiro, optou não enunciar no artigo 7º o *fair and equitable treatment*, utilizando uma redação no sentido de que os Estados devem tratar os investimentos “*in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security*”, de maneira a minimizar a possibilidade de interpretação extensiva por tribunais arbitrais.²⁰⁵ Outra reação à interpretação extensiva dos tribunais arbitrais foi observada no

²⁰² MANN, Howard; VON MOLTKE, Konrad; PETERSON, Luke Eric; COSBEY, Aaron. *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Investment: negotiators' handbook*. 2 ed. Winnipeg: IISD, 2006, p. 2.

²⁰³ MANN, Howard; VON MOLTKE, Konrad; PETERSON, Luke Eric; COSBEY, Aaron. *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Investment: negotiators' handbook*. 2 ed. Winnipeg: IISD, 2006, p. 4. No original: “*Article 1: Objective. The objective of this Agreement is to promote foreign investment that supports sustainable development, in particular in developing and least-developed countries*”.

²⁰⁴ MANN, Howard; VON MOLTKE, Konrad; PETERSON, Luke Eric; COSBEY, Aaron. *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Investment: negotiators' handbook*. 2 ed. Winnipeg: IISD, 2006, p. 4-5.

²⁰⁵ MANN, Howard; VON MOLTKE, Konrad; PETERSON, Luke Eric; COSBEY, Aaron. *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Investment: negotiators' handbook*. 2 ed. Winnipeg: IISD, 2006, p. 15. Em tradução livre: de acordo com o costume internacional, incluindo o tratamento justo e equitativo e a proteção e segurança integrais. A redação do artigo 7º reflete a preocupação com a interpretação do *fair and equitable treatment* de maneira excessivamente protetiva aos investidores pelos tribunais arbitrais, como se observa no trecho “*The concepts of 'fair and equitable treatment' and 'full protection and security' are included within this standard, and do not create additional substantive rights*”. A discussão sobre a interpretação do *fair and equitable treatment* será aprofundada no capítulo 3.

artigo 8º,²⁰⁶ ao se excluir do conceito de expropriação indireta as medidas regulatórias implementadas para proteger interesses público legítimos como saúde, segurança e meio-ambiente.²⁰⁷

Um dos traços característicos principais do modelo do IISD consiste na expressa previsão de diversas obrigações imputadas ao investidor estrangeiro, das quais é possível destacar (a) a submissão ao ordenamento jurídico do Estado hospedeiro e a contribuição para seu desenvolvimento (artigo 11), (b) realização de estudos de impacto social e ambiental (artigo 12), (c) atuação isenta de práticas de corrupção (artigo 13), (d) observância de padrões trabalhistas e ambientais após o estabelecimento no Estado hospedeiro (artigo 14), (e) adoção de práticas de governança corporativa (artigo 15), (f) implementação de programas de responsabilidade social corporativa (artigo 16) e (g) responsabilização por danos causados durante sua atuação no Estado hospedeiro (artigo 17).²⁰⁸

As disposições sobre as obrigações dos investidores contrastam com aquelas sobre os direitos dos Estados hospedeiros. Nesse aspecto, merece destaque o artigo 25 do modelo, que dispõe sobre o direito inerente aos Estados de adotar medidas regulatórias para efetivar políticas públicas, com observância dos princípios gerais do Direito Internacional e com o costume internacional.²⁰⁹

Outro aspecto interessante do modelo do IISD é proposta de criação de um órgão multilateral para operacionalizar as disposições previstas no acordo, que possuiria inclusive um órgão de solução de controvérsias (*dispute settlement body*) de maneira semelhante à

²⁰⁶ Uma reflexão sobre a tendência de interpretações extensivas dos padrões de tratamento do investidor estrangeiro pelos tribunais arbitrais é realizada por Surya Subedi, que identifica uma “*catch-all interpretation*” de alguns dispositivos dos acordos internacionais de investimentos. Nesse sentido, cf. SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 172-5.

²⁰⁷ MANN, Howard; VON MOLTKE, Konrad; PETERSON, Luke Eric; COSBEY, Aaron. *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Investment: negotiators’ handbook*. 2 ed. Winnipeg: IISD, 2006, p. 17. No original: “*Consistent with the right of states to regulate and the customary international law principles on police powers, bona fide, non-discriminatory regulatory measures taken by a Party that are designed and applied to protect or enhance legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment, do not constitute an indirect expropriation under this Article*”.

²⁰⁸ MANN, Howard; VON MOLTKE, Konrad; PETERSON, Luke Eric; COSBEY, Aaron. *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Investment: negotiators’ handbook*. 2 ed. Winnipeg: IISD, 2006, p. 22-28.

²⁰⁹ MANN, Howard; VON MOLTKE, Konrad; PETERSON, Luke Eric; COSBEY, Aaron. *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Investment: negotiators’ handbook*. 2 ed. Winnipeg: IISD, 2006, p. 38. No original: “*In accordance with customary international law and other general principles of international law, host states have the right to take regulatory or other measures to ensure that development in their territory is consistent with the goals and principles of sustainable development, and with other social and economic policy objectives*”.

Organização Mundial do Comércio.²¹⁰ Entre outras atribuições, o órgão de solução de controvérsias administraria os procedimentos arbitrais entre investidores estrangeiros e Estados hospedeiros, regidos pelo Anexo A do modelo do IISD, segundo o qual a arbitragem pode ser iniciada tanto pelo investidor estrangeiro – de maneira semelhante ao paradigma atualmente existente – quanto pelo Estado hospedeiro.²¹¹

1.5 A solução de controvérsias entre investidores estrangeiros e Estados hospedeiros

Os acordos internacionais de investimento precisam garantir a efetividade dos direitos e deveres neles previstos quando ocorre alguma violação por parte dos investidores estrangeiros ou dos Estados hospedeiros. Os países exportadores de capital e os investidores buscam solucionar os conflitos através de mecanismos internacionais com a intervenção de terceiros. Por outro lado, os países receptores de investimentos defendem historicamente a concessão ao investidor estrangeiro do mesmo tratamento outorgado ao investidor nacional, através da submissão aos tribunais nacionais sem os privilégios dos tribunais internacionais.

As posturas contrárias permitem o delineamento de quatro padrões para a regulamentação da questão relativa à solução de controvérsias entre investidores e Estado. O primeiro padrão consiste na não inclusão de disposições relativas à solução de controvérsias nos tratados bilaterais de investimento, de maneira que o investidor não poderia instaurar procedimento arbitral internacional em face do Estado hospedeiro, devendo recorrer aos tribunais nacionais do Estado hospedeiro ou à proteção diplomática por seu Estado de origem. Embora possível no plano teórico, esse padrão de tratamento não é usual no plano prático, considerando-se o papel indireto de promoção de investimentos dos tratados bilaterais.²¹²

O segundo padrão se fundamenta na submissão obrigatória ou preferencial de todos os litígios decorrentes do investimento aos tribunais nacionais do Estado hospedeiro. A

²¹⁰ MANN, Howard; VON MOLTKE, Konrad; PETERSON, Luke Eric; COSBEY, Aaron. *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Investment: negotiators' handbook*. 2 ed. Winnipeg: IISD, 2006, p. 54.

²¹¹ MANN, Howard; VON MOLTKE, Konrad; PETERSON, Luke Eric; COSBEY, Aaron. *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Investment: negotiators' handbook*. 2 ed. Winnipeg: IISD, 2006, p. 74.

²¹² SCHREUER, Christoph. Travelling the BIT route of waiting periods, umbrella clauses and forks in the road. *The Journal of World Investment & Trade*, v. 5, n. 2, p. 231-256, 2004, p. 241.

exclusividade dos tribunais nacionais – defendida majoritariamente pelos países latino-americanos na década de 70 – parece ter sido mitigada ao longo dos anos, adotando-se uma postura mais internacionalizada no tratamento das controvérsias em matéria de investimentos. Uma parcela pequena dos acordos mais recentes prevê, contudo, uma preferência aos recursos internos, obrigando o investidor estrangeiro a renunciar parcialmente à possibilidade de utilização dos mecanismos internacionais. A renúncia parcial se deve (a) à previsão de esgotamento dos recursos internos antes de iniciar procedimentos internacionais ou (b) à fixação de um prazo dentro do qual o investidor pode recorrer exclusivamente aos tribunais nacionais.²¹³

A terceira possibilidade para regulamentar a questão das controvérsias em matéria de investimentos é permitir às partes a escolha entre os sistemas nacionais e internacionais. A disposição denominada *fork-in-the-road* garante ao investidor a opção entre recorrer a tribunais nacionais ou a tribunais internacionais, de acordo com seu interesse, normalmente determinando que, após escolhida uma das vias, não há possibilidade de recurso à outra.²¹⁴ A tendência de limitar o acesso ao mecanismo internacional em função da não utilização dos recursos internos e do decurso do tempo foi seguida pelo modelo norte-americano de tratado bilateral de investimento de 1994, que dispunha:

2. *In the event of an investment dispute, the national or company concerned may choose to submit the dispute for resolution:*
- (a) *to the courts or administrative tribunals of the Party that in a Party to the dispute; or*
 - (b) *in accordance with any applicable, previously agreed dispute-settlement procedures; or*
 - (c) *in accordance with the terms of paragraph 3.*
3. (a) *Provided that the national or company concerned has not submitted the dispute for resolution under paragraph 2 (a) or (b) and that three months have elapsed from the date on which the dispute arose, the national or company concerned may choose to consent in writing to the submission of the dispute for settlement by binding arbitration:*
- (i) *to the Centre, if the Centre is available; or*
 - (ii) *to the Additional Facility of the Centre, if the Centre is not available; or*
 - (iii) *in accordance with the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL); or*

²¹³ A Convenção de Washington exclui explicitamente a regra de esgotamento dos recursos internos, permitindo-a somente em caso de reserva pelo Estado parte conforme o artigo 26. Nesse sentido, cf. FONSECA, Karla Closs. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 82.

²¹⁴ SCHREUER, Christoph. Travelling the BIT route of waiting periods, umbrella clauses and forks in the road. *The Journal of World Investment & Trade*, v. 5, n. 2, p. 231-256, 2004, p. 243-244.

*(iv) to any other arbitration institution, or in accordance with any other arbitration rules, as may be mutually agreed between the parties to the dispute.*²¹⁵

No mesmo sentido, o artigo 11 do modelo alemão de tratado bilateral de investimento de 1991 determinava que:

(1) Divergences concerning investments between a Contracting State and an investor of the other Contracting State should as far as possible be settled amicably between the parties in dispute.

*(2) If the divergence cannot be settled within six months of the date when it has been raised by one of the parties in dispute, it shall, at the request of the investor of the other Contracting State, be submitted for arbitration. Unless the parties in dispute agree otherwise, the divergence shall be submitted for arbitration under the Convention of 18 March 1965 on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States.*²¹⁶

Um exemplo expreso da cláusula *fork-in-the-road* é trazido pelo artigo 8(2) do tratado bilateral de investimento celebrado entre Argentina e França:

*Une fois qu'un investisseur a soumis le différend soit aux juridictions de la Partie contractante concernée, soit à l'arbitrage international, le choix de l'une ou de l'autre de ces procédures reste définitif.*²¹⁷

O quarto padrão de regulamentação da solução de controvérsias entre investidor e Estado estrangeiro se consubstancia na imposição direta de um mecanismo internacional de

²¹⁵ Em tradução livre: “2. Um nacional ou sociedade que seja parte em uma controvérsia sobre investimento pode submeter a controvérsia: (a) às cortes ou tribunais administrativos da Parte que seja parte na controvérsia; ou (b) de acordo com qualquer entendimento sobre solução de controvérsias aplicável e previamente acordado; ou (c) de acordo com os termos do parágrafo 3. 3. (a) Se o nacional ou sociedade interessada não submeteu a controvérsia à solução nos termos do parágrafo 2 (a) ou (b), e já se passou três meses desde a data em que surgiu a controvérsia, o nacional ou sociedade interessado pode submeter a controvérsia para solução à arbitragem vinculante: (i) ao Centro [ICSID], se o Centro estiver disponível; ou (ii) ao Mecanismo Complementar do Centro, se o Centro não estiver disponível; ou (iii) de acordo com as Regras de Arbitragem da UNCITRAL; ou (iv) caso ambas as partes da controvérsia concordem em qualquer outra instituição de arbitragem ou de acordo com qualquer outra regra de arbitragem.”

²¹⁶ Em tradução livre: “(1) As controvérsias relativas a investimentos entre um Estado contratante e um investidor de outro Estado contratante devem, sempre que possível, ser resolvidas amigavelmente entre as partes em disputa. (2) Se a controvérsia não puder ser resolvida em até seis meses a contar da data em que foi iniciada por uma das partes em disputa, ela poderá, através de requerimento do investidor ou do Estado contratante, ser submetida à arbitragem. Salvo se as partes em disputa acordaram de outra forma, a controvérsia deverá ser submetida à arbitragem conforme a Convenção de 18 de março de 1965 sobre Resolução de Disputas Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados”.

²¹⁷ Em tradução livre: “Uma vez submetida a controvérsia pelo investidor à jurisdição da Parte Contratante envolvida ou à arbitragem internacional, a escolha entre um ou outro procedimento será definitiva”.

solução de litígios.²¹⁸ Esse é o fundamento do artigo 24 do modelo norte-americano de tratado bilateral de investimentos de 2004, quando prevê que:

3. *Provided that six months have elapsed since the events giving rise to the claim, a claimant may submit a claim referred to in paragraph 1:*
 (a) *under the ICSID Convention and the ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings, provided that both the respondent and the non-disputing Party are parties to the ICSID Convention;*
 (b) *under the ICSID Additional Facility Rules, provided that either the respondent or the non-disputing Party is a party to the ICSID Convention;*
 (c) *under the UNCITRAL Arbitration Rules; or*
 (d) *if the claimant and respondent agree, to any other arbitration institution or under any other arbitration rules.*²¹⁹

Em qualquer um dos padrões possíveis de utilização, é comum observar a existência de uma disposição estabelecendo a necessidade de realização de consultas e negociações entre Estado hospedeiro e investidor estrangeiro, antes de dar início a alguma das vias arbitrais. De maneira geral, os tratados bilaterais estabelecem um lapso temporal em que se devem levar à efeito as negociações amigáveis de resolução da controvérsia.

O regulamento do procedimento pode ser previsto *ex ante* no próprio texto do tratado bilateral do investimento ou em documento anexo ao tratado bilateral de investimento, quando do surgimento da controvérsia. Uma alternativa mais usual consiste em indicar no tratado bilateral a utilização de um conjunto pré-determinado de regras como as regras de arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL). A escolha da arbitragem institucional, por outro lado, isenta as partes de determinar as regras procedimentais aplicáveis, porquanto as instituições normalmente possuem regulamentos próprios. Embora existam diversas instituições arbitrais de relevo internacional, único sistema institucional de solução de controvérsias especializado em questões relativas a investimentos é o *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*.²²⁰

²¹⁸ LEBEN, Charles. La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements. *Annuaire Français de Droit International*, v. 50, p. 683-714, 2004, p. 698.

²¹⁹ Em tradução livre: “3. Desde que seis meses tenham se passado desde o evento que deu origem à disputa, o reclamante pode submeter a disputa nos termos do parágrafo 1: (a) de acordo com a Convenção do ICSID e as Regras de Procedimentos do ICSID para os Procedimentos de Arbitragem, desde que tanto o requerido quanto a Parte não participante da controvérsia sejam partes da Convenção do ICSID; (b) de acordo com as regras do Mecanismo Complementar do ICSID, contanto que ou o requerido ou a Parte não participante da controvérsia seja parte da Convenção do ICSID; (c) de acordo com as Regras de Arbitragem da UNCITRAL; ou (d) se o reclamante e o reclamado acordarem, a qualquer outra instituição de arbitragem ou de acordo com qualquer outra regra de arbitragem”.

²²⁰ FONSECA, Karla Closs. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 75.

O ICSID tem como função primordial facilitar a solução pacífica de controvérsias sobre questões envolvendo investimentos entre Estados e investidores estrangeiros através da conciliação e da arbitragem.²²¹ Ainda que a Convenção de Washington tenha previsto dois procedimentos distintos, a conciliação e a arbitragem têm, em muitos aspectos, regras semelhantes. A conciliação busca uma aproximação entre as partes para que elas alcancem uma solução para o litígio, ao passo que a arbitragem tem como objetivo a produção de um laudo vinculante que solucione definitivamente a controvérsia.²²²

Em 1978, o Conselho Administrativo do ICSID adotou as Regras do Mecanismo Suplementar (*Additional Facility Rules*), criando uma segunda função para o Centro. Essas regras autorizam o Secretário Geral do Centro a administrar certos tipos de procedimentos entre Estados e nacionais de outros Estados que estão fora do âmbito de aplicação da Convenção pela ausência dos requisitos *ratione personae* e *ratione materiae*. Isso ocorre quando uma das partes não é um Estado Contratante ou nacional de um Estado Contratante, ou quando a controvérsia não tem origem diretamente de um investimento.²²³ Além disso, o Mecanismo Suplementar autoriza o ICSID a administrar um tipo de procedimento não previsto pela Convenção, chamado de *fact-finding proceedings*, que consiste em um recurso voltado para a constatação de fatos relevantes envolvendo um investimento.²²⁴ Os procedimentos regulados pelo Mecanismo Suplementar têm base exclusivamente contratual, não sendo aplicáveis as disposições da Convenção de Washington, de tal forma que a execução dos laudos arbitrais estaria sujeita ao regime dispensado com laudos estrangeiros conforme a lei do local de execução. O Mecanismo Suplementar exige, em virtude disso, que a sede da arbitragem – onde obrigatoriamente o laudo será proferido – deve ser determinada

²²¹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1068; DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 508.

²²² RAMINA, Larissa. *Direito Internacional dos Investimentos: solução de controvérsias entre Estados e empresas transnacionais*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 81.

²²³ COSTA, José Augusto Fontoura. Modelos de solução de controvérsias investidor-Estado: os mecanismos nacionais e internacionais. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Coord.). *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 325-354, p. 338.

²²⁴ RAMINA, Larissa. *Direito Internacional dos Investimentos: solução de controvérsias entre Estados e empresas transnacionais*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 85-86.

no território de um Estado parte Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Laudos Arbitrais Estrangeiros.²²⁵

A terceira função do Centro, que pode ser atribuída apenas ao Secretário-Geral, é a de escolher os árbitros de uma arbitragem *ad hoc*, que tem como característica a submissão voluntária das partes a um corpo de árbitros e a um conjunto de regras procedimentais, escolhidos para a realização de uma determinada controvérsia. Nesses casos, são utilizadas frequentemente as regras de arbitragem da UNCITRAL.²²⁶

A realização de um procedimento arbitral é norteadada pelo princípio *Kompetenz-Kompetenz*, segundo o qual o tribunal arbitral tem a competência para determinar a própria competência. A Convenção de Washington limita, em seu artigo 25, a jurisdição do ICSID em razão de critérios materiais e subjetivos.²²⁷

Do ponto de vista material (*ratione materiae*), o artigo 25(1) da Convenção de Washington determina a jurisdição do ICSID para quaisquer controvérsias jurídicas (*legal disputes*) originadas diretamente de um investimento. São dois os parâmetros a serem observados na delimitação material da jurisdição do ICSID, embora o texto da Convenção não defina as noções de investimento e de aspectos jurídicos das controvérsias. Esta ausência de precisão terminológica se deve à falta de consenso entre os elaboradores da Convenção sobre os referidos termos.²²⁸

Durante os trabalhos preparatórios da Convenção, foram feitas sugestões para definir o termo a ser utilizado na Convenção, as quais não conseguiram, entretanto, coincidir com a visão de um ou de alguns países sobre a natureza da transação que eles aceitariam submeter à jurisdição do ICSID. Diante do impasse, na redação da Convenção considerou-se mais conveniente não definir o termo, deixando esta tarefa a cargo das partes quando da elaboração dos acordos específicos de investimento ou quando da manifestação do consentimento para instauração do procedimento arbitral.²²⁹

²²⁵ Conforme o artigo 19, no original: “*Arbitration proceedings shall be held only in States that are parties to the 1958 UN Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*”.

²²⁶ RAMINA, Larissa. *Direito Internacional dos Investimentos: solução de controvérsias entre Estados e empresas transnacionais*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 88-89.

²²⁷ SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: a commentary*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 94-95.

²²⁸ SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: a commentary*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 101.

²²⁹ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 215-217.

Essa opção acabou por permitir um aumento do âmbito de aplicação da Convenção, tendo em vista a definição da noção de investimento em cada situação específica. Além disso, a falta de precisão terminológica permitiu a acomodação da Convenção às novas modalidades de investimentos, que não eram conhecidas no momento da redação do texto. Por outro lado, o receio pela falta de precisão levou os redatores a incluir a menção ao caráter legal da controvérsia. A introdução da expressão “*legal disputes*” derivou da necessidade de esclarecer que, enquanto os conflitos de direito estão dentro do escopo da jurisdição do ICSID, os meros conflitos de interesse não devem ser objeto de procedimento arbitral.²³⁰

A delimitação da jurisdição do ICSID no aspecto subjetivo (*ratione personae*) é baseada na nacionalidade das partes envolvidas na disputa. O artigo 25(1) *in fine* deixa claro que a jurisdição do Centro se estenderá às diferenças entre um Estado parte e um nacional de outro Estado parte. Essa sistemática importa em duas exigências: uma de natureza negativa e uma de natureza positiva. A exigência negativa determina que o investidor não tenha a nacionalidade do Estado envolvido na disputa. Esse requisito é justificado pelo propósito da Convenção de oferecer mecanismos internacionais de proteção aos investidores contra os Estados hospedeiros de investimento, sem qualquer interesse em substituir os procedimentos internos de solução de disputas existentes entre os Estados e os seus próprios nacionais. A exigência positiva é a que exige que o investidor tenha a nacionalidade de outro Estado parte.²³¹

1.6 A importância dos investimentos estrangeiros para a indústria de petróleo e gás

O capital necessário para as operações da indústria do petróleo e gás tem origem nos investimentos estrangeiros, que movimentaram globalmente cerca de 2,7 trilhões de dólares americanos em 2012. Os principais países exportadores de petróleo e gás foram responsáveis,

²³⁰ SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: a commentary*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 99.

²³¹ DIAS, Bernadete de Figueiredo. Casos do Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos do Banco Mundial. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Coord.). *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 367-425, p. 402-3.

por sua vez, pela movimentação de 227,3 bilhões de dólares americanos no mesmo período.²³² Esses dados da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD) reforçam a importância de analisar a regulação dos investimentos estrangeiros para a indústria do petróleo. Especificamente no Brasil, a indústria do petróleo atraiu quatina superior a 2,5 bilhões de dólares em investimentos estrangeiros, de acordo com os dados do Banco Central do Brasil (BACEN).²³³

No que se refere especificamente à arbitragem internacional de investimentos, as estatísticas mais recentes do *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) indicam que 26% dos procedimentos arbitrais iniciados ao longo da história do ICSID estão relacionados ao setor de petróleo, gás e mineração.²³⁴ Nos casos iniciados ao longo do ano de 2013, correspondeu a 27% a parcela de casos do setor de petróleo, gás e mineração.²³⁵

Ainda que nem todos os casos arbitrais estejam publicamente disponíveis, o mapeamento dos casos arbitrais sobre investimentos estrangeiros na indústria de petróleo e gás no âmbito do *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) identificou 31 procedimentos arbitrais com o julgamento concluído.

A análise quantitativa dos casos de arbitragem internacional permite entrever algumas tendências interessantes: oito casos (25,8%) foram suspensos por acordo entre as partes, nos termos do artigo 43.1 das Regras de Arbitragem do ICSID;²³⁶ cinco casos (16,1%) foram suspensos a pedido de uma das partes, permanecendo a outra silente, em conformidade com o artigo 44 das Regras de Arbitragem do ICSID;²³⁷ dois casos (6,5%) resultaram em

²³² UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2013: Global value chains: investment and trade for development*. Geneva: United Nations, 2013, p. 211-215.

²³³ BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Investimento estrangeiro direto* [dados estatísticos]. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/rex/ied/port/notas/htmls/notas.asp>. Acesso em: 4 jan. 2014.

²³⁴ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *ICSID Caseload Statistics: Issue 2014-1*. [Washington]: ICSID. [2014], p. 12.

²³⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *ICSID Caseload Statistics: Issue 2014-1*. [Washington]: ICSID. [2014], p. 12.

²³⁶ De acordo com o artigo 43.1 das Regras de Arbitragem do ICSID, “if, before the award is rendered, the parties agree on a settlement of the dispute or otherwise to discontinue the proceeding, the Tribunal, or the Secretary-General if the Tribunal has not yet been constituted, shall, at their written request, in an order take note of the discontinuance of the proceeding”.

²³⁷ Nos termos do artigo 44 das Regras de Arbitragem do ICSID, “if a party requests the discontinuance of the proceeding, the Tribunal, or the Secretary-General if the Tribunal has not yet been constituted, shall in an order fix a time limit within which the other party may state whether it opposes the discontinuance. If no objection is made in writing within the time limit, the other party shall be deemed to have acquiesced in the discontinuance”.

homologação de acordo pelo tribunal, de acordo com o artigo 43.2 das Regras de Arbitragem do ICSID;²³⁸ e dezesseis casos (51,6%) foram decididos por tribunais arbitrais.

Obteve-se acesso a um laudo arbitral de homologação de acordo, em que o investidor estrangeiro renunciou ao procedimento instaurado e à possibilidade de submeter nova controvérsia ao ICSID, nos termos do artigo 43.2 das Regras de Arbitragem do ICSID. Trata-se do caso *Trans-global Petroleum v. Jordânia*, em que a empresa estrangeira celebrou contrato de partilha de produção, tendo investido, ao longo de 10 anos, 29 milhões de dólares na exploração de petróleo no Mar Morto, até confirmar a existência de substanciais reservas comerciais. A empresa alega que, ao final do segundo período exploratório, o governo do Estado hospedeiro a removeu da condição de operadora e forçou a venda de 80% de sua participação no empreendimento para a empresa Porosity, de propriedade de um representante de facto do próprio governo jordaniano, além de ter expulsado seus trabalhadores do país e revogado suas isenções fiscais, violando disposições do tratado bilateral de investimentos entre os Estados Unidos e a Jordânia. O Estado hospedeiro argumentou a ausência de mérito jurídico na demanda. O tribunal, após concluir que deveria analisar os fatos, acabou por homologar acordo firmado entre as partes, cujo conteúdo foi mantido em sigilo.²³⁹

Outros dois lados obtidos circunscrevem um acordo entre as partes para a suspensão do procedimento arbitral, conforme o artigo 43.1 das Regras de Arbitragem do ICSID. Trata-se, por exemplo, do caso *Repsol YPF Ecuador S.A. v. Equador e PetroEcuador*, em que a empresa estatal PetroEcuador havia movido execução em face do empresa investidora estrangeira Repsol YPF Ecuador S.A. e o governo equatoriano havia ameaçado expulsar a empresa do país. As pressões culminaram na celebração de aditivo ao contrato de exploração e produção de hidrocarbonetos, existente entre o Estado hospedeiro e o investidor estrangeiro. Em seguida, a empresa Repsol YPF Ecuador S.A. obteve junto ao tribunal arbitral uma medida provisória no sentido de impedir a execução de seus bens pelo Equador. Entretanto, posteriormente as partes submeteram ao tribunal um pedido conjunto de suspensão do

and the Tribunal, or if appropriate the Secretary-General, shall in an order take note of the discontinuance of the proceeding. If objection is made, the proceeding shall continue”.

²³⁸ Dispõe o artigo 43.2 da Regras de Arbitragem do ICSID que “*if the parties file with the Secretary-General the full and signed text of their settlement and in writing request the Tribunal to embody such settlement in an award, the Tribunal may record the settlement in the form of its award*”.

²³⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Trans-Global Petroleum, Inc. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case n. ARB/07/25, Consent award, 8 Apr. 2009.

procedimento arbitral.²⁴⁰ A mesma suspensão, fundamentada no artigo 43.1 das Regras de Arbitragem do ICSID, foi concedida no caso *Itera International Energy LLC e Itera Group NV v. Geórgia*.

Dentre os casos efetivamente julgados pelos tribunais arbitrais no âmbito do ICSID, foram analisados 12 laudos arbitrais, cujos julgamentos foram favoráveis ao investidor estrangeiro em cinco casos (41,7%) e ao Estado hospedeiro nos outros sete casos (58,3%).

O caso *AGIP S.p.A. v. Congo* foi o primeiro da indústria do petróleo a ser analisado pelo ICSID. A controvérsia envolvia algumas medidas do governo do Congo que haviam transferido os ativos da AGIP S.p.A. para a estatal Hydro-Congo State Corporation. O tribunal entendeu tratar-se de expropriação ilícita, uma vez que as medidas do Estado hospedeiro eram contrárias a acordos previamente firmados pelo ele próprio, e concedeu indenização à empresa investidora estrangeira.²⁴¹

Em *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentina*²⁴² e em *Murphy Exploration and Production Company International v. Equador*,²⁴³ os tribunais arbitrais julgaram a demanda favoravelmente ao Estado hospedeiro, em função da ausência de jurisdição do ICSID. No primeiro o caso, a ausência de jurisdição fundamentou-se na inobservância do requisito de submissão prévia da controvérsia ao judiciário do Estado hospedeiro, ao passo que, no segundo caso, o desrespeito ao requisito de negociação preliminar por seis meses serviu de fundamento para a declaração de falta de jurisdição. No caso *Plama Consortium Limited v. Bulgária*, o julgamento também foi favorável ao Estado hospedeiro, após a fixação jurisdição, porquanto o tribunal entendeu que a realização fraudulenta (*misrepresentation*) do investimento afastaria as proteções previstas no *Energy Charter Treaty*.²⁴⁴

Em *RSM Production Corporation v. Grenada*, a controvérsia tinha com fundamento um acordo em que a empresa investidora norte-americana manifestava diretamente ao Estado

²⁴⁰ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Repsol YPF Ecuador, S.A. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*, ICSID Case n. ARB/08/10, *Resolución procesal*, 9 feb. 2011.

²⁴¹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *AGIP S.p.A. v. People's Republic of the Congo*, ICSID Case n. ARB/77/1, Award, 30 Nov. 1979.

²⁴² INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, ICSID Case n. ARB/04/14, Award, 9 Dec. 2008.

²⁴³ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Murphy Exploration and Production Company International v. Republic of Ecuador*, ICSID Case n. ARB/08/4, Award, 15 Dec. 2010.

²⁴⁴ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case n. ARB/03/24, Award, 27 Aug. 2008.

hospedeiro a intenção de requerer uma licença para exploração de petróleo e gás sobre uma determinada área *offshore* e, em caso de descoberta comercial, de requerer uma licença para desenvolvimento. O pedido de licença de exploração formulado pela empresa foi negado pelo Estado, que, 15 meses após o indeferimento, notificou a empresa sobre a rescisão do acordo. O tribunal arbitral fixou sua competência, por entender que as obrigações da empresa relacionadas ao período exploratório se qualificavam como investimento estrangeiro. Além disso, o tribunal entendeu que a obrigação de intermediar a resolução das fronteiras marítimas de Grenada com Venezuela e Trinidad e Tobago, imposta à empresa no acordo, não era uma condição prejudicial do acordo, não sendo passível de ser inadimplida pela empresa, já que uma questão de fronteira marítima não é passível de ser unilateralmente resolvida por uma empresa privada. Para o tribunal, o Estado não teria o direito de terminar o acordo em razão de suposta violação dessa obrigação. O julgamento da controvérsia foi, entretanto, favorável ao Estado, uma vez que o tribunal entendeu que o pedido de licença de exploração foi realizado após o prazo de 90 dias previsto no acordo, o que deu margem à extinção de pleno direito do ajuste entre a empresa e o Estado.²⁴⁵

Em 2010, os sócios da empresa RSM Production Corporation apresentaram novo pedido de arbitragem ao ICSID, conjuntamente com a empresa, tendo como fundamento não mais o acordo celebrado com o Estado, mas o tratado bilateral de investimento celebrado entre Estados Unidos e Grenada. O caso *RSM Production Corporation and others v. Grenada*, embora com fundamento jurídico distinto, versava sobre as mesmas condutas fáticas do Estado hospedeiro. A única alegação inédita se referia ao recebimento, por agentes do governo de Grenada, de suborno para conceder os direitos exploratórios sobre as áreas *offshore* a outra empresa. O tribunal entendeu que os laudos arbitrais do ICSID seriam passíveis de revisão em casos excepcionalíssimos, dentre os quais a descoberta posterior de corrupção. No caso concreto, entretanto, os autores já tinham conhecimento da eventual corrupção ao tempo do julgamento anterior, não se tratando de fato novo a ensejar a possibilidade de revisão do laudo anteriormente proferido.²⁴⁶

Os demais casos julgados pelo ICSID analisam – assim como os anteriormente citados – diversas questões controversas, como a proteção da expectativa legítima do investidor, a transparência e a previsibilidade administrativa do Estado, a razoabilidade de medidas

²⁴⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RSM Production Corporation v. Grenada*, ICSID Case n. ARB/05/14, Award, 13 Mar. 2009.

²⁴⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RSM Production Corporation and others v. Grenada*, ICSID Case n. ARB/10/6, Award, 10 Dec. 2010.

regulatórias implementadas pelo Estado, a observância de normas de conduta pelo investidor estrangeiro, e a existência de corrupção governamental no Estado.²⁴⁷ Nesse sentido, conclui Marilda Rosado de Sá Ribeiro que:

O futuro do direito do petróleo, gás e energia indica novo rumo no plano internacional, plasmado em tratados, contratos e normas de organizações internacionais. Muitas vezes, no plano doméstico, há a tentação de ignorar-se essa produção normativa, sujeita à harmonização das normas jurídicas e ao processo de recepção de direitos.²⁴⁸

O estudo do Direito Internacional de Investimentos tem, portanto, relevância prática para a indústria do petróleo, em especial para as empresas brasileiras – incorporadas no Brasil ou no exterior – e estrangeiras que realizam operações de exploração e produção de petróleo e gás em países onde essa modalidade de arbitragem representa uma alternativa possível para a solução de controvérsias. Além disso, o estudo oferece alguns subsídios para que o Brasil analise criticamente sua posição quanto ao regime internacional de proteção aos investidores estrangeiros, verificando os possíveis impactos de sua adesão ao regime internacional de regulação dos investimentos estrangeiros.²⁴⁹ Especificamente em relação à indústria do petróleo é possível questionar, a título de exemplo, a compatibilidade (a) da política de conteúdo local com o princípio do tratamento nacional,²⁵⁰ (b) da ausência e/ou ineficiência de sistemas eletrônicos de acompanhamento de processos administrativos com o elemento da transparência inserido no padrão de tratamento justo e equitativo, (c) da demora no julgamento de processos judiciais com o elemento do devido processo legal decorrente do padrão de tratamento justo e equitativo, e (d) da infinidade de mecanismos e instrumentos

²⁴⁷ Muitos desses temas são identificados como elementos no padrão de tratamento justo e equitativo, cuja análise mais aprofundada será objeto do capítulo 3.

²⁴⁸ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos Investimentos e o petróleo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 1, n. 18, p. 1-37, 2010, p. 36.

²⁴⁹ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; TIBURCIO, Carmen. Tendências da arbitragem internacional de investimentos na indústria de petróleo e gás. In: 7º CONGRESSO BRASILEIRO DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO EM PETRÓLEO E GÁS, 2013, Aracaju. *Anais...* Aracaju: ABDP, 2013.

²⁵⁰ A política de conteúdo local no setor energético já foi objeto de contestação no âmbito do Acordo TRIMS da Organização Mundial do Comércio. O painel arbitral considerou que a política do conteúdo local implementada pelo Canadá violava a cláusula de tratamento nacional do artigo 2º do Acordo TRIMS. Nesse sentido, cf. WORLD TRADE ORGANIZATION. *Canada – Measures Relating to the Feed-in Tariff Program*. DS462, Panel Report, 19 Dec. 2012.

regulatórios com o elemento da consistência/previsibilidade oriundo do padrão de tratamento justo e equitativo.²⁵¹

1.7 O futuro do Direito Internacional dos Investimentos: “*law at the crossroads*”

Muitas foram as transformações geopolíticas e socioeconômicas no mundo, desde que a regulação do fluxo transfronteiriço de capitais se tornou uma matéria de interesse global. Essas transformações tiveram impactos determinantes no conjunto de regras jurídicas que atualmente compõem o que se passou a denominar o Direito Internacional dos Investimentos. Desde a década de 50 e, principalmente, ao longo da década de 90, a necessidade prática de regulação dos investimentos estrangeiros contribuiu para a produção espontânea de uma espécie de mosaico normativo que coloca o Direito Internacional dos Investimentos em uma encruzilhada teórica (*law at the crossroads*):²⁵²

(a) É necessária a construção de um sistema multilateral formal para a regulação dos investimentos estrangeiros? Em caso positivo, em qual fórum as negociações devem ocorrer? A regulação dos investimentos é compatível com a agenda política da Organização das Nações Unidas? A inserção do tema dos investimentos na pauta de negociação da Organização Mundial do Comércio pode comprometer o sistema multilateral de comércio?

(b) Há uma multilateralização *de facto* do sistema de regulação dos investimentos? Em que medida essa multilateralização é compatível com o regionalismo ou com os modelos clássicos do Direito Internacional?

(c) O desenvolvimento espontâneo do atual paradigma bilateral na regulação dos investimentos pode afetar outras áreas econômicas como tem ocorrido com os acordos de livre comércio? O regionalismo e o inter-regionalismo nas negociações dos novos acordos internacionais podem marcar o irreversível fim da regulação multilateral de comércio?

(d) O controle da atividade regulatória dos Estados pelos tribunais arbitrais é realizado sobre quais fundamentos de legitimidade? As categorias sociológicas de poder, autoridade e hierarquia são adequadas para analisar o desenvolvimento da governança global? Existe governança global compatível com o modelo clássico de soberania estatal?

²⁵¹ O conteúdo material dos elementos do padrão de tratamento justo e equitativo é abordado no capítulo 3.

²⁵² A expressão “*law at the crossroads*” é usada por Surya Subedi para indicar suas preocupações com as inconsistências por ele observadas do Direito Internacional dos Investimentos. Nesse sentido, cf. SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 154.

(e) De que maneira devem ser interpretados os padrões de tratamento previstos nos acordos internacionais de investimento? Esses padrões são codificações do costume internacional e devem, portanto, ser interpretados à luz dos institutos clássicos do Direito Internacional Público? Ou, por outro lado, esses padrões são evidências da criação do costume internacional?

(f) A regulação dos investimentos deve ocorrer de maneira isolada e exclusiva ou é necessário articular essa regulação com temas de interesse público? Quais as alternativas para a inserção das questões de segurança nacional, desenvolvimento sustentável, direitos humanos, proteção do meio ambiente, preservação de recursos naturais, respeito aos direitos trabalhistas, entre outros, no âmbito da regulação dos investimentos?

(g) O modelo da arbitragem internacional de investimentos precisa ser revisado? Existe uma ordem pública transnacional aplicável à arbitragem de investimentos? Qual a legitimidade dos tribunais arbitrais para decidir questões de interesse público relacionadas aos investimentos? Um mecanismo de apelação ou a criação de um tribunal internacional – no modelo clássico – são soluções viáveis e compatíveis com o atual desenvolvimento das relações internacionais?

Esses são apenas alguns dos diversos questionamentos sobre o Direito Internacional dos Investimentos que ainda permanecem sem respostas satisfatórias. Em certa medida, vários desses questionamentos são perpassados por uma indagação fundamental sobre o tipo de sistema que se deseja construir para a regulação dos investimentos estrangeiros, como resume Peter Muchlinski:

Such matters raise further questions going to the heart of the type of regime that will emerge. Will such a regime be limited to a narrow, "top down" economic model aimed at the progressive liberalisation of trade and investment rules incorporating what some have termed a "New Constitutionalism" that imposes discipline on public institutions to prevent national interference with the property right, and entry and exit options of mobile corporate capital? In the alternative, will it offer a "bottom up" approach in which the interests of societies at large, in the good governance of private enterprise, will be protected alongside economic liberalisation through the regulation, by nation states and intergovernmental organisations, of the types of social issues listed above? This debate raises the core question of how to establish a politically acceptable balance between business liberalisation and legitimate social regulation by public institutions.²⁵³

²⁵³ MUCHLINSKI, Peter T. The rise and fall of the Multilateral Agreement on Investment: where now? *The International Lawyer*, v. 34, p. 1033-1053, 2000, p. 1033. Em tradução livre: tais assuntos colocam mais questões sobre o coração do regime que irá surgir. Esse regime será limitado a um modelo econômico restrito, *top down*, dirigido à progressiva liberalização das regras de comércio e investimento, incorporando aquilo que alguns denominaram “novo constitucionalismo” e que impõe uma disciplina às instâncias públicas para evitar a interferência nacional do direito de propriedade e na entrada e saída do volátil capital corporativo? Como alternativa, esse regime oferecerá uma abordagem *bottom up*, na qual os interesses das sociedades como um todo, com a boa governança das empresas, serão protegidos juntamente com a liberalização econômica, através

Entre as diversas possibilidades de resposta para as indagações estruturais do Direito Internacional dos Investimentos, algumas parecem – em nossa opinião – merecer um registro mais atento. Em primeiro lugar, as normas sobre regulação de investimentos estrangeiros podem ser consideradas – à luz das categorias tradicionais do Direito Internacional Público – como *lex specialis*,²⁵⁴ produzindo efeitos apenas entre as partes dos acordos internacionais de investimento. É possível, por outro lado, entender essas normas como uma evidência do costume internacional.²⁵⁵ Em segundo lugar, o reconhecimento de uma multilateralização *de facto* das normas sobre investimento estrangeiro permite considerá-las um sistema de governança global.²⁵⁶ Em terceiro lugar, um estágio mais avançado de análise permite reconhecer tais normas como parte de um direito administrativo global.²⁵⁷

1.7.1 Entre *lex specialis* e costume internacional

A ampla difusão dos acordos internacionais de investimento entre os países – e, em especial, entre os países em desenvolvimento – pode ser atribuída, na opinião de Andrew

da regulação, por Estados e organizações intergovernamentais, de todos os tipos de assuntos sociais indicados? Esse debate coloca a questão fundamental de como estabelecer um equilíbrio politicamente aceitável entre a liberalização dos negócios e a regulação social legítima pelas instâncias públicas.

²⁵⁴ GUZMAN, Andrew T. Why LDCs sign treaties that hurt them: explaining the popularity of bilateral investment treaties. *Virginia Journal of International Law*, v. 38, p. 639-688, 1997.

²⁵⁵ LOWENFELD, Andreas F. Investment agreements and international law. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 42, p. 123-130, 2003; ALVAREZ, José E. The Public International Law regime governing international investment. *Recueil des Cours*, v. 344, p. 197-541, 2011.

²⁵⁶ SALACUSE, Jeswald W. The emerging global regime for investment. *Harvard International Law Journal*, v. 51, n. 2, p. 427-473, 2010; SCHILL, Stephan W. The multilateralization of International Investment Law: emergence of a multilateral system of investment protection on bilateral grounds. *Trade, Law and Development*, v. 2, n. 1, p. 59-86, 2010; LEAL-ARCAS, Rafael. The multilateralization of International Investment Law. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, v. 35, p. 33-135, 2009.

²⁵⁷ KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. Introduction: global governance and Global Administrative Law in the international legal order. *The European Journal of international Law*, v. 17, n. 1, p. 1-13, 2006; CASSESE, Sabino. Administrative Law without the State? The challenge of global regulation. *International Law and Politics*, v. 37, p. 663-694, 2005; CASSESE, Sabino. *Lo spazio giuridico globale*. Roma-Bari, Laterza, 2003; KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico, STEWART, Richard B. The emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, p. 15-61, 2005; VAN HARTEN, Gus; LOUGHLIN, Martin. Investment treaty arbitration as a species of Global Administrative Law. *The European Journal of International Law*, v. 17, n. 1, p. 121-150, 2006.

Guzman, ao interesse econômico dos Estados. Nesse sentido, defende o autor que “*if countries have signed BITs out of economic motives, the treaties should not be interpreted as evidence of customary international law*”.²⁵⁸ O interesse econômico de promover os investimentos estrangeiros representaria, portanto, uma derrogação do costume internacional por normas especiais (*lex specialis*) sobre, por exemplo, o pagamento de compensação por expropriação.²⁵⁹ As normas contidas no tratados bilaterais de investimento produziram efeitos exclusivamente entre as partes.

Desde logo, a compreensão dos acordos internacionais de investimentos como *lex specialis* foi contestada por Andreas Lowenfeld, ao sugerir que a massa de tratados com alto grau de identidade entre si – juntamente com as regras previstas em outros instrumentos jurídicos e com as decisões dos tribunais arbitrais – seriam aplicáveis mesmo às relações de investimento estrangeiro que são regidas por um acordo específico. Nessa linha, conclui o autor que:

*[n]ot every detail contained in the typical treaty would be applicable, but the overall concepts and precedents would govern the submissions of the parties and the decision of the arbitrators. If this is correct, the BIT movement has moved beyond lex specialis (or better, leges speciales).*²⁶⁰

De maneira semelhante, Surya Subedi reconhece que “*examples of lex specialis may in due course transform themselves into lex generalis*”,²⁶¹ mas tal transformação ainda não teria ocorrido no Direito Internacional dos Investimentos. Talvez por esse motivo, alguns autores preferam sugerir a existência de uma rede (*network*) de acordos internacionais de investimento, uma vez que a interação entre os Estados e outros atores não estatais produziria modelos de governança, políticas internacionais e cooperação informal em um estágio de

²⁵⁸ GUZMAN, Andrew T. Why LDCs sign treaties that hurt them: explaining the popularity of bilateral investment treaties. *Virginia Journal of International Law*, v. 38, p. 639-688, 1997, p. 686. Em tradução livre: se os países assinaram BITs por motivos econômicos, esses tratados não devem ser interpretados como evidências do costume internacional.

²⁵⁹ GUZMAN, Andrew T. Why LDCs sign treaties that hurt them: explaining the popularity of bilateral investment treaties. *Virginia Journal of International Law*, v. 38, p. 639-688, 1997, p. 686-7.

²⁶⁰ LOWENFELD, Andreas F. Investment agreements and international law. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 42, p. 123-130, 2003, p. 126. Em tradução livre: nem todo detalhe contido em um tratado típico seria aplicável, mas os conceitos principais e precedentes deveriam reger os pedidos das partes e as decisões dos árbitros. Se isso estiver correto, o movimento dos BITs se desenvolveu para além da *lex speciais* (ou melhor, *leges speciales*).

²⁶¹ SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 201. Em tradução livre: exemplos de *lex specialis* podem se transformar no tempo devido em *lex generalis*.

“*pre-legal normativity*”.²⁶² A existência de uma rede, entretanto, poderia sugerir algum tipo de interconexão formal entre os acordos internacionais, o que de fato não se observa do atual estágio de desenvolvimento do Direito Internacional dos Investimentos.²⁶³

De qualquer forma, Andreas Lowenfeld entende que os tratados bilaterais de investimento – e, mais recentemente, os outros acordos internacionais de investimentos – “*are now evidence of customary international law*”.²⁶⁴ É evidente, contudo, que não são todas as disposições desses acordos que influenciam o costume internacional. Algumas disposições, de fato, têm a intenção de estabelecer obrigações *inter partes* – ao definir, por exemplo, o fórum e as regras aplicáveis ao mecanismo de solução de controvérsias – ao passo que outras disposições – essas, por sua vez, evidências do costume internacional – procuram estabelecer princípios gerais do Direito Internacional dos Investimentos.²⁶⁵

As disposições genéricas – incluindo a exigência de compensação por expropriação injusta a necessidade de tratamento justo e equitativo – “*are not efforts to exclude these ordinarily applicable general legal rules, as does lex specialis, but on the contrary to affirm them*”, no entendimento de José Alvarez.²⁶⁶

O debate sobre *lex specialis* e costume internacional foi reverberado por alguns tribunais arbitrais. Em *Enron Corporation and Ponderosa Assets v. Argentina*, o tribunal entendeu que a ausência da previsão expressa de um direito no tratado bilateral aplicável à hipótese não afastava a aplicabilidade desse direito ao caso, pois o tratado deveria ser

²⁶² MILES, Kate. Reconceptualising international investment law: bringing the public interest into private business. In: LEWIS, Meredith Kolsky; FRANKEL, Susy. *International economic law and national autonomy*. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 315. Em tradução livre: normatividade pré-legal

²⁶³ SALACUSE, Jeswald W. The emerging global regime for investment. *Harvard International Law Journal*, v. 51, n. 2, p. 427-473, 2010, p. 431. Por outro lado, o conceito de rede (*network*) inclui, para Slaughter, os mecanismos informais de cooperação entre diversos atores internacionais, uma vez que o Estado “*is not disappearing, it is disaggregating*”. SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. New Jersey: Princeton University Press, 2004, p. 18. Para Slaughter, os dois modelos coexistem no Direito Internacional: as *networks* verticais e horizontais e os acordos intergovernamentais formais (*top down*). SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. New Jersey: Princeton University Press, 2004, p. 262-3.

²⁶⁴ LOWENFELD, Andreas F. *International Economic Law*. 2 ed. New York: Oxford, 2008, p. 584. Em tradução livre: [os tratados bilaterais de investimento] são agora evidências do costume internacional.

²⁶⁵ LOWENFELD, Andreas F. *International Economic Law*. 2 ed. New York: Oxford, 2008, p. 586; ALVAREZ, José E. A bit on custom. *International Law and Politics*, v. 42, p. 17-80, 2009, p. 31.

²⁶⁶ ALVAREZ, José E. The Public International Law regime governing international investment. *Recueil des Cours*, v. 344, p. 197-541, 2011, p. 276. Em tradução livre: [as disposições genéricas] não são esforços para excluir as regras gerais normalmente aplicáveis, como no caso da *lex specialis*, mas, pelo contrário, [são esforços] para afirmá-las.

interpretado “*in the light of its interconnections with international law*”.²⁶⁷ No caso *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, ao analisar o *locus standi* do acionista minoritário da empresa investidora para postular compensação financeira pela expropriação, o tribunal afirmou que “*the fact is that lex specialis in this respect is so prevalent that it can now be considered the general rule*”, embora o *locus standi* tenha origem em alguns tratados específicos.²⁶⁸ No caso *Mondev International v. Estados Unidos*, analisado de acordo com o *North American Free Trade Agreement (NAFTA)*, entendeu-se que a prática recorrente dos Estados de assinar tratados contendo os mesmos padrões de tratamento do investidor estrangeiros influenciava o Direito Internacional:

*Investment treaties run between North and South, and East and West, and between States in these spheres inter se. On a remarkably widespread basis, States have repeatedly obliged themselves to accord foreign investment such treatment. In the Tribunal’s view, such a body of concordant practice will necessarily have influenced the content of rules governing the treatment of foreign investment in current international law.*²⁶⁹

Esses entendimentos, entretanto, foram expressamente criticados no caso *Sempra Energy International v. Argentina*, em que o tribunal afirmou que “*lex specialis cannot be considered as leading to a rule of customary law*”.²⁷⁰

O debate não tem respostas conclusivas, mas parece adequado o questionamento realizado por José Alvarez, em resposta às críticas dirigidas àqueles que – como Andreas

²⁶⁷ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Enron Corporation and Ponderosa Assets v. Argentine Republic*, ICSID Case n. ARB/01/3, Decision on jurisdiction, 14 Jan 2004, § 45-7. Em tradução livre: à luz de suas interconexões com o Direito Internacional.

²⁶⁸ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *CMS Gas Transmission Company v. Republic of Argentina*, ICSID Case n. ARB/01/8, Decision of the tribunal on objections to jurisdiction, 17 Jul 2003, § 48. Em tradução livre: o fato é que a *lex specialis* nesse aspecto é tão prevalente que pode agora ser considerada um regra geral.

²⁶⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Mondev International Ltd v. United States of America*, ICSID Case n. ARB(AF)/99/2, Award, 11 Oct 2002, § 117. Em tradução livre: Os tratados de investimentos se espalham de norte a sul, de leste a oeste e entre os Estados nessas regiões. De maneira evidentemente ampla, os Estados repetidamente se comprometeram a garantir tal tratamento aos investidores estrangeiros. Na visão do tribunal, esse conjunto de práticas concordantes terá necessariamente influenciado o conteúdo das regras que governam o tratamento do investimento estrangeiro no atual Direito Internacional.

²⁷⁰ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case n. ARB/02/16, Decision on objections to jurisdiction, 11 May 2005, § 156. Em tradução livre: não se pode considerar que a *lex specialis* leva a uma regra de costume internacional.

Lowenfeld – defendem que as disposições dos acordos internacionais de investimentos podem influenciar o costume internacional:

*what are the realistic alternatives to the contemporary international investment regime? The ideal [...] multilateral investment treaty coupled with a single investment court is politically difficult in a world that has repeatedly failed in prior comparable efforts. [...] The current regime, for all its flaws and risks of internal fragmentation, enables the law – of both evolving BITs and FTAs, along with the arbitral case law – to constantly adapt to the needs of all the constituencies that it affects. The absence of a single WTO text or institution for investment enables greater exit and voice.*²⁷¹

Esse mesmo questionamento pode – em nossa opinião – ser feito aos críticos das atuais tentativas de sistematizar o paradigma de regulação dos investimentos estrangeiros: quais são as alternativas realistas para substituir o mosaico normativo existente em matéria de investimentos estrangeiros? O desenvolvimento de uma nova geração de acordos internacionais de investimentos é sintomático da necessidade de revisão do paradigma de regulação dos investimentos estrangeiros, mas ainda inexistente uma solução factível para todos os problemas estruturais do Direito Internacional dos Investimentos.

1.7.2 Multilateralização *de facto* e governança global

Os sistemas jurídicos internacionais possuem certo grau de unidade, requerido para que se possa vislumbrá-los como efetivamente internacionais. De maneira geral, essa unidade é alcançada através da construção de um sistema multilateral de regulação das matérias de interesse transfronteiriço. A opção pelo multilateralismo repousa sobre um fundamento pragmático e empírico: o mecanismo mais eficiente encontrado para formular um sistema

²⁷¹ ALVAREZ, José E. A bit on custom. *International Law and Politics*, v. 42, p. 17-80, 2009, p. 79-80. Em tradução livre: quais são as alternativas realistas para o regime internacional contemporâneo dos investimentos? O tratado multilateral de investimento ideal, somado a uma corte única de investimentos, é politicamente difícil em um mundo que falhou repetidamente nos esforços semelhantes. [...] O regime atual, por todas as suas falhas e riscos de fragmentação interna, permite ao direito – dos BITs and FTAs em evolução e dos casos arbitrais – se adaptar constantemente às necessidades de todos os atores que ele afeta. A ausência de um texto único da OMC ou de uma instituição para os investimentos permite mais saídas e vozes.

único e abrangente para as relações jurídicas transnacionais é aquele que se constrói sobre os acordos multilaterais. Não é esse o paradigma do Direito Internacional dos Investimentos.²⁷²

O desenvolvimento do Direito Internacional dos Investimentos com base em tratados bilaterais contrasta significativamente com o surgimento de instituições multilaterais em outras áreas do Direito Internacional Econômico. Enquanto o multilateralismo dominou as relações internacionais no âmbito do comércio internacional e da regulação do sistema financeiro, através da criação da Organização Mundial do Comércio (OMC) e do Fundo Monetário Internacional (FMI), várias tentativas de estabelecer um acordo multilateral de investimentos falharam.²⁷³ Do ponto de vista formal, o Direito Internacional dos Investimentos encontra-se disperso em diversos níveis e formas de regulamentação.²⁷⁴

Mas, não é somente o panorama formal do Direito Internacional dos Investimentos que se encontra fragmentado. Seu mecanismo de interpretação e de efetividade não depende de um corpo uniforme de solução de controvérsias, mas repousa sobre painéis *ad hoc* ou instituições arbitrais, despidos de mecanismos institucionais de referência e controle, impedindo uma previsibilidade no processo de tomada de decisões.²⁷⁵ A inexistência de hierarquia entre os tribunais arbitrais *ad hoc* e a falta de controle externo das decisões agravam a dificuldade de produzir um sistema uniforme de jurisprudência arbitral em matéria de investimentos.²⁷⁶

A fragmentação do sistema internacional dos investimentos em relações bilaterais poderia, portanto, comprometer o projeto de unidade do sistema internacional. A evolução observada sugere um agregado caótico e assistemático de regras para relações internacionais de investimento. No lugar de um sistema jurídico consistente e coerente, seria de se esperar divergência e fragmentação extremas, tornando impossível a compreensão dessa área do

²⁷² SCHILL, Stephan W. The multilateralization of International Investment Law: emergence of a multilateral system of investment protection on bilateral grounds. *Trade, Law and Development*, v. 2, n. 1, p. 59-86, 2010, p. 71.

²⁷³ LEAL-ARCAS, Rafael. The multilateralization of International Investment Law. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, v. 35, p. 33-135, 2009, p. 109.

²⁷⁴ FARKHUTDINOV, Insur Zabirovich. Foreign investor and host State: need for balance interests. *Czech Yearbook of International Law*, v. 2, p. 231-246, 2011, p. 238.

²⁷⁵ LEAL-ARCAS, Rafael. The multilateralization of International Investment Law. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, v. 35, p. 33-135, 2009, p. 116.

²⁷⁶ SCHILL, Stephan W. The multilateralization of International Investment Law: emergence of a multilateral system of investment protection on bilateral grounds. *Trade, Law and Development*, v. 2, n. 1, p. 59-86, 2010, p. 66.

direito como um sistema, bem como sua percepção como parte de uma ordem geral para os investimentos estrangeiros. Como consequência, seria impossível desenvolver teorias e doutrinas dos princípios que regem os investimentos estrangeiros.²⁷⁷

Surpreendentemente não foi esse o destino do Direito Internacional dos Investimentos havendo um predomínio da convergência das disposições materiais contidas nos tratados bilaterais. Os tratados bilaterais de investimento (BITs) – e, mais recentemente, os acordos de livre comércio (FTAs) – não ficaram isolados na regulamentação da relação entre dois Estados, desenvolvendo múltiplas sobreposições e interconexões estruturais capazes de suportar a estruturação de um sistema relativamente uniforme e global para os investimentos estrangeiros. Em sentido semelhante, observa-se que as decisões arbitrais consideradas inconsistentes são tão frequentes como em outros âmbitos do Direito Internacional. Em geral, os posicionamentos antitéticos surgem mais a partir de perspectivas divergentes sobre a aplicação dos direitos do que propriamente da multiplicidade de fontes de regulamentação.²⁷⁸

Os acordos internacionais de investimento se apresentam em conformidade com um padrão convergente de redação, desenvolvendo uma estrutura relativamente uniforme e corporificando um conteúdo similar. Essa convergência parece particularmente interessante ao se considerar que o desenvolvimento do sistema internacional de investimentos a partir de uma base bilateral em alternativa à base multilateral deriva também da flexibilidade dos tratados bilaterais para responder a necessidades e particularidades específicas dos países envolvidos.²⁷⁹

Em perspectiva histórica, a redação dos tratados bilaterais origina-se nos modelos nacionais desenvolvidos pelos países exportadores de capital, os quais, em última análise, não foram elaborados de maneira absolutamente independente, recebendo forte influência das minutas de acordos multilaterais das décadas de 50 e 60, notadamente do projeto da Convenção sobre Proteção de Propriedade Estrangeira (*Convention on the Protection of*

²⁷⁷ SCHILL, Stephan W. The multilateralization of International Investment Law: emergence of a multilateral system of investment protection on bilateral grounds. *Trade, Law and Development*, v. 2, n. 1, p. 59-86, 2010, p. 65.

²⁷⁸ SCHILL, Stephan W. *The multilateralization of International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 53.

²⁷⁹ LEAL-ARCAS, Rafael. Towards the multilateralization of International Investment Law. *The Journal of World Investment & Trade*, v. 10, n. 6, p. 865-919, 2009, p. 884.

Foreign Property) de 1967, produzido pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).²⁸⁰

Em perspectiva estratégica, a convergência dos acordos internacionais repousa na percepção de que padrões uniformes e universais são, em princípio, interessantes e benéficos para todos os Estados e investidores. Os padrões uniformes têm papel crucial na criação de uma isonomia que permite o livre fluxo de investimentos em uma economia global. A instituição de padrões uniformes materializa, portanto, o interesse a longo prazo dos Estados, de maneira que os tratados bilaterais de investimento passaram a convergir para uma substituição factual de um acordo multilateral único.²⁸¹

Nesse sentido, Andreas Lowenfeld assevera que muitos países cederam à utilização dos tratados bilaterais, não porque se alinhassem ideologicamente ou estrategicamente a essa lógica de regulamentação – até mesmo porque existem interesses distintos entre os países e, às vezes, dentro dos próprios países –, mas sim porque puderam identificar algum tipo de benefício decorrente dessa decisão.²⁸²

A motivação para a conclusão de tratados bilaterais no lugar de aguardar o desenvolvimento a nível multilateral pode ser atribuído menos ao desejo de se distanciar de uma solução multilateral, e mais ao forte interesse da Alemanha em estabelecer uma proteção para seus investidores no exterior. Sendo assim, a conclusão do primeiro BIT, entre Alemanha e Paquistão em 1959, constitui um caso de teste para a aceitação do conteúdo dos projetos multilaterais discutidos na época, e não um afastamento do multilateralismo enquanto paradigma geral para as relações internacionais de investimento.²⁸³

Além da convergência dos tratados bilaterais de investimento, a arbitragem internacional entre investidores e Estados contribui para a multilateralização *de facto* do Direito Internacional dos Investimentos em função da exigência de conformidade por parte dos Estados, ou seja, pelo efeito *ex post* da arbitragem no sentido de exigir a implementação das soluções pelos Estados. Além disso, a arbitragem internacional de investimentos tem uma

²⁸⁰ LOWENFELD, Andreas F. *Investment agreements and international law*. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 42, p. 123-130, 2003, p. 124.

²⁸¹ LEAL-ARCAS, Rafael. The multilateralization of International Investment Law. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, v. 35, p. 33-135, 2009, p. 126-128.

²⁸² LOWENFELD, Andreas F. *Investment agreements and international law*. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 42, p. 123-130, 2003, p. 127.

²⁸³ SCHILL, Stephan W. *The multilateralization of International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 40-41.

função geradora de normas, que condicionam *ex ante* o comportamento dos Estados. O grau de abstração das disposições materiais de proteção do investidor transforma-as em princípios gerais que precisam ser aplicados concretamente pelos tribunais arbitrais. A tarefa de transformar comandos abstratos e amplos em regras precisas diminui – na visão de Stephan Schill – as contradições do sistema, eliminando as lacunas de significado das normas internacionais sobre investimentos estrangeiros.²⁸⁴

No lugar de uma fragmentação infinita, a proteção do investimento estrangeiro está se tornando um sistema uniforme que rege os investimentos com base em princípios uniformes, que deixam pouca margem para o desvio interpretativo. Stephan Schill argumenta que os tratados bilaterais de investimento não são inteiramente equivalentes a um tratado multilateral, mas que o sistema formado por tratados bilaterais – e, em certa medida, por acordos regionais e instrumentos plurilaterais – pode ser entendido como parte de um sistema jurídico único, que serve de suporte para o fluxo internacional de investimentos que faz parte da economia global.²⁸⁵ Schill reconhece que não há uniformidade absoluta, mas que existe uma convergência suficiente para se entender o Direito Internacional dos Investimentos como um sistema jurídico. Os desvios de interpretação e as divergências mínimas existem e persistem, mas não impedem que se afirme que o Direito Internacional dos Investimentos se apresenta, em grande medida, multilateralizado *de facto* a partir de uma base bilateral.²⁸⁶

Sobre a questão da construção de um sistema jurídico, é importante – em nossa opinião – o registro de uma observação de ordem taxonômica. A convergência de normas e procedimento em determinada área pode ser compreendida, a partir da teoria das relações internacionais com um regime. Nesse sentido, Salacuse pondera que a criação de regimes internacionais corresponde a um dos mecanismos de funcionamento do Direito Internacional.²⁸⁷ O regime internacional seria um “*cooperative arrangement*” para viabilizar

²⁸⁴ SCHILL, Stephan W. The multilateralization of International Investment Law: emergence of a multilateral system of investment protection on bilateral grounds. *Trade, Law and Development*, v. 2, n. 1, p. 59-86, 2010, p. 79-80.

²⁸⁵ Nesse sentido, afirma Arroyo que “*los problemas globales demandan soluciones globales; pero soluciones globales no significan necesariamente soluciones materiales uniformes. Mejorar la cooperación internacional puede también ayudar a resolver los problemas que trascienden las fronteras estatales*”. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. *Un derecho comparado para el Derecho Internacional Privado de nuestros días*. Chia: Ibañez, 2012, p. 90.

²⁸⁶ SCHILL, Stephan W. The multilateralization of International Investment Law: emergence of a multilateral system of investment protection on bilateral grounds. *Trade, Law and Development*, v. 2, n. 1, p. 59-86, 2010, p. 61-62.

²⁸⁷ SALACUSE, Jeswald W. The emerging global regime for investment. *Harvard International Law Journal*, v. 51, n. 2, p. 427-473, 2010, p. 431.

os interesses dos Estados.²⁸⁸ Parece – em nossa opinião – que a divergência entre regime e sistema possui fundamento apenas terminológico, até mesmo porque Salacuse reconhece que “[a]n international regime is essentially a system of governance in a particular area of international relations”.²⁸⁹

Dessa maneira, a estruturação espontânea do sistema de normas de investimentos pode ser analisada a partir da ótica da integração negativa, tendo em vista que, no lugar da assinatura de tratados vinculantes e altamente detalhados, os negociadores internacionais preferiram realizar acordos baseados em princípios gerais, deixando a tarefa de sua concretização para os organismos de solução de controvérsias, criados também por meio de acordos gerais. A uniformização do Direito Internacional dos Investimentos se desenvolveu de maneira igualmente espontânea, a partir de influências mútuas de entidades com diferentes naturezas jurídicas.²⁹⁰

A governança global representa uma combinação de interações humanas voluntárias que regulam as ações internacionais em diversos setores. Consiste, portanto, em uma forma de gerenciamento que emerge das instituições, processos, normas, acordos formais, e mecanismos informais que proporcionam um campo de ação para as atividades humanas. A governança é baseada na partilha de expectativas, bem como nas instituições e mecanismos internacionalmente concebidos. Esse gerenciamento se coloca sob escrutínio jurídico, a partir do momento em que impõe à ordem internacional um conjunto de novas regras e institutos dirigidos à regulação precisa de inúmeros ramos da atividade humana. A regulamentação desses atos por entidades não estatais representa um importante desenvolvimento, podendo ser considerado como um marco inicial da governança global em que se observa uma reestruturação da distribuição de poder no plano internacional.²⁹¹ Há um reconhecimento

²⁸⁸ SALACUSE, Jeswald W. The emerging global regime for investment. *Harvard International Law Journal*, v. 51, n. 2, p. 427-473, 2010, p. 434. Nesse sentido, afirma o autor que: “Regimes, according to this explanation, are instances of international cooperation in an otherwise anarchic world of independent sovereign states”.

²⁸⁹ SALACUSE, Jeswald W. The emerging global regime for investment. *Harvard International Law Journal*, v. 51, n. 2, p. 427-473, 2010, p. 431. Em tradução livre: um regime internacional é essencialmente um sistema de governança em determinada área das relações internacionais.

²⁹⁰ MONTT, Santiago. What International Investment Law and Latin America can and should demand from each other: updating the Bello/Calvo doctrine in the BIT generation. In: KINGSBURY, Benedict; STEWART, Richard B. *El nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina: desafíos para las inversiones extranjeras, la regulación nacional y el financiamiento para el desarrollo*. Buenos Aires: Rap, 2009, p. 305.

²⁹¹ ROSENAU, James N. Governance, order and change in world politics. In: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (Ed.). *Governance without government: order and change in world politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992, p. 17.

implícito da interligação entre as ações individuais e resultados globais, assim como entre as ações globais e resultados locais. A governança global serve, dessa forma, para gerenciar as atividades dos setores público e privado, que se projetam para além das fronteiras estatais.²⁹²

A governança global se refere aos processos que visam ao gerenciamento e à solução de problemas que envolvem diversos Estados, incluindo (a) esforços convergentes entre entidades públicas e privadas para a elaboração de normas, (b) produção de dispositivos normativos por organismos internacionais conduzindo à celebração de acordos, (c) negociação interestatal para a assinatura de tratados, (d) solução de controvérsias por organizações internacionais, (e) desenvolvimento de códigos de conduta, guias e normas por parte dos governos, (f) elaboração de códigos de conduta, acordos, e políticas de ação pelo setor privado, e (g) ação coordenada de agentes reguladores internacionais.²⁹³

As normas de regulação dos investimentos estrangeiros podem ser compreendidas como um sistema de governança global, tendo em vista que (a) o Direito Internacional dos Investimentos representa um conjunto jurídico de regulação materialmente uniformizado, (b) o mecanismo de solução de controvérsias constitui um arranjo institucional descentralizado e autônomo em relação a quaisquer Estados e entidades supranacionais, (c) a natureza jurídica do mecanismo de solução de controvérsias encontra bases no direito privado, e (d) os tribunais arbitrais realizam um *adjudicative law-making*, tendo a atribuição, em outras palavras, de interpretar e aplicar normas altamente indeterminadas e abertas.²⁹⁴

Entretanto, essa identificação do Direito Internacional dos Investimentos como sistema de governança global não é irrestritamente aceita. O termo “governança global” encontra sua utilização acentuada para indicar a atividade de administração na ausência de uma instituição administradora central, de maneira a contrapor a ideia de governo. Dessa maneira, a utilização do termo “sistema regulatório global” tem sido sugerido em alguns estudos europeus sobre a matéria.²⁹⁵

²⁹² STEPHAN, Paul B. The new international law: legitimacy, accountability, authority, and freedom in the new global order. *University of Colorado Law Review*, v. 70, p. 1555-1562, 1999, p. 1558.

²⁹³ BODANSKY, Daniel. The legitimacy of international governance: a coming challenge for international environmental law? *American Journal of International Law*, v. 94, n. 3, p. 596-624, 1999, p. 603

²⁹⁴ MONTT, Santiago. What International Investment Law and Latin America can and should demand from each other: updating the Bello/Calvo doctrine in the BIT generation. In: KINGSBURY, Benedict; STEWART, Richard B. *El nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina: desafíos para las inversiones extranjeras, la regulación nacional y el financiamiento para el desarrollo*. Buenos Aires: Rap, 2009, p. 301-7.

²⁹⁵ CASSESE, Sabino. *Oltre lo Stato*. Roma: Laterza, 2006, p. 44.

É irrefutável, de qualquer maneira, que os sistemas de governança se proliferaram ao longo dos anos causando uma densificação da regulação global. É a partir dessa perspectiva que Sabino Cassese afirma não haver domínio da atividade humana integralmente afastado das regras ultra-estatais e globais. Isso porque as funções que escapam ao controle dos Estados passaram a ser reguladas em nível global.²⁹⁶ Em casos como a migração de espécies marinhas, o fluxo de capitais, a liberação de substâncias nocivas ao meio-ambiente, a transmissão de dados eletrônicos, o enfrentamento de crises financeiras, a ação regulatória unilateral do Estado se mostra insuficiente (conflito negativo) ou se sobrepõe à de outro Estado (conflito positivo). Diante da necessidade de regular esses e outros setores da atividade humana que escapam ao controle estatal, os poderes regulatórios tradicionalmente exercidos pelo Estado foram transferidos a entidades globais, que adquirem a competência para formular soluções regulatórias que se sobrepõem ou influenciam aquelas eventualmente existentes no plano nacional. O processo decisório interno e, em certa medida, sua autonomia são restringidos pelos mecanismos globais, produzindo-se uma diminuição da autoridade e do poder do Estado.²⁹⁷

Os sistemas de governança alteram relações de cooperação tanto no plano internacional quanto no plano interno. A preservação do *domaine réservé* do Estado encontra um limite no conceito de regulação global, de tal forma que o Direito Público perde a pretensão de regular, de maneira integral, o exercício do poder regulatório, mesmo nos limites territoriais do Estado.²⁹⁸

Em um posicionamento mais radical de Thomas Cottier e Maya Hertig, considera-se que:

*the Constitution itself can no longer pretend anymore to provide a comprehensive regulatory framework of the state on its own [...] [T]he national Constitution today and in the future is to be considered a 'partial constitution', which is completed by the other levels of governance.*²⁹⁹

²⁹⁶ CASSESE, Sabino. *Oltre lo Stato*. Roma: Laterza, 2006, p. 44.

²⁹⁷ CASSESE, Sabino. *Oltre lo Stato*. Roma: Laterza, 2006, p. 44-45.

²⁹⁸ MONTT, Santiago. What International Investment Law and Latin America can and should demand from each other: updating the Bello/Calvo doctrine in the BIT generation. In: KINGSBURY, Benedict; STEWART, Richard B. *El nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina: desafíos para las inversiones extranjeras, la regulación nacional y el financiamiento para el desarrollo*. Buenos Aires: Rap, 2009, p. 299. A posição do autor pode ser considerada, em certa medida, exagerada, uma vez que a teoria do direito administrativo global não busca uma limitação do Estado, considerando-o como parte integrante do espaço administrativo global, como veremos adiante.

²⁹⁹ COTTIER, Thomas; HERTIG, Maya. The prospects of 21st century constitutionalism. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, v. 7, 2003, p. 302 *apud* MONTT, Santiago. What International Investment Law and

A Constituição ainda tem importância fundamental para o ordenamento jurídico, sendo o fundamento jurídico último de validade de todos os atos, razão pela qual o pensamento de Cottier e Hertig pode ser considerado – em nossa opinião – radical, ao admitir a existência de uma constituição parcial.³⁰⁰

Nesse sentido, afirma Sabino Cassese que a absoluta centralidade do Estado para o exercício do poder regulatório se tornou uma ilusão ótica. Isso não significa, porém, que a ordem jurídica global tenha suplantado o Estado, ou que tenha se tornado dominante, exatamente porque a existência dos sistemas regulatórios globais – recorda Cassese – tem sua origem primeira no Estado e os sistemas internos de regulação se inserem no conceito de sistema global.³⁰¹ Registre-se a reflexão de Kate Miles no sentido de que “*international law is evolving into ‘global public law’*”. Nesse direito público global, “*states remain important, but are by no means the only significant actors*”.³⁰²

1.7.3 Para além dos Estados: a teoria do direito administrativo global

A integração do Estado aos sistemas de governança global, instituídos com o propósito de dar resposta a alguns desafios da pós-modernidade, permite que a esfera jurídica em que se desenvolve a administração pública deixe de circunscrever exclusivamente a concretização

Latin America can and should demand from each other: updating the Bello/Calvo doctrine in the BIT generation. In: KINGSBURY, Benedict; STEWART, Richard B. *El nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina: desafíos para las inversiones extranjeras, la regulación nacional y el financiamiento para el desarrollo*. Buenos Aires: Rap, 2009, p. 297.

³⁰⁰ Sobre a supremacia da Constituição, por todos, cf. GENRO, Tarso. Os fundamentos da Constituição no Estado de Direito. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de Direito Constitucional*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 108-139, p. 121; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 79; HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição = Die normative Kraft der Verfassung*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 28.

³⁰¹ CASSESE, Sabino. *Oltre lo Stato*. Roma: Laterza, 2006, p. 46.

³⁰² MILES, Kate. Reconceptualising international investment law: bringing the public interest into private business. In: LEWIS, Meredith Kolsky; FRANKEL, Susy. *International economic law and national autonomy*. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 302. Em tradução livre: o Direito Internacional está evoluindo para um direito público global/os Estados permanecem importantes, mas não são mais os únicos atores significantes.

das ordens jurídicas nacionais e passe a se articular com esferas sobrepostas de normatividade ultraestatal, disciplinadoras das relações jurídicas no espaço global.

O conceito de direito administrativo global surge da percepção de que os sistemas de governança global podem ser compreendidos, em ampla escala, como um sistema administrativo, cujas funções se desenvolvem globalmente através de uma malha de cooperação entre instituições de naturezas e níveis diferentes, as quais exercem a regulação através de uma variedade de instrumentos, ainda que de caráter não vinculante.³⁰³ Nesse sentido, a multiplicidade de instituições regulatórias e de entidades reguladas caracteriza um espaço administrativo global, pressuposto de existência para o direito administrativo global.³⁰⁴

Além do exercício global de funções regulatórias, os efeitos transnacionais das medidas administrativas internas, o desenvolvimento de mecanismos de regulação que exigem conformidade do Estado e a adoção por entidades globais de procedimentos de tomada de decisão baseados em garantias do Direito Administrativo representam fatores que levam o direito administrativo global a reunir mecanismos, princípios, práticas e entendimentos sociais subjacentes que promovem e afetam a *accountability*³⁰⁵ dos entes administrativos globais em relação às garantias de transparência, participação, motivação das decisões, legalidade e revisão autônoma dos atos decisórios.³⁰⁶

A inserção desse arcabouço normativo no âmbito do Direito Administrativo decorre de pelos menos dois fundamentos teóricos determinantes. Em uma perspectiva pragmática, é possível dizer que se trata de um direito administrativo porque congrega as funções típicas de

³⁰³ Para Nico Krisch, o direito administrativo global é uma alternativa para lidar com o déficit de legitimidade da governança global, diante da inquestionável transferência de poderes regulatórios para o nível global. KRISCH, Nico. *Global Administrative Law and the constitutional ambition*. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Eds.). *The twilight of constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 246.

³⁰⁴ Embora muitos exemplos de sistemas regulatórios tenham surgido no setor econômico, a administração global tem um espectro mais amplo, não só pela variedade de setores regulados mas também pelos diferentes níveis de regulação. Nesse sentido, cf. CASSESE, Sabino. *Il Diritto Globale: giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Einaudi, 2009.

³⁰⁵ Em administração de empresas, o termo está vinculado a uma delegação de poderes. Presumivelmente, o indivíduo ao qual se atribui responsabilidade recebe autoridade comensurável, e mesmo que delegue responsabilidade e autoridade a terceiros, será ainda o responsável final perante seu superior. Se numa mesma frase encontrássemos os termos *responsibility* e *accountability*, poderíamos dizer que a primeira é responsabilidade primária e que a segunda é responsabilidade final. Portanto, *accountability* deve ser um grau mais alto de responsabilidade. Seu fenômeno é que a prestação de contas é devida a um escalão superior. Um supervisor tem responsabilidade perante um subordinado, mas não lhe presta contas. Somente o faz às autoridades superiores. A expressão pode ainda ser entendida como controlabilidade, na visão de BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 21.

³⁰⁶ KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. Introduction: global governance and Global Administrative Law in the international legal order. *The European Journal of international Law*, v. 17, n. 1, p. 1-13, 2006, p. 2.

administração, as quais, de acordo com a visão clássica, são determinadas pela exclusão das funções legislativa e jurisdicional.³⁰⁷ Em uma perspectiva abstrata, por outro lado, a identificação com o Direito Administrativo se deve à origem histórica do ramo jurídico no momento de limitação do poder estatal em face do indivíduo, materializando pela submissão do Estado ao direito.³⁰⁸

A denominação “global” traduz a integração entre a regulação nacional e a regulação extranacional em diversos níveis – bilateral, regional, plurilateral e multilateral –, a criação de arranjos institucionais incompatíveis com as categorias tradicionalmente aceitas e a elaboração normativa baseada em instrumentos distintos daqueles concebidos nas teorias tradicionais do Direito Internacional.³⁰⁹

Sabino Cassese aponta um pragmatismo na utilização da expressão “global”, mas reconhece o acerto da escolha. O autor prefere afastar a denominação “internacional”, no sentido cunhado por Jeremy Bentham, que indica as relações entre Estados como únicos atores, da mesma forma que a expressão “direito administrativo internacional”, tendo em vista sua utilização para fazer referência às questões estruturais internas das organizações internacionais.³¹⁰ Existem, por outro lado, expressões que tentam incorporar o distanciamento da visão tradicional do plano internacional, quais sejam “direito universal”, utilizada por Domenico Romagnosi, e “*droit mondial*”, preferida pela doutrina francesa.³¹¹

A transferência de competências regulatórias para entidades administrativas globais corporifica o exercício de funções administrativas sem controle direto por ordens jurídicas

³⁰⁷ Nesse sentido, CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 4. A função administrativa engloba materialmente, conforme a doutrina germânica, os aspectos de intervenção administrativa (*Eingriffsverwaltung*), gestão de desempenho (*Leistungsverwaltung*) e administração de garantias (*Gewährleistungsverwaltung*). SCHMIDT, Rolf. *Allgemeines Verwaltungsrecht: Grundlagen des Verwaltungsverfahrens und Staatshaftungsrecht*. 14. Aufl. Bremen: Rolf Schmidt, 2010, p. 6-8.

³⁰⁸ Sobre as questões históricas relacionadas ao surgimento do Direito Administrativo, cf. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 9-17.

³⁰⁹ CASSESE, Sabino. Administrative Law without the State? The challenge of global regulation. *International Law and Politics*, v. 37, p. 663-694, 2005, p. 669-670.

³¹⁰ Mihn Son Nguyen assim resume a questão terminológica: “*le ‘global administrative law’ permet de rassembler différentes matières juridiques ayant trait à l’administration globale mais traitées de manière séparée souvent pour des raisons conceptuelles. Il comprend ainsi le ‘international administrative law’ (c’est-à-dire l’ensemble des règles, des procédures et des institutions par lesquelles les organisations internationales règlent les conflits de travaux ou des affaires internes), et le droit administratif international*”. NGUYEN, Mihn Son. *Droit administratif international*. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, v. 125, n. 2, p. 75-136, 2006, p. 86.

³¹¹ CASSESE, Sabino. Administrative Law without the State? The challenge of global regulation. *International Law and Politics*, v. 37, p. 663-694, 2005, p. 680.

internas ou, no caso de estabelecimento de sistemas de governança global através de tratados, pelas partes do acordo. O exercício da função administrativa por entidades globais estimulou duas tendências contrapostas e complementares: de um lado, a tentativa de ampliar a sistemática do Direito Administrativo interno para as decisões tomadas em âmbito global e, de outro lado, o desenvolvimento de novos mecanismos de Direito Administrativo em nível global para tratar das medidas adotadas em nível interno. Vislumbra-se, portanto, a capacidade do direito administrativo global de influenciar e condicionar a atividade das Administrações Públicas nacionais para além das vinculações típicas decorrentes da assinatura dos tratados.

O direito administrativo global pode ser inscrito em uma lógica de “*governance without government*” – na expressão de James Rosenau³¹² – ou de “*cooperazione senza sovranità*” – na visão de Sabino Cassese³¹³, segundo a qual as soluções para promover o interesse público são alcançadas a partir de arranjos institucionais cooperativos oriundos da interação e da complementação entre os interesses conflitantes dos atores envolvidos em um setor da atividade humana. A proposta do direito administrativo global é reunir as funções administrativas factualmente exercidas do espaço administrativo global como parte de uma tendência comum e crescente no sentido de criação de mecanismos de Direito Administrativo que garantam a *accountability* da governança regulatória global.³¹⁴

A estruturação do conceito de direito administrativo global implica a existência de um espaço administrativo global, onde se exerce a função administrativa. Esse espaço administrativo global pode ser caracterizado pela multiplicidade de (a) agentes reguladores globais, (b) objetos de regulação, (c) instrumentos jurídicos de regulação e (d) destinatários das normas regulatórias globais. Além disso, o espaço administrativo global comporta a coexistência e interpenetração de normas regulatórias de diferentes níveis: nacional, bilateral, regional, minilateral, plurilateral e multilateral. Reconhece-se no espaço administrativo global, no entendimento de Sabino Cassese, os elementos constitutivos do ordenamento: pluralidade de sujeitos, normatividade, administração e jurisdição.³¹⁵

³¹² ROSENEAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (Ed.). *Governance without government: order and change in world politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

³¹³ CASSESE, Sabino. *Lo spazio giuridico globale*. Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 48.

³¹⁴ LADEUR, Karl-Heinz. Die Internationalisierung des Verwaltungsrechts: Versuch einer Synthese. In: MÖLLERS, Christoph; VOSSKUHLE, Andreas; WALTER, Christian (Hrsg.). *Internationales Verwaltungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 376.

³¹⁵ CASSESE, Sabino. *Il Diritto Globale: giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Einaudi, 2009, p. 17.

No espaço administrativo global, Estados, indivíduos, empresas, organizações internacionais, organizações não governamentais, organizações civis e outros grupos e instituições que de alguma maneira são afetados pelas normas globais estabelecem mecanismos altamente complexos de interação.³¹⁶ Esse espaço se caracteriza por elementos distintos e por dinâmicas particulares que requerem estudo normativo e teorização independentes. Nesse contexto, é reconhecida a formação do desse espaço, tendo como essência uma estrutura normativa que transcende o Direito Internacional tradicional e o Direito Administrativo doméstico. Ainda sobre esse aspecto, nota-se que:

*[...] the development of a global administrative law appears to be a combination of two connected phenomena. On one hand, that of an international administrative law that more directly affects private parties within states. On the other, that of administrative international law that, on remand, extends its sphere of application to private parties that are subjected to the effects of international decisions.*³¹⁷

Trata-se, portanto, de um espaço onde se reconhecem os aspectos típicos do Direito Administrativo doméstico, mas que dele se diferencia por ser progressivo, não hierárquico e cooperativo. Ao passo que os Estados se desenvolvem a partir de um centro de poder e autoridade, o espaço administrativo global não possui centro e não se desenvolve de acordo com um plano, derivando de movimentos espontâneos e conexões mútuas de pontos periféricos que criam uma densa massa de regulação. O espaço administrativo global tem como notas fundamentais a cooperação sem soberania, a legitimação pelo direito, a variedade de instrumentos jurídicos e a interpenetração horizontal de estruturas funcionais.

Esse espaço de regimes variados, que são conectados em uma rede fragmentada de vínculos e referências cruzadas, não é o resultado de uma concepção única e não incorpora uma estrutura unitária. Apesar de originário dos Estados, que continuam a mantê-lo sob controle, esse espaço torna-se cada vez menos dependente, se desenvolvendo de forma

³¹⁶ A teoria do direito administrativo global depende do reconhecimento de uma interação concomitante em diversos níveis (*multi-layered*). Nesse sentido, “[g]lobal administrative law conceives of global problem solving as taking place in a pluralist universe where institutions located at different levels contend to resolve certain issues”. SOMEK, Alexander. Administration without sovereignty. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Eds.). *The twilight of constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 281.

³¹⁷ BATTINI, Stefano. International Organizations and private subjects: a move toward a Global Administrative Law, *ILJ Working Paper*, n. 3, 2005, p. 4 *apud* D’ALTERIO, Elisa. *La funzione di regolazione delle corti nello spazio amministrativo globale*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 2. Em tradução livre: o desenvolvimento de um direito administrativo global parece ser a combinação de dois fenômenos ligados. Por um lado, o direito administrativo internacional afeta mais diretamente particulares dentro dos Estados. Por outro lado, o direito administrativo que, preventivamente, alarga a sua esfera de aplicação às partes privadas que estão sujeitas aos efeitos das decisões internacionais.

autônoma por meio de processos voluntários e espontâneos, de forma que o questionamento de Sabino Cassese demonstra que a amplitude do espaço administrativo global requer a construção uma teoria jurídica que lhe seja particular.³¹⁸

*È corretta questa rappresentazione dello spazio giuridico globale? Consideriamo, innanzitutto, i numeri. Gli Stati sono quasi 200, le organizzazioni internazionali 2000 (e le Organizzazioni internazionali non governative – Ong – sono 20 mila; secondo una recente valutazione dell’Onu, addirittura 44 mila). Esistono, dunque, più condomini che proprietà.*³¹⁹

A regulação administrativa global pode ser exercida a partir de cinco paradigmas institucionais: (1) administração formal por organizações internacionais; (2) administração baseada em ação coletiva por redes transnacionais de acordos de cooperação entre as autoridades reguladoras nacionais; (3) administração difusa realizada pelas entidades reguladoras nacionais nos termos de um tratado, uma rede, ou outros regimes de cooperação; (4) administração por acordos híbridos entre governos e entes privados; e (5) administração por instituições privada com funções reguladoras. Na prática, muitas dessas camadas se sobrepõem ou se combinam, mas é possível delimitar metodologicamente esse conjunto de tipos ideais.³²⁰

Na administração internacional, as organizações intergovernamentais formalmente estabelecidas por tratados ou acordos executivos são os principais agentes administrativos. As redes transnacionais de acordos de cooperação, por sua vez, são caracterizadas pela ausência de uma estrutura formal de tomada de decisão vinculativa e pela preponderância de cooperação informal entre os reguladores estatais. Essa forma horizontal de administração pode, mas não necessariamente, ser baseada na estrutura criada por um tratado. Na administração difusa, as agências reguladoras nacionais atuam como parte do espaço administrativo global, tomando decisões sobre questões de interesse estrangeiro ou global. Os acordos híbridos entre governos e entes privados incluem estruturas que combinam os agentes privados e os entes governamentais para assumir diferentes arranjos institucionais, os quais

³¹⁸ CASSESE, Sabino. *Lo spazio giuridico globale*. Roma-Bari, Laterza, 2003, p 42.

³¹⁹ CASSESE, Sabino. *Oltre lo Stato*. Roma: Laterza, 2006, p. 8. Em tradução livre: É correta essa representação do espaço jurídico global? Consideremos, antes de tudo, os números. Estados são quase 200, organizações internacionais 2000 (e organizações não governamentais internacionais – ONGs – são 20 mil; segundo uma recente avaliação da ONU, até mesmo 44 mil). Existe, portanto, mais condomínio do que propriedade.

³²⁰ MOCKLE, Daniel. Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global. *Les Cahiers de Droit*, v. 53, n. 1, p. 3-48, 2012, p. 6-7. KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico, STEWART, Richard B. The emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, p. 15-61, 2005, p. 20.

apresentam gradativamente mais relevância. Finalmente, muitas funções reguladoras são exercidas por entidades privadas, em função da ausência de instituições de natureza pública na regulação de determinados setores. Seus atos não são muito diferentes de normas intergovernamentais não vinculantes, mas apresentam, muitas vezes, maior grau de eficácia.³²¹

A multiplicidade do espaço administrativo global se evidencia também através da variedade de destinatários das normas regulatórias elaboradas. As distintas formas institucionais do espaço administrativo global dirigem suas normas aos Estados, às empresas nacionais e transnacionais, aos indivíduos, aos grupos internacionais privados, às organizações não governamentais, às outras organizações internacionais, às instituições supranacionais regionais e a outros tantos atores, dependendo do objeto da regulação, dos interessados no setor regulado, dos objetivos regulatórios e das características funcionais da atividade que se objetiva regular.³²²

As fontes de direito administrativo global incluem as fontes clássicas do Direito Internacional Público – tratados, costumes e princípios gerais –, mas é improvável que essas fontes sejam suficientes para explicar a origem e a autoridade das práticas normativas já existentes no espaço administrativo global. As fontes jurídicas das práticas existentes na construção normativa global poderiam ser baseadas em uma versão contemporânea do *jus gentium*, abrangendo as normas que surgem da ampla variedade de agentes e de contextos de regulação, em detrimento da fundamentação no *jus inter gentes* construído sobre os acordos entre os Estados.³²³

Mesmo que se alcance um acordo na identificação das fontes formais do direito administrativo global, tanto através do Direito Internacional, quanto através de uma releitura do *jus gentium*, é improvável que um corpo definitivo e detalhado de regras e princípios que regem a administração global possa atualmente ser formulada, mesmo em relação aos arranjos

³²¹ KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. The emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, p. 15-61, 2005, p. 21-23.

³²² Essa multiplicidade deixa evidente a necessidade de maior aprofundamento teórico do direito administrativo global. Ruffert considera, a esse respeito, que “*es sich noch nicht um ein vereinheitlichtes, organisiertes Forschungsfeld handelt und dass seine theoretische Grundlegung noch unterentwickelt ist*”, afirmando que os desenvolvimentos teóricos do direito administrativo global “*noch in den Kinderschuhen stecken*”. RUFFERT, Matthias. Perspektiven des Internationalen Verwaltungsrechts. In: MÖLLERS, Christoph; VOSSKUHLE, Andreas; WALTER, Christian (Hrsg.). *Internationales Verwaltungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 404/418.

³²³ CASINI, Lorenzo. Diritto amministrativo globale. In: CASSESE, Sabino (Dir.). *Dizionario di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 1946.

institucionais formalizados por acordos interestatais. Isso porque, embora seja possível vislumbrar uma convergência fática de atuação dos diferentes atores no espaço administrativo global, os instrumentos intergovernamentais escritos e vinculantes sobre essas normas regulatórias são dispersos e relativamente escassos, as práticas dos órgãos de administração global estão fragmentadas e a organização formal das normas nacionais varia consideravelmente. Outro elemento ainda não consolidado é o estatuto jurídico das disposições regulamentares que estabelecem arranjos institucionais híbridos de cooperação entre Estados e entes privados. Além disso, adotando-se uma abordagem baseada no *jus gentium*, cria-se um desacordo adicional sobre quais práticas podem ser consideradas para o surgimento de uma regra com força de aderência pelos atores globais.³²⁴

Assentadas as premissas relativas à organização estrutural do espaço administrativo global que serve de base para a construção do direito administrativo global, é necessário perquirir o conteúdo substancial e aos valores normativos que preenchem a teoria do direito administrativo global. As funções mais recorrentes nos sistemas globais de regulação são a coordenação, a promoção da cooperação, a harmonização e a padronização. Mas há também funções adicionais, como a alocação de recursos escassos, a assistência, a prestação de serviços e a proteção.

Essas funções se inserem nos principais eixos normativos do direito administrativo global, quais sejam a *accountability* interna da administração, a proteção de direitos dos indivíduos e a promoção da democracia. A *accountability* interna requer que a ação coordenada de diferentes atores seja desenvolvida dentro de normas gerais do regime administrativo, demandando mecanismos normativos que garantam a coesão funcional do espaço administrativo global. A proteção dos direitos individuais – e, em maior escala, do direito dos Estados – importa na criação de mecanismos de participação nos procedimentos decisórios e de revisão das decisões administrativas. O eixo de promoção da democracia tem o escopo normativo mais abrangente, analisando o equilíbrio entre a atuação normativa no espaço administrativo global e os valores sociais e econômicos que fundamentam a ordem internacional.³²⁵

Em linha com os eixos normativos, o direito administrativo global reúne alguns princípios legais fundamentais que podem ser preliminarmente identificados, embora a

³²⁴ KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico, STEWART, Richard B. The emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, p. 15-61, 2005, p. 29-30.

³²⁵ KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico, STEWART, Richard B. The emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, p. 15-61, 2005, p. 43-48.

delimitação do conteúdo preciso de cada princípio necessite de análise mais aprofundada. Nesse sentido, são reconhecidos como princípios que norteiam o direito administrativo global (a) a transparência e participação nos procedimentos decisórios e normativos, (b) a motivação das decisões, (c) a existência de mecanismos de revisão, (d) a garantia de proporcionalidade, (e) a proteção das expectativas legítimas, (f) a vedação às medidas restritivas desnecessárias, e (g) a flexibilização das imunidades dos Estados.³²⁶

A determinação das bases normativas do direito administrativo global não ocorre isoladamente no âmbito global. Sabino Cassese afirma, nesse sentido, que “[è] *sbagliato tanto ritenere che la rete dei poteri globali sia nelle mani degli Stati, i soli che contino; tanto pensare che le decisioni globali sfuggano agli Stati*”.³²⁷ Ao contrário da concepção de Jeremy Bentham sobre Direito Internacional, a ordem global e as ordens nacionais não são hermeticamente apartadas, havendo uma área nebulosa no limite entre ambas.³²⁸

Nessa zona cinzenta, desenvolve-se uma técnica de ação conjunta (*joint decision-making*) que corresponde à partilha entre os níveis nacionais e o nível global das decisões que afetam o sistema regulatório do direito administrativo global.³²⁹ De um lado, as decisões nacionais podem depender de um exame preliminar pelos atores globais e, de outro lado, as decisões globais podem ter sua eficácia dependente da implementação pelos atores nacionais.³³⁰

É verdade que o global e o nacional continuam a ser politicamente e operacionalmente separadas por muitos motivos, mas os dois níveis estão intimamente ligados em muitas áreas da regulação e da administração. O surgimento da regulação em nível global e sua influência

³²⁶ KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. The emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, p. 15-61, 2005, p. 37-42. Nesse sentido, cf. HARLOW, Carol. Global Administrative Law: the quest for principles and values. *The European Journal of International Law*, v. 17, n. 1, p. 187-214, 2006.

³²⁷ CASSESE, Sabino. *Oltre lo Stato*. Roma: Laterza, 2006, p. 51. Em tradução livre: é tão equivocado argumentar que os Estados têm o monopólio sobre as rédeas do poder global, como é pensar que as decisões globais escapam do Estado.

³²⁸ CASSESE, Sabino. *Oltre lo Stato*. Roma: Laterza, 2006, p. 51.

³²⁹ Nesse sentido, “[d]as Internationale Verwaltungsrecht bildet ein Rechtsgebiet sui generis, das sich aus materiellen und kollisionsrechtlichen Bestimmungen des Völkerrechts und des nationalen Rechts zusammensetzt”. BREINING-KAUFMANN, Christine. Internationales Verwaltungsrecht. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, v. 125, n. 2, p. 5-73, 2006, p. 72.

³³⁰ CASSESE, Sabino. *Oltre lo Stato*. Roma: Laterza, 2006, p. 52-53. As decisões em nível global acabam por condicionar a atuação dos Estados, através (a) da elaboração de boas práticas para a incorporação de marcos regulatórios globais, (b) de fiscalização da implementação ou (c) a previsão de mecanismos de denúncia da não incorporação das normas globais.

nos níveis nacionais demonstram que as decisões dos órgãos nacionais estão cada vez mais limitadas por normas substantivas e processuais estabelecidas a nível global.³³¹ Dessa maneira, a necessidade formal de implementação interna não fundamenta *per se* a independência absoluta entre nacional e global. Além disso, muitos dos atores globais possuem independência e liberdade para serem considerados meros agentes por delegação dos Estados.³³²

A fronteira entre nacional e global não é delimitada de maneira intangível, havendo uma zona cinzenta entre os feixes de competência regulatória do Estado e da ordem global.³³³ Essa continuidade entre as esferas nacionais e a esfera global produz, entre outros, dois direitos fundamentais para a análise ora empreendida: o direito de participação e o direito de defesa. O primeiro consiste na possibilidade de intervir em procedimentos administrativos em nível global e o segundo implica no direito de recorrer às instâncias globais buscando uma revisão das decisões nacionais ou globais.³³⁴

A ordem econômica global impõe uma exigência prática de garantia de confiabilidade, através da submissão dos atos administrativo internos ao direito administrativo global. Estabeleceu-se, dessa maneira, um sistema administrativo com genuínas funções jurisdicionais que se regula pelo direito administrativo global.³³⁵ Um exemplo cristalino desse sistema administrativo é a arbitragem internacional de investimentos, a qual permite ao particular investidor que apresentem ao *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) – um ator global – uma controvérsia sobre a adequação de medidas regulatórias implementadas por autoridades nacionais em relação aos parâmetros globalmente estabelecidos de tratamento dos investidores estrangeiros.³³⁶

A partir desses elementos, a arbitragem internacional de investimentos reúne características que permitiriam compreendê-la como uma espécie de direito administrativo

³³¹ DOLZER, Rudolf. The impact of international investment treaties on domestic administrative law. *International law and politics*, v. 37, p. 953-972, 2005, p. 953.

³³² KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico, STEWART, Richard B. The emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 68, p. 15-61, 2005, p. 25-26.

³³³ MAYER, Franz C. Internationalisierung des Verwaltungsrechts? In: MÖLLERS, Christoph; VOSSKUHL, Andreas; WALTER, Christian (Hrsg.). *Internationales Verwaltungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 57.

³³⁴ CASSESE, Sabino. *Oltre lo Stato*. Roma: Laterza, 2006, p. 55.

³³⁵ SILVA, Suzana Tavares. *Um novo Direito Administrativo?* Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 26.

³³⁶ CASSESE, Sabino. *Oltre lo Stato*. Roma: Laterza, 2006, p. 56-57.

global.³³⁷ No entendimento de Gus Van Harten e Martin Loughlin, a arbitragem internacional permite (a) a instauração de procedimentos em face do Estado sem esgotamento dos recursos internos, (b) a utilização de compensação financeira como mecanismo público de sanção e (c) a execução direta dos laudos arbitrais. A través desses mecanismos, a arbitragem internacional de investimentos funciona como um mecanismo de revisão administrativa do exercício da autoridade pública.³³⁸

A inserção da arbitragem internacional de investimentos no âmbito do direito administrativo global não é, contudo, unânime. Em crítica aos argumentos de Van Harten e Loughlin, Jorge Barraguirre considera que a arbitragem de investimentos não possui aplicação plena, apresentando-se como um sistema jurisdicional setorial. Ademais, salienta a inexistência de uma comunidade política à qual se possa imputar o sistema criado pelo *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*.³³⁹ Nessa linha, assevera Barraguirre que:

*desde el punto de vista de los tribunales arbitrales no quedaría en claro cuál sería un límite preciso a su jurisdicción: Toda violación regulatoria podría, potencialmente hablando, ser concebida como una violación a un tratado internacional. El rol de las cortes administrativas municipales sería insignificante [...] Esta nueva regla (toda violación al derecho administrativo es una violación al derecho internacional) es una manera franca de evaporar el derecho público.*³⁴⁰

Evidencia-se, dessa forma, que existem questionamentos não só acerca dos fundamentos jurídicos do direito administrativo global, mas também sobre sua aplicação à

³³⁷ KALDERIMIS, Daniel. Investment treaty arbitration as global administrative law: what this might mean in practice. In: BROWN, Chester; MILES, Kate. *Evolution in investment treaty law and arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 157.

³³⁸ VAN HARTEN, Gus; LOUGHLIN, Martin. Investment treaty arbitration as a species of Global Administrative Law. *The European Journal of International Law*, v. 17, n. 1, p. 121-150, 2006, p. 145-8.

³³⁹ BARRAGUIRRE, Jorge A. Los tratados bilaterales de inversión (TBIs) y el convenio CIADI: ¿La evaporación del Derecho Administrativo doméstico? In: KINGSBURY, Benedict; STEWART, Richard B. *El nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina: desafíos para las inversiones extranjeras, la regulación nacional y el financiamiento para el desarrollo*. Buenos Aires: Rap, 2009, p. 214-215.

³⁴⁰ BARRAGUIRRE, Jorge A. Los tratados bilaterales de inversión (TBIs) y el convenio CIADI: ¿La evaporación del Derecho Administrativo doméstico? In: KINGSBURY, Benedict; STEWART, Richard B. *El nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina: desafíos para las inversiones extranjeras, la regulación nacional y el financiamiento para el desarrollo*. Buenos Aires: Rap, 2009, p. 215. Em tradução livre: “do ponto de vista de tribunais arbitrais não estaria claro qual deve ser o limite a sua jurisdição: Qualquer violação de regulamentação poderia, potencialmente falando, ser concebida como uma violação de um tratado internacional. O papel das cortes administrativas municipais seria insignificante [...] Esta nova regra (qualquer violação do direito administrativo é uma violação do direito internacional) é um caminho livre para evaporar o direito público”.

arbitragem internacional de investimentos. A crítica serve de alerta para reconhecer que o direito administrativo global precisa, todavia, enfrentar questões basilares para sua estruturação jurídica, das quais é possível destacar as demandas por democracia e legitimidade.³⁴¹ Nesse âmbito, Sabino Cassese propõe a observância por todas as instituições dos princípios do devido processo legal (*due process*) para evitar que o modelo possa criar um “*acephalous world*”.³⁴²

Na doutrina brasileira, ecoam os anseios pelo aprofundamento da articulação entre a teoria do direito administrativo global e a ideia de democracia global. Andréa Rocha Postiga aponta, nesse sentido, que a teoria do direito administrativo global:

pode desempenhar importante papel na condução das reformas necessárias, provendo valioso auxílio prático e normativo a este respeito. [...] Aliando-se este estudo ao aprofundamento da teoria democrática global e transnacional, se estará traçando uma via para solução de questões relativas à diversidade, à igualdade e à justiça na esfera global, para o estabelecimento de um regime global para o investimento justo e legítimo, capaz de oferecer igualdade de tratamento para todos envolvidos nestas relações.³⁴³

O desenvolvimento da teoria do direito administrativo global “no âmbito das relações travadas sob o pálio de organizações transnacionais dotadas de poderes de autoridade”, que se manifestam em decisões administrativas com diferentes graus de imperatividade, e a ausência de bases constitucionais revelam a dificuldade de organizar as normas administrativas globais de maneira sistemática.³⁴⁴

³⁴¹ Nesse âmbito, é imprescindível observar, por exemplo, que os modelos do Direito Administrativo utilizados nos estudos recentes sobre o tema são de origem europeia e norte-americana e estão intimamente ligados com o surgimento do Estado Liberal e a expansão de suas atividades regulatórias nos séculos XIX e XX. Assim, a transferência destes modelos para o espaço administrativo global parece implicar em uma ordem liberal, em detrimento de formas diferentes de organizar a sociedade, existentes especialmente na Ásia e na África. A título de exemplo, basta verificar a predominância da questão regulatória sob a ótica do Direito Administrativo norte-americano nos estudos iniciais sobre direito administrativo global. KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico, STEWART, Richard B. *The emergence of Global Administrative Law. Law and Contemporary Problems*, v. 68, p. 15-61, 2005, p. 49-50.

³⁴² CASSESE, Sabino. *A global due process of law?* In: ANTHONY, Gordon; AUBY, Jean-Bernard; MORISON, John; ZWART, Tom (Eds.). *Values in global administrative law*. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 48-9.

³⁴³ POSTIGA, Andréa Rocha. *A emergência do direito administrativo global como ferramenta de regulação transnacional do investimento estrangeiro direto*. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 1, p. 171-193, 2013, p. 191.

³⁴⁴ BITENCOURT NETO, Eurico. *Direito administrativo transnacional*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 18, p. 1-17, 2009, p. 19.

A ausência de autoridade hierárquica estatal não compromete a compreensão do caráter de Direito Administrativo da teoria do direito administrativo global, que é reconhecida como uma solução para o hiato de normatividade entre o direito interno e o direito internacional.³⁴⁵ Nesse sentido, afirmam Patrícia Baptista e Leonardo Ribeiro que:

Além disso, o direito administrativo global propõe uma mudança de parâmetro na compreensão da autoridade, pois, no contexto global, a autoridade vem sendo crescentemente exercida de forma horizontal, por via de instrumentos não hierárquicos. E não se pode deixar de ter em conta que, mesmo o direito administrativo interno tem buscado recorrer cada vez menos à força coercitiva da autoridade hierárquica estatal, multiplicando instrumentos de consenso e cooperação que ajudem a aumentar a eficiência e a legitimidade da ação pública.³⁴⁶

No momento em que se “vislumbra a crescente interdependência entre as atuações estatais internas e as internacionais, a evidenciar a necessária sistematização de um direito administrativo global”,³⁴⁷ são imprescindíveis estudos complementares para a solução das diversas questões teóricas do direito administrativo global bem como para a sua correta aplicação ao caso da regulação dos investimentos estrangeiros.

O insucesso dos diversos esforços de regulação multilateral dos investimentos estrangeiros parece ter colocado o Direito Internacional dos Investimentos em uma encruzilhada teórica, para a qual as respostas têm surgido a partir de uma perspectiva mais teórica do que pragmática. De todo modo, é inegável – em nossa opinião – a influência real que o Direito Internacional dos Investimentos possui no exercício do poder regulatório pelos Estados, qualquer que seja a preferência teórica para esclarecer a evolução do paradigma atual de regulação dos investimentos estrangeiros. Independentemente de compreendê-lo como *lex specialis*, evidência do costume internacional, projeção de um sistema ou regime internacional, mecanismo de governança global ou expressão do direito administrativo global, o padrão de tratamento justo e equitativo (*fair and equitable treatment*) do Direito

³⁴⁵ BAPTISTA, Patrícia Ferreira; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Direito administrativo global: uma nova ótica para a regulação financeira e de investimentos. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 819.

³⁴⁶ BAPTISTA, Patrícia Ferreira; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Direito administrativo global: uma nova ótica para a regulação financeira e de investimentos. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 805.

³⁴⁷ CUNHA, Bruno Santos. *Resenha: O direito administrativo sem Estado: crise ou fim de um paradigma?* *Revista Digital de Direito Público*, v. 1, n. 1, p. 242-244, 2012, p. 243-4.

Internacional dos Investimentos emerge, por exemplo, com um dos conceitos fundamentais que corporificam essa influência.³⁴⁸

O impacto do Direito Internacional dos Investimentos se faz sentir de maneira mais evidente nos países que, de alguma maneira, optaram por ingressar nesse regime global de regulação dos investimentos estrangeiros. No caso brasileiro, a questão da regulação internacional dos investimentos estrangeiros sofreu, como se verá no capítulo 2, um tratamento particular.

³⁴⁸ SCHILL, Stephen W. Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law, *IILJ Working Paper*, n. 6, 2006, p. 2. A frequência com que o padrão de tratamento justo e equitativo é invocado pelos investidores estrangeiros em tribunais arbitrais contrasta com a ausência de uma compreensão sólida acerca de seu conteúdo normativo, objeto de perquirição no capítulo 3.

2 INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS NO DIREITO BRASILEIRO

Em virtude de sua progressiva abertura econômica, o Brasil foi se tornando um destino frequente dos investimentos estrangeiros. Em paralelo aos desenvolvimentos do Direito Internacional dos Investimentos, a regulação dos investimentos estrangeiros no Direito brasileiro demandou a estruturação de um arcabouço jurídico capaz de articular os diferentes interesses envolvidos no ingresso de capitais estrangeiros.

Embora tenha sido confrontado com a proposta da Convenção de Washington para instituição de um mecanismo de solução de controvérsias entre investidores estrangeiros e Estados hospedeiros (2.1) e com a assinatura de tratados bilaterais de investimentos (2.2), o Brasil optou por manter o tema da regulação dos investimentos exclusivamente sob a égide do ordenamento jurídico doméstico (2.3). O regime dos investimentos estrangeiros no Direito brasileiro foi objeto de poucos pronunciamentos judiciais (2.4) e o país manteve, ao longo dos anos, sua posição de importador de capital. Entretanto, mais recentemente, a posição econômica do país tem passado por transformações que fazem do Brasil um exportador de capitais (2.5), fazendo ressurgir diversos questionamentos sobre a eventual adesão do país aos acordos internacionais de investimentos.

2.1 A posição brasileira sobre a proteção do investidor estrangeiro

No início da década de 60, o governo brasileiro foi confrontado com a proposta do Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento (BIRD)³⁴⁹ para a assinatura de uma convenção internacional que criava um mecanismo de arbitragem entre Estados e particulares sobre conflitos de natureza econômica. Tratava-se, naquela ocasião, da *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (Convenção de Washington), que viria a instituir o *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID).

³⁴⁹ O Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento (BIRD) foi estabelecido em 1944 como instituição original do Banco Mundial, mas, ao longo dos anos, passou a compor ao lado de outras quatro instituições – incluindo o *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) – o grupo Banco Mundial. CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Econômico*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 512-3.

A Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC) acabou por posicionar-se contra a proposta de convenção internacional.³⁵⁰ Em seguida, o Ministério de Relações Exteriores foi convidado pelo Ministério da Fazenda a pronunciar-se sobre a proposta do Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento (BIRD). O parecer proferido pelo então Consultor Jurídico do Ministério de Relações Exteriores em 20 de agosto de 1964 registra a posição que acabou por prevalecer no Brasil:

Não nos deteremos a demonstrar a impossibilidade, a impraticabilidade mesma, para o nosso Governo, de aceitar o que se consubstancia na proposta do BIRD. Esbarraríamos, inicialmente, contra claros dispositivos constitucionais que vedam a simples idéia dessa institucionalização. Ademais, ela é grosseira, insultuosa para os nossos foros de civilização, bem como para a ordem jurídica e política implantada entre nós há quase 150 anos, porque nunca o Governo brasileiro, em qualquer época, deixou de acolher, diplomática ou judicialmente, as reivindicações de “meritorious cases” de estrangeiros que lhe fôssem apresentadas.³⁵¹

No parecer, o consultor Augusto de Rezende Rocha apresenta alguns argumentos contra a Convenção de Washington. Em primeiro lugar, o consultor sugere, em vista da existência de organismos internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU), a inadequação do BIRD para a institucionalização de um mecanismo arbitral com o objetivo de decidir conflitos entre particulares “supostamente desprotegidos” e governos, “sendo, pois, a consagração do imperialismo econômico e financeiro, ainda que disfarçada”.³⁵² Em segundo lugar, a adesão ao mecanismo arbitral representaria, na opinião do consultor, uma sub-rogação de funções públicas essenciais do Estado a um tribunal internacional passível de sofrer influências prejudiciais à soberania dos Estados, duplicando “sem maiores vantagens, a instrumentalidade judiciária de qualquer país”.³⁵³ Em terceiro lugar, o consultor entende que a proposta desconsidera a possibilidade de proteção diplomática pelo Estado de origem do

³⁵⁰ A Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC) foi sucedida, nos termos do artigo 8º da Lei nº 4.595/64 pela autarquia federal Banco Central do Brasil (BACEN). FIGUEIREDO FILHO, João Sidney. *Políticas monetária, cambial e bancária no Brasil sob a gestão do Conselho da SUMOC, de 1945 a 1955*. 2005. 201 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2005, p. 22-29. CAPUTO, Ana Cláudia; MELO, Hildete Pereira de. A industrialização brasileira nos anos de 1950: uma análise da Instrução 133 da SUMOC. *Estudos Econômicos*, v. 39, n. 3, p. 513-538, 2009.

³⁵¹ ROCHA, Augusto de Rezende. *Parecer DAJ/138: criação de órgão de arbitragem internacional – BIRD*. 20 ago. 1964. Íntegra do parecer gentilmente cedida ao autor pela Consultoria Jurídica do Ministério das Relações Exteriores.

³⁵² ROCHA, Augusto de Rezende. *Parecer DAJ/138: criação de órgão de arbitragem internacional – BIRD*. 20 ago. 1964, item 17.I.

³⁵³ ROCHA, Augusto de Rezende. *Parecer DAJ/138: criação de órgão de arbitragem internacional – BIRD*. 20 ago. 1964, item 17.II.

investidor estrangeiro, partindo do “pressuposto de que as instituições jurídicas ou judiciárias do país que acolheu o investidor [...] sejam suspeitas ou parciais para dirimir ‘*meritorious cases*’ por êle suscitados”.³⁵⁴ Em quarto lugar, observa o consultor que a difusão dos mecanismos arbitrais independe de institucionalização e que as decisões arbitrais, quando não alicerçadas em princípios jurídicos universais, podem concorrer “para fortalecer a desconfiança que se nutre quanto à não completa imunidade dos árbitros às injunções políticas ou econômicas”.³⁵⁵

Expostos os argumentos, o consultor jurídico não deixa de fazer referência “às motivações implícitas na proposta”,³⁵⁶ a partir de uma análise da contraposição entre economia dominante e economia dominada, concluindo o parecer nos seguintes termos:

Não cremos que o pleno reconhecimento das debilidades estruturais e das aflições conjunturais da economia brasileira – que tão claramente a colocaram no rol das economias dominadas – seja motivo para nosso Governo ratificar, jurídica e politicamente, a criação de um tribunal de arbitragem para dirimir conflitos econômicos entre particulares e Governos, o qual se integraria em órgão como o BIRD, onde já se fazem sentir tão ativamente os interesses de uma economia dominante.³⁵⁷

As restrições do governo brasileiro ao mecanismo de arbitragem internacional de investimentos já se faziam sentir durante as negociações do texto da Convenção no âmbito do BIRD, quando a delegação brasileira apontou a incompatibilidade entre o mecanismo arbitral e as disposições da Constituição Federal sobre acesso à justiça.³⁵⁸ Embora a justificativa da inconstitucionalidade da arbitragem não mais se sustente no atual momento evolutivo do Direito brasileiro,³⁵⁹ a posição tradicional do governo brasileiro – “de cunho mais ideológico

³⁵⁴ ROCHA, Augusto de Rezende. *Parecer DAJ/138*: criação de órgão de arbitragem internacional – BIRD. 20 ago. 1964, item 17.III.

³⁵⁵ ROCHA, Augusto de Rezende. *Parecer DAJ/138*: criação de órgão de arbitragem internacional – BIRD. 20 ago. 1964, item 17.IV; TIBURCIO, Carmen. Arbitragem de investimento no Brasil. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 233-246.

³⁵⁶ ROCHA, Augusto de Rezende. *Parecer DAJ/138*: criação de órgão de arbitragem internacional – BIRD. 20 ago. 1964, item 18.

³⁵⁷ ROCHA, Augusto de Rezende. *Parecer DAJ/138*: criação de órgão de arbitragem internacional – BIRD. 20 ago. 1964, item 19.

³⁵⁸ KALICKI, Jean; MEDEIROS, Suzana. Investment arbitration in Brazil. *Arbitration International*, v. 24, n. 3, p. 423-446, 2008, p. 430-1.

³⁵⁹ Nesse sentido, cf. TIBURCIO, Carmen. A arbitragem no direito brasileiro: histórico e Lei 9.307/96. *Revista do Processo*, v. 104, p. 79-99, 2001; BARROSO, Luís Roberto. O Estado e a arbitragem. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 559-571, p. 566-7.

que jurídico”³⁶⁰ no entendimento de Celso de Tarso Pereira – acabou por prevalecer no que se refere à arbitragem internacional de investimentos.

É necessário reconhecer, contudo, que a posição brasileira à época se encontrava em consonância com a doutrina política adotada na América Latina. Evidencia-se que a resistência latino-americana foi baseada em argumentos derivados da doutrina Calvo, que influenciou a percepção das normas de Direito Internacional Público sobre proteção diplomática, responsabilidade internacional do Estado e tratamento de pessoas e bens estrangeiros. Seu impacto foi evidente durante a segunda metade do século XIX e a primeira metade do século XX, em razão da pressão pelos países da América Latina para que os princípios da doutrina fossem refletidos nos acordos internacionais. Alguns desses princípios tornaram-se axiomas do Direito Internacional, como assinala Marilda Rosado de Sá Ribeiro:

As teorias tradicionais de proteção diplomática e responsabilidade do Estado passaram a ser confrontadas, na segunda metade do século XX, com o princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais, riqueza e atividades econômicas. A evolução na doutrina internacional levou alguns Estados a considerarem a regra da soberania permanente como uma norma peremptória de Direito Internacional.³⁶¹

A doutrina Calvo surgiu na América Latina ao longo do século XIX como reação aos prejuízos decorrentes do exercício abusivo da proteção diplomática pelos Estados Unidos e pelos países europeus. Durante esse período, muitos governos apresentaram reclamações diplomáticas contra os países latino-americanos, exigindo o pagamento desproporcional de reparações de prejuízos causados à propriedade de estrangeiros. Em alguns casos, retaliações econômicas e outras medidas coercitivas foram empregadas para garantir e acelerar o pagamento das compensações financeiras.³⁶²

O fundamento jurídico da doutrina desenvolvida pelo diplomata argentino Carlos Calvo em 1868 é o princípio da igualdade entre nacionais e estrangeiros, que a maioria dos

³⁶⁰ PEREIRA, Celso de Tarso. O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI-ICSID). *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 140, p. 87-93, 1998, p. 92.

³⁶¹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos Investimentos e o petróleo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 1, n. 18, p. 1-37, 2010, p. 2. Exemplo desse confronto é a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, como leciona MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1690.

³⁶² PÉREZ VERA, Jorge. La doctrina y cláusula calvo en el derecho internacional, su evolución y practica. In: ZAPATA DE ARBELÁEZ, Adriana (Org.). *Derecho internacional de los negocios: alcances*. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003, p. 229-241, p. 231; LEVY, Daniel de Andrade; MOREIRA, Rodrigo. ICSID in Latin America: where does Brazil stand? In: LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerda de; PUCCI, Adriana Noemi. *Investment protection in Brazil*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2013, p. 17-36, p. 18.

países latino-americanos havia proclamado desde a independência com o fim de fomentar a imigração estrangeira. Toda a doutrina era baseada em uma premissa fundamental: os estrangeiros que investem em um Estado ou contraem uma dívida com o mesmo terão os mesmos direitos de receber proteção que um nacional do referido Estado e não poderão solicitar um nível de proteção mais elevado.³⁶³

De acordo com a doutrina Calvo, os estrangeiros não poderiam invocar a proteção diplomática de seu país, nem receber indenizações por prejuízos dentro do território do Estado hospedeiro calculadas de acordo com padrões internacionais. Os estrangeiros estariam submetidos exclusivamente ao direito e aos tribunais do Estado receptor durante o tempo em que permanecessem no território do mesmo.³⁶⁴

A oposição dos países latino-americanos à criação de um foro especial internacional para que os investidores estrangeiros e os Estados hospedeiros pudessem litigar era evidente mesmo durante os primeiros estágios da elaboração da Convenção de Washington, tornando-se gradativamente mais forte na medida em que os esforços avançaram.

Muitos países em desenvolvimento, especialmente da América Latina, resistiram à Convenção de Washington por considerá-la uma derrogação a sua imunidade soberana, argumentando que os Estados somente poderiam ser confrontados por outros Estados, que os mesmos detinham o controle permanente e absoluto sobre seus recursos naturais, e que seu sistema jurídico deveria ter o monopólio de administração da justiça. Esses países asseveravam ademais que a Convenção representaria uma discriminação contra os nacionais do Estado hospedeiro. O BIRD, a esse respeito, buscava reforçar o caráter duplamente voluntário do sistema do ICSID, tendo em vista que os Estados seriam livres para aderir à Convenção bem como, após o terem feito, seriam livres para decidir submeter uma controvérsia à jurisdição do ICSID por meio de consentimento.³⁶⁵

³⁶³ DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 156-7; PÉREZ VERA, Jorge. La doctrina y cláusula calvo en el derecho internacional, su evolución y practica. In: ZAPATA DE ARBELÁEZ, Adriana (Org.). *Derecho internacional de los negocios: alcances*. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003, p. 229-241, p. 232.

³⁶⁴ MAGALHÃES, José Carlos de. *Direito econômico internacional: tendências e perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 117; PÉREZ VERA, Jorge. La doctrina y cláusula calvo en el derecho internacional, su evolución y practica. In: ZAPATA DE ARBELÁEZ, Adriana (Org.). *Derecho internacional de los negocios: alcances*. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003, p. 229-241, p. 232.

³⁶⁵ PEREIRA, Celso de Tarso. O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI-ICSID). *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 140, p. 87-93, 1998, p. 92; RAMINA, Larissa. *Direito Internacional dos Investimentos: solução de controvérsias entre Estados e empresas transnacionais*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 47-50.

No final do século XX, entretanto, o fenômeno da globalização, que inclui o aumento dos fluxos de investimentos estrangeiros, conduziu a uma mitigação das doutrinas mais nacionalistas por parte dos Estados hospedeiros. A necessidade de capital para promover o desenvolvimento econômico levou à flexibilização do regime aplicável aos investimentos estrangeiros.³⁶⁶

A mudança de posição na América Latina, no que se refere à arbitragem internacional de investimentos, foi reforçada pela adesão de muitos países à Convenção de Washington. Paraguai (1981), Equador (1986), Argentina (1991), Bolívia (1991), Chile (1991), Peru (1991), Uruguai (1992), Colômbia (1993) e Venezuela (1993) aderiram à Convenção, ratificando a postura da região de buscar uma inserção mais dinâmica na economia mundial, através da oferta ao investidor estrangeiro de um mecanismo para solução de controvérsias.

Além disso, muitos países procederam a uma abertura de seus mercados e a uma liberalização de sua economia, gerando maior participação em acordos internacionais de comércio e investimento. Apesar da erosão sofrida pela doutrina Calvo, alguns países latino-americanos – como o Brasil e o México – nunca aderiram à Convenção de Washington e, mais recentemente, Bolívia (2007), Equador (2009) e Venezuela (2012) se tornaram os primeiros países a denunciar a Convenção, deixando o sistema do ICSID.³⁶⁷

A iniciativa dos países latino-americanos de denunciar a Convenção de Washington acompanha o “*backward movement in the pendular effect*”³⁶⁸ referido por Marilda Rosado de Sá Ribeiro, que marca o retorno dessas economias às tendências nacionalistas de ressurgimento da nova doutrina Calvo,³⁶⁹ como alerta Bernardo Cremades:

Parecía que la doctrina Calvo había sido enterrada por los tratados para la protección de inversiones. Sin embargo, en los últimos tempos se alzan voces que, en base a la soberanía de los Estados, cuestionan el sistema de arbitraje internacional. Se habla de que en la América Latina, especialmente, resurge la

³⁶⁶ RAMINA, Larissa. *Direito Internacional dos Investimentos: solução de controvérsias entre Estados e empresas transnacionais*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 61.

³⁶⁷ COSTA, José Augusto Fontoura. Brasil e arbitragem internacional de investimentos: realidade e possibilidades. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 247-270.

³⁶⁸ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Sovereignty over natural resources, Investment Law and expropriation: the case of Bolivia and Brazil. *Journal of World Energy Law & Business*, v. 2, n. 2, p. 129-148, 2009, p. 129. Em tradução livre: movimento retrógrado no efeito pendular.

³⁶⁹ LEVY, Daniel de Andrade; MOREIRA, Rodrigo. ICSID in Latin America: where does Brazil stand? In: LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerdau de; PUCCI, Adriana Noemi. *Investment protection in Brazil*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2013, p. 17-36, p. 20.

*llamada nueva Doctrina Calvo. [...] Parece como si quisiera volver a cuestionar la posibilidad de que las partes remitan en el plano internacional la solución de sus diferencias a tribunales distintos de los domésticos, especialmente cuando se trate de los llamados temas de interés público. Nadie puede prever a donde nos llevan estos planteamientos, más bien de origen político que de orden jurídico.*³⁷⁰

É comum atribuir a denúncia da Convenção pelos países latino-americanos ao grande número de casos iniciados contra a Argentina no âmbito do ICSID.³⁷¹ Entretanto, na avaliação de Francisco González de Cossío, “*de no existir la opción CIADI, el resultado sería frustración, probablemente impunidad, aún más perdida de inversión y bienestar, y ostracismo internacional. [...] La opción sería la ley de la selva*”.³⁷² Em sua análise das experiências canadense, boliviana e argentina, González de Cossío conclui enfaticamente que a resistência mexicana para aderir à Convenção de Washington – histórica na América Latina ao lado da resistência brasileira – é uma decisão errada, tendo em vista que:

*El arbitraje CIADI es un instrumento procurador del Estado de Derecho. Tanto nacional como internacional. [...] Es hora de hacerle caso. México tiene la oportunidad de continuar siendo un ejemplo de un estado impulsor del Estado de Derecho mundial, o ser señalado como la oveja negra del rebaño de internacional.*³⁷³

Em relação ao caso do Brasil, é importante ressaltar que sempre existiu a possibilidade de acesso ao ICSID por parte do Estado brasileiro ou dos investidores brasileiros, através do

³⁷⁰ CREMADES, Bernardo M. Arbitraje internacional: del arbitraje comercial internacional al arbitraje de protección de inversiones. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 4, n. 12, p. 124-131, 2007, p. 129-30. Em tradução livre: Parecia que a doutrina Calvo havia sido enterrada pelos tratados para a proteção de investimentos. Entretanto, nos últimos tempos ressurgem vozes que, com base na soberania dos Estados, questionam o sistema de arbitragem internacional. Fala-se que, na América Latina, especialmente, ressurge a chamada nova Doutrina Calvo. [...] Parece que se deseja voltar a questionar a possibilidade de que as partes remetam, no plano internacional, a solução de suas controvérsias a tribunais distintos dos domésticos, especialmente quando se trata dos chamados temas de interesse público. Ninguém pode prever aonde nos levam esses questionamentos, mais de origem política do que de ordem jurídica.

³⁷¹ COSTA, José Augusto Fontoura. Brasil e arbitragem internacional de investimentos: realidade e possibilidades. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 247-270, p. 258.

³⁷² GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. México ante el arbitraje CIADI ¿prudente o rebelde? *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, n. 20, p. 185-192, 2009, p. 190. Em tradução livre: se não existisse a opção do ICSID, o resultado seria frustração, provavelmente impiedade, ainda mais perda de investimentos e bem-estar e ostracismo internacional. [...] A opção seria a lei da selva.

³⁷³ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. México ante el arbitraje CIADI ¿prudente o rebelde? *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, n. 20, p. 185-192, 2009, p. 192. Em tradução livre: A arbitragem ICSID é um instrumento garantidor do Estado de Direito. Tanto nacional como internacional. [...] É hora de dar-lhe atenção. O México tem a oportunidade de continuar sendo um exemplo de Estado impulsor do Estado de Direito mundial ou de ser reconhecido como a ovelha negra do rebanho internacional.

Mecanismo Suplementar (*Additional Facility*).³⁷⁴ O Estado brasileiro pode, em se tratando de procedimento iniciado por investidor nacional de um Estado parte da Convenção de Washington, aceitar figurar como parte da arbitragem, mediante consentimento (a) exclusivamente para a controvérsia, por compromisso arbitral; (b) no contrato de que seja parte, por cláusula compromissória; (c) por dispositivo autorizativo em legislação doméstica sobre investimentos estrangeiros; ou (d) em acordo internacional de investimento. Essa possibilidade “juridicamente é perfeitamente possível” – na avaliação de José Augusto Fontoura Costa – “mesmo que politicamente improvável”.³⁷⁵ De maneira análoga, o investidor brasileiro pode requerer a instituição de procedimento arbitral pelo Mecanismo Suplementar do ICSID, desde que (a) o Estado hospedeiro seja parte da Convenção de Washington e (b) aceite figurar como parte da controvérsia.³⁷⁶

Em virtude da ausência de tratados de investimento, entende José Augusto Fontoura Costa que o Brasil “não tem razões para temer quaisquer efeitos deletérios derivados da adesão à [Convenção de Washington], a qual pode marcar uma atitude mais ativa do país em face do novo cenário de negociação e criação de acordos de investimentos”.³⁷⁷ Isso porque, de

³⁷⁴ Trata-se de uma alternativa ao mecanismo da Convenção de Washington, tendo em vista – como afirma Paulo Macedo Garcia Neto – que “*it seems really difficult and improbable that Brazil decides to become a member of the ICSID Convention in the next upcoming years. This does not mean, however, that Brazil should not find other ways of breaking into international investment arbitration*”. GARCIA NETO, Paulo Macedo. Investment arbitration in Brazil: the landscape of investment arbitration in Brazil and why Brazil should become a more important player in the investment arbitration arena. In: LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerda de; PUCCI, Adriana Noemi. *Investment protection in Brazil*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2013, p. 3-16, p. 13.

³⁷⁵ COSTA, José Augusto Fontoura; CARREGARO, Ana Carolina C.; ANDRADE, Thiago P. de. Mecanismo complementar do ICSID: uma alternativa para investidores brasileiros? *Revista Direito GV*, v. 3, n. 2, p. 59-76, 2007, p. 70.

³⁷⁶ COSTA, José Augusto Fontoura; CARREGARO, Ana Carolina C.; ANDRADE, Thiago P. de. Mecanismo complementar do ICSID: uma alternativa para investidores brasileiros? *Revista Direito GV*, v. 3, n. 2, p. 59-76, 2007, p. 70/71. Embora nunca tenha sido utilizado pelo Brasil, há registros de casos no mecanismo complementar. De acordo com os autores, o mecanismo seria possível para “contratos com Estados ou pessoas jurídicas de direito público – como autarquias, fundações públicas ou entes federados – e, ainda, empresas públicas podem fazer constar dos instrumentos contratuais cláusula que submeta, potencialmente, as controvérsias que possam derivar deste à jurisdição do ICSID” Além disso, segundo os autores, “em casos mais específicos e sujeitos a sérias discussões jurídicas seria possível que empresas brasileiras com sócios estrangeiros, ainda que minoritários, oriundos de Estados membros da CW, pudessem se valer deste fato para levar uma controvérsia ao ICSID. É possível até mesmo que o fato seja levado sob os auspícios da CW, se tanto o sócio ou acionista estrangeiro da empresa brasileira e o Estado receptor do investimento forem membros da CW e houver submissão por lei, tratado ou contrato”.

³⁷⁷ COSTA, José Augusto Fontoura. Brasil e arbitragem internacional de investimentos: realidade e possibilidades. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 247-270, p. 269.

acordo com o autor, grande parte das críticas dirigidas à arbitragem internacional de investimentos se deve, na verdade, à estrutura dos acordos internacionais de investimentos.³⁷⁸

Outra opção disponível para o investidor estrangeiro é a adoção de práticas de *forum shopping* e de *treaty shopping*, através – por exemplo – da realização dos investimentos através de subsidiárias constituídas em Estados partes da Convenção de Washington. Trata-se, na verdade, de uma alternativa que pode ser considerada temporária, uma vez que alguns acordos internacionais de investimentos mais recentes têm vedado expressamente essa prática e alguns tribunais arbitrais já utilizaram o critério do controle na determinação da nacionalidade da pessoa jurídica de forma a afastar sua jurisdição.³⁷⁹

É inegável que, no caso brasileiro, observou-se uma gradual evolução do direito interno no sentido de uma maior aceitação da arbitragem.³⁸⁰ Nesse sentido, Arnoldo Wald considera que “a nova legislação, a jurisprudência dos tribunais e a evolução da doutrina permitiram uma verdadeira ‘revolução cultural’ na matéria, ensejando, na prática, uma ‘explosão’ da arbitragem”.³⁸¹

Além da promulgação da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996), outros fatores são – na opinião de Carmen Tiburcio – indicadores do sucesso da arbitragem no Direito brasileiro, quais sejam: (a) o pronunciamento do Supremo Tribunal

³⁷⁸ COSTA, José Augusto Fontoura. Tentações, reputação e cultura: imparcialidade e arbitragem entre investidores e Estados. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, n. 21, p. 30-63, 2009, p. 61. Utilizando dados quantitativos e qualitativos coletados, o autor conclui que “a pesquisa e análise realizadas não reforçam a ideia de que uma tendência ao favorecimento dos investidores derive da própria estrutura da arbitragem. [...] Os perfis dos árbitros e as distribuições em termos de formação, carreira e especialidades não indicam, *per se*, nem a existência de um viés predominantemente privatista, nem de quaisquer representações necessariamente anti-estatais ou pró-investidores. [...] Não é, portanto, razoável afirmar, com base nos dados levantados, que o pano de fundo cultural e a estrutura da rede relacional dos árbitros de investimento aponte para a existência de uma tendência a favor dos investidores”.

³⁷⁹ MATIAS, Eduardo Felipe P. O Brasil e os instrumentos internacionais de proteção aos investimentos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, n. 21, p. 114-132, 2009, p. 131. No mesmo sentido, afirma Leonardo de Campos Melo que “a não ratificação da Convenção de Washington pelo Brasil não impede que pessoas físicas e jurídicas brasileiras, ao investir no território de Estados-contratantes, lancem mão do sistema arbitral ICSID para a resolução de disputas decorrentes de seus investimentos. Para isso, mostra-se necessário, ao se analisar a viabilidade de um determinado investimento no exterior, perscrutar as diferentes possibilidades para a sua estruturação via Estados Contratantes da Convenção de Washington, para que seja possível, caso surja uma disputa com o Estado-receptor, o acesso do investidor brasileiro ao Sistema ICSID”. MELO, Leonardo de Campo. Introdução às arbitragens de investimento perante o sistema ICSID. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 9, n. 34, p. 55-94, 2012, p. 94.

³⁸⁰ KALICKI, Jean; MEDEIROS, Suzana. Investment arbitration in Brazil. *Arbitration International*, v. 24, n. 3, p. 423-446, 2008, p. 432; DAN, Wei. Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos: práticas do Brasil e da China. *Nação e Defesa*, v. 4, n. 125, p. 157-191, 2010, p. 167.

³⁸¹ WALD, Arnoldo. Uma nova visão dos tratados de proteção de investimento e da arbitragem internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, n. 21, p. 9-29, 2009, p. 11.

Federal pela constitucionalidade da arbitragem, (b) a postura favorável do Poder Judiciário brasileiro em relação à arbitragem e (c) a ratificação pelo Brasil de todos os tratados relativos à arbitragem comercial internacional.³⁸² Esse contínuo desenvolvimento do Direito brasileiro não teve, no entanto, reflexos na arbitragem internacional de investimentos, a qual se relaciona – entre diversos outros – com o tema da arbitragem envolvendo o Estado.

Nesse âmbito, Carmen Tiburcio constata que, nas hipóteses em que há lei autorizativa, a Administração Pública pode utilizar a arbitragem. Nas outras situações, ainda “prevalece a incerteza, o que é bastante nefasto para um Estado que nas esferas federal, estadual e municipal, precisa do capital privado para a realização de obras das mais diversas espécies”.³⁸³ A análise de alguns julgados mais recentes do Superior Tribunal de Justiça permitem identificar, no entanto, uma tendência no sentido de permitir a utilização da arbitragem em casos envolvendo as companhias estatais que exploram atividade econômica e que prestam serviços públicos.³⁸⁴

A questão da arbitragem envolvendo o Estado parece encontrar cada vez menos resistência na doutrina: o conceito da juridicidade, por um lado, e a equiparação dos interesses públicos secundários aos interesses privados legítimos, por outro lado, servem de argumentos favoráveis à participação do Estado em procedimentos arbitrais.³⁸⁵ Nesse aspecto, esclarece Luís Roberto Barroso que:

A moderna interpretação jurídica, constitucionalizada e pós-positivista, já não se contenta com literalidades ou argumentos de autoridade. Ela vai além, em busca de uma justificação para as decisões. Justificar significa demonstrar porque um argumento é justo, correto e legítimo. O que justificaria a proibição de empresas controladas pela Administração participarem de arbitragens? Justamente ao contrário, princípios como o da eficiência e da boa administração conduzem na direção oposta.³⁸⁶

³⁸² TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 279; TIBURCIO, Carmen. A arbitragem no Direito brasileiro o: histórico e Lei 9.307/96. *Revista do Processo*, v. 104, p. 79-99, 2001; ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 481-95.

³⁸³ TIBURCIO, Carmen. A arbitragem envolvendo a Administração Pública. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 1, n. 18, p. 1-11, 2010, p. 11. TIBURCIO, Carmen. Resoluções de ano novo para a arbitragem. *Valor Econômico*, 7 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/2959076/resolucoes-de-ano-novo-para-arbitragem>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

³⁸⁴ TIBURCIO, Carmen. Arbitragem de investimento no Brasil. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 233-246, p. 246.

³⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. O Estado e a arbitragem. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 559-571, p. 569-70.

³⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. O Estado e a arbitragem. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 559-571, p. 571.

O posicionamento favorável à arbitragem envolvendo o Estado se faz sentir mais fortemente no âmbito da Administração Pública indireta. Isso porque, como alerta Carmen Tiburcio, no que se refere à Administração Pública direta “a visão mais conservadora e tradicional ainda é a dominante: ela não pode ser parte em arbitragens, exceto, naturalmente, nos casos de explícita autorização legal”.³⁸⁷ Essa distinção é de fundamental importância para a questão da arbitragem internacional de investimentos, em que a parte da controvérsia – no âmbito do *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) – será a República Federativa do Brasil.³⁸⁸

Em razão de suas peculiaridades, é necessária – em nossa opinião – uma análise mais atenta por parte do Brasil de alguns aspectos particulares da arbitragem internacional de investimentos no âmbito do ICSID, dentre os quais é possível destacar: as formas de consentimento do Estado hospedeiro, o sistema autocontido de anulação e revisão do laudo arbitral, a renúncia à proteção diplomática, o regime particular de execução do laudo arbitral, a imunidade de execução do Estado hospedeiro e a possibilidade de acesso à arbitragem internacional em virtude da cláusula da nação mais favorecida.

A arbitragem internacional de investimentos encontra-se permeada de diversos questionamentos que se projetam sobre dois âmbitos distintos: um substantivo e outro procedimental. Em relação exclusivamente às críticas procedimentais, identificam-se três aspectos problemáticos: (a) a ingerência dos tribunais na autonomia regulatória dos Estados, (b) o custo elevado e a duração prolongada dos procedimentos arbitrais, e (c) a falta de legitimidade, transparência e imparcialidade dos tribunais arbitrais.³⁸⁹ Nesse sentido, observa Daniel Tavela Luís que:

³⁸⁷ TIBURCIO, Carmen. Arbitragem de investimento no Brasil. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 233-246, p. 244.

³⁸⁸ Nesse sentido, cf. BARBOSA, Daniel M. C.; MARTINI, Pedro. Two sides of the same coin: to what extent is arbitration with the Brazilian Administration similar to investment-treaty arbitration? In: LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerdau de; PUCCL, Adriana Noemi. *Investment protection in Brazil*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2013, p. 37-60, p. 55-8, concluindo que: “although within the broader concept of investment arbitration, investment-treaty arbitration and arbitrations with the Brazilian Public Administration can be very distinct from each other in most of their characteristics [...] if Brazil steps into the current investment protection system, state entities, foreign investors and practitioners alike must be aware of the impacts of the investment treaty in the relationships state-investor, and that the unique features of the current arbitration with the Brazilian Public Administration shall not have an undue influence over investment-treaty arbitration and will remain confined to contract claims brought before arbitral tribunals”.

³⁸⁹ LUÍS, Daniel Tavela. *Proteção do investimento estrangeiro: o sistema do Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas ao Investimento (CIRDI) e suas alternativas*. 2013. 189 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013, p. 113-4.

Algumas dessas críticas – como a de que os tribunais arbitrais não garantem a devida autonomia regulatória aos Estados – estão diretamente relacionadas com a forma como o Direito Internacional dos Investimentos foi pensado, criado e desenvolvido no mundo. Outras, no entanto, dizem respeito estritamente ao [ICSID] enquanto instituição – é o caso dos altos custos e do longo tempo para resolver uma disputa.³⁹⁰

Em certa medida, assiste razão a Pedro Mendonça Cavalcante ao concluir que “a participação no regime internacional de proteção de investimentos não confere necessariamente a estabilidade e previsibilidade pretendida na criação desse sistema”. Isso porque muitos países, embora sejam partes da Convenção de Washington, deixam de cumprir os laudos arbitrais do ICSID “não por divergências jurídicas, mas por pura recusa a seu pagamento”.³⁹¹

As reflexões acerca das críticas dirigidas ao mecanismo arbitral conduzido no âmbito do ICSID servem de alerta para a necessidade da proposição de soluções para os diversos problemas estruturais da arbitragem internacional de investimentos. Mas, essas críticas servem principalmente de substrato teórico para que o Brasil possa analisar claramente os riscos de eventual adesão à Convenção de Washington ou a algum outro instrumento que – direta ou indiretamente – sujeite o Estado à arbitragem internacional de investimentos.

Em busca de alternativas à arbitragem internacional de investimentos, cumpre recordar que, de acordo com Celso Mello, a proteção dos investimentos ocorre, basicamente, de três formas: (a) aplicação de sanções, incluindo aquelas determinadas em procedimentos arbitrais; (b) acordos de garantia celebrados entre Estados e (c) seguros.³⁹² Nesse sentido, o seguro é uma alternativa jurídica de proteção aos investimentos estrangeiros, no que tange ao princípio

³⁹⁰ LUÍS, Daniel Tavela. *Proteção do investimento estrangeiro: o sistema do Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas ao Investimento (CIRDI) e suas alternativas*. 2013. 189 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013, p. 118.

³⁹¹ CAVALCANTE, Pedro Mendonça. *Direito Internacional dos Investimentos e a exploração de petróleo por meios não convencionais*. 2012. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 191.

³⁹² MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 132-4.

da segurança jurídica.³⁹³ Outra alternativa inclui o desenvolvimento de mecanismos de análise de risco e de prevenção de controvérsias.³⁹⁴

2.2 Os tratados bilaterais de investimento do Brasil: análise dos desdobramentos

Em paralelo ao processo de liberalização dos regimes de investimentos das décadas de 80 e 90, observou-se a disseminação dos tratados bilaterais de investimento em diversos países. Nessa época, o Brasil assinou quatorze Acordos de Proteção e Promoção Recíproca de Investimentos, denominação pela qual ficaram conhecidos os tratados bilaterais de investimento celebrados com Alemanha (1995), Bélgica/Luxemburgo (1999), Chile (1994), Coreia do Sul (1995), Cuba (1997), Dinamarca (1995), Finlândia (1995), França (1995), Itália (1995), Países Baixos (1998), Portugal (1994), Reino Unido (1994), Suíça (1994) e Venezuela (1995).³⁹⁵

Esses tratados bilaterais apresentam uma estrutura muito semelhante. Em todos eles, estão presentes os dispositivos sobre: (a) definições de investimento, investidor e território, (b) admissão de investimentos, (c) promoção dos investimentos, (d) padrões de proteção dos investimentos, (e) nacionalização, expropriação e indenização, (f) livre transferência e repatriação dos investimentos, (g) solução de controvérsias entre Estados partes, (h) solução de controvérsias entre investidores e Estados, e (i) vigência e denúncia do tratado. Observa-se que questões como proteção do meio ambiente, desenvolvimento sustentável, direitos trabalhistas, responsabilidade corporativa e direitos humanos – incluídos na nova geração de

³⁹³ RENTE, Eduardo Santos. *O resseguro no Direito Internacional*. 2012. 180 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012; RENTE, Eduardo Santos. Investimentos estrangeiros e resseguro. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 659-683.

³⁹⁴ CARVALHO, Romulo Soares Brillo. *O segundo tempo do regime internacional dos investimentos: a nova geração de tratados e a prevenção de controvérsias investidor-Estado*. 2011. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011; BRILLO, Romulo. A prevenção de controvérsias investidor-Estado e alternativas à arbitragem investidor-Estado. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 271-299.

³⁹⁵ MAGALHÃES, José Carlos de. Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, n. 20, p. 53-65, 2009, p. 53. Os tratados estão acessíveis na base de dados do Sistema de Atos Internacionais do Ministério das Relações Exteriores, que pode ser acessado em <dai-mre.serpro.gov.br>. Em 1999, o acordo com Bélgica/Luxemburgo foi assinado com a União Econômica Belgo-Luxemburguesa.

acordos internacionais de investimento – não foram objeto de previsão nos acordos assinados pelo Brasil.

A análise mais detalhada de alguns dispositivos centrais desses tratados é importante – em nossa opinião – para a compreensão da posição brasileira.³⁹⁶ Todos os acordos assinados pelo Brasil contêm um artigo, no qual são determinadas, entre outras, as definições de investimento e investidor. Confira-se, a título de exemplo, o artigo 1º do Acordo de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos celebrado com a Alemanha:

Artigo 1

Para os efeitos do presente Acordo:

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

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

A alteração da forma pela qual os bens foram investidos não afeta a sua qualificação como investimento.

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

3. O termo “investidores” designa:

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

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

³⁹⁶ A Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados realizou, por ocasião da tramitação desses acordos no Congresso Nacional, uma análise mais geral dos dispositivos principais desses tratados. Nesse sentido, cf. AZEVEDO, Débora Bittah. *Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001. Em relação ao conteúdo desses tratados, cf. também SCANDIUCCI FILHO, José Gilberto. O Brasil e os acordos bilaterais de investimentos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Rattón (Coord.). *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 271-301.

Verifica-se que a definição de investimentos contida no tratado celebrado com a Alemanha possui uma referência bastante ampla a “toda espécie de haveres investidos ou reinvestidos por um investidor” no território do outro Estado contratante.³⁹⁷ Em seguida, o dispositivo apresenta um rol exemplificativo dos ativos que são considerados investimentos, alertando que a definição “inclui, em particular, ainda que não exclusivamente” os tipos de ativos listados. Nota-se que, em nenhum momento, a definição distingue investimento direto e de investimento indireto.

A definição de investimentos adotada no acordo celebrado com a Alemanha é extremamente semelhante, com exceção de irrisórias alterações de redação, às definições contidas nos demais acordos celebrados. Ressalte-se, contudo, que o acordo celebrado com a Coreia do Sul apresenta, no rol exemplificativo, um tipo bastante amplo de investimento, definido como “quaisquer direitos conferidos por lei ou contrato relacionados a um investimento”.

Em relação à definição de investidor, o acordo celebrado com a Alemanha utiliza o critério da nacionalidade para as pessoas físicas e o critério do local da incorporação somado ao critério da sede para as pessoas jurídicas. O mesmo padrão é observado na maioria dos outros tratados bilaterais assinados pelo Brasil.

Entretanto, nos tratados celebrados com Dinamarca e Reino Unido, o critério do domicílio é utilizado como alternativa ao critério da nacionalidade para a definição do investidor pessoa física. Nos mesmos tratados, a definição de investidor pessoa jurídica se restringe ao critério do local da incorporação. Os tratados celebrados com França, Suíça e Venezuela a definição é muito semelhante àquela do acordo com a Alemanha, exceto pela inclusão do critério do controle da pessoa jurídica. No acordo celebrado com os Países Baixos, utiliza-se também o critério do controle da pessoa jurídica, mas não há menção ao critério da sede da pessoa jurídica. No tratado celebrado com a Itália, verifica-se menção expressa às empresas públicas.

Outro dispositivo de crucial importância para os tratados bilaterais de investimento é o que regula os padrões de tratamento do investidor estrangeiro. De maneira geral, os tratados celebrados pelo Brasil dedicam de um a três artigos – com algumas variações – para tratar, entre outros assuntos: (a) do tratamento da nação mais favorecida, (b) do tratamento nacional,

³⁹⁷ SCANDIUCCI FILHO, José Gilberto. O Brasil e os acordos bilaterais de investimentos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Coord.). *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 271-301, p. 283. De acordo com o autor, no caso brasileiro, “optou-se pelo critério mais amplo possível: *todas* as formas de investimento oriundas da outra Parte são protegidas pelo acordo” (grifo no original).

(c) do tratamento justo e equitativo, (d) da garantia de proteção e segurança, e (e) das exceções pela participação em blocos econômicos.³⁹⁸ Sobre essas disposições, é exemplificativo o artigo 3º do Acordo de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos celebrado com os Países Baixos:

Artigo 3

1. Cada Parte Contratante assegurará tratamento justo e equitativo aos investimentos dos investidores da outra Parte Contratante e não criará obstáculos, por meio de medidas implausíveis ou discriminatórias, a operação, o gerenciamento, a manutenção, o uso, o usufruto ou a alienação por esses investidores. Cada Parte Contratante conferirá plena segurança e proteção a tais investimentos.
2. Mais especificamente, cada Parte Contratante conferirá a tais investimentos tratamento que, em nenhum caso, será menos favorável do que o conferido seja a investimentos de seus próprios investidores, seja a investimentos de investidores de um terceiro Estado, qualquer que seja mais favorável ao investidor interessado.
3. Caso uma Parte Contratante tenha conferido vantagens especiais a investidores de qualquer terceiro Estado em virtude de acordos que estabeleçam uniões aduaneiras, uniões econômicas, uniões monetárias ou instituições semelhantes, ou com base em acordos interinos que levem a tais uniões ou instituições, a Parte Contratante não estará obrigada a conferir tais vantagens a investidores da outra Parte Contratante.
4. Cada Parte Contratante observará qualquer obrigação que tenha assumido relativamente a investimentos de investidores da outra Parte Contratante.
5. Caso as disposições da lei de qualquer Parte Contratante ou as obrigações do direito internacional atuais ou doravante estabelecidas entre as Partes Contratantes em aditamento ao presente Acordo contenham uma regulação, geral ou específica, que dê direito aos investimentos de investidores da outra Parte Contratante a um tratamento mais favorável do que o disposto no presente Acordo, tal regulação, na medida em que seja mais favorável, prevalecerá sobre o presente Acordo.

Por pertinência temática, maior atenção deve ser conferida – em nossa opinião – à previsão do tratamento justo e equitativo (*fair and equitable treatment*). A redação utilizada no acordo celebrado com os Países Baixos estabelece – sem maiores detalhes – a obrigação de assegurar ao investidor estrangeiro o padrão de tratamento justo e equitativo.³⁹⁹ O mesmo padrão de redação é utilizado nos demais tratados bilaterais celebrados pelo Brasil, existindo, especificamente no caso dos tratados celebrados com Países Baixos e Dinamarca, menção ao tratamento justo e equitativo também no preâmbulo do acordo.

³⁹⁸ SCANDIUCCI FILHO, José Gilberto. O Brasil e os acordos bilaterais de investimentos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Coord.). *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 271-301, p. 284-87.

³⁹⁹ SCANDIUCCI FILHO, José Gilberto. O Brasil e os acordos bilaterais de investimentos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Coord.). *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 271-301, p. 284-5. Segundo a análise empreendida pelo autor, “é evidente que a aplicação desse dispositivo enseja razoável subjetividade em sua interpretação. A classificação de uma medida ou norma legal como ‘justa’ e/ou ‘equitativa’ depende de critérios que podem variar de acordo com cada situação, para dizer o mínimo”.

Os tratados celebrados com Chile, Cuba e França apresentam uma modulação na previsão do padrão de tratamento justo e equitativo, determinando que ele seja assegurado “em conformidade com os princípios do Direito Internacional”. De maneira análoga, o acordo celebrado com a Venezuela faz referência à garantia do tratamento justo e equitativo “em conformidade com as normas e princípios do Direito Internacional”.

Interessante notar que o acordo celebrado com a França inclui, em seu artigo 3º, alguns exemplos de violações do padrão de tratamento justo e equitativo, entre os quais estão incluídos: (a) restrições à compra e ao transporte de matérias-primas e matérias auxiliares, energia e combustíveis; (b) obstáculos à venda e transporte dos produtos no interior do país e para o exterior; (c) restrições à compra de meios de produção e de exploração de qualquer espécie; e (d) quaisquer outras medidas de efeito análogo.

Os dispositivos sobre solução de controvérsias entre Estado hospedeiro e investidor estrangeiro presentes nos tratados bilaterais assinados pelo Brasil apresentam, por sua vez, menor grau de uniformidade na redação. O artigo 8º do Acordo de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos celebrado com o Chile fornece, entretanto, algumas indicações de disposições recorrentes nos outros acordos:

Artigo VIII

Solução de Controvérsias entre o Estado Receptor do Investimento e o Investidor

1. As divergências e as controvérsias surgidas no âmbito deste Acordo entre uma das Partes Contratantes e investidor da outra Parte Contratante serão, na medida do possível, solucionadas por meio de consultas amistosas entre ambos.

2. Se o conflito não puder ser resolvido de forma amigável em um prazo de seis meses, contado a partir do início de tais consultas, poderá ser submetido, à eleição do investidor:

i) aos tribunais competentes da Parte Contratante em cujo território se realizou o investimento; ou

ii) à arbitragem internacional, nas condições descritas no parágrafo 4 deste artigo.

3. A opção por uma destas duas vias será definitiva e irreversível.

4. No caso de opção pelo recurso à arbitragem internacional, a controvérsia poderá ser submetida a um dos seguintes órgãos de arbitragem, à eleição do investidor:

i) ao "Centro Internacional para a Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos" (CIADI), estabelecido pela "Convenção de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados", aberta à assinatura em Washington, em 18 de março de 1965, quando as Partes Contratantes a ela tenham aderido. Até que se cumpra essa condição, cada Parte Contratante dá seu consentimento para que a controvérsia seja submetida à arbitragem segundo o Mecanismo Complementar do CIADI;

ii) a um Tribunal de Arbitragem ad hoc, estabelecido de conformidade com as Regras de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), adotadas pela Resolução 31/98 da Assembleia-Geral de 15 de dezembro de 1976. O Tribunal de Arbitragem será composto por três árbitros – um designado pela Parte Contratante em cujo território se efetuou o investimento, um designado pela outra Parte no procedimento e um terceiro árbitro, que presidirá o Tribunal, designado pelos dois árbitros assim selecionados. Se o terceiro árbitro não for designado em prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da designação dos dois

outros árbitros, sua designação será atribuída ao Presidente do Tribunal de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio em Paris.

5. O Tribunal Arbitral decidirá com base nas disposições deste Acordo, no direito da Parte Contratante em cujo território se efetuou o investimento – incluídas normas relativas a conflitos de leis – e nos termos de eventuais acordos particulares que digam respeito ao investimento, bem como nos princípios do Direito Internacional na matéria.

6. As sentenças arbitrais serão definitivas e obrigatórias para as partes em litígio e serão executadas de conformidade com o Direito nacional.

7. As Partes Contratantes se absterão de tratar, por meio de canais diplomáticos, de questões relativas a controvérsias submetidas a processo judicial ou à arbitragem internacional, até que os procedimentos correspondentes estejam concluídos, salvo no caso em que uma das Partes na controvérsia não tenha dado cumprimento à sentença judicial ou ao laudo do Tribunal Arbitral, nos termos estabelecidos na respectiva sentença ou laudo.

O dispositivo do acordo celebrado com o Chile apresenta um roteiro básico para a solução de controvérsias, que consiste em: (1) realização de consultas mútuas para alcançar uma solução amigável, (2) escolha irreversível (*fork-in-the-road*), por parte do investidor estrangeiro, entre (a) os tribunais nacionais do Estado hospedeiro ou (b) a arbitragem internacional, (3) optando-se pela arbitragem, escolha, por parte do investidor estrangeiro, entre utilização (a) do ICSID ou, quando necessário, de seu Mecanismo Suplementar ou (b) da arbitragem *ad hoc* de acordo com as regras da Comissão das Nações Unidas sobre o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL), e (4) execução de eventual laudo arbitral de acordo com o Direito nacional.

Esse roteiro é quase integralmente reproduzido nos tratados bilaterais celebrados com Bélgica/Luxemburgo, Coréia do Sul, Dinamarca, Finlândia, Reino Unido e Suíça, exceto pela possibilidade de o investidor estrangeiro, tendo previamente optado pela submissão da controvérsia ao tribunal nacional competente no Estado hospedeiro, desistir do processo antes de proferida qualquer decisão e, então, submeter a controvérsia à arbitragem internacional.

Em relação aos possíveis fóruns para a realização do procedimento arbitral, o tratado celebrado com Bélgica/Luxemburgo inclui as alternativas da Câmara de Comércio Internacional de Paris e da Câmara de Comércio de Estocolmo. O acordo com o Reino Unido, por sua vez, traz como alternativa apenas a Câmara de Comércio Internacional de Paris. Os tratados assinados com Itália e Portugal preveem a utilização da arbitragem *ad hoc* ou no ICSID, sem fazer referência à possibilidade de utilização de seu Mecanismo Suplementar. O tratado com a Alemanha, por outro lado, prevê a utilização da arbitragem *ad hoc* enquanto ambos os Estados partes não tiverem aderido à Convenção de Washington. Já o tratado com a Venezuela prevê a utilização da arbitragem *ad hoc* apenas quando o ICSID ou seu Mecanismo

Suplementar não estiverem, por algum motivo, acessíveis. No acordo celebrado com Cuba, há apenas a previsão de utilização da arbitragem *ad hoc* de acordo com as regras da UNCITRAL.

É interessante a redação adotada, a esse respeito, no tratado bilateral celebrado com os Países Baixos, no qual se faz referência apenas à conciliação e à arbitragem, tanto no âmbito interno quanto no âmbito internacional. Outro dispositivo peculiar é observado no acordo celebrado com Bélgica/Luxemburgo, em que se admite o pedido de instauração do procedimento arbitral por parte do Estado hospedeiro, o qual deve solicitar por escrito ao investidor que designe a organização à qual será submetida a controvérsia.

Apesar das semelhanças estruturais e substancias dos tratados bilaterais de investimentos assinados pelo Brasil, apenas os acordos celebrados com Alemanha, Chile, França, Portugal, Reino Unido e Suíça foram encaminhados por mensagens do Presidente da República para ratificação pelo Congresso Nacional.⁴⁰⁰ No entanto, os procedimentos de ratificação de todos esses acordos – apesar das diferenças de redação e tramitação – enfrentaram resistências no Poder Legislativo.⁴⁰¹

Os motivos que levaram o Governo a encaminhar os tratados bilaterais de investimentos ao Congresso Nacional podem ser extraídos, por exemplo, da Mensagem nº 1.158, de 15 de dezembro de 1994, que submetia o acordo celebrado com Portugal à apreciação do Poder Legislativo. Na exposição de motivos anexa ao documento, esclarece-se que:

Acordos para a promoção e proteção contra riscos não-comerciais constituem hoje relevantes fator de atração do capital estrangeiro. [...] O Governo brasileiro, por conseguinte, com o objetivo de sinalizar à comunidade financeira internacional uma postura receptiva ao investimento estrangeiro [...] criou, em março de 1992, Grupo de Trabalho Interministerial encarregado de elaborar modelo de acordo para a promoção e a proteção de investimentos estrangeiros. Em setembro de 1992, o Ministério das Relações Exteriores, e o então Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento aprovaram texto-padrão de acordo sobre a matéria, o qual tem sido gradativamente adaptado às tendências internacionais nessa área. Desde então, número significativo de países vêm propondo formalmente ao Brasil a negociação de acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos.⁴⁰²

⁴⁰⁰ Os projetos de decreto legislativo são os seguintes: PDC nº 396/00 (Alemanha), PDC nº 366/96 (Chile), PDC nº 395/00 (França), PDC nº 365/96 (Portugal), PDC nº 367-96 (Reino Unido) e PDC nº 348/96 (Suíça).

⁴⁰¹ SCANDIUCCI FILHO, José Gilberto. O Brasil e os acordos bilaterais de investimentos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Coord.). *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 271-301, p. 301.

⁴⁰² BRASIL. Exposição de Motivos nº 612/MRE, de 12 de dezembro de 1994. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 6 jan. 1995. Seção I, p. 404. Idêntica justificativa foi apresentada para a submissão do acordo celebrado com o Chile, cf. BRASIL. Exposição de Motivos nº 613/MRE, de 12 de dezembro de 1994. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 6 jan. 1995. Seção I, p. 408.

Na Mensagem nº 8, de 5 de janeiro de 1995, que encaminhou ao Congresso Nacional o acordo celebrado com o Reino Unido, a exposição de motivos informava que, ao longo das negociações, o modelo de acordo inicialmente aprovado pelo Governo foi “adaptado a padrões mais realistas, os mais próximos possíveis dos recomendados pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE)”.⁴⁰³ O objetivo dos tratados era “garantir a introdução no ordenamento jurídico nacional de regras compatíveis com a política nacional de atração de investimentos estrangeiros diretos”,⁴⁰⁴ como se observa da Mensagem nº 652, de 9 de junho de 1997, que encaminhou o acordo celebrado com a França para apreciação do Congresso Nacional. Por ocasião do encaminhamento do acordo celebrado com a Alemanha, através da Mensagem nº 755, de 25 de junho de 1998, a exposição de motivos reconhecia o avanço trazido pelas reformas constitucionais da ordem econômica, realizadas ao longo dos anos 90, mas ressaltava igualmente a “necessidade de também o Brasil conferir maior transparência e estabilidade à legislação nacional aplicável ao capital estrangeiro, mediante a celebração de acordos para a promoção e proteção de investimentos”.⁴⁰⁵

Durante a tramitação na Câmara dos Deputados, os acordos de investimentos receberam quase sempre pareceres favoráveis da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC),⁴⁰⁶ da Comissão de Finanças e Tributação (CFT),⁴⁰⁷ e da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC).⁴⁰⁸

⁴⁰³ BRASIL. Exposição de Motivos nº 642/MRE, de 27 de dezembro de 1994. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 31 jan. 1995. Seção I, p. 1486. Nos mesmos termos, foi apresentada a mensagem que encaminhou o acordo celebrado com a Suíça, cf. BRASIL. Exposição de Motivos nº 643/MRE, de 28 de dezembro de 1994. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 19 fev. 1997. Seção I, p. 4350.

⁴⁰⁴ BRASIL. Exposição de Motivos nº 227/MRE, de 5 de junho de 1997. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 1 jul. 1997, p. 18178.

⁴⁰⁵ BRASIL. Exposição de Motivos nº 230/MRE/MF, de 22 de junho de 1998. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 27 jun. 1998, p. 17657.

⁴⁰⁶ No caso do acordo celebrado com o Reino Unido, cf. BRASIL. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e Redação, de 8 de janeiro de 1997 [ao Projeto de Decreto Legislativo nº 367 de 1996]. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 4 mai. 2000, p. 21702. Da mesma forma, em relação ao acordo celebrado com o Chile, cf. BRASIL. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e Redação, de 8 de janeiro de 1997 [ao Projeto de Decreto Legislativo nº 366 de 1996]. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 6 nov. 1999, p. 52684.

⁴⁰⁷ Em relação à da Comissão de Tributação e Finanças, a conclusão pela não implicação da matéria com aumento ou diminuição da receita ou da despesa públicas pode ser observada, por exemplo, no parecer de avaliação do acordo celebrado com a Alemanha. BRASIL. Parecer da Comissão de Tributação e Finanças, de 6 de agosto de 2003 [ao Projeto de Decreto Legislativo nº 366 de 2000]. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 12 ago. 2003, p. 37396.

⁴⁰⁸ A manifestação favorável da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio pode ser constatada, por exemplo, no caso do acordo celebrado com o Reino Unido. BRASIL. Parecer da Comissão de

Entretanto, na Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional (CREDN), os acordos encontraram resistências desde o início da tramitação, ainda que os pareceres tenham por fim indicado a aprovação dos projetos. Nesse sentido, a análise realizada no caso do acordo celebrado com o Reino Unido apontou os dois principais aspectos controversos: a compensação por expropriação e a solução de controvérsias entre investidor e Estado.⁴⁰⁹

De acordo com a manifestação parlamentar, a “forma de indenização definida no texto precisa ser confrontada com alguns dos preceitos constitucionais vigentes acerca da desapropriação de imóveis urbanos e rurais”.⁴¹⁰ Embora a regra seja o pagamento de indenização por expropriação em dinheiro, a Constituição Federal admite – em determinadas circunstâncias – seu pagamento em títulos da dívida pública ou em títulos da reforma agrária, de maneira que “como não se ressalvaram, no texto do acordo as particularidades previstas na [Constituição Federal], podemos imaginar que o investidor estrangeiro poderia, em caso de conflito futuro, pretender a aplicação do texto acordado”.⁴¹¹

O tema da expropriação – denominada desapropriação no Direito brasileiro – tem sido objeto de diversos estudos na doutrina estrangeira e brasileira, estudos esses que buscam analisar, entre diversos outros aspectos, (a) as condutas que caracterizam a expropriação nas formas direta, indireta e regulatória,⁴¹² (b) os padrões de determinação da compensação

Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, de 13 de fevereiro de 1997 [ao Projeto de Decreto Legislativo nº 367 de 1996]. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 3 jun. 1998, p. 15007.

⁴⁰⁹ GARCIA NETO, Paulo Macedo. Investment arbitration in Brazil: the landscape of investment arbitration in Brazil and why Brazil should become a more important player in the investment arbitration arena. In: LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerdau de; PUCCI, Adriana Noemi. *Investment protection in Brazil*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2013, p. 3-16, p. 5-6.

⁴¹⁰ BRASIL. Parecer da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional [ao Projeto de Decreto Legislativo nº 367 de 1996]. Exposição do Deputado Luiz Gushiken. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 4 mai. 2000, p. 21692.

⁴¹¹ BRASIL. Parecer da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional [ao Projeto de Decreto Legislativo nº 367 de 1996]. Exposição do Deputado Luiz Gushiken. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 4 mai. 2000, p. 21692. Nesse sentido, cf. a conclusão de LUÍS, Daniel Tavela; ANDRADE, Luis Antonio Gonçalves. Expropriation in Brazilian Law: an international standard? In: LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerdau de; PUCCI, Adriana Noemi. *Investment protection in Brazil*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2013, p. 107-126, p. 124, no sentido de que “it can be argued that Brazil has a standard of protection against expropriation that is similar to the one provided for in international law. Foreign investors and Brazilian nationals both have the same procedural and substantial rights under Brazilian law. The substantial rights conferred to by Brazilian law are close to the ones set forth by international law, but two main differences should be pointed out: (i) Brazilian courts have a limited assessment of issues related to expropriation – in principle, they are only allowed to discuss the quantum of indemnification due, and; (ii) payment of the amount due by the State entity responsible for the taking may not be made prior to the taking, as in some cases it may be made by ‘orders of cash release’”.

⁴¹² Sobre o assunto, cf. DOLZER, Rudolf. Indirect expropriations: new developments? *New York University Environmental Law Journal*, v. 11, n. 1, p. 64-93, 2002, p. 66, afirmando que: “it is not unreasonable to assume

financeira pela expropriação e (c) a jurisdição competente para análise das pretensões compensatórias.⁴¹³ Na verdade, todas as questões relativas à expropriação corporificam uma tensão de interesses entre Estados hospedeiros e investidores estrangeiros, como reconhece Marilda Rosado de Sá Ribeiro:

As controvérsias resultantes de grandes casos de expropriação, e as demandas arbitrais e judiciais decorrentes terminaram por gerar precedentes e posicionamento da doutrina internacionalista que criaram um pano de fundo conceitual para a análise de qualquer caso no século XXI. Na verdade, trata-se da mesma tensão entre, de um lado, o poder estatal, e de outro da propriedade privada, que assume feições especiais no âmbito internacional.⁴¹⁴

Em relação à solução de controvérsias entre Estado e investidor, afirma-se que “as normas contrariam regra de direito internacional consuetudinário tradicionalmente adotada pelo Brasil, o princípio do esgotamento de recursos internos”.⁴¹⁵ De maneira semelhante, é criticada a possibilidade de alteração do foro no decorrer do processo, por escolha do investidor, alertando-se que, em função da cláusula da nação favorecida, a mesma prerrogativa poderia ser estendida, independentemente de previsão expressa nos outros tratados aos países, com os quais o Brasil viesse a celebrar acordos sobre investimentos.⁴¹⁶

Algumas das críticas dirigidas aos tratados bilaterais assinados pelo Brasil acabaram por dar margem à proposição de emendas substitutivas pelos parlamentares. Exemplos dessas emendas podem ser observados no projeto de decreto legislativo que aprovaria o texto do acordo celebrado com a Alemanha:

that the legal issues in the foreign investment context may, for the time being, be dominated by the definition of expropriation”; FORTIER, L. Yves; DRYMER, Stephen L. Indirect expropriation in the law of international investment: I know it when I see it, or *caveat investor*. *ICSID Review*, v. 19, n. 2, p. 293-327, 2004; NEWCOMBE, Andrew. The boundaries of regulatory expropriation in International Law. *ICSID Review*, v. 20, n. 1, p. 1-57, 2005.

⁴¹³ Por todos, cf. WÄLDE, Thomas; KOLO, Abba. Environmental regulation, investment protection and “regulatory taking” in International Law. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 50, n. 4, p. 811-848, 2001.

⁴¹⁴ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Soberania e expropriação: novas tendências do século XXI. In: RIO OIL & GAS EXPO AND CONFERENCE, 2008, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro: IBP, 2008, p. 4.

⁴¹⁵ BRASIL. Parecer da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional [ao Projeto de Decreto Legislativo nº 367 de 1996]. Exposição do Deputado Luiz Gushiken. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 4 mai. 2000, p. 21693.

⁴¹⁶ BRASIL. Parecer da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional [ao Projeto de Decreto Legislativo nº 367 de 1996]. Exposição do Deputado Luiz Gushiken. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 4 mai. 2000, p. 21696.

Art. 2º O disposto no § 2º do art. 4º do Acordo [sobre expropriação] somente será aplicado no que não contrariar os casos previstos na Constituição Federal, especialmente o inciso III do § 4º do art. 182, e o art. 184.

Art. 3º A expressão "a pedido do investidor", contida no art. 10 do Acordo [sobre solução de controvérsias entre Estado e investidor], é interpretada no sentido de que o recurso à arbitragem internacional depende, necessariamente, da anuência do Governo brasileiro, quando os investimentos forem realizados em território nacional.

Art. 4º Os compromissos assumidos neste Acordo terão que se submeter à regulamentação prevista no art. 172 da Constituição Federal.⁴¹⁷

Também durante a apreciação do acordo celebrado com a Alemanha, o parecer do relator na Comissão de Tributação e Finanças apresentou críticas à amplitude do conceito de investimento empregado no texto do acordo e à cláusula de livre transferência dos recursos.⁴¹⁸

Com as crescentes críticas aos tratados bilaterais de investimentos, o Poder Executivo decidiu retirar os projetos de ratificação dos tratados da tramitação na Câmara dos Deputados.⁴¹⁹ Repercutindo as controvérsias do projeto de Acordo Multilateral de Investimentos (MAI) que se discutia à época, a Mensagem nº 1.084, de 11 de dezembro de 2002, sobre o acordo celebrado com a França, em sua exposição de motivos, reconhecia que:

Embora o Governos tenha oferecido argumentos para dirimir dúvidas e esclarecer questões levantadas no Congresso, é forçoso constatar que os acordos, por um lado, nunca encontrou [*sic.*] o respaldo político necessário para sua aprovação e, por outro, deixaram de refletir as tendências que hoje prevalecem no cenário internacional. É essa a conclusão a que chegamos, meus colegas da Fazenda, do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e eu próprio, juntamente com o Presidente do Banco Central, após examinarmos o Relatório de Grupo de Trabalho que estabelecemos para debater a matéria. No caso do Acordo firmado com a República da França, como nos demais, impõe-se, nessas condições a decisão de retirar a Mensagem, que submeto a Vossa Excelência.⁴²⁰

Após o arquivamento dos projetos pelo Congresso Nacional, a Câmara de Comércio Exterior (CAMEX) instituiu um grupo de trabalho interministerial, em setembro de 2003, para

⁴¹⁷ BRASIL. Projeto de Decreto Legislativo nº 396 de 2000: substitutivo adotado pela Comissão [de Economia, Indústria e Comércio]. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 12 ago. 2003, p. 37783.

⁴¹⁸ BRASIL. Parecer da Comissão de Tributação e Finanças, de 21 de julho de 2003 [ao Projeto de Decreto Legislativo nº 396 de 2000]. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 12 ago. 2003, p. 37795-6.

⁴¹⁹ SIQUEIRA, Marcelo Gustavo Silva. *Direito do investimento e inovação tecnológica: o histórico regulatório da transferência de tecnologia no Brasil em face das cláusulas de proteção dos acordos bilaterais de investimentos*. 2012. 199 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 146-9.

⁴²⁰ BRASIL. Exposição de Motivos nº 403 DSF/ARC/DEI - MRE - PEXT EFIN, de 5 de dezembro de 2002. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 13 dez. 2002, p. 54415. A exposição de motivos é idêntica àquelas presentes nas mensagens do Poder Executivo que retiraram de tramitação os outros tratados bilaterais de investimento assinados pelo Brasil.

apresentar opções de encaminhamento a ser dado aos acordos de investimentos assinados pelo Brasil. O grupo de trabalho recomendou a renegociação dos acordos com os parceiros estratégicos do Brasil, de maneira que, em agosto de 2005, a Câmara de Comércio Exterior (CAMEX) estabeleceu novo grupo de trabalho interministerial para definir linguagens alternativas para as cláusulas centrais dos tratados bilaterais de investimentos. Em 2007, o Conselho de Ministros da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX) aprovou as diretrizes de negociação contidas no relatório do grupo de trabalho, as quais sugeriam: (a) a renegociação dos acordos de investimento no âmbito de Mercado Comum do Sul (MERCOSUL); (b) a negociação prioritária de acordos de investimento com países da América do Sul e (c) a negociação fora da região apenas no contexto de acordos comerciais mais amplos.⁴²¹

Registre-se o comentário doutrinário endossando a estratégia de política externa brasileira no sentido de concentração na região latino-americana, nos termos expostos por Arnaldo Wald:

seria oportuno que tais tratados fossem inicialmente firmados com os países da América Latina, nos quais as empresas brasileiras têm importantes investimentos em infra-estrutura e em outros setores, que, muitas vezes, constituem complementos da nossa economia. A política brasileira de financiamentos externos concedidos pelo BNDES se tem, aliás, concentrado na América Latina, o que se justifica tanto pelas maiores necessidades locais como pela progressiva integração regional. É essa, inclusive a posição atual do Governo brasileiro, segundo informações prestadas pelo Ministério das Relações Exteriores.⁴²²

Em 2010, as autoridades brasileiras deram início a negociações de um novo tratado bilateral de investimento com o Chile.⁴²³ A intenção do governo era utilizar um possível

⁴²¹ BRASIL. Ministério de Relações Exteriores. *O Brasil e os acordos de promoção e proteção de investimentos: uma perspectiva histórica* [apresentação de slides]. [s.l.], set. 2008, slides 18-21.

⁴²² WALD, Arnaldo. Uma nova visão dos tratados de proteção de investimento e da arbitragem internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, n. 21, p. 9-29, 2009, p. 27.

⁴²³ GARCIA NETO, Paulo Macedo. Investment arbitration in Brazil: the landscape of investment arbitration in Brazil and why Brazil should become a more important player in the investment arbitration arena. In: LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerda de; PUCCI, Adriana Noemi. *Investment protection in Brazil*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2013, p. 3-16, p. 6-7. O autor enumera outras iniciativas de negociação envolvendo o Brasil, registrando que “since 2011, Canada has sought to sign a BIT with Brazil, but the negotiations have not started yet. The same is the case with the EU. Moreover, during the 2000s, Brazil signed eleven memorandums of understanding regarding the promotion of commerce and investment with Chile, Suriname, Nicaragua, Korea, Singapore, Libya, Uzbekistan, Guiana, South Africa, Venezuela and Kenya”.

acordo com os chilenos como modelo para assinatura de outros tratados de investimento,⁴²⁴ mas as negociações permaneceram sem resultados concretos.

Ainda no âmbito bilateral, o Brasil é parte do Acordo sobre Garantia de Investimentos, celebrado com os Estados Unidos da América na década de 60,⁴²⁵ o qual – diversamente dos tratados bilaterais de investimento – se ocupa exclusivamente sobre a garantia dos riscos políticos, não apresentando disposições sobre a proteção dos investimentos estrangeiros.⁴²⁶ Embora o acordo contenha previsão de mecanismo arbitral, sua utilização é restrita aos Estados partes para controvérsia que possa constituir matéria de Direito Internacional Público, estando excluídos os assuntos que permaneçam exclusivamente dentro da jurisdição interna de um Estado soberano.⁴²⁷ Além disso, o acordo expressamente exclui do mecanismo arbitral as “reivindicações decorrentes de desapropriação de bens de investidores privados estrangeiros”,⁴²⁸ exceto se restar configurada denegação de justiça. No ato de aprovação do acordo, o Congresso Nacional definiu expressamente denegação de justiça como: “a inexistência de tribunais regulares, ou de vias normais de acesso à justiça; a recusa de julgar, de parte da autoridade competente, o retardamento injustificável da decisão judicial, com violação da lei processual interna”.⁴²⁹

⁴²⁴ BRASIL busca acordos de proteção e promoção. *Veja*, 14 nov. 2010. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/economia/brasil-busca-acordos-de-protecao-e-promocao>>. Acesso em: 6 fev. 2014.

⁴²⁵ BRASIL. Decreto nº 57.943, de 10 de março de 1966. Promulga o Acordo de Garantia de Investimentos com os Estados Unidos da América. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 16 mar. 1966. Seção I, p. 2815.

⁴²⁶ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. A experiência do Decreto nº 57.943 como Acordo de Garantia de Investimentos entre Brasil-EUA. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Raton (Coord.). *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 303-321, p. 320.

⁴²⁷ MAGALHÃES, José Carlos de. Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, n. 20, p. 53-65, 2009, p. 56. Sobre o contexto político em que o referido acordo foi celebrado, afirma o autor que: “foi gesto dos responsáveis pelo movimento militar que depôs o governo João Goulart em abril de 1964, destinado a afastar suspeitas sobre a posição do país no quadro da Guerra Fria e a assegurar os investidores do outro país tratamento não discriminatório do concedido aos nacionais”.

⁴²⁸ MAGALHÃES, José Carlos de. Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, n. 20, p. 53-65, 2009, p. 57.

⁴²⁹ BRASIL. Decreto Legislativo nº 69, de 15 de julho de 1965. Aprova o Acordo de Garantia de Investimentos entre os Estados Unidos do Brasil e os Estados Unidos da América, assinado em Washington, em 6 de fevereiro de 1965. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 19 jul. 1965. Seção 1, p. 6768, artigo 2º. A postura do Congresso Nacional parece, em certa medida, ter sido prudente, em virtude das incertezas teóricas sobre o conceito de denegação de justiça, pois – com afirma Alexis Mourre – “sería ilusorio el no señalar las grandes incertidumbres que rodean todavía al régimen de la denegación de justicia en derecho internacional. [...] Un gran margen de maniobra concedido a los tribunales arbitrales internacionales en un asunto que toca el corazón de las funciones principales del Estado podría provocar un movimiento de reacción contra el sistema

Registre-se que, em paralelo à tramitação dos tratados bilaterais assinados pelo Brasil, o Congresso Nacional também analisou o Protocolo de Buenos Aires, que tratava da promoção e proteção de investimentos provenientes de Estados não membros do MERCOSUL. Entretanto, de maneira semelhante, o acordo foi retirado de tramitação pela Mensagem nº 162, de 8 de abril de 2004, cuja exposição de motivos repisa os aspectos controversos identificados pelos parlamentares, concluindo que “o referido Protocolo não contempla aspectos considerados prioritários para o Governo brasileiro sobre o tema da proteção e promoção de investimentos estrangeiros”.⁴³⁰ Cumpre ressaltar que o Protocolo de Buenos Aires – assim como o Protocolo de Colônia, que dispunha sobre os investimentos provenientes de Estados membros do MERCOSUL – acabou por ser revogado pela Decisão CMC nº 30/2010, que aprovou as diretrizes para a negociação de um novo acordo de investimentos para a região.⁴³¹

2.3 Regulação dos investimentos estrangeiros no Direito brasileiro

Considerando que, ao longo dos últimos cinquenta anos, o Brasil manteve sua histórica posição de não adesão aos instrumentos internacionais em matéria de investimentos estrangeiros, o tema permaneceu integralmente regulado pelo Direito brasileiro. A análise dessa regulação depende da consideração dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais pertinentes.

2.3.1 Os investimentos estrangeiros na Constituição Federal

actual de protección de las inversiones”. MOURRE, Alexis. La protección del inversionista frente a la denegación de justicia. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 5, n. 18, p. 333-356, 2008, p. 356.

⁴³⁰ BRASIL. Exposição de Motivos nº 77/DCM/AFEPA/DAM-I-MRE-MSUL, de 26 de março de 2004. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 23 abr. 2004, p. 18374.

⁴³¹ VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; SUÑÉ, Natasha. O Direito dos Investimentos no MERCOSUL: realidade e possibilidades. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 159-178, p. 175. Para uma análise de aspectos de política econômica, cf. FLÔRES JUNIOR, Renato G. Investimento direto estrangeiro no Mercosul: uma visão geral. AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Coord.). *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 199-225.

No Direito brasileiro, a regulação do investimento estrangeiro está inserida no âmbito da disciplina constitucional da ordem econômica e financeira, cujos princípios estão elencados no artigo 170 da Constituição Federal: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego, e tratamento favorecido para as empresas brasileiras de pequeno porte.

Evidencia-se, no que se refere à ordem econômica, que a leitura constitucional depende da articulação de diversos princípios. Manoel Gonçalves Ferreira Filho atribui a profusão de princípios constitucionais à representatividade de diversas correntes ideológica na Assembleia Constituinte, afirmando que:

O resultado desse entrelaçamento é uma constituição econômica de inspiração compósita, suscetível de diferentes leituras, conforme se enfatizem estes e não aqueles princípios, estas e não aquelas normas. Só o tempo definirá a significação efetiva dessa constituição econômica.⁴³²

De maneira mais específica, os investimentos estrangeiros foram objeto do artigo 172 da Constituição Federal, que determina que “a lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros”. Observa-se que o mandamento constitucional atribuiu ao legislador ordinário a competência para (a) disciplinar o investimento estrangeiro, (b) incentivar o reinvestimento e (c) regular a remessa de lucros, observando, como parâmetro axiológico, o princípio do interesse nacional.⁴³³

Mesmo com a delegação de competência para o legislador ordinário, a Constituição Federal trouxe outros dispositivos que acabaram por influenciar o tratamento do investimento estrangeiro no Direito brasileiro. Em sua redação original, por exemplo, a Constituição

⁴³² FERREIRA FILHO, Miguel Gonçalves. A constituição econômica. *Revista de Direito Administrativo*, v. 178, p. 18-23, 1989, p. 19.

⁴³³ TOLEDO, Gastão Alves de. Ordem econômica e financeira. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de Direito Constitucional*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 307-348, p. 335; GARCIA, Maria. A ordem econômica: remessa de lucros e a Lei nº 4.131/1962. O governo Goulart e o relato de Darcy Ribeiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 16, n. 63, p. 179-194, 2008, p. 185.

Federal continha uma distinção fundamental, inserida em seu artigo 171, entre o conceito de empresa brasileira e o conceito de empresa brasileira de capital nacional.⁴³⁴

Nos termos da distinção constitucional, empresa brasileira era aquela constituída sob as leis brasileiras com sede e administração no país, enquanto empresa brasileira de capital nacional era aquela que, além desses requisitos, era efetiva e permanentemente controlada, de maneira direta ou indireta, por pessoas domiciliadas ou residentes no Brasil. Na opinião de Celso Ribeiro Bastos, “seria praticamente impossível para o nosso País levar a cabo qualquer política de globalização da economia com a odiosa discriminação” existente no artigo 171 da Constituição Federal.⁴³⁵

No bojo das reformas constitucionais da década de 90, o governo propôs emenda constitucional para alterar a redação do artigo 171 da Constituição Federal de forma a estabelecer que “é considerada empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras que tenha sede e administração no País”, tendo em vista as justificativas apresentadas na Exposição de Motivos nº 37/95:

A proposta tenciona eliminar a distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional e o tratamento nacional concedido a esta última. Para tanto, firma-se conceito da empresa brasileira como aquela constituída sob as leis brasileiras e com sede e administração no País. A discriminação ao capital estrangeiro perdeu sentido no contexto de eliminação das reservas de mercado, maior interrelação entre as economias e necessidades de atrair capitais estrangeiro para complementar a poupança interna.⁴³⁶

⁴³⁴ Em sua redação original, o artigo 171 da Constituição Federal previa que: “São consideradas: I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País; II - empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades. § 1º A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional: I - conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis o desenvolvimento do País; II - estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos: a) a exigência de que o controle referido no inciso II do "caput" se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia; b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno. § 2º Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

⁴³⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito Econômico Brasileiro*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p. 102.

⁴³⁶ BRASIL. Exposição de Motivos nº 37, de 16 de fevereiro de 1995. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 15 mar. 1995. Seção I, p. 3246.

Arnoldo Wald afirma que a reforma constitucional representava uma “uma mudança cultural revolucionária” que se justificava, pois as exceções ao princípio da equiparação entre nacionais e estrangeiros deveriam ser limitadas ao mínimo, sendo obsoletas as restrições contidas no texto original da Constituição Federal.⁴³⁷ Em síntese, aponta o autor que “as modificações sugeridas importavam em estabelecer como princípio geral a igualdade de estrangeiros e brasileiros, pessoas físicas e jurídicas, abolindo qualquer discriminação no plano civil e comercial que não estivesse prevista da Constituição”.⁴³⁸

Frise-se, entretanto, que a Exposição de Motivos nº 37/95 consignava percepção distinta, ao afirmar que “as alterações propostas não impedem que legislação ordinária venha a conferir incentivos e benefícios especiais a setores considerados estratégicos, inexistindo qualquer vedação constitucional neste sentido”.⁴³⁹

A Emenda Constitucional nº 6 de 1995, ao invés de dar nova redação ao artigo 171 da Constituição Federal, mantendo o *status* constitucional da definição, acabou por revogar integralmente o referido artigo.⁴⁴⁰ A desconstitucionalização da definição de empresa brasileira teve como efeito imediato o retorno ao conceito previsto na legislação ordinária: à época da revogação constitucional, o artigo 60 do Decreto nº 2.627, de 23 de setembro de 1940, e, mais recentemente, o artigo 1126 do Código Civil.⁴⁴¹

Paralelamente, a revogação do artigo 171 abriu espaço para uma discussão profícua sobre a isonomia entre capital estrangeiro e capital nacional. Celso Ribeiro Bastos entende que as transformações trazidas ao ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 6 de 1995 “decorreram desse princípio fundamental, qual seja, da não-distinção entre capital nacional e estrangeiro. Este passou a gozar de igual estatuto ao do nacional”.⁴⁴² Célio de

⁴³⁷ WALD, Arnoldo. A evolução do regime constitucional da parceria público-privada e do capital estrangeiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 45, n. 179, p. 403-410, 2008, p. 405.

⁴³⁸ WALD, Arnoldo. A evolução do regime constitucional da parceria público-privada e do capital estrangeiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 45, n. 179, p. 403-410, 2008, p. 406.

⁴³⁹ BRASIL. Exposição de Motivos nº 37, de 16 de fevereiro de 1995. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 15 mar. 1995. Seção I, p. 3246.

⁴⁴⁰ BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995. Altera o inciso IX do art. 170, o art. 171 e o § 1º do art. 176 da Constituição Federal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 16 ago. 1995. Seção 1, p. 12353.

⁴⁴¹ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*: parte geral. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 514-5; HENTZ, Luiz Antônio Soares; DINIZ, Gustavo Saad. Nacionalidade da pessoa jurídica: sistemática do novo Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 6, n. 35, p. 48-54, 2005, p. 52-3.

⁴⁴² BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito Econômico Brasileiro*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p. 102.

Oliveira Borja, no mesmo sentido, afirma que com o fim da distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, desaparece também “a duvidosa autorização para discriminar a favor dessa última”.⁴⁴³ De semelhante opinião é Bernadete de Figueiredo Dias, ao considerar que, como a revogação do artigo 171 da Constituição Federal, “restaura-se a aplicação do princípio da isonomia, não mais de admitindo a distinção no tratamento da empresa brasileira com base na origem do seu capital”.⁴⁴⁴

Em sentido oposto, Denis Borges Barbosa considera que a atribuição de regime isonômico às empresas brasileiras, com a revogação do artigo 171 da Constituição Federal “não significa atribuir-lhes igualdade mecânica”.⁴⁴⁵ Eduardo Teixeira Silveira também entende que existe um regime de isonomia entre as empresas nacionais, “mas nem por isso é vedado à lei efetuar distinções entre a empresa nacional e a que tenha controle estrangeiro”.⁴⁴⁶ Fernanda Fadda, por sua vez, considera que os princípios constitucionais que informam a regulação do investimento estrangeiro “autorizam o legislador ordinário a estabelecer restrições à aplicação de capital estrangeiro em determinadas atividades reputadas estratégicas para o País”.⁴⁴⁷

A discussão parece comportar – em nossa opinião – duas análises apartadas. Em primeiro lugar, questiona-se sobre a possibilidade de que a Constituição Federal e/ou a legislação ordinária imponham restrições ao acesso do investimento estrangeiro ao Brasil. Em segundo lugar, indaga-se sobre a possibilidade de que a Constituição Federal e/ou a legislação ordinária estabeleçam tratamento diferenciado para o capital estrangeiro após a sua admissão no Brasil.

Sobre a questão da admissão do capital estrangeiro, impõe-se resposta positiva: tanto a Constituição Federal quanto a legislação ordinária podem estabelecer restrições ao acesso do investimento estrangeiro ao Brasil. Nesse sentido, esclarece José Carlos de Magalhães:

⁴⁴³ BORJA, Célio de Oliveira. O capital estrangeiro no direito brasileiro. *Revista do Advogado*, v. 26, n. 88, p. 32-43, 2006, p. 42.

⁴⁴⁴ DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 141.

⁴⁴⁵ BARBOSA, Denis Borges. Direito de acesso do capital estrangeiro. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 425-457, p. 450.

⁴⁴⁶ SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 110.

⁴⁴⁷ FADDA, Fernanda. Regime constitucional e legal dos investimentos estrangeiros no Brasil. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 395-423, p. 407.

O fato é que todo Estado reclama para si competência exclusiva na admissão de pessoas e investimentos estrangeiros, como prerrogativa inderrogável de sua soberania. Mas não só a admissão é sujeita à discricção do Estado como também a forma e condições da admissão.⁴⁴⁸

É princípio amplamente reconhecido do Direito Internacional – na lição de Jacob Dolinger – que o Estado tem a prerrogativa soberana de admitir os estrangeiros – pessoas físicas ou jurídicas – apenas nos casos e segundo as condições que lhe pareçam adequadas.⁴⁴⁹ Nada mais natural, portanto, que a Constituição Federal – no desempenho de seu papel de carta política – restrinja o acesso do capital estrangeiro em áreas determinadas pelo legislador constituinte, à luz dos princípios constitucionais da soberania e do interesse nacional.

Em relação à restrição de acesso pela legislação ordinária, conclui Denis Borges Barbosa que “no contexto constitucional vigente persiste o exercício de controle do direito de acesso do capital estrangeiro através da legislação ordinária”.⁴⁵⁰ Nesse sentido, não há impacto da revogação do artigo 171 da Constituição Federal, pois – como reconheceu o Parecer CGU/AGU nº 01/2008 – o conceito de capital estrangeiro é diverso daquele de empresa.⁴⁵¹ Além disso, inexistente vedação constitucional no sentido de que a legislação ordinária – em observância ao princípio da soberania – crie restrição ao acesso do capital estrangeiro.

Dessa maneira, a lei ordinária poderia – por exemplo – restringir o acesso do capital estrangeiro à propriedade imobiliária rural: (a) diretamente, quando investido por pessoa física ou jurídica estrangeira, nos termos do artigo 190 da Constituição Federal, ou (b) indiretamente, quando investido por empresa brasileira controlada por pessoa física ou jurídica estrangeira e com domicílio ou sede no exterior, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 1º Lei nº 5.709/71.⁴⁵²

Em regime anterior à Constituição Federal de 1988, entendia Arnoldo Wald que:

⁴⁴⁸ MAGALHÃES, José Carlos de. O controle pelo Estado da atividade internacional das empresas privadas. *Revista de Informação Legislativa*, v. 30, n. 119, p. 175-192, 1993, p. 182.

⁴⁴⁹ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*: parte geral. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 220.

⁴⁵⁰ BARBOSA, Denis Borges. Direito de acesso do capital estrangeiro. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 425-457, p. 457.

⁴⁵¹ BRASIL. Advocacia Geral da União. Parecer nº LA-01, de 03 de outubro de 2008. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 23 ago. 2010, p. 1.

⁴⁵² BRASIL. Advocacia Geral da União. Parecer nº LA-01, de 03 de outubro de 2008. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 23 ago. 2010, p. 1.

qualquer discriminação em virtude da nacionalidade da empresa ou de seus controladores só pode decorrer da Constituição e da lei federal, sendo, conseqüentemente, inconstitucionais ou ilegais quaisquer normas federais de nível inferior (decretos, portarias, avisos, instruções, resoluções) ou quaisquer normas estaduais ou municipais que estabeleçam tal distinção sem amparo na Constituição ou na lei federal.⁴⁵³

Sobre a questão da restrição do acesso da capital estrangeiro, vale ressaltar que os tratados bilaterais de investimentos assinados pelo Brasil traziam cláusula sobre a admissão dos investimentos, nas quais se optou pelo tratamento nacional pós-estabelecimento, ou seja, pela isonomia entre o capital estrangeiro e o capital nacional após a sua entrada na economia brasileira. Manteve-se, portanto, a prerrogativa estatal de impedir e condicionar o acesso do investimento estrangeiro,⁴⁵⁴ como se pode observar, por exemplo, da redação do artigo 2º do Acordo de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos celebrado com a Dinamarca: “cada parte contratante admitirá investimentos de investidores da outra parte contratante de acordo com sua legislação e práticas administrativas”.

Em relação ao tratamento diferenciado do investimento estrangeiro previamente admitido no país, a análise deve ser absolutamente distinta. Isso porque a Constituição Federal estabelece no *caput* de seu artigo 5º – como direito fundamental – a isonomia entre brasileiros e estrangeiros residentes no país. É esclarecedora a afirmação de Jacob Dolinger sobre o tema: “o Estado não tem obrigação de admitir estrangeiros em seu território. Mas, uma vez admitidos, devem-lhes ser concedidos um mínimo de direitos, isto é, uma posição de certa igualdade com os cidadãos”.⁴⁵⁵

Entretanto, a Constituição Federal pode – como, na realidade, fez na redação original do parágrafo primeiro de seu artigo 171 – estabelecer preferências de tratamento para o capital nacional, excetuando o princípio da isonomia em função de outros princípios constitucionais. Confira-se, a esse respeito, o entendimento de Luís Roberto Barroso:

⁴⁵³ WALD, Arnaldo. Algumas considerações sobre o capital estrangeiro: ilegalidade das discriminações sem base na lei federal. *Revista de Informação Legislativa*, v. 16, n. 62, p. 259-264, 1979, p. 264. Na visão da Wald, a “necessidade de norma legal específica para que possa haver a restrição dos direitos dos estrangeiros decorre de mandamentos constitucionais”, dentre os quais o princípio da igualdade entre nacionais e estrangeiros residentes.

⁴⁵⁴ SCANDIUCCI FILHO, José Gilberto. O Brasil e os acordos bilaterais de investimentos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Coord.). *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 271-301, p. 286.

⁴⁵⁵ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 220.

os princípios indicam uma direção, um valor, um fim. Ocorre que, em uma ordem jurídica pluralista, a Constituição abriga princípios que apontam em direções diversas, gerando tensões e eventuais colisões entre eles. [...] Como todos esses princípios têm o mesmo valor jurídico, o mesmo *status* hierárquico, a prevalência de um sobre o outro não pode ser determinada em abstrato; somente à luz dos elementos do caso concreto será possível atribuir maior importância a um do que a outro.⁴⁵⁶

Trata-se de reconhecer a isonomia entre capital nacional e capital estrangeiro como regra geral que sofre algumas mitigações – pela própria Constituição Federal – em face da necessidade de ponderação com outros valores tutelados pelo texto constitucional, como soberania, interesse nacional e proteção a setores estratégicos da economia.⁴⁵⁷

Em relação à previsão na legislação ordinária de tratamento diferenciado do investimento estrangeiro ingressado no país, a questão é extremamente controversa. Impõe-se, por um lado, resposta negativa, tendo em vista que, em virtude do princípio da isonomia entre brasileiros e estrangeiros residentes, “a norma infraconstitucional não pode estabelecer exceções a esse princípio geral, pois isto é reservado ao poder constituinte, originário ou derivado”.⁴⁵⁸ É por esse motivo que “todas as restrições constantes em legislação ordinária devem” – na opinião de Jacob Dolinger – “ser reexaminadas, diante da igualdade garantida pela Constituição a brasileiros e estrangeiros residentes no país”.⁴⁵⁹ Em outras palavras, a legislação ordinária não poderia estabelecer tratamento diferenciado do investimento estrangeiro ingressado no país, mas conservaria a prerrogativa de estabelecer restrições ao acesso do capital estrangeiro ao país.

Registre-se, por outro lado, posição divergente no sentido de que a lei ordinária estaria autorizada a criar tratamento diferenciado, com fundamento nos princípios da soberania e do interesse nacional.⁴⁶⁰ Nessa ordem de ideias, seria possível entender que a isonomia entre

⁴⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 208.

⁴⁵⁷ WALD, Arnoldo. A evolução do regime constitucional da parceria público-privada e do capital estrangeiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 45, n. 179, p. 403-410, 2008, p. 406.

⁴⁵⁸ BORJA, Célio de Oliveira. O capital estrangeiro no direito brasileiro. *Revista do Advogado*, v. 26, n. 88, p. 32-43, 2006, p. 42.

⁴⁵⁹ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 231.

⁴⁶⁰ Nesse sentido, cf. SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 112, afirmando que podem “ainda outras leis vindouras estabelecerem distinções no tratamento das empresas em razão da titularidade do seu controle”. Entende o autor que “não se pode considerar de princípio que o investidor nacional e o estrangeiro se encontram na mesma situação, ante a ausência de igualdade de oportunidades entre estes para uma competição justa”. SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 70; FADDA, Fernanda. Regime constitucional e legal dos

brasileiros e estrangeiros residentes não se estenderia ao investidor estrangeiro, que conserva seu domicílio no exterior, mesmo após o ingresso do seu capital. Do mesmo modo, a isonomia constitucional estaria dirigida exclusivamente à pessoa humana, não incluindo os respectivos bens e direitos.

Não parece, no entanto, ter sido essa a escolha do legislador ordinário no artigo 2º da Lei nº 4.131/62, que disciplina o capital estrangeiro, onde se estabelece que “ao capital estrangeiro que se investir no País, será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas na presente lei”.⁴⁶¹

É possível *ad argumentandum tantum* que a legislação ordinária possa, tendo em vista a desconstitucionalização da definição de empresa brasileira com a revogação do artigo 171 da Constituição Federal, estabelecer uma definição de empresa brasileira, para os efeitos de determinada lei específica, que leve em consideração o controle do capital estrangeiro. É plausível considerar, entretanto, que essa opção seria uma via transversal de violação do artigo 5º da Constituição Federal, até mesmo porque o tratamento concedido ao estrangeiro por um Estado “figura entre os aspectos mais importantes na determinação de seu grau de civilização”.⁴⁶²

Embora persista a controvérsia sobre a possibilidade de tratamento diferenciado do capital estrangeiro pela legislação ordinária, a questão do acesso do capital estrangeiro parece estar mais bem resolvida ao menos no âmbito constitucional.⁴⁶³ Tanto é assim que alguns dispositivos constitucionais dispõem sobre a restrição do acesso de investimentos estrangeiros a setores específicos da economia, através das denominadas restrições setoriais.⁴⁶⁴

investimentos estrangeiros no Brasil. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 395-423.

⁴⁶¹ BRASIL. Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962. Disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 27 set. 1962, p. 10075.

⁴⁶² DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 207.

⁴⁶³ DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 99.

⁴⁶⁴ É necessário reconhecer que as restrições ao capital estrangeiro podem sempre ser questionadas à luz do princípio do tratamento nacional. Sobre essa questão, é interessante a análise no sentido de que: “*In light of the international interpretation of the national treatment obligation, and regardless of the ratification of the already existing investment treaties to which Brazil is party, would there be any room for a challenge to the above-mentioned Brazilian regulatory decisions and statutory provisions under international investment law? The answer is not a straightforward one. To be sure, it is highly improbable that such Brazilian regulatory measures and statutes were adopted or passed directed at causing harm to a particular foreign investor. That is because*

a) setor nuclear

Na redação original, o artigo 177 da Constituição Federal enumerava as atividades submetidas ao regime de monopólio da União.⁴⁶⁵ Apenas com a Emenda Constitucional nº 9 de 1995 foi alterada a redação do parágrafo primeiro do artigo 177 para permitir que a União celebrasse contratos com empresas estatais ou privadas a realização das atividades enumeradas no dispositivo, com exceção das relacionadas aos minérios e minerais nucleares e seus derivados.⁴⁶⁶ Frise-se que o constituinte derivado não introduziu restrições à contratação de empresas privadas em razão da origem do capital, de modo que empresas brasileiras bem como empresas estrangeiras podem exercer as atividades previstas nos incisos I a IV do artigo 177, desde que devidamente contratadas pela União.⁴⁶⁷

O inciso V do artigo 177 estabelece, entretanto, que “a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados” são absolutamente monopolizados pela União, estando, portanto, vedados a quaisquer empresas privadas. O monopólio parece ser justificado pela segurança nacional, em virtude do alto potencial lesivo das substâncias nucleares,⁴⁶⁸ motivo pelo qual a vedação não atinge apenas o capital estrangeiro, mas todo o capital privado.

A Emenda Constitucional nº 49 de 2006 flexibilizou a vedação contida no inciso V do artigo 177, excetuando do âmbito de aplicação da norma os radioisótopos para pesquisa, usos médicos, agrícolas e industriais e os radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas.

they produce a similar impact on different international players acting in the domestic market”. BORJA, Ana Gerda de; PRADO, Maria da Graça de Almeida; AYMONE, Priscilla Knoll. The Brazilian legal approach to foreign investment in light of the principle of national treatment under investment treaties. In: LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerda de; PUCCI, Adriana Noemi. *Investment protection in Brazil*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2013, p. 127-158, p. 155. Sobre a questão do tratamento nacional, cf. também BARRETO FILHO, Fernando Paulo de Mello. *O tratamento nacional de investimentos estrangeiros*. Brasília: FUNAG, 1999.

⁴⁶⁵ STUBER, Walter Douglas. O capital estrangeiro e a nova Constituição brasileira. *Revista dos Tribunais*, v. 77, n. 635, p. 139-142, 1988, p. 140; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no Direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 68.

⁴⁶⁶ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 407-9.

⁴⁶⁷ FADDA, Fernanda. Regime constitucional e legal dos investimentos estrangeiros no Brasil. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 395-423, p. 398.

⁴⁶⁸ DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 99

Nesses casos, previstos nas alíneas “b” e “c” do inciso XXIII do artigo 21 da Constituição Federal, são autorizadas, sob o regime de permissão, a produção, comercialização e utilização por empresas privadas.⁴⁶⁹

b) setor de assistência à saúde

O artigo 199 da Constituição Federal contém vedação, em seu parágrafo terceiro, à participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na atividade de assistência à saúde, admitindo exceções definidas em legislação ordinária.⁴⁷⁰ Na regulamentação do setor de assistência à saúde, através da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, a assistência à saúde realizada por meio de doações de organismos internacionais vinculados à Organização das Nações Unidas, de entidades de cooperação técnica e de financiamento e empréstimos, mediante autorização do órgão de direção nacional do Sistema Único de Saúde, foi excetuada da vedação constitucional.⁴⁷¹

c) setor financeiro

O artigo 192 da Constituição Federal, em sua redação original, outorgava à lei complementar a regulação da participação do capital estrangeiro nas instituições do sistema financeiro nacional, considerando os interesses nacionais e os acordos internacionais.⁴⁷² A

⁴⁶⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 812-3.

⁴⁷⁰ BANCO MUNDIAL. Serviço de Assessoramento sobre Investimentos Estrangeiros. *Brasil: barreiras jurídicas, administrativas e políticas aos investimentos no Brasil*. v. 1. O quadro dominante das leis e das políticas e o papel da promoção dos investimentos. [s.l.]: Banco Mundial, 2001, p. 68; STUBER, Walter Douglas. O capital estrangeiro e a nova Constituição brasileira. *Revista dos Tribunais*, v. 77, n. 635, p. 139-142, 1988, p. 141; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no Direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 69.

⁴⁷¹ Além da exceção prevista no artigo 21 da Lei nº 8.080/90, é permitido acesso do capital estrangeiro ao setor de planos privados de saúde (Lei nº 9.656/98) e ao setor de seguros privados de saúde, desde que exista reciprocidade no país de origem do investidor estrangeiro (Decreto-Lei nº 73/66). DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 101-2.

⁴⁷² STUBER, Walter Douglas. O capital estrangeiro e a nova Constituição brasileira. *Revista dos Tribunais*, v. 77, n. 635, p. 139-142, 1988, p. 141; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no Direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 69.

Emenda Constitucional nº 40 de 2003 alterou a redação do dispositivo, mantendo, no entanto, a previsão da regulação por lei complementar.⁴⁷³

Enquanto a referida lei complementar não for editada, o artigo 52 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias proíbe (a) a instalação no Brasil de novas agências de instituições financeiras domiciliadas no exterior e (b) o aumento do percentual de participação, no capital de instituições financeiras com sede no Brasil, de pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior.⁴⁷⁴ Em virtude dessas vedações, algumas instituições financeiras estrangeiras conseguiram obter acesso ao mercado brasileiro através da aquisição de instituições financeiras brasileiras.⁴⁷⁵ A vedação do artigo 52 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não alcança as sociedades seguradoras,⁴⁷⁶ conforme o entendimento do Parecer nº AGU/LA-01/96, adotado pelo Parecer GQ-104 de 1996.⁴⁷⁷

É importante observar também que, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 52 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a vedação não se aplica às autorizações

⁴⁷³ BARRETO FILHO, Fernando Paulo de Mello. *O tratamento nacional de investimentos estrangeiros*. Brasília: FUNAG, 1999, p. 120.

⁴⁷⁴ DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 104-5.

⁴⁷⁵ BANCO MUNDIAL. Serviço de Assessoramento sobre Investimentos Estrangeiros. *Brasil: barreiras jurídicas, administrativas e políticas aos investimentos no Brasil*. v. 1. O quadro dominante das leis e das políticas e o papel da promoção dos investimentos. [s.l.]: Banco Mundial, 2001, p. 68. É o caso do HSBC (Hong Kong Shanghai Bank, do Reino Unido), que comprou o Banco Bamerindus; do Santander (Espanha), que comprou o Banco Bozzano Simonsen; e do ABN Amro Bank (Holanda), que comprou o Banco Real.

⁴⁷⁶ WALD, Arnoldo. A evolução do regime constitucional da parceria público-privada e do capital estrangeiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 45, n. 179, p. 403-410, 2008, p. 406.

⁴⁷⁷ Nesse sentido, registra o parecer: “26. De fato, o art. 192 da Constituição, ao tratar em incisos separados as instituições financeiras (inciso I) e os estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização (inciso II), até mesmo com redação diversa, deixa claro que essas entidades não se confundem, merecendo tratamento diferenciado. Somente em relação à participação do capital estrangeiro é que foram elas reunidas em um mesmo texto (inciso III). E isso certamente foi feito tendo em vista que as mencionadas entidades, embora de diversa natureza, captam e manipulam recursos de terceiros e interferem de maneira significativa na economia em geral. Daí a referência, no final do item III, aos interesses nacionais e aos acordos internacionais. 27. Ressalte-se, porém, que o art. 52 tem nítida feição restritiva da liberdade empresarial, embora de maneira transitória, pois veda a prática de determinados atos, até que sejam fixadas as condições para a participação do capital estrangeiro, previstas no inciso III do art. 192 da Constituição. Essa vedação está expressa nos incisos I e II do art. 52 do ADCT, já transcrito, e refere-se, exclusivamente, a instituições financeiras. Essa lista, evidentemente, é taxativa. A regra estabelecida no parágrafo único do mesmo artigo do ADCT, por constituir ressalva às vedações referidas no citado artigo, diz respeito, apenas, às instituições financeiras ali mencionadas”. BRASIL. Advocacia Geral da União. Parecer nº GQ-104, de 29 de fevereiro de 1996. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 11 jun. 1996, p. 10240.

resultantes de acordos internacionais, de reciprocidade, ou de interesse do Governo brasileiro.⁴⁷⁸

d) setor de meios de comunicação social

Em sua redação original, o artigo 222 da Constituição Federal vedava a participação de pessoas jurídicas no capital social de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, exceto quando se tratasse (a) de partido político e (b) de sociedade cujo capital pertencesse exclusivamente e nominalmente a brasileiros, casos em que a participação era limitada a trinta por cento do capital social sem direito a voto.⁴⁷⁹

A Emenda Constitucional nº 36 de 2002 alterou a redação do artigo 222 de maneira a flexibilizar as restrições à participação de pessoas jurídicas no capital de empresa jornalística e de radiodifusão. O dispositivo estabelece que a participação de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos deve corresponder, direta ou indiretamente, a setenta por cento do capital social e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão. Em outras palavras, a participação direta ou indireta de capital estrangeiro nas empresas jornalísticas e de radiodifusão fica limitada a trinta por cento do capital social e do capital votante.⁴⁸⁰

De toda forma, a propriedade das empresas jornalísticas e de radiodifusão continua privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, a quem compete exclusivamente a gestão das atividades, o estabelecimento de conteúdo da programação, a responsabilidade editorial e a direção da programação veiculada.⁴⁸¹

⁴⁷⁸ Em 2007, por exemplo, a participação estrangeira, em até cem por cento, no capital social do Banco Pecúnia S.A. foi declarada de interesse do Governo brasileiro. BRASIL. Decreto nº 6.064, de 21 de março de 2007, Reconhece como de interesse do Governo brasileiro a participação estrangeira, em até cem por cento, no capital social do Banco Pecúnia S.A, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 22 mar. 2007.

⁴⁷⁹ BARRETO FILHO, Fernando Paulo de Mello. *O tratamento nacional de investimentos estrangeiros*. Brasília: FUNAG, 1999, p. 119; STUBER, Walter Douglas. O capital estrangeiro e a nova Constituição brasileira. *Revista dos Tribunais*, v. 77, n. 635, p. 139-142, 1988, p. 141.

⁴⁸⁰ DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 102-3. Note-se que, no caso das empresas jornalísticas e de radiodifusão, o legislador fez expressa opção pelo critério da nacionalidade.

⁴⁸¹ A Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011, em seu artigo 2º, prevê a necessidade de que, no mínimo, setenta por cento do capital total e votante de programadoras e distribuidoras de comunicação audiovisual de acesso condicionado (televisão a cabo) seja de titularidade, direta ou indireta, de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos. BRASIL. Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011. Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 13 set. 2011.

e) setor de mineração e hidroeletricidade

A redação original do parágrafo primeiro do artigo 176 da Constituição Federal reservava a brasileiros ou a empresa brasileira de capital nacional as atividades de pesquisa e lavra de recursos minerais e de aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica. A Emenda Constitucional nº 6 de 1995, com o intuito de compatibilizar a redação do referido dispositivo com a revogação do artigo 171, passou a admitir a realização dessas atividades por brasileiros ou por empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país.⁴⁸²

A atual redação do parágrafo primeiro do artigo 176 mantém a proibição de realização das atividades descritas no dispositivo diretamente por empresa estrangeira, mas não impõe restrições quanto à origem do capital da empresa brasileira constituída e com sede no Brasil.⁴⁸³

f) setor de transporte aquático

O artigo 178 da Constituição Federal apresentava, em sua redação original, restrições (a) à realização de navegações de cabotagem e interior por embarcações estrangeiras e (b) à nacionalidade de tripulantes, armadores, proprietários e comandantes de embarcações nacionais.⁴⁸⁴ A Emenda Constitucional nº 7 de 1995 alterou a redação do dispositivo, determinando que a legislação do setor de transporte aquático estabelecesse as “condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras”.⁴⁸⁵

⁴⁸² BANCO MUNDIAL. Serviço de Assessoramento sobre Investimentos Estrangeiros. *Brasil: barreiras jurídicas, administrativas e políticas aos investimentos no Brasil*. v. 1. O quadro dominante das leis e das políticas e o papel da promoção dos investimentos. [s.l.]: Banco Mundial, 2001, p. 68. Registre-se que a Lei nº 9.314, de 14 de novembro de 1996, revogou o artigo 79 do Código de Mineração (Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967), em que se fazia a exigência de controle majoritário por brasileiro.

⁴⁸³ DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 100-1. No que se refere à pessoa física, o dispositivo utilizou expressamente o critério da nacionalidade, de maneira que o brasileiro domiciliado no exterior poderá realizar as atividades de pesquisa e lavra de recursos minerais e de aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica.

⁴⁸⁴ STUBER, Walter Douglas. O capital estrangeiro e a nova Constituição brasileira. *Revista dos Tribunais*, v. 77, n. 635, p. 139-142, 1988, p. 141.

⁴⁸⁵ BANCO MUNDIAL. Serviço de Assessoramento sobre Investimentos Estrangeiros. *Brasil: barreiras jurídicas, administrativas e políticas aos investimentos no Brasil*. v. 1. O quadro dominante das leis e das

g) setor imobiliário rural

Determina o artigo 190 da Constituição Federal que “lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira”.⁴⁸⁶ A lei a que se refere o dispositivo não foi editada pelo Congresso Nacional, de maneira que permaneceu em vigor Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971, que impõe diversas restrições à aquisição de imóvel rural por estrangeiro residente no país ou por pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil.⁴⁸⁷

O parágrafo primeiro do artigo 1º da Lei nº 5.709/71 estende, no entanto, as restrições à “pessoa jurídica brasileira da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social”.⁴⁸⁸ A constitucionalidade do dispositivo foi alvo de questionamentos, em virtude da distinção feita na redação original do artigo 171 da Constituição Federal. Considerando que a distinção constitucional servia exclusivamente às finalidades previstas nos parágrafos do artigo 171, Estêvão Mallet entendia que:

Não mais do que isso pode o legislador ordinário. Veda-se-lhe, por conseguinte, discriminar, em outras hipóteses, além das acima indicadas, entre a empresa nacional e a estrangeira, com base na origem dos capitais respectivos. Daí concluir-se pela incompatibilidade da norma da Lei 5.709/71, discriminatória da empresa brasileira de capital estrangeiro, com a nova Constituição.⁴⁸⁹

políticas e o papel da promoção dos investimentos. [s.l.]: Banco Mundial, 2001, p. 78; DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 103. A Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997, condicionou à prévia autorização o afretamento de embarcação estrangeira para navegação de cabotagem e interior, em seu artigo 9º, e manteve a exigência de nacionalidade brasileira para o comandante e dois terços da tripulação das embarcações brasileiras.

⁴⁸⁶ STUBER, Walter Douglas. O capital estrangeiro e a nova Constituição brasileira. *Revista dos Tribunais*, v. 77, n. 635, p. 139-142, 1988, p. 141; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no Direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 69.

⁴⁸⁷ BARRETO FILHO, Fernando Paulo de Mello. *O tratamento nacional de investimentos estrangeiros*. Brasília: FUNAG, 1999, p. 121.

⁴⁸⁸ BRASIL. Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971. Regula a aquisição de imóvel rural por estrangeiro residente no país ou pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 11 out. 1971.

⁴⁸⁹ MALLET, Estêvão. Aquisição de imóvel rural por empresa nacional de capital estrangeiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 14, n. 52, p. 113-114, 1990, p. 113.

Quando consultada sobre a constitucionalidade do dispositivo, a Advocacia Geral da União manifestou-se, através do Parecer nº AGU/LA-04/94, adotado pelo Parecer nº GQ-22 de 1994, no sentido de que o parágrafo primeiro do artigo 1º da Lei nº 5.709/71 não havia sido recepcionado pela Constituição.⁴⁹⁰ Com a revogação do artigo 171 pela Emenda Constitucional nº 6 de 1995, determinou-se o reexame do Parecer nº AGU/LA-04/94, oportunidade em que se entendeu impossível a repriminção da norma legal. Dessa maneira, o Parecer nº AGU/LA-01/97, adotado pelo Parecer nº GQ-181 de 1998, manteve a orientação anterior.⁴⁹¹ Em 2008, a Advocacia Geral da União reformou seu entendimento, através do Parecer CGU/AGU nº 01/2008, adotado pelo Parecer nº LA-01 de 2010, que concluiu pela recepção do parágrafo primeiro do artigo 1º da Lei nº 5.709/71 pela Constituição Federal.⁴⁹²

O posicionamento estabelecido no Parecer CGU/AGU nº 01/2008 é passível de críticas por ampliar o âmbito de incidência de uma norma restritiva de direitos, ainda que o artigo 190 da Constituição Federal mencione a imposição de restrições exclusivamente às pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras:

⁴⁹⁰ O entendimento fica evidente no seguinte trecho: "17. O conceito de empresa estrangeira continuou a ser fornecido por exclusão, ou seja, empresa estrangeira será aquela que não preencher os requisitos de empresa brasileira. 18. Estabelecido, na própria Constituição, o conceito de empresa brasileira, qualquer restrição às empresas que preencham os requisitos nela referidos somente poderão existir nos casos expressamente previstos na mesma Constituição. Da análise do art. 171 da Constituição resulta a convicção de que ela não deixou margem ao legislador infraconstitucional para estabelecer restrições à empresa brasileira. O que se verifica, dos §§ 1º e 2º do mesmo artigo, é que se estabelecem vantagens para a empresa brasileira de capital nacional, sem qualquer referência, porém, a restrições à empresa brasileira. [...] 21. Dentro desse enfoque, parece-me indiscutível que o § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971, conflita com o conceito exarado no inciso I do art. 171 da Constituição Federal, não tendo sido recepcionado. Não vejo, igualmente, guarida para a sobrevivência daquele dispositivo legal no art. 190 da Constituição. Em consequência, o art. 23 da Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, inclusive seu § 2º, não tem aplicação a sociedades que não sejam estrangeiras, como as empresas brasileiras controladas por pessoas jurídicas estrangeiras". BRASIL. Advocacia Geral da União. Parecer nº GQ-181, de 17 de março de 1997. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 22 jan. 1999, p. 7-10.

⁴⁹¹ Confira-se o seguinte trecho: "11. A teoria da recepção, como se sabe, significa, em síntese, que as normas anteriores à vigência de uma nova ordem constitucional, quando não conflitem materialmente com a nova Constituição, são por esta recepcionadas, passando a ter seu fundamento na nova ordem. Ao contrário, quando as normas anteriores conflitam materialmente com a nova Constituição, as normas são tidas como revogadas. 12. Ora, como entendi, no referido Parecer, que o § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709/71 conflitava com o inciso I do art. 171 da Constituição de 1988, a conclusão inafastável é que o citado dispositivo foi revogado. 13. A Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995, em seu art. 3º, revogou o art. 171 da Constituição. Essa revogação, pura e simples, qualquer que seja a interpretação que se dê, para outros fins, ao dispositivo constitucional, não tem o condão de repriminar a norma que se entendera revogada. Desse modo, continua revogado o § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709/71, permanecendo inalterada a conclusão do referido Parecer nº AGU/LA-04/94". BRASIL. Advocacia Geral da União. Parecer nº GQ-181, de 17 de março de 1997. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 22 jan. 1999, p. 7-10.

⁴⁹² BRASIL. Advocacia Geral da União. Parecer nº LA-01, de 03 de outubro de 2008. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 23 ago. 2010, p. 1.

A inclusão das empresas nacionais sob controle estrangeiro às restrições da Lei 5.709/1971 poderá gerar sérios prejuízos ao nosso País, não sendo, portanto, uma boa política de governo. Considerando que as grandes empresas (principalmente as instituições financeiras) estão nessa situação, todas as dificuldades e prejuízos a elas impostos, serão, de uma forma ou de outra, repassados ao consumidor. A instituição financeira controlada por estrangeiro já saberá de antemão, que o imóvel rural dado em garantia não poderá ser por ela arrematado para satisfazer seu crédito na hipótese de inadimplemento; consequência: a população terá maiores dificuldades para obter novos empréstimos quando a garantia que se pretende ofertar seja o seu imóvel rural.⁴⁹³

Após as sucessivas revisões, entretanto, fixou-se o entendimento de que a empresa brasileira controlada por capital estrangeiro está submetida às restrições previstas na Lei nº 5.709/71.⁴⁹⁴

Os comentários sobre as restrições setoriais permitem observar que as emendas constitucionais promulgadas ao longo da década de 90 tiveram, de maneira geral, o objetivo de ampliar o acesso do capital estrangeiro a diversos setores econômicos, eliminando por completo, em alguns casos, as restrições eventualmente existentes.⁴⁹⁵ É interessante registrar, a esse respeito, a crítica formulada por Walter Douglas Stuber logo depois da promulgação da Constituição Federal de 1988:

A própria realidade demonstrará a necessidade de corrigir as distorções que se encontram na nova Constituição, de maneira a não prejudicar o desenvolvimento econômico do País. Vamos, agora, aguardar o desenrolar dos acontecimentos e a nova legislação a ser promulgada e fazer votos para que ninguém decida revogar, num passe de mágica, a lei da oferta e da procura e/ou a lei da gravidade!⁴⁹⁶

⁴⁹³ AUGUSTO, Eduardo. Aquisição de imóveis rurais por empresas brasileiras sob controle estrangeiro. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 34, n. 71, p. 387-403, 2011, p. 402.

⁴⁹⁴ Para uma análise mais aprofundada dos argumentos utilizados nos pareceres, cf. FADDA, Fernanda. Regime constitucional e legal dos investimentos estrangeiros no Brasil. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 395-423.

⁴⁹⁵ A Emenda Constitucional nº 5 de 1995 aboliu a exclusividade das empresas estatais na exploração dos serviços de gás canalizado, alterando o artigo 25, § 2º, da Constituição Federal. O monopólio estatal na exploração dos serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicação, previsto no artigo 21, XI, da Constituição Federal, também foi abolido pela Emenda Constitucional nº 8 de 1995. FADDA, Fernanda. Regime constitucional e legal dos investimentos estrangeiros no Brasil. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 395-423, p. 397.

⁴⁹⁶ STUBER, Walter Douglas. O capital estrangeiro e a nova Constituição brasileira. *Revista dos Tribunais*, v. 77, n. 635, p. 139-142, 1988, p. 142.

Além de uma “reorientação geral no sentido da diminuição da participação estatal” – como salienta Marilda Rosado de Sá Ribeiro⁴⁹⁷ – a década de 90 foi marcada por uma tendência de privatização dos setores explorados pelo Estado e de abertura econômica ao capital estrangeiro.⁴⁹⁸ Entretanto, não foi editada a lei sobre investimentos estrangeiros, prevista no artigo 172 da Constituição Federal, subsistindo o regime anteriormente vigente.

2.3.2 Regulação infraconstitucional do investimento estrangeiro

Em relação ao nível infraconstitucional, permanece em vigor o regime de regulação de investimentos previamente instituído pela Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, modificada pela Lei nº 4.390, de 29 de agosto de 1964. Na época de sua elaboração, a Lei nº 4.131/62 tinha como objetivo garantir a segurança do capital estrangeiro, assegurar tratamento não discriminatório ao investidor não residente, atrair e estimular o ingresso de investimentos no país e defender os interesses nacionais.⁴⁹⁹

A Lei nº 4.131/62 foi recepcionada pelo artigo 172 da Constituição Federal, cumprindo integralmente as funções nele prescritas.⁵⁰⁰ Além de estabelecer diretrizes para o procedimento de admissão e supervisão de capital estrangeiro, a Lei nº 4.131/62 autoriza o Banco Central do Brasil (BACEN) a estabelecer regulamentos administrativos relativos ao investimento estrangeiro. As disposições regulamentares da Lei nº 4.131/62 ficaram a cargo do Decreto nº 55.762, de 17 de fevereiro de 1965. O regime é complementado por uma miríade de normas dispersas em instrumentos de diferentes níveis hierárquicos. As sucessivas modificações do regime de regulação dos investimentos estrangeiros previsto pela Lei nº

⁴⁹⁷ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 385.

⁴⁹⁸ WALD, Arnoldo. Uma nova visão dos tratados de proteção de investimento e da arbitragem internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, n. 21, p. 9-29, 2009, p. 11.

⁴⁹⁹ DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 82.

⁵⁰⁰ TÔRRES, Heleno Taveira. Aplicação do princípio da não discriminação tributária no STF e os tratados para evitar dupla tributação. *Revista de Estudos Tributários*, v. 15, n. 85, p. 9-22, 2012, p. 15.

4.131/62, muitas vezes realizadas por instrumentos infralegais, “fazem com que a disciplina normativa do assunto no Brasil seja uma verdadeira colcha de retalhos”.⁵⁰¹

Sem pretensão de esgotar o extenso e complexo tema da regulação infraconstitucional dos investimentos estrangeiros, alguns aspectos cruciais merecem maior atenção: (a) o conceito de investimento estrangeiro, (b) o procedimento para ingresso de capitais estrangeiros, (c) o tratamento dos investimentos estrangeiros após o ingresso no país e (d) os mecanismos de remessa de lucros e de repatriação dos capitais estrangeiros investidos no país.

2.3.2.1 Conceito de investimento estrangeiro no Direito brasileiro

O conceito de investimento estrangeiro é tema que suscita diversos questionamentos – muitos dos quais ainda inconclusivos – no plano internacional. Deixando de lado a discussão do conceito econômico de investimento estrangeiro, verifica-se, no plano do Direito Internacional, a necessidade de articulação dos conceitos presentes nos acordos internacionais de investimentos com aquele desenvolvido pela prática arbitral.⁵⁰²

No caso brasileiro, entretanto, o conceito de investimento é estabelecido pela legislação ordinária, tendo em vista que nenhum dos tratados bilaterais assinados pelo Brasil, os quais continham definições bastante amplas de investimento estrangeiro, foi ratificado. Nesse sentido, a Lei nº 4.131/62, em seu artigo 1º, apresenta a seguinte definição:

Consideram-se capitais estrangeiros, para os efeitos desta lei, os bens, máquinas e equipamentos, entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no país, para aplicação em atividades econômicas desde que, em ambas as hipóteses, pertençam a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior.⁵⁰³

Em primeira leitura do dispositivo, observa-se a existência de três aspectos fundamentais do conceito de investimento estrangeiro “(a) o ingresso do capital estrangeiro,

⁵⁰¹ SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 199.

⁵⁰² XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. As (in)definições de investimento estrangeiro. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 11-43.

⁵⁰³ BRASIL. Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962. Disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 27 set. 1962, p. 10075, artigo 1º.

correspondente a sua introdução no país; (b) a finalidade, que é restrita a aplicação em atividades econômicas; e c) a procedência (do exterior)".⁵⁰⁴

O dispositivo possui duas categorias objetivas de investimentos: em primeiro lugar, os "bens, máquinas e equipamentos" e, em segundo lugar, os "recursos financeiros ou monetários" que ingressam no Brasil.⁵⁰⁵ No que se refere à primeira categoria, a doutrina sempre atribuiu um significado bastante amplo ao dispositivo, incluindo tanto bens corpóreos como incorpóreos em seu escopo,⁵⁰⁶ desde que não ocorra "dispêndio inicial de divisas".⁵⁰⁷ Dessa maneira, são também considerados investimentos estrangeiros "as transferências de tecnologia e a prestação de serviços técnicos, bem como os direitos creditórios remissíveis ao exterior, tais como empréstimos e juros".⁵⁰⁸ Há, no entanto, certo grau de divergência doutrinária sobre as categorias de operações econômicas que constituem um investimento estrangeiro.

Na opinião de Eduardo Teixeira Silveira, o investimento estrangeiro pode implicar em: (a) capital de empreendimento, mediante aplicação direta – através de bens ou de capital – em sociedades brasileiras atuantes em algum setor produtivo da economia; (b) capital de portfólio, investido de forma indireta em ações, títulos e fundos, entre outros ativos, (c) do capital financeiro, na forma de empréstimos e arrendamento mercantil, de maneira direta, se negociados nas empresas do mesmo grupo empresarial, ou indireta, e (d) o capital tecnológico, compreendendo operações como licenciamento, negociação de patentes, serviços especializados, além de outras formas de transferência de tecnologia.⁵⁰⁹

⁵⁰⁴ ROSSI, Matheus Corredato. O tratamento das empresas de capital nacional e o direito ao desenvolvimento. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 15, n. 61, p. 218-240, 2007, p. 222.

⁵⁰⁵ SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 32-3; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no Direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 72.

⁵⁰⁶ SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 112.

⁵⁰⁷ O dispêndio inicial de divisas converteria, por exemplo, uma operação de investimento em uma operação de compra-e-venda. Nesse sentido, conclui Bernadete de Figueiredo Dias que "o aspecto temporal distingue a operação de importação do investimento. Na importação, os bens ingressam no território nacional sob o pagamento imediato do preço. No investimento, os bens ingressam no território nacional, mas o retorno de capital ao país de origem está condicionado à existência de lucro e normalmente não é imediato; não há um dispêndio inicial de divisas". DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e o direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 30.

⁵⁰⁸ SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 113.

⁵⁰⁹ SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 37.

Celso Ribeiro Bastos, por sua vez, adota uma classificação em quatro categorias ligeiramente distintas: (a) investimentos diretos na forma de bens, máquinas e equipamentos; (b) investimentos diretos na forma de recursos financeiros, (c) empréstimos e financiamentos, e (d) transferência de tecnologia e serviços técnicos especializados.⁵¹⁰ Egberto Lacerda Teixeira já apresentava semelhante classificação:

Há, pois, quatro categorias principais de capital estrangeiro: (a) os investimentos diretos sob a forma de bens de capital, máquinas, equipamentos; (b) os investimentos diretos sob a forma de recursos econômicos ou financeiros, isto é, dinheiro e crédito; (c) os empréstimos e financiamentos em moeda estrangeira; (d) a aplicação tecnológica, sob a forma de contratos de assistência técnica, administrativa, científica ou profissional; os contratos de licença de marcas, patentes e processos industriais.⁵¹¹

Ives Gandra Martins, por sua vez, adota uma classificação em três categorias, que compreendem a (a) financiamentos, (b) transferência de tecnologia e (c) investimento direto.⁵¹² Luiz Olavo Baptista também possui classificação tripartite, com as seguintes categorias: (a) investimentos em moeda, (b) investimentos em bens e serviços e (c) empréstimos e outros créditos.⁵¹³ Matheus Corredato Rossi divide os ingressos de capital estrangeiro em (a) investimento estrangeiro direto, (b) investimento estrangeiro indireto e (c) empréstimo e financiamento.⁵¹⁴

É importante verificar que, em nenhum momento, o legislador fez distinção expressa entre investimento estrangeiro direto e investimento estrangeiro indireto. Tal distinção – de cunho eminentemente econômico – é recorrentemente transposta ao âmbito jurídico, como esclarece Bernadete de Figueiredo Dias:

⁵¹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. Regime jurídico dos investimentos de capital estrangeiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 8, n. 32, p. 9-18, 2000, p. 11.

⁵¹¹ TEIXEIRA, Egberto Lacerda. Regime jurídico-fiscal dos capitais estrangeiros no Brasil. *Revista Forense*, v. 248, p. 454-466, 1974, p. 456.

⁵¹² MARTINS, Ives Gandra da Silva. Os aspectos legais do investimento estrangeiro na área de informática. *Revista Forense*, v. 84, n. 301, p. 3-16, 1988, p. 6. Por outro lado, Eduardo Teixeira Silveira considera os financiamentos entre empresas do mesmo grupo como investimentos estrangeiros diretos. SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 37.

⁵¹³ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no Direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 72-81.

⁵¹⁴ ROSSI, Matheus Corredato. O tratamento das empresas de capital nacional e o direito ao desenvolvimento. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 15, n. 61, p. 218-240, 2007, p. 221-4.

O investimento direto caracteriza-se pelo propósito de se estabelecer relação econômica durável como empresa (investimento). Essa relação durável é também de controle, pois o investidor adquire quotas suficientes para obter o controle da empresa (investimento). Por outro lado, no investimento indireto ou especulativo, não há a característica da durabilidade e o investidor não tem como objetivo obter o controle da empresa (investimento), mas tão somente auferir os lucros decorrentes da valorização dessa empresa no mercado.⁵¹⁵

Paulo Cesar Pimentel Raffaelli alerta que o investimento estrangeiro indireto, caracterizado pelo capital especulativo que “busca as altas e convidativas taxas de juros praticadas no mercado financeiro e de capitais brasileiro”, não tem comprometimento com o crescimento da economia nacional, podendo migrar facilmente para outros países com melhores condições de remuneração do capital.⁵¹⁶

De forma a reforçar a distinção entre investimentos diretos e indiretos, Eduardo Teixeira Silveira defende a inclusão dos critérios da permanência e da produtividade no conceito de investimento estrangeiro.⁵¹⁷ Esses critérios podem ser extraídos da exigência teleológica de usar os bens ingressados no país para a “produção de bens ou serviços” e os recursos financeiros para “aplicação em atividades econômicas” – como consta da definição legal – o que gera a expectativa de uma atividade econômica produtiva, afastando-se as aplicações estritamente especulativas. Nesse sentido, Egberto Lacerda Teixeira conclui que “a destinação econômica é essencial. O capital estrangeiro deve ser aplicado na produção de bens ou serviços e em outras atividades econômicas”.⁵¹⁸

⁵¹⁵ DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 40-1. De acordo com a autora, um padrão quantitativo adotado pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) é de considerar investimento estrangeiro direto aquele que se materializa na aquisição de, pelo menos, 10% do controle acionário de um empreendimento. Luiz Olavo Baptista conclui que “há três elementos discriminadores: durabilidade, finalidade (ligada ao controle) e trânsito de valores através das fronteiras”. BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no Direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 34.

⁵¹⁶ RAFFAELLI, Paulo Cesar Pimentel. Aspectos tributários do investimento estrangeiro no mercado financeiro e de capitais. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 12, n. 57, p. 257-277, 2004, 257.

⁵¹⁷ SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 35, entendimento presente em BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 89.01.21.744-9. Relator Des. Fed. Tourinho Neto. *DJ*, 16 out. 1989.

⁵¹⁸ TEIXEIRA, Egberto Lacerda. Regime jurídico-fiscal dos capitais estrangeiros no Brasil. *Revista Forense*, v. 248, p. 454-466, 1974, p. 456. Para José Luiz Conrado Vieira a distinção entre investimento direto e indireto decorreria, no Direito brasileiro, do paralelo entre a Lei nº 4.131/62 e a Lei nº 4.595/64, as “duas leis cadras do investimento estrangeiro”. Enquanto a Lei nº 4.131/62 cuida do investimento estrangeiro direto, a Lei nº 4.595/64 – disciplinando o mercado financeiro e de capitais – autorizaria o Conselho Monetário Nacional (CMN) a dispor sobre o investimento estrangeiro indireto. VIEIRA, José Luiz Conrado. Novo regramento do capital estrangeiro. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 8, n. 30, p. 157-219, 2005, 214-5.

Na verdade, a distinção entre investimento direto e indireto foi materializada pelas normas infralegais do Conselho Monetário Nacional (CMN). De um lado a Resolução CMN nº 3.844, de 23 de março de 2010, que dispõe sobre o capital estrangeiro, enumera, no artigo 1º, as seguintes modalidades de investimento estrangeiro: (a) investimento estrangeiro direto; (b) crédito externo, inclusive arrendamento mercantil financeiro externo; (c) *royalties*, serviços técnicos e assemelhados, arrendamento mercantil operacional externo, aluguel e afretamento; (d) garantias prestadas por organismos internacionais; e (e) capital em moeda nacional, nos termos da Lei nº 11.371, de 28 de novembro de 2006. Entretanto, todas essas categorias recebem tratamento semelhante à luz da normativa infralegal.⁵¹⁹

Registre-se que a Resolução nº 3.844/10 considera como investimento estrangeiro direto (a) a participação de investidor não residente no capital social de empresa receptora, integralizada ou adquirida na forma da legislação em vigor, e o capital destacado de empresa estrangeira autorizada a operar no Brasil e (b) a capitalização do valor correspondente a bens de propriedade de não residentes, importados sem obrigatoriedade de pagamento.⁵²⁰

O detalhamento sobre as operações incluídas em cada uma das categorias previstas na Resolução nº 3.844/10 foi realizado pelo Banco Central do Brasil (BACEN) na Circular BACEN nº 3.689, de 16 de dezembro de 2013. No caso específico do investimento estrangeiro direto consubstanciado na participação de investidor não residente no capital social de empresa receptora, a Circular nº 3.689/13 enumera os valores oriundos de (a) ingresso de moeda e de bens no país; (b) conversão em investimento de créditos passíveis de gerar transferências financeiras para o exterior; (c) permuta de participação societária; (d) conferência de quotas ou de ações; (e) rendimentos auferidos por investidor não residente em empresas receptoras; e (f) alienação a nacionais, redução de capital para restituição a sócio ou acervo líquido resultante de liquidação de empresa receptora.⁵²¹

De outro lado, a Resolução CMN nº 2.687, de 26 de janeiro de 2000, e a Resolução CMN nº 2.689, de 26 de janeiro de 2000, dispõem sobre aplicações de investidor não

⁵¹⁹ BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução nº 3.844, de 23 de março de 2010. Dispõe sobre o capital estrangeiro no País e seu registro no Banco Central do Brasil, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 26 mar. 2010.

⁵²⁰ BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução nº 3.844, de 23 de março de 2010. Dispõe sobre o capital estrangeiro no País e seu registro no Banco Central do Brasil, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 26 mar. 2010, Anexo I, artigos 5º e 8º.

⁵²¹ BRASIL. Banco Central do Brasil. Circular nº 3.689, 16 de dezembro de 2013. Regulamenta, no âmbito do Banco Central do Brasil, as disposições sobre o capital estrangeiro no País e sobre o capital brasileiro no exterior. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 17 dez. 2013, artigo 33.

residente em operações com contratos a termo, futuro e de opções de produtos agropecuários, e em operações nos mercados financeiro e de capitais, exigindo que o investidor previamente constitua representantes no país e realize registro na Comissão de Valores Mobiliários (CVM).⁵²² Dentre as diversas normas regulamentares, destaque-se a Instrução CVM nº 325, de 27 de janeiro de 2000, que dispõe sobre o registro do investidor não residente.⁵²³

Do cotejo das diferentes normas, verifica-se que não há, no Direito brasileiro, uma distinção absolutamente rígida entre investimento estrangeiro direto e investimento estrangeiro indireto. Embora a tal distinção importe, no atual momento, apenas em diferenças procedimentais de registro do investimento, a questão poderá ter maior relevância no momento de eventual adesão pelo Brasil a acordos internacionais de investimentos.

Em relação à característica subjetiva, observa-se que a Lei nº 4.131/62 adotou o critério do domicílio do investidor para definir a titularidade do investimento estrangeiro, de maneira que o capital de brasileiro domiciliado no exterior pode ser considerado investimento estrangeiro.⁵²⁴ O objetivo deste critério é permitir que a autoridade monetária tenha certo grau de controle sobre o fluxo de divisas no país, bem como obtenha de dados estatísticos referentes à origem do investimento e à área de atividade econômica do destinatário.⁵²⁵

Considerando que o conceito de investidores estrangeiros é baseado no domicílio, a sua modificação voluntária pelo investidor levanta uma questão controversa. Uma corrente sustenta que, nesse caso, a condição de investimento estrangeiro deve ser suspensa até que o investidor eventualmente mude seu domicílio novamente para um país estrangeiro, o que

⁵²² BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução nº 2.687, de 26 de janeiro de 2000. Admite a realização de operações com contratos a termo, futuro e de opções de produtos agropecuários por não residentes no País. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 27 jan. 2000, p. 5; BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução nº 2.689, de 26 de janeiro de 2000. Dispõe sobre aplicações de investidor não residente nos mercados financeiro e de capitais. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 27 jan. 2000, p. 6.

⁵²³ BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Instrução nº 325, de 27 de janeiro de 2000. Dispõe sobre o registro, na Comissão de Valores Mobiliários, de investidor não residente no País, de que trata a Resolução CMN no 2.689/00, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 2 fev. 2000.

⁵²⁴ De acordo com Luiz Olavo Baptista, “o domicílio a que se refere a Lei 4.131 é o civil, qualificado e especificado pelos elementos da legislação tributária”. BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no Direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 64.

⁵²⁵ FARIA, Werter Rotunno. Tratamento jurídico dispensado no Brasil ao capital estrangeiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 28, n. 110, p. 275-282, 1991, p. 278; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no Direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 62-3; DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 39-40; SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 113-4.

poderia, no entanto, facilitar fraudes, tendo em vista o investidor seria capaz de eleger o regime legal aplicável de acordo com o domicílio escolhido.⁵²⁶ Uma segunda corrente defende, por outro lado, que o registro de investimento estrangeiro deve ser cancelado, pois o elemento estrangeiro deixaria de existir.⁵²⁷

É importante ressaltar que Luiz Olavo Baptista, em virtude do artigo 7º da Lei nº 4.131/62, inclui nos tipos objetivos de investimentos estrangeiros os reinvestimentos, tendo em vista que a lei os “equipara ao capital estrangeiro – e pois considera-os como o sendo”.⁵²⁸ Os reinvestimentos são definidos legalmente como “os rendimentos auferidos por empresas estabelecidas no país e atribuídos a residentes e domiciliados no exterior, e que forem reaplicados nas mesmas empresas de que procedem ou em outro setor da economia nacional”.⁵²⁹

Nos termos da Resolução CMN nº 3.844/10, as capitalizações de lucros, dividendos, juros sobre capital próprio e reservas de lucros, quando realizadas na empresa receptora em que foram produzidos os recursos, são consideradas reinvestimentos e devem ser registradas “na moeda do país para o qual poderiam ter sido remetidos ou, no caso de investimento registrado em moeda nacional, em reais”.⁵³⁰

Os reinvestimentos representam uma escolha do investidor no sentido de abster-se de receber seus lucros e reaplica-los na economia nacional, motivo pelo qual devem ser incentivados, como determina o artigo 172 da Constituição Federal.⁵³¹

⁵²⁶ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no Direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 65; TEIXEIRA, Egberto Lacerda. Regime jurídico-fiscal dos capitais estrangeiros no Brasil. *Revista Forense*, v. 248, p. 454-466, 1974, p. 457.

⁵²⁷ SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 114.

⁵²⁸ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no Direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 51.

⁵²⁹ BRASIL. Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962. Disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 27 set. 1962, p. 10075, artigo 7º.

⁵³⁰ BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução nº 3.844, de 23 de março de 2010. Dispõe sobre o capital estrangeiro no País e seu registro no Banco Central do Brasil, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 26 mar. 2010.

⁵³¹ SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 132.

2.3.2.2 Procedimento para ingresso do investimento estrangeiro

O legislador ordinário, em sua regulamentação do investimento estrangeiro, adotou o sistema de simples registro do ingresso de capitais, para controle pelo Banco Central do Brasil (BACEN).⁵³² Trata-se de regime distinto daquele adotado em outros países, em que se exige, por exemplo, autorização prévia para ingresso do capital estrangeiro.⁵³³ O sistema de registro tem algumas finalidades, identificadas por Bernadete de Figueiredo Dias:

(i) propiciar o controle efetivo do ingresso e saída de divisas do país; (ii) atribuir ao investidor estrangeiro o direito ao retorno do capital investido e o direito às remessas de lucros e dividendos e; (iii) coletar dados estatísticos sobre o ingresso dos capitais estrangeiros, sua destinação e a evasão de divisas, com a finalidade de formular políticas sobre investimentos estrangeiros e avaliar o impacto desses investimentos no desenvolvimento socioeconômico do país.⁵³⁴

Dispõe o artigo 3º da Lei nº 4.131/62 que dependem de registro (a) os capitais estrangeiros que ingressarem no país sob a forma de investimento direto ou de empréstimo, quer em moeda, quer em bens; (b) as remessas feitas para o exterior na forma de retorno de capitais ou de rendimentos, lucros, dividendos, juros, amortizações, *royalties* ou qualquer outro título que implique transferência de rendimentos dos capitais investidos para fora do país; (c) os reinvestimentos de lucros dos capitais estrangeiros; e (d) as alterações do valor monetário do capital das empresas.⁵³⁵ Diversas outras operações, embora não previstas expressamente na Lei nº 4.131/62, são passíveis de registro, nos termos da Resolução nº 3.844/10 do Conselho Monetário Nacional e da Circular nº 3.689/13 do Banco Central do Brasil.⁵³⁶

⁵³² SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 114.

⁵³³ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano; CASTRO, Emília Lana de Freitas. A regulamentação dos investimentos estrangeiros na América Latina. In: CAPUCIO, Camilla; CARVALHO, David França Ribeiro de; LASMAR, Jorge Mascarenhas; RANGEL, Leandro de Alencar; QUAGLIA, Maria de Lourdes Albertini; BARROS, Marinana Andrade; MENEZES, Wagner (Orgs.). *Direito Internacional no nosso tempo: relações jurídicas privadas, comerciais e dos investimentos*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 209-228, p. 226. As legislações do México e da Nicarágua contêm, por exemplo, previsão expressa da necessidade de autorização estatal para a realização do investimento.

⁵³⁴ DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 97-8.

⁵³⁵ SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 116.

⁵³⁶ BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução nº 3.844, de 23 de março de 2010. Dispõe sobre o capital estrangeiro no País e seu registro no Banco Central do Brasil, e dá outras providências. *Diário Oficial [da]*

O prazo para realização do registro do investimento estrangeiro é de trinta dias a contar da data de seu ingresso no país ou, no caso de reinvestimento, da data de aprovação do registro contábil da empresa, cujas remessas serão reinvestidas.⁵³⁷ No caso de investimentos através da capitalização de bens, o prazo deverá ser contado da data do desembaraço aduaneiro do bem.⁵³⁸ O descumprimento do prazo legal enseja a aplicação de multa, nos termos do artigo 58 da Lei nº 4.131/62, que foi objeto de sucessivas modificações.⁵³⁹ Os critérios para aplicação das multas foram delimitados pelo Conselho Monetário Nacional de forma expressa na Resolução nº 4.104, de 28 de junho de 2012.⁵⁴⁰

O cumprimento do prazo legal tem importante consequência, pois, se o registro é efetuado dentro do prazo, terá efeitos a partir da data de ingresso efetivo de capital. Se, no entanto, o registro for efetuado fora do prazo, terá efeito somente a partir da data da sua efetivação.⁵⁴¹ O momento de efetivação do registro também é relevante para a determinação

República Federativa do Brasil, Brasília, 26 mar. 2010; BRASIL. Banco Central do Brasil. Circular nº 3.689, 16 de dezembro de 2013. Regulamenta, no âmbito do Banco Central do Brasil, as disposições sobre o capital estrangeiro no País e sobre o capital brasileiro no exterior. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 17 dez. 2013.

⁵³⁷ DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 67; SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 114; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no Direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 70.

⁵³⁸ BRASIL. Banco Central do Brasil. Circular nº 3.689, 16 de dezembro de 2013. Regulamenta, no âmbito do Banco Central do Brasil, as disposições sobre o capital estrangeiro no País e sobre o capital brasileiro no exterior. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 17 dez. 2013, artigo 36, § 1º.

⁵³⁹ Em sua redação original, o dispositivo previa a aplicação de multas que variavam de vinte a cinquenta vezes o maior salário mínimo. Com a Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, a redação do dispositivo foi alterada para limitar as multas a cem mil reais. (BRASIL. Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995. Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o REAL, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 30 jun. 1995, p. 9621) Posteriormente, sem alteração de redação, a Medida Provisória nº 2.224, de 4 de setembro de 2001, elevou, no artigo 3º, o máximo da multa para duzentos e cinquenta mil reais. (BRASIL. Medida Provisória nº 2.224, de 4 de setembro de 2001. Estabelece multa relativa a informações sobre capitais brasileiros no exterior e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 5 set. 2001. Edição extra, p. 16)

⁵⁴⁰ BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução nº 4.104, de 28 de junho de 2012. Dispõe sobre os critérios para aplicação de penalidades por infrações às normas que regulam os registros e o censo de capitais estrangeiros no País. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 2 jul. 2012. Seção 1, p. 18. São casos de incidência de multa: (a) registro de capital estrangeiro ou apresentação da declaração do censo fora do prazo; (b) prestação incorreta ou incompleta de informações no registro de capital estrangeiro ou na declaração do censo; (c) ausência de destaque no balanço das empresas, inclusive sociedades anônimas, da parcela do capital e dos créditos, registrados no Banco Central do Brasil; (d) ausência de registro relativo a capitais estrangeiros ou não apresentação da declaração do censo; e (e) prestação de informação falsa no registro de capital estrangeiro ou no censo de capitais estrangeiro.

⁵⁴¹ DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 97.

do regime jurídico aplicável ao investimento estrangeiro.⁵⁴² Nesse sentido, Egberto de Lacerda Teixeira afirma que “a modificação *in pejus* de critérios legais ou regulamentares deve respeitar a data do pedido feito em tempo hábil”, de maneira a não prejudicar os investimentos realizados anteriormente à modificação.⁵⁴³

O registro é realizado de forma declaratória e eletrônica, nos termos do que dispõe a Resolução CMN nº 3.844/10.⁵⁴⁴ De acordo com a Circular BACEN nº 3.689/13, o responsável pelo registro deve se utilizar do Registro Declaratório Eletrônico (RDE), através no Sistema de Informações Banco Central (SISBACEN).⁵⁴⁵ Nesse sentido, observa-se que, no sistema de registro declaratório, inexistente fiscalização e aprovação prévia pelo Banco Central do Brasil, “mas apenas a declaração efetuada pelos próprios interessados, que se responsabilizam pela correção, completude e tempestividade das informações prestadas”.⁵⁴⁶

Embora nada seja previsto na Lei nº 4.131/62, a norma regulamentadora – Decreto nº 55.762/65 – estabeleceu a entrega de um certificado de registro ao investidor estrangeiro, o qual seria necessário, por exemplo, para a posterior realização de remessas para o exterior.⁵⁴⁷ Luiz Olavo Baptista sintetiza a divergência doutrinária sobre a natureza jurídica do certificado de registro, afirmando que “há quem diga que é ato declaratório de registro, e, simultaneamente, constitutivo dos direitos de repatriar o capital e remeter os lucros se houver. Há quem lhe reconheça tão-só o caráter declaratório” do ingresso regular do investimento estrangeiro.⁵⁴⁸ Em sua análise, Eduardo Teixeira Silveira entende que – no atual modelo de

⁵⁴² BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no Direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 71.

⁵⁴³ TEIXEIRA, Egberto Lacerda. Regime jurídico-fiscal dos capitais estrangeiros no Brasil. *Revista Forense*, v. 248, p. 454-466, 1974, p. 458.

⁵⁴⁴ BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução nº 3.844, de 23 de março de 2010. Dispõe sobre o capital estrangeiro no País e seu registro no Banco Central do Brasil, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 26 mar. 2010, artigo 1º.

⁵⁴⁵ BRASIL. Banco Central do Brasil. Circular nº 3.689, 16 de dezembro de 2013. Regulamenta, no âmbito do Banco Central do Brasil, as disposições sobre o capital estrangeiro no País e sobre o capital brasileiro no exterior. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 17 dez. 2013, artigo 19.

⁵⁴⁶ SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 118.

⁵⁴⁷ BRASIL. Decreto nº 55.762, de 17 de fevereiro de 1965. Regulamenta a Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, modificada pela Lei nº 4.390, de 29 de agosto de 1964. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 18 fev. 1965, p. 1998, artigos 6º e 7º.

⁵⁴⁸ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no Direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 83.

registro declaratório eletrônico – a discussão estaria superada, tendo em vista que o investidor estrangeiro apenas comunica o ingresso do capital no país, recebendo automaticamente o certificado de registro sem que o Banco Central do Brasil realize uma análise da regularidade da operação, a qual poderá ser *a posteriori* considerada irregular.⁵⁴⁹

É de se ressaltar que a finalidade precípua do certificado de investimento é servir de requisito para quaisquer remessas para o exterior relativas ao investimento a que ele se refere, assegurando ao titular o exercício dos direitos à repatriação, ao reinvestimentos e à remessa ao exterior de seus lucros.⁵⁵⁰ Dessa forma, a ausência de registro – além das sanções pecuniárias – impedia o exercício desses direitos, uma vez que se considerava contaminado, nessa hipótese, o capital estrangeiro. De acordo com Luiz Olavo Baptista, não só a repatriação do capital estrangeiro encontrava entraves jurídicos, mas também o procedimento de descontaminação – realizado no âmbito do Banco Central do Brasil – era bastante complexo.⁵⁵¹

Entretanto, a Lei nº 11.371, de 28 de novembro de 2006, passou a permitir, em seu artigo 5º, o registro do capital estrangeiro investido em pessoas jurídicas no país, ainda não registrado no Banco Central do Brasil. Nesse sentido, há quem considere que insubsistente a categoria jurídica de capital contaminado, sendo possível apenas considerar o capital estrangeiro pendente de registro no Banco Central do Brasil.⁵⁵²

A autorização legal foi reproduzida na Resolução CMN nº 3.844/10 e na Circular BACEN nº 3.689/13, havendo, no entanto, previsão de que o registro do capital estrangeiro deve ocorrer, independentemente da data de sua integralização, até o último dia útil do ano-

⁵⁴⁹ Eduardo Teixeira Silveira não identifica natureza constitutiva nem declaratória, porquanto não considera o documento um certificado, do ponto de vista estritamente técnico. SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 121-2.

⁵⁵⁰ DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 97; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no Direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 82-3.

⁵⁵¹ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no Direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 82. De acordo com Eduardo Teixeira Silveira “a ‘descontaminação’ do capital é admitida pelo Banco Central, mediante a instauração de um procedimento administrativo com sua autorização, no qual se exige a realização de um novo investimento”. SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 125.

⁵⁵² FADDA, Fernanda. Regime constitucional e legal dos investimentos estrangeiros no Brasil. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 395-423, p. 417; BARBOSA, Hermano Notaroberto. Aspectos jurídicos da liberalização cambial no Brasil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 16, n. 60, p. 51-86, 2013, p. 51.

calendário subsequente ao do balanço anual no qual a pessoa jurídica estiver obrigada a registrar o capital.⁵⁵³

Em relação à moeda em que se deve efetuar o registro, determina o artigo 4º da Lei nº 4.131/62 que o capital estrangeiro ingressado no país deve ser registrado na moeda do país de origem.⁵⁵⁴ Mesmo que o investidor estrangeiro efetuasse o aporte de capital em moeda mais valorizada, seria obrigado a fazer o registro do investimento na moeda do seu país de origem. Essa alternativa legislativa foi amplamente criticada, de maneira que o Decreto nº 55.762/65, em seu artigo 4º, estabeleceu – exorbitando sua esfera de competência hierárquica⁵⁵⁵ – que o registro fosse efetuado na moeda estrangeira efetivamente ingressada no país,⁵⁵⁶ determinação reproduzida na Resolução CMN nº 3.844/10. Em alguns casos, como aquele do registro de capital estrangeiro sob a égide da Lei nº 11.371/06, é permitido o registro em moeda nacional.

No caso dos reinvestimentos, determinava a redação original da Lei nº 4.131/62 a realização do registro em moeda nacional, mas – em virtude das críticas doutrinárias, no sentido de que o investidor estrangeiro poderia ser prejudicado pela desvalorização cambial – a redação foi alterada pela Lei nº 4.390/64 para estabelecer o registro moeda do país para o qual poderia ter sido remetido o capital reinvestido e, simultaneamente, em moeda nacional para simples controle de conversão.⁵⁵⁷

⁵⁵³ BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução nº 3.844, de 23 de março de 2010. Dispõe sobre o capital estrangeiro no País e seu registro no Banco Central do Brasil, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 26 mar. 2010, Anexo V, artigo 4º; DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 98.

⁵⁵⁴ BRASIL. Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962. Disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília 27 set. 1962, p. 10075, artigo 4º.

⁵⁵⁵ Luiz Olavo Baptista é enfático ao afirmar que “decreto não altera lei. Entretanto, a verdade é que, na prática, o decreto é que vem sendo aplicado e, mais, por vezes até mesmo alterado por portarias e circulares do Banco Central. Essa situação lamentavelmente se mantém, porque os investidores, na sua maioria, têm receio de ofender ou criar uma situação em que sejam mal-vistos pelo Banco Central, se ingressarem na Justiça”. BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no Direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 86.

⁵⁵⁶ SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 123. BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no Direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 85.

⁵⁵⁷ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no Direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.86-7; SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 123.

Em nível infraconstitucional, observa-se que o ingresso de capital estrangeiro no país se apresenta, em certa medida, bastante liberalizado.⁵⁵⁸ O legislador brasileiro instituiu um sistema de controle através de simples registro, sem necessidade de prévia apreciação – pelo Banco Central do Brasil – da destinação do capital estrangeiro na economia nacional. Esse sistema, no entanto, não está imune às críticas. Nos comentários da doutrina, verifica-se uma preocupação com uma desnacionalização da economia, uma vez que o ingresso de capital estrangeiro, muitas vezes, não implica na realização de novos investimentos, mas apenas na transferência da titularidade de empreendimentos de nacionais para estrangeiros.⁵⁵⁹

2.3.2.3 Tratamento do investimento estrangeiro

O exame da questão do tratamento do investimento estrangeiro compreende, em um primeiro momento, a análise das restrições de acesso do investidor a determinados setores da economia nacional. Embora o sistema de registro de capitais estrangeiros tenha características bastante liberalizantes, algumas restrições setoriais estão previstas nas normas legais e infralegais, em paralelo àquelas estabelecidas na Constituição Federal – comentadas anteriormente – como consequência do princípio da soberania. Uma análise não exaustiva das restrições de acesso do capital estrangeiro, previstas nas normas infraconstitucionais, permite verificar a amplitude dos setores econômicos reservados pelo legislador brasileiro ao capital nacional (Quadro 1).

Quadro 1 – Exemplos de restrições de acesso do capital estrangeiro previstas em normas legais e infralegais

| setor econômico | descrição da restrição | previsão legal |
|------------------------|--|-----------------------------|
| transporte aéreo | exploração mediante concessão à pessoa jurídica brasileira, com pelo menos 4/5 do capital votante pertencente a brasileiros e com direção exclusiva de brasileiros | Lei nº 7.565/86, artigo 181 |
| transporte marítimo | registro em nome de estrangeiro apenas das embarcações classificadas na atividade de esporte ou recreio | Lei nº 7.652/88, artigo 8º |

⁵⁵⁸ Em algumas ocasiões, procurou-se estabelecer controle extrafiscal do ingresso de capital estrangeiro, através – por exemplo – da elevação da alíquota de impostos incidentes nas operações de câmbio para ingresso dos recursos financeiros. Nesse sentido, Gustavo Loyola entende que “a adoção de controles de entrada de capitais é desaconselhável pelas dificuldades de administração desses mecanismos pelo Banco Central, no contexto de mercados financeiros crescentemente integrados e globalizados”. LOYOLA, Gustavo. Controle de capitais não é a solução. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 13, n. 48, p. 281-286, 2010, p. 286.

⁵⁵⁹ SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 202.

| | | |
|--|--|------------------------------------|
| propriedade imobiliária em zona de fronteira | proibição de domínio, posse, titularidade de direito real e participação a qualquer título de estrangeiros sobre imóvel rural em zona de fronteira | Lei nº 6.634/79, artigo 2º |
| aforamento dos terrenos de marinha | aforamento de terrenos de marinha unicamente a brasileiros natos ou naturalizados | Decreto-Lei nº 2.490/40, artigo 2º |
| construção e operação de rodovias | construção, conservação e exploração de rodovias e obras rodoviárias federais exclusivamente por empresas brasileiras, desde que o controle decisório e de capital com direito a voto, esteja, em caráter permanente, exclusivo e incondicional, sob a titularidade de pessoas físicas de nacionalidade brasileira | Decreto nº 94.002/87, artigo 2º |
| serviços de telecomunicações | possibilidade de estabelecimento, pelo Poder Executivo, de limites à participação estrangeira no capital de prestadora de serviços de telecomunicações | Lei nº 9.472/97, artigo 18 |
| | exploração de serviços de telecomunicações por empresas brasileiras, desde que maioria das cotas ou ações com direito a voto pertença a pessoas naturais residentes no Brasil ou a empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no País | Decreto nº 2.617/98, artigo 1º |
| segurança privada | propriedade e a administração das empresas especializadas em segurança privada que vierem a se constituir são vedadas a estrangeiros. | Lei nº 7.102/83, artigo 11 |
| empresas de trabalho temporário | registro da empresa apenas com prova de que todos os sócios são brasileiros | Lei nº 6.019/74, artigo 6º |

Embora algumas restrições de acesso do capital estrangeiro tenham sido eliminadas do ordenamento jurídico brasileiro ao longo dos anos 90,⁵⁶⁰ existem ainda diversos outros setores econômicos com limitações previstas em normas legais e infralegais.⁵⁶¹

⁵⁶⁰ São os casos das restrições no setor de transporte rodoviário de cargas (previstas na Lei nº 6.813/80 e revogadas pela Lei nº 11.442/06), de transporte marítimo (previstas na Lei nº 7.652/88 e revogadas pela Lei nº 9.432/97) e de informática (previstas na Lei nº 7.232/94 e revogadas pela Lei nº 8.248/91).

⁵⁶¹ Entre outros, cf. BORJA, Célio de Oliveria. Empresa de segurança privada. Participação de estrangeiros no capital social [Parecer]. *Revista Forense*, v. 98, n. 359, p. 191-198, 2002; BARBOSA, Denis Borges. Direito de acesso do capital estrangeiro. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 425-457; BARBOSA, Denis Borges. Direito de acesso do capital estrangeiro. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 425-457; BANCO MUNDIAL. Serviço de Assessoramento sobre Investimentos Estrangeiros. *Brasil: barreiras jurídicas, administrativas e políticas aos investimentos no Brasil*. v. 1. O quadro dominante das leis e das políticas e o papel da promoção dos investimentos. [s.l.]: Banco Mundial, 2001; STUBER, Walter Douglas; MONTEIRO, Manoel Ignácio Torres; ANAN JUNIOR, Pedro; NEMER, Marcelo

Inexistindo – em nível constitucional ou infraconstitucional – restrição de acesso do capital estrangeiro, impõe-se uma segunda ordem de questionamentos, que recai sobre o tratamento propriamente dito do investimento estrangeiro pelo Direito brasileiro. Nesse sentido, recorda-se a controvérsia sobre a possibilidade de estabelecimento de tratamento diferenciado pela lei ordinária. De um lado, é possível entender que o princípio da isonomia, previsto na Constituição Federal, representaria um óbice à criação de tratamento diferenciado pela lei ordinária.⁵⁶² De outro lado, é igualmente possível entender que, em observância do princípio do interesse nacional, a lei ordinária poderia estabelecer diferenças de tratamento do capital estrangeiro.⁵⁶³

O legislador brasileiro estabeleceu, no artigo 2º da Lei nº 4.131/62, o princípio da igualdade de tratamento entre o capital nacional e o capital estrangeiro.⁵⁶⁴ No mesmo dispositivo, o legislador limitou a aplicação do princípio às circunstâncias em que o capital nacional se encontra em igualdade de condições com o capital estrangeiro, motivo pelo qual Eduardo Teixeira Silveira comenta que eventual diferenciação de tratamento não causaria violação ao princípio da isonomia, quando objetivamente fundamentado na observação de maior poder econômico das empresas transnacionais. Sobre a questão, o autor conclui ainda que “sustentar uma igualdade a todo preço entre o investimento nacional e o estrangeiro, *data venia*, é já tomar uma posição em favor deste”.⁵⁶⁵

Ressalte-se que a Lei nº 4.131/62, no artigo 2º, estabeleceu a proibição de “quaisquer discriminações não previstas na presente lei”, como aquela do artigo 39, que trata da

Antunes. Current foreign capital investment regulations in Brazil. *Comparative Law Yearbook of International Business*, v. 24, p. 129-170, 2004.

⁵⁶² BORJA, Célio de Oliveira. O capital estrangeiro no direito brasileiro. *Revista do Advogado*, v. 26, n. 88, p. 32-43, 2006, p. 42; DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 231.

⁵⁶³ SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 112; FADDA, Fernanda. Regime constitucional e legal dos investimentos estrangeiros no Brasil. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 395-423, p. 406-7.

⁵⁶⁴ BRASIL. Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962. Disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 27 set. 1962, p. 10075, artigo 2º.

⁵⁶⁵ SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 70-1.

concessão de crédito pelo Tesouro Nacional e pelas entidades oficiais de crédito público.⁵⁶⁶

Na opinião de Heleno Tôrres:

enquanto não revogada a Lei nº 4.131/1962, ao mencionar que se encontra vedada qualquer hipótese de discriminação não prevista na respectiva lei, esta seguirá exercendo as atribuições de uma autêntica norma de sobredireito, com eficácia para todo o sistema jurídico, inclusive sobre o legislador tributário. [...] A presença de mecanismos discriminatórios sobre empresas nacionais, mormente de natureza tributária, pelo simples fato de serem controladas por capital estrangeiro ou utilizarem, de algum modo, capital estrangeiro, não está autorizada pela Constituição vigente, em face de todos os preceitos sobre as liberdades e garantias da ordem econômica.⁵⁶⁷

Em posicionamento divergente, considera-se que “a vedação a discriminações não previstas na lei se dirige apenas às normas infralegais, uma vez que o legislador ordinário não pode opor restrições ao poder de legislar do legislador ordinário futuro”.⁵⁶⁸ No Decreto nº 55.762/65, em linha com esse entendimento, fez-se referência às “discriminações não previstas em lei”.⁵⁶⁹

De qualquer modo, no atual regime infraconstitucional, e regra geral – do artigo 2º da Lei nº 4.131/62 – é a igualdade de tratamento entre o capital nacional e o capital estrangeiro. São, portanto, determinados pelo Direito brasileiro os diversos aspectos de regulação dos investimentos estrangeiros ingressados no país, dentre os quais é possível destacar: (a) os procedimentos administrativos para o registro de pessoas jurídicas e as regras societárias para o funcionamento de empresas,⁵⁷⁰ (b) as hipóteses e alíquotas para tributação das atividades econômicas,⁵⁷¹ e (c) as garantias de acesso à justiça e de devido processo legal.⁵⁷²

⁵⁶⁶ BRASIL. Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962. Disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 27 set. 1962, p. 10075, artigo 2º.

⁵⁶⁷ TÔRRES, Heleno Taveira. Aplicação do princípio da não discriminação tributária no STF e os tratados para evitar dupla tributação. *Revista de Estudos Tributários*, v. 15, n. 85, p. 9-22, 2012, p. 16.

⁵⁶⁸ FADDA, Fernanda. Regime constitucional e legal dos investimentos estrangeiros no Brasil. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 395-423, p. 412.

⁵⁶⁹ BRASIL. Decreto nº 55.762, de 17 de fevereiro de 1965. Regulamenta a Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, modificada pela Lei nº 4.390, de 29 de agosto de 1964. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 18 fev. 1965, p. 1998, artigo 2º.

⁵⁷⁰ RODRIGUES, Fernando. Procedimentos necessários à constituição de sociedade no Brasil com recursos oriundos do exterior. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 14, n. 69, p. 377-397, 2006.

⁵⁷¹ Entre outros, cf. ÁVILA, Márcio. Tributação de investimentos estrangeiros no Brasil. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 459-476; STUBER, Walter Douglas. A tributação dos investidores estrangeiros no Brasil: a sistemática tributária atual

Nesse sentido, é importante ressaltar que a eventual adesão pelo Brasil a tratados bilaterais de investimentos, os quais normalmente contêm a previsão do padrão de tratamento nacional, poderia ter importantes consequências para o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que é admissível, dependendo da interpretação atribuída às regras atualmente existentes, o estabelecimento de tratamento diferenciado pela legislação ordinária.

2.3.2.4 Remessa de lucros e repatriação do investimento estrangeiro

Em sua redação original, a Lei nº 4.131/62 limitava a remessa de lucros anual a 10% do valor dos investimentos registrados no Banco Central do Brasil (BACEN), estabelecendo que as remessas de lucros que ultrapassassem esse limite seriam consideradas repatriação do capital estrangeiro, sendo deduzidas do valor registrado.⁵⁷³ Em todo caso, a repatriação máxima anual ficava limitada a 20% do capital registrado, de maneira que um investidor estrangeiro precisaria de no mínimo cinco anos para repatriar o capital.⁵⁷⁴ Esse sistema de restrições quantitativas correspondia ao modelo tradicionalmente adotado no Brasil.⁵⁷⁵

Todos os dispositivos que cuidavam das restrições quantitativas foram revogados pela Lei nº 4.390/64, que passou a adotar, em contrapartida, um sistema de desincentivo à remessa

como fator de incentivo na atração do capital internacional a ser aplicado em nosso país nos mercados financeiro e de valores mobiliário. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 15, n. 76, p. 268-275, 2007; NUNES, Renato. Ganho de capital em investimentos estrangeiros: incidência, apuração e sujeitos passivos do imposto sobre a renda. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 154, p. 92-103, 2008; STUBER, Walter Douglas. Novas regras de isenção tributária em benefício dos investidores estrangeiros. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 14, n. 67, p. 36-39, 2006; RAFFAELLI, Paulo Cesar Pimentel. Benefício fiscal de alíquota zero para a capital estrangeiro especulativo no Brasil. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 14, n. 71, p. 116-118, 2006.

⁵⁷² MENDES, Gilmar Ferreira. A reforma do sistema judiciário no Brasil: elementos fundamental para garantir segurança jurídica ao investimento estrangeiro no Brasil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 12, n. 43, p. 9-16, 2009.

⁵⁷³ DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 111; SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 126.

⁵⁷⁴ SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 133.

⁵⁷⁵ DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 111. Na América Latina, países como Chile e Nicarágua possuem restrições temporais para a repatriação dos investimentos, estabelecendo períodos mínimos de permanência no país. XAVIER JUNIOR, Ely Caetano; CASTRO, Emília Lana de Freitas. A regulamentação dos investimentos estrangeiros na América Latina. In: CAPUCIO, Camilla; CARVALHO, David França Ribeiro de; LASMAR, Jorge Mascarenhas; RANGEL, Leandro de Alencar; QUAGLIA, Maria de Lourdes Albertini; BARROS, Marinana Andrade; MENEZES, Wagner (Orgs.). *Direito Internacional no nosso tempo: relações jurídicas privadas, comerciais e dos investimentos*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 209-228, p. 226.

de lucros e à repatriação, através da instituição de um imposto suplementar de renda.⁵⁷⁶ De evidente caráter extrafiscal, o tributo criava um ônus crescente para as remessas de lucros superiores a 12% do investimento estrangeiro registrado no triênio anterior.⁵⁷⁷ O imposto suplementar de renda possuía alíquotas variáveis que podiam chegar a 60% do montante a ser remetidos ou repatriado.⁵⁷⁸ Nesse sentido, o imposto suplementar de renda “não se configura como um tributo proibitivo da transferência de recursos para o exterior, mas, apenas, como uma técnica desestimuladora dessas remessas”.⁵⁷⁹

De qualquer forma, a instituição do imposto suplementar de renda representava uma flexibilização do Direito brasileiro, como aponta Luiz Carlos Sturzenegger ao afirmar que:

a lei brasileira não limitava mais, a partir daí, as remessas de lucros ou dividendos gerados pelo capital estrangeiro, possibilitando à empresa receptora dos investimentos enviar a seu titular lucros em qualquer montante ou proporção, apenas sujeitas, tais remessas, uma vez excedido aquele limite, à escala progressiva do citado encargo fiscal.⁵⁸⁰

Embora não revogado, o imposto suplementar de renda teve sua exigibilidade suspensa a partir de 31 de dezembro de 1991, em virtude da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991.⁵⁸¹ Dessa maneira, à luz das normas atualmente em vigor, “inexiste qualquer medida, seja de restrição quantitativa ou de desincentivo, que vede ou dificulte o retorno de investimentos ao país de origem do investidor”.⁵⁸² Ressalte-se que a Circular BACEN nº

⁵⁷⁶ REIS, Sebastião Alves dos. Capital estrangeiro: remessa de lucro. *Revista de Direito Público*, v. 23, n. 94, p. 294-302, 1990, p. 296-7; GARCIA, Maria. A ordem econômica: remessa de lucros e a Lei nº 4.131/1962. O governo Goulart e o relato de Darcy Ribeiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 16, n. 63, p. 179-194, 2008, p. 187.

⁵⁷⁷ GARCIA, Maria. A ordem econômica: remessa de lucros e a Lei nº 4.131/1962. O governo Goulart e o relato de Darcy Ribeiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 16, n. 63, p. 179-194, 2008, p. 187.

⁵⁷⁸ TEIXEIRA, Egberto Lacerda. Regime jurídico-fiscal dos capitais estrangeiros no Brasil. *Revista Forense*, v. 248, p. 454-466, 1974, p. 463-66.

⁵⁷⁹ REIS, Sebastião Alves dos. Capital estrangeiro: remessa de lucro. *Revista de Direito Público*, v. 23, n. 94, p. 294-302, 1990, p. 299.

⁵⁸⁰ STURZENEGGER, Luiz Carlos. Imposto suplementar de renda: critério para desconto nas remessas de lucros ao exterior. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 27, n. 69, p. 56-62, 1988, p. 57.

⁵⁸¹ DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 112.

⁵⁸² DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 112.

3.689/13 apenas exige o registro das operações de remessa de lucros e de repatriação de capital no sistema eletrônico, previamente a sua realização.⁵⁸³

E, além disso, os atuais mecanismos tributários são utilizados para incentivar o reinvestimento do capital estrangeiro, sem utilizar necessariamente mecanismos de desestímulo à remessa de lucros ou à repatriação do investimento.⁵⁸⁴ Em relação ao sistema brasileiro de controle da saída de capitais estrangeiros, conclui Eduardo Teixeira Silveira que:

a situação legislativa atual no que tange às remessas de lucros é de total liberdade tanto no aspecto quantitativo, quanto no tributário, não havendo mais quaisquer restrições desta ordem aos pagamentos efetuados a tal título. Desde que o lucro seja proveniente de investimento devidamente registrado junto ao Banco Central, a remessa poderá ser realizada. Esta liberdade, contudo, pode ser limitada em casos de grave desequilíbrio no balanço de pagamentos e quando os lucros forem auferidos em atividades comerciais de produção de bens de consumo suntuários, nos termos do art. 28 da Lei n. 4.131/62 e 2º da Lei n. 4.390/64.⁵⁸⁵

Na hipótese de grave desequilíbrio no balanço de pagamento, a Lei nº 4.131/62 autoriza a vedação do retorno de investimentos assim como a imposição de restrições quantitativas à remessa de lucros, desde que fixadas por tempo determinado.⁵⁸⁶ Prevalece no Brasil, de maneira geral, a liberdade de remessas de lucros e de repatriação de capitais.⁵⁸⁷

⁵⁸³ BRASIL. Banco Central do Brasil. Circular nº 3.689, 16 de dezembro de 2013. Regulamenta, no âmbito do Banco Central do Brasil, as disposições sobre o capital estrangeiro no País e sobre o capital brasileiro no exterior. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 17 dez. 2013, artigo 47. Luiz Olavo Baptista comenta que o sistema de autorização genérica para remessa de lucros e repatriação de capital, utilizado no Brasil, se contrapõe aquele em que já a outorga de uma garantia individual, mediante autorização prévia do projeto de realização do investimento. BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no Direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 92.

⁵⁸⁴ FARIA, Werter Rotunno. Tratamento jurídico dispensado no Brasil ao capital estrangeiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 28, n. 110, p. 275-282, 1991, p. 282.

⁵⁸⁵ SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 126-7

⁵⁸⁶ DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 113.

⁵⁸⁷ O sistema adotado no Direito brasileiro não é imune a críticas, como aquela formulado por Eduardo Teixeira Silveira, no sentido de que se deveria reintroduzir a tributação da remessa de lucros, a exemplo do que fazem os países desenvolvidos. SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 205-6. Em sentido oposto, cf. BASTOS, Celso Ribeiro. Regime jurídico dos investimentos de capital estrangeiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 8, n. 32, p. 9-18, 2000, p. 9; DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p.206-16.

2.4 Ecos da regulação do investimento estrangeiro na jurisprudência brasileira

O sistema de regulação dos investimentos estrangeiros no Direito brasileiro foi objeto de poucas controvérsias judiciais. Em grande medida, os julgados dos tribunais superiores refletem as preocupações dos investidores estrangeiros com a tributação dos investimentos.⁵⁸⁸ Idênticas preocupações são observadas nos julgados dos demais tribunais.⁵⁸⁹

Em relação ao conceito de investimento estrangeiro, é relevante o entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na Apelação em Mandado de Segurança nº 89.01.21.744-9, em que se decidiu que o conceito da Lei nº 4.131/62 excluía os investimentos indiretos realizados no mercado financeiro:

Tributário. Mandado de Segurança. Remessa de lucros para o exterior. Poder de polícia administrativa. 1. O capital estrangeiro é aceito para incrementar a produção econômica do nosso país e não as atividades meramente especulativas no mercado imobiliário e no financeiro (Lei n. 4.131/62, modificada pela Lei n. 4.390/64, art. 1). 2. A utilização do poder de polícia administrativa. A Administração pode - e deve, em certas hipóteses - conter os abusos do direito individual em benefício do interesse da coletividade, e executar a sua decisão sem intervenção do Poder Judiciário. 3. Apelação denegada.⁵⁹⁰

O conceito legal de investimento estrangeiro foi também analisado, sob outra perspectiva, pelo Supremo Tribunal Federal. Na hipótese, foi denegado pelo Banco Central do Brasil registro de investimento estrangeiro a quantia em dólares tomada por empréstimo de um banco suíço e convertida em cruzeiros na agência do Banco do Brasil em Montevideu,

⁵⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 104.368-7. Relator Min. Néri da Silveira. *DJ*, 28 fev. 1992; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 81.466. Relator Min. Milton Luiz Pereira. *DJ*, 29 out. 1996; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 426.945. Relator Min. Teori Albino Zavascki. *DJ*, 25 ago. 2004; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 77.170. Relator Min. Castro Meira. *DJ*, 6 set. 2004; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 801.140. Relator Min. Teori Albino Zavascki. *DJe*, 21 set. 2009. BRASIL; Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 221.531. Relatora Min. Eliana Calmon. *DJ*, 1 out. 2001; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 983.134. Relator Min. Castro Meira. *DJe*, 17 abr. 2008; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.135.488. Min. Eliana Calmon. *DJe*, 1 jul. 2009.

⁵⁸⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Reexame Necessário nº 425836. Relator Des. Fed. José Ferreira Neves Neto. *eDJF2*, 13 mar. 2013; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 00205554220064036100. Relator Des. Fed. Carlos Muta. *eDJF3*, 9 jun. 2009; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 00288666120024036100. Relator Des. Fed. Carlos Muta. *eDJF3*, 21 out. 2008; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 8201217449. *DJ*, 16 out. 1989.

⁵⁹⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 89.01.21.744-9. Relator Des. Fed. Tourinho Neto. *DJ*, 16 out. 1989.

mediante requerimento de empresa brasileira interessada no registro. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 77.690, entendeu o Supremo Tribunal Federal que “não ofende a direito federal o entendimento de que a entrega de moeda estrangeira a uma agência do Banco do Brasil, no exterior, não corresponde à entrada ou introdução de capital estrangeiro no país”, porquanto a definição legal exige o efetivo ingresso do capital no território brasileiro.⁵⁹¹

No que se refere ao registro do investimento estrangeiro, a denegação pelo Banco Central do Brasil de registro após o prazo previsto na Lei nº 4.131/62 foi objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça, cujo entendimento foi registrado em ementa nos seguintes termos:

Se a própria Lei n. 4.131/62 garante a igualdade de tratamento do capital estrangeiro em relação ao capital nacional, impondo apenas a necessidade de registro em determinado prazo e fixando multa pelo descumprimento de suas determinações, não é razoável que, pelo simples fato de o registro não ter sido requerido no prazo, seja impossibilitada, para sempre, a regularização do investimento.⁵⁹²

No âmbito da regulação de investimentos estrangeiros, o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de julgar matéria penal, em hipótese de crime contra o sistema financeiro, perpetrado mediante utilização de falsa identidade para o registro de investimentos.⁵⁹³

Em eloquente pronunciamento, o Supremo Tribunal Federal analisou a importância da segurança jurídica para os investimentos estrangeiros. Na hipótese, requeria-se a suspensão de execução de decisão que havia deferido pedido liminar de suspensão da Oitava Rodada de Licitações para outorga de concessões de exploração e produção de petróleo e gás natural. O entendimento da Presidente do Supremo Tribunal Federal ficou assim registrado:

Nosso país luta há décadas para se tornar independente em relação à produção de petróleo e, principalmente, de gás natural, objeto frequente de todos os noticiários nacionais. O tempo é implacável com os países que relegam o planejamento estratégico a um plano inferior, certo que estamos a discutir questões relativas a materiais fósseis, que demandam constantes pesquisas, prospecções e altos investimentos.
[...]

⁵⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 77.690. Relator Min. Rodrigues Alckmin. *DJ*, 17 out. 1975, p. 7572.

⁵⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 270.905. Relatora Min. Eliana Calmon. Relator para Acórdão Min. Franciulli Netto. *DJ*, 4 abr. 2005. No mesmo caso, cf. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 92.03.029141-5. Relator Juiz Fed. convocado Valdeci dos Santos. *eDJF3*, 29 mai. 2008.

⁵⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 88.749-0. Relator Min. Joaquim Barbosa. *DJ*, 2 fev. 2007.

Anoto, ainda, que a determinação prescrita na decisão ora atacada atinge o planejamento estratégico do país em relação à nossa matriz energética, o que certamente coloca em risco a própria segurança nacional, além de sinalizar negativamente aos investidores nacionais e estrangeiros, que estão a deslocar vultosas somas de dinheiro com o objetivo de suprir as imensas lacunas de um setor altamente tecnológico que demanda maquinário de última geração e pessoal especializado, de que não dispomos em escala suficiente, e que apresenta alto risco para o investimento. Não se pode olvidar, ademais, que o capital sempre migra para os países onde estão as melhores oportunidades de investimentos e que lhe oferecem maior segurança, sobretudo jurídica.⁵⁹⁴

Em seu comentário sobre o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, Marilda Rosado de Sá Ribeiro identifica que o tribunal está “alinhado com a melhor doutrina internacionalista no que diz respeito à necessidade de preservação dos direitos desses agentes econômicos, independentemente na origem do capital investido”, ressaltando a importância da segurança jurídica para os investimentos estrangeiros na economia brasileira.⁵⁹⁵

Os poucos julgados sobre a regulação dos investimentos estrangeiros refletem, em certa medida, uma estabilidade do sistema brasileiro. Em linha com esse entendimento, Bernadete de Figueiredo Dias entende que “o Brasil dispõe de um regime jurídico sobre investimentos bastante liberal, com poucas restrições às tendências atuais da regulamentação internacional”.⁵⁹⁶ Embora passível de críticas em diversos aspectos, o regime do Direito brasileiro parece ter logrado – principalmente do ponto de vista econômico – sucesso na atração de investimentos estrangeiros para o Brasil.

2.5 Exportação de capitais e revisão da posição política: os novos tratados bilaterais de investimento do Brasil

A análise empreendida permite observar uma tendência historicamente conservadora do Brasil no que se refere aos instrumentos internacionais para a regulação dos investimentos estrangeiros. De maneira pragmática, é possível reconhecer, nos aspectos controversos

⁵⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão Liminar nº 176-1. Relatora Min. Pres. Ellen Gracie. *DJe*, 18 out. 2007.

⁵⁹⁵ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Parecer sobre a Outava Rodada de Licitações. In: _____ (Org.). *Novos rumos do Direito do Petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar: 2009, p. 11-123, p. 99.

⁵⁹⁶ DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 206-7.

identificados pelo Congresso Nacional durante a apreciação dos projetos para aprovação dos acordos, os fundamentos que conduziram – no plano interno – o Brasil à rejeição dos tratados bilaterais de investimento. Dentre os aspectos controversos, é possível destacar (a) a preocupação com a limitação da soberania nacional, (b) a incompatibilidade entre o regime de expropriação previsto nos acordos e as disposições constitucionais sobre desapropriação, (c) a utilização de uma definição bastante ampla de investimento, (d) a previsão absoluta da livre transferência de recursos e (e) a possibilidade de escolha pelo investidor estrangeiro de mecanismo de arbitragem internacional envolvendo o Estado brasileiro.⁵⁹⁷

Outros fatores – no plano internacional – acabaram por endossar a posição brasileira. Em paralelo à análise do Congresso Nacional, por exemplo, discutia-se, no âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o projeto de Acordo Multilateral de Investimentos (MAI), que – em virtude da resistência dos países em desenvolvimento e das organizações não governamentais – acabou sendo abandonado no final da década de 90. Igualmente relevantes foram os diversos procedimentos arbitrais instaurados contra a Argentina no âmbito do *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID), em função da crise econômica pela qual o país passou após 2001.⁵⁹⁸ Mais recentemente, a sensação de ressurgimento de posturas nacionalistas na América Latina – culminando na denúncia da Convenção de Washington por Bolívia e Equador – contribuiu para o debate sobre a compatibilidade do regime internacional dos investimentos com a soberania dos Estados hospedeiros.⁵⁹⁹

É inegável – em nossa opinião – que a postura brasileira se revelou, quando cotejada com essa retrospectiva histórica, mais prudente do que conservadora. Isso porque, ao longo das últimas décadas, o regime internacional de regulação dos investimentos estrangeiros foi

⁵⁹⁷ KALICKI, Jean; MEDEIROS, Suzana. Investment arbitration in Brazil. *Arbitration International*, v. 24, n. 3, p. 423-446, 2008, p. 432-433.

⁵⁹⁸ Giorgio Sacerdoti comenta a crise argentina nos seguintes termos: “*de-dollarization of that economy, the restructuring of public debt and the freezing of public tariffs have been challenged by foreign investors as being in breach of relevant BITs entered into by the Argentine Republic in the previous decade. In these cases, the Argentine Republic has invoked the crisis as the basis for its claim that the relevant BIT provisions were inapplicable*”. SACERDOTI, Giorgio. BIT protections and economic crises: limits to their coverage, the impact of multilateral financial regulation and the defence of necessity. *ICSID Review*, v. 28, n. 2, p. 351-383, 2013.

⁵⁹⁹ GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E. Sovereignty v. investment protection: back to Calvo? *ICSID Review*, v. 24, n. 2, p. 464-488, 2009.

submetido a um processo de amadurecimento e reconstrução, que se materializa – por exemplo – nos novos modelos de tratados bilaterais de investimento.⁶⁰⁰

De maneira geral, a estabilidade econômica, o fortalecimento das instituições democráticas e a garantia de segurança jurídica são indicados como fatores que justificaram – e ainda justificam – a posição brasileira sobre os tratados bilaterais de investimento.⁶⁰¹ Nesse sentido, conclui Omar García-Bolívar que:

*Instead of ratifying IIAs, Brazil has created the conditions for a positive investment climate without making any international commitment to foreign investors. It has ensured that business opportunities exist for foreign investors and that legal guarantees are in place, although the latter are founded on domestic law. [...] It has also shown that the legal edge created by a receptive investment climate does not need to be based on international law – the soundness and transparency of a host State's domestic legal regime is sufficient to attract foreign investors.*⁶⁰²

Os dados econômicos parecem fortalecer o argumento de desnecessidade dos acordos internacionais de investimentos para atração de capitais estrangeiros pelo Brasil. De acordo com a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD), por exemplo, o Brasil representa um dos principais destinos mundiais e regionais de investimentos estrangeiros.⁶⁰³ No ano de 2013, o Brasil ficou em sétimo lugar na classificação mundial dos principais países receptores de investimentos estrangeiros diretos, com um influxo total de aproximadamente 63 bilhões de dólares americanos. Apesar de uma pequena redução do fluxo de investimentos em relação ao ano anterior, o Brasil continua sendo o maior receptor de investimentos na América Latina.⁶⁰⁴ Na avaliação das empresas

⁶⁰⁰ As transformações dos acordos internacionais de investimento e as novas teorias para enfrentar a encruzilhada teórica do Direito Internacional dos Investimentos foram objeto de análise no capítulo 1.

⁶⁰¹ ZERBINI, Eugênia. O Brasil à distância do Direito Internacional dos Investimentos. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 35, p. 11-18, 2007, p. 13.

⁶⁰² GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E. Sovereignty v. investment protection: back to Calvo? *ICSID Review*, v. 24, n. 2, p. 464-488, 2009, p. 474. Em tradução livre: Ao invés de ratificar [acordos internacionais de investimentos] o Brasil criou as condições para um ambiente positivo de investimentos sem realizar compromisso internacionais com investidores estrangeiros. Assegurou que as oportunidades de negócios existem para estrangeiros e que as garantias jurídicas estão em vigor, ainda que previstas na lei doméstica. [...] Mostrou também que o aspecto jurídico de um ambiente receptivo aos investimentos não precisa ser baseado no Direito Internacional – a confiabilidade e a transparência do regime jurídico do Estado hospedeiro é suficiente para atrair investidores estrangeiros.

⁶⁰³ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2013: Global value chains: investment and trade for development*. Geneva: United Nations, 2013, p. 3.

⁶⁰⁴ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Global investment trends monitor*, n. 15, 28 Jan. 2014, p. 6. Disponível em: <<http://unctad.org/en/pages/publications/Global-Investment-Trends-Monitor-%28Series%29.aspx>>. Acesso em: 4 fev. 2014. De acordo com a UNCTAD, “in addition, FDI

transnacionais, o Brasil aparece em quinto lugar como destino de investimentos no período de 2013 e 2015.⁶⁰⁵

Considerando a posição de destaque do Brasil como país receptor de investimentos estrangeiros, “a assinatura de tratados de promoção e de proteção de investimento” – como afirma José Carlos de Magalhães – “chegaria a causar estranheza, não fossem os novos rumos que tomaram as relações econômicas internacionais”.⁶⁰⁶ Os desenvolvimentos estruturais da economia brasileira, materializados em fatores como o aumento do volume de negócios na bolsa de valores, a multiplicação de oferta pública inicial de ações (IPOs), a alteração da legislação contábil, a minimização dos riscos de investimentos e o aumento de transparência e segurança nas transações empresariais são indicativos do “ingresso do país na seleção das economias com mercado maduro”.⁶⁰⁷ No que se refere exclusivamente aos investimentos estrangeiros diretos, esses desenvolvimentos estruturais se traduzem, por exemplo, em um acentuado crescimento – especialmente nos últimos dez anos – do estoque de investimentos estrangeiros no Brasil.

Entretanto, a compilação dos dados estatísticos da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD) permite observar a tendência de crescimento em dois sentidos (Figura 1). No âmbito dos investimentos estrangeiros diretos no Brasil, observam-se pontos de crescimento do estoque de capital estrangeiro em 1995, 2002 e 2008. Entre 2008 e 2010, percebe-se o aumento mais vertiginoso da presença de capital estrangeiro no país, com uma estabilização a partir de 2010. No âmbito dos investimentos brasileiros diretos no exterior, observa-se uma estabilidade até 2003, quando se inicia uma tendência moderada de crescimento continuado do estoque de capital brasileiro no exterior. Ao longo da última década, o estoque de investimentos estrangeiros no Brasil aumentou 7 vezes, enquanto o estoque de investimentos brasileiros no exterior aumentou 4,3 vezes. No

to Brazil – the largest recipient of FDI in the sub-region, with 47% of South American total FDI flows in 2013 – declined by a slight 3.9% in 2013, but remained significant (US\$63 billion). Nevertheless, this decline should be seen in the context of strong growth in previous years that boosted FDI in Brazil to historical highs”.

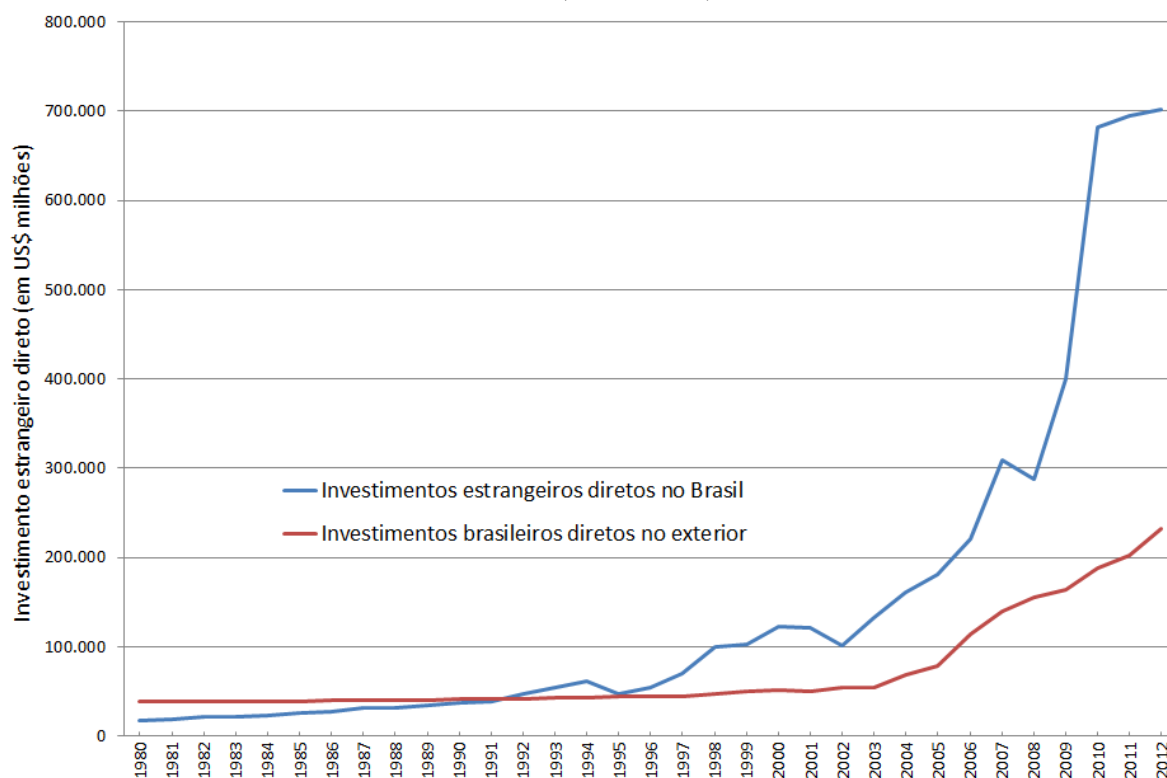
⁶⁰⁵ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2013: Global value chains: investment and trade for development*. Geneva: United Nations, 2013, p. 22

⁶⁰⁶ MAGALHÃES, José Carlos de. Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, n. 20, p. 53-65, 2009, p. 59. Conclui, ainda, o autor que “não fosse essa circunstância, poder-se-ia dizer que os tratados colocariam o país no rol dos que, por precedentes ou conduta, tenham discriminado o investidor estrangeiro ou feito nacionalizações sem pagamento de indenização, prejudicando-lhe injustamente a imagem”.

⁶⁰⁷ TREVISAN, Antoninho Marmo. Brasil: um emergente seguro. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 11, n. 41, p. 49-55, 2008, p. 55.

entanto, entre 2011 e 2012, o estoque de investimentos estrangeiros no Brasil aumentou 1%, enquanto o estoque de investimentos brasileiros no exterior aumentou aproximadamente 15%. No final de 2012, o estoque de capitais brasileiros no exterior correspondia a aproximadamente 33% do estoque capitais estrangeiros no Brasil.

Figura 1 – Evolução do estoque de investimentos estrangeiros diretos no Brasil e de investimentos brasileiros diretos no exterior (1980-2012)



Fonte: Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD)

Há alguns anos, a doutrina já fazia referência à mudança de papel do Brasil no cenário econômico, reconhecendo que o país “*is not only a recipient of FDI and therefore a potential respondent in investor-state arbitrations; in addition, Brazilian companies are increasingly investing abroad*”.⁶⁰⁸ Trata-se de reconhecer que, além dos efeitos na atração de capitais estrangeiros, os desenvolvimentos estruturais da economia brasileira também permitiram um fortalecimento das empresas brasileiras, que puderam atingir diferentes graus de

⁶⁰⁸ KALICKI, Jean; MEDEIROS, Suzana. Investment arbitration in Brazil. *Arbitration International*, v. 24, n. 3, p. 423-446, 2008, p. 440 citam os exemplos de Petrobras, Companhia Vale do Rio Doce, Odebrecht, Gerdau, Camargo Correa e Companhia Siderúrgica Nacional (CSN).

internacionalização.⁶⁰⁹ O balanço oficial do governo no período de 2003 a 2010 registrou, a respeito dessa internacionalização, o papel dos investimentos brasileiros na África:

Empresas brasileiras já estão entre as principais investidoras em países africanos. No mercado líbio, por exemplo, firmas do País detêm uma carteira de investimentos de mais de US\$ 6 bilhões. A presença brasileira também é forte nos setores de mineração – a Vale opera em quase todos os países do continente – e de energia, neste caso por meio da Petrobras, atuante em Angola, Líbia, Namíbia, Tanzânia e principalmente na Nigéria. Investimentos brasileiros possibilitaram, ainda, significativas melhorias na infraestrutura física da África. Empreiteiras como Andrade Gutierrez, ARG, Queiroz Galvão e Odebrecht, em alguns casos com financiamento do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e da Câmara de Comércio Exterior (Camex), desenvolveram obras rodoviárias no Camarões, na Guiné, na Argélia, na Mauritânia e em Gana; portos e aeroportos na Líbia, em Moçambique e no Djibuti; e uma rede de metrô em Trípoli, capital da Líbia.⁶¹⁰

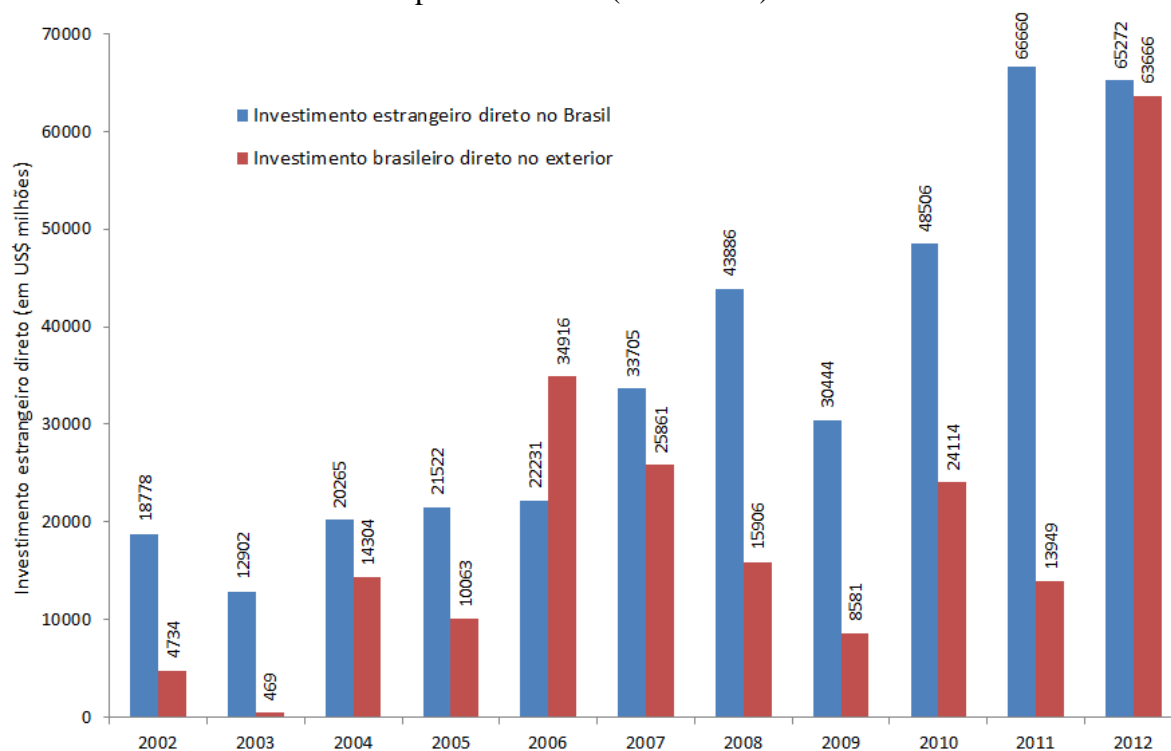
Do ponto de vista econômico, os dados estatísticos da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD) e do Banco Central do Brasil (BACEN) indicam o aumento dos fluxos anuais de investimentos estrangeiros no exterior (Figura 2). Em 2012, foram enviados mais de 63 bilhões de dólares americanos em investimentos brasileiros diretos para o exterior, o que corresponde a 97,5% dos mais de 65 bilhões de dólares americanos de investimento estrangeiro direto recebidos pelo Brasil.⁶¹¹

⁶⁰⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Coord.). *Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 455-492; MENDES, Marcos José Martins. *O Direito Internacional dos Investimentos: o caso do mercado brasileiro de biocombustíveis*. 2011. 313 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 33.

⁶¹⁰ BRASIL. *Balanço de Governo 2003-2010*. IV – Inserção no cenário mundial e soberania. Brasília: Governo Federal, [2010], p. 36. Disponível em: <<http://www.balancodegoverno.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 24 nov. 2013.

⁶¹¹ O balanço do governo federal, sobre o aumento dos investimentos brasileiros no exterior, registra, por exemplo, que “em 2001, o fluxo anual de investimentos dos EUA para o Brasil era 21 vezes maior do que o fluxo do Brasil para os EUA. Em 2008, essa proporção caiu para menos de 2 para 1, tendo sido registrados US\$ 7 bilhões em investimentos estadunidenses no Brasil e US\$ 4,8 bilhões em investimentos brasileiros naquele país. [...] O estoque de investimentos do Brasil no Canadá (US\$ 6,3 bilhões) ultrapassou o estoque canadense no Brasil (US\$ 5,6 bilhões), o que é emblemático do equilíbrio que vem sendo alcançado nas relações entre os dois países”. BRASIL. *Balanço de Governo 2003-2010*. IV – Inserção no cenário mundial e soberania. Brasília: Governo Federal, [2010], p. 21-3. Disponível em: <<http://www.balancodegoverno.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 24 nov. 2013.

Figura 2 – Evolução do fluxo anual de investimentos estrangeiros diretos para o Brasil e de investimentos brasileiros diretos para o exterior (2002-2012)



Fontes: Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD) e Banco Central do Brasil (BACEN)

Em pesquisa realizada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) em 2013, as empresas transnacionais brasileiras indicaram, em sétimo lugar, a assinatura de acordos internacionais de investimentos como uma prioridade da indústria brasileira em matéria de políticas econômicas.⁶¹² Os dados da pesquisa demonstram também que as empresas transnacionais brasileiras indicam Argentina, China e México como os principais parceiros estratégicos, com os quais o Brasil deveria celebrar acordos de investimentos.⁶¹³

A indicação prioritária dos países América do Sul como alvos dos acordos internacionais de investimentos parece – em nossa opinião – decorrer de posturas nacionalistas observadas, mais recentemente, na região, como comenta José Carlos Magalhães:

⁶¹² CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *O Brasil e os acordos internacionais de comércio e investimentos* [apresentação de slides], 29 ago. 2013, slides 16-17. Na opinião das empresas transnacionais consultadas, o Brasil deveria assinar acordos internacionais de investimentos, em ordem de importância, com países da América do Sul, com o *North American Free Trade Agreement* (NAFTA), com a China e com países da África.

⁶¹³ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *Relatório dos investimentos brasileiros no exterior 2013: recomendações de políticas públicas para o Brasil*. Brasília: CNI, 2013, p. 65.

O episódio ocorrido com a Petrobras, na Bolívia, é suficiente para o aprofundamento das reflexões sobre o tema. [...] Episódios recentes verificados também no Equador envolvendo empresa brasileira mostram a mudança de parâmetros a aconselhar a negociação de tais acordos com países receptores de investimentos brasileiros para lhes assegurar proteção legal direta, de caráter internacional.⁶¹⁴

Talvez o maior impacto desses episódios tenha ficado por conta da nacionalização dos ativos da Petrobrás na Bolívia. No caso em particular, conforme a análise de Marilda Rosado de Sá Ribeiro, os investimentos na Bolívia haviam sido oficialmente realizados pela Petrobras International Braspetro BV, uma subsidiária da companhia brasileira constituída sob as leis neerlandesas e com sede nos Países Baixos. Dessa forma, se a solução diplomática não tivesse posto fim ao conflito entre a empresa e a Bolívia, seria possível utilizar o tratado bilateral de investimentos existente entre Bolívia e Países Baixos.⁶¹⁵ Com fundamento em sua análise sobre o caso, a autora conclui que:

*Brazil, in its turn, experiencing an investor's role simultaneously to its host country role toward oil and gas international investments present in Brazil, could benefit from the learning process represented by its Bolivian recent experiences. It could try to strengthen a coherent and stable regime for investment, taking up true leadership in that regard in the continent.*⁶¹⁶

É, à luz dessas tendências, que se faz necessário compreender a globalização jurídica, que acompanha a globalização econômica.⁶¹⁷ José Carlos de Magalhães alerta, nesse sentido, que o Brasil deve “preocupar-se a exemplo de outros países exportadores de capital, com

⁶¹⁴ MAGALHÃES, José Carlos de. Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, n. 20, p. 53-65, 2009, p. 64-5. Sobre o assunto, cf. KALICKI, Jean; MEDEIROS, Suzana. Investment arbitration in Brazil. *Arbitration International*, v. 24, n. 3, p. 423-446, 2008, p. 440.

⁶¹⁵ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Sovereignty over natural resources, Investment Law and expropriation: the case of Bolivia and Brazil. *Journal of World Energy Law & Business*, v. 2, n. 2, p. 129-148, 2009, p. 132.

⁶¹⁶ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Sovereignty over natural resources, Investment Law and expropriation: the case of Bolivia and Brazil. *Journal of World Energy Law & Business*, v. 2, n. 2, p. 129-148, 2009, p. 148. Em tradução livre: O Brasil, por sua vez, experimentando o papel de investidor simultaneamente ao papel de Estado hospedeiro de investimentos internacionais em petróleo e gás, poderia se beneficiar do processo de aprendizado representado por suas experiências recentes na Bolívia. Ele deveria fortalecer um regime estável e coerente para os investimentos, assumindo verdadeira liderança desse aspecto no continente.

⁶¹⁷ MATIAS, Eduardo Felipe P. O Brasil e os instrumentos internacionais de proteção aos investimentos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, n. 21, p. 114-132, 2009, p. 131.

mecanismos para a proteção dos investimentos de seus nacionais no exterior, sobretudo em áreas de risco político”.⁶¹⁸

No final de 2013, o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC) iniciou as negociações de um novo modelo de acordo internacional de investimentos com Angola, Argélia, Marrocos e Moçambique,⁶¹⁹ como parte de uma “iniciativa brasileira de estabelecer acordos de investimentos com países dos continentes africano e sul-americano”.⁶²⁰ De acordo com as informações da Presidência da República na mensagem anual ao Congresso Nacional, os acordos propostos pelo Brasil tem alcançado boa receptividade dos países africanos:

No que diz respeito às negociações internacionais, foram aprovadas pela Câmara de Comércio Exterior (Camex) novas diretrizes para a negociação de Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI). Esse modelo tem sido bem recebido pelos países africanos e há possibilidade de conclusão dos acordos nesses países. Tal modelo foi apresentado para Moçambique, Angola, África do Sul, Malawi, Argélia e Nigéria.⁶²¹

A decisão de negociar acordos de investimentos com os países africanos reflete a conscientização por parte do governo brasileiro de que país possui atualmente uma inegável posição de país exportador de capital.⁶²² Nesse aspecto em especial, os dados econômicos da

⁶¹⁸ MAGALHÃES, José Carlos de. Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, n. 20, p. 53-65, 2009, p. 65.

⁶¹⁹ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Missão brasileira negocia acordos de investimento com Angola e Moçambique*, 09 out. 2012. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=1¬icia=12727>>. Acesso em: 28 jan. 2014; BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Godinho: Brasil apoiará não somente negociações bilaterais e regionais, mas também multilaterais*, 26 out. 2013. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=5¬icia=12765>>. Acesso em: 18 dez. 2013. BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Missão ao Marrocos gera US\$ 4,8 milhões em negócios e expectativas de vendas*, 4 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=1¬icia=12863>>. Acesso em: 28 jan. 2014.

⁶²⁰ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Godinho analisa momento de oportunidades no comércio exterior*, 25 out. 2013. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=5¬icia=12762>>. Acesso em: 14 jan. 2014. De acordo com as informações do Secretário de Comércio Exterior, “estes acordos que estamos buscando seriam instrumentos de apoio para os investidores brasileiros atuarem no exterior. Estamos propondo tratar de temas relevantes e práticos, do dia a dia, como concessão de vistos e outros que afetam o processo de decisão sobre o investimento”.

⁶²¹ BRASIL. Presidência da República. *Mensagem ao Congresso Nacional 2014: 4ª Sessão Legislativa Ordinária da 54ª Legislatura*. Brasília: Presidência da República, 2014, p. 41.

⁶²² VILAS-BÔAS, Júlia Covre. Os investimentos brasileiros na África no governo Lula: um mapa. *Meridiano* 47, v. 12, n. 128, p. 3-9, 2011.

Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD) apontam o continente africano como principal destino das empresas transnacionais brasileiras.⁶²³

Nos comentários da doutrina nacional, as opiniões apoiam quase sempre a adesão do Brasil não só aos acordos internacionais de investimentos, mas também à Convenção de Washington. É possível identificar dois níveis complementares de argumentos nesse sentido: alguns autores defendem a adesão do país a esses instrumentos internacionais de maneira a proteger o investidor brasileiro no exterior e permitir que ele tenha acesso aos mecanismos de solução de controvérsias com os Estados hospedeiros, ao passo que outros autores analisam também a compatibilidade do atual regime internacional de investimentos estrangeiros com o Direito brasileiro.

Em alinhamento ao primeiro nível de argumentos, reconhece-se que ao aderir aos acordos internacionais de investimentos, “abrindo ao investidor nacional a possibilidade de iniciar uma arbitragem contra um Estado soberano, as recentes disputas comerciais com nossos vizinhos seriam despolitizadas”.⁶²⁴ Na visão de José Augusto Fontoura Costa, a adesão especificamente à Convenção de Washington “deixaria clara a intenção de participar ativamente na construção de um Direito Internacional do Investimento Estrangeiro, deixando de lado a passividade com que tal tema tem sido tratado pela política do governo”.⁶²⁵ De

⁶²³ De acordo com as informações da UNCTAD, “*Brazilian FDI to Africa has been on the rise in recent years, with public financial institutions playing an important role in bringing the country’s investors closer to Africa. Among these, the Brazilian Development Bank (BNDES) deserves special mention as its incentives and disbursements to sub-Saharan Africa have increased strongly over the past decade. It has played a key role in the expansion of Brazilian TNCs into the new African ethanol industry, in countries such as Angola, Ghana and Mozambique*”. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2013: Global value chains: investment and trade for development*. Geneva: United Nations, 2013, p. 5. No mesmo sentido, as informações do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior apontam que “esses acordos serão muito importantes para o fortalecimento da presença de empresas brasileiras no continente e para promover o intercâmbio comercial”. BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Brasil está ativo em todas as frentes de negociações comerciais*, 13 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=5¬icia=12815>>. Acesso em: 8 jan. 2014.

⁶²⁴ MATIAS, Eduardo Felipe P. O Brasil e os instrumentos internacionais de proteção aos investimentos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, n. 21, p. 114-132, 2009, p. 131.

⁶²⁵ COSTA, José Augusto Fontoura. Brasil e arbitragem internacional de investimentos: realidade e possibilidades. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 247-270, p. 247. O autor complementa sua opinião, no seguinte sentido: “há, atualmente, uma reconhecida necessidade de reformular os acordos internacionais de investimentos, o que muitas vezes aparece acoplado a instrumentos mais amplos e complexos e que envolvem, também, aspectos comerciais e regulatórios. Já não se toca o mesmo repertório neoliberal dos anos 1990 e o tratamento dos investimentos vem sendo revisto para dar maior atenção às necessidades dos Estados. O Brasil pode participar ativamente desse movimento, ou manter-se apático; talvez esperando pela OMC. Seria essa a melhor estratégia? Dificilmente, sobretudo quando a dinâmica do Direito Internacional Econômico vem apontando para um relativo imobilismo do sistema multilateral. Assim, a adesão ao ICSID não se coloca apenas na correta perspectiva de um instrumento para favorecer os investimentos brasileiros no exterior ou na ideia ultrapassada de ajudar a atrair investimentos. Ela poderia assinalar a intenção brasileira de atuar efetivamente em um cenário internacional que

maneira a afastar as críticas derivadas da experiência argentina, Jean Kalicki e Suzana Medeiros recordam, por outro lado, o caso chileno, em que a assinatura de tratados bilaterais de investimentos não trouxe impactos negativos ao marco regulatório do Chile, considerado bastante estável.⁶²⁶

O crescente volume de capitais exportados pelo Brasil é reconhecido como uma mudança de paradigma da economia brasileira, de maneira que “*the tables have thus changed. Accordingly, it is now time for Brazil to set in motion policy changes to reflect this paradigmatic shift, and equip its national investor with adequate protections abroad*”.⁶²⁷ A proteção das empresas brasileiras que investem no exterior parece – em nossa opinião – sem o principal argumento da doutrina brasileira para a defesa da adesão do Brasil aos tratados bilaterais de investimento.⁶²⁸

parece necessitar de alternativas para o tratamento dos investimentos, não apenas sua proteção desequilibrada”. COSTA, José Augusto Fontoura. Brasil e arbitragem internacional de investimentos: realidade e possibilidades. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 247-270, p. 269.

⁶²⁶ KALICKI, Jean; MEDEIROS, Suzana. Investment arbitration in Brazil. *Arbitration International*, v. 24, n. 3, p. 423-446, 2008, p. 444

⁶²⁷ BENTO, Lucas. Time to join ‘BIT Club’? Promoting and protecting Brazilian investments abroad. *The American Review of International Arbitration*, v. 24, n. 2, p. 271-324, 2013, p. 324. Em tradução livre: O jogo virou. Dessa forma, é o momento de o Brasil colocar em prática mudanças políticas para refletir essa mudança de paradigma e equipar o investidor nacional com proteções adequadas no exterior. Nesse sentido, afirma que: “Brazil should join the BIT Club for two reasons. First, the attractiveness of the BIT system and Brazil’s pro-arbitration policy are sufficiently compelling to merit Brazil’s participation in the Club. Second, the current economic and business trends supports, if not require, Brazil’s formal participation in the BIT Club”. BENTO, Lucas. Time to join ‘BIT Club’? Promoting and protecting Brazilian investments abroad. *The American Review of International Arbitration*, v. 24, n. 2, p. 271-324, 2013, p. 278.

⁶²⁸ Nesse sentido: “conclui-se pela necessidade da adesão brasileira à Convenção de Washington e, por oportuno, pelas assinaturas e ratificações de Tratados Bilaterais de Promoção e Proteção de Investimentos com os países que sejam os principais destinos dos nossos investidores privados, sobretudo com àqueles que têm uma política e legislação instáveis, conferindo, assim, maior segurança às empresas nacionais em sua atuação transfronteiriça” (CAETANO, Fernanda Araújo Kallás e. Direito Internacional dos Investimentos na atualidade: uma análise da posição brasileira. *Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH*, v. 3, n. 1, 16 f., 2010, p. 15), “the arguments supporting Brazilians joining the investment arbitration world have been more focused on the fact that this is important to keep the inflow of investments. However, the flip side of the coin should be exploited more. The fact that the Brazilian companies are becoming more multinational and need to have their investments protected should be investigated more” (GARCIA NETO, Paulo Macedo. Investment arbitration in Brazil: the landscape of investment arbitration in Brazil and why Brazil should become a more important player in the investment arbitration arena. In: LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerda de; PUCCI, Adriana Noemi. *Investment protection in Brazil*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2013, p. 3-16, p. 14-5), “o novo modelo de TBIs baseados na cooperação Sul-Sul pode trazer importantes vantagens ao governo brasileiro, na medida em que (a) aumentaria a proteção às empresas brasileira que investem no exterior; (b) permitiria que o Brasil firmasse tratados preocupados com o desenvolvimento de seus parceiros; (c) serviria como um elemento de manutenção da liderança brasileira entre os países do Sul” (LERNER, Diego Fraga. *Os regimes jurídicos de proteção ao investimento estrangeiro direto: o papel desempenhado pelos países emergentes*. 2009. 121 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009, p. 103), “[o aumento da participação das empresas brasileiras no mundo] poderia ser seguido de uma agenda de regulação propriamente jurídica para garantir os investimentos nacionais

No segundo nível de argumentos em defesa da adesão do Brasil aos acordos internacionais em matéria de investimentos estrangeiros, realiza-se uma análise – a partir de diferentes aspectos – de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Arnoldo Wald indica elementos do Direito brasileiro como (a) a responsabilidade objetiva do Estado, (b) a garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos e (c) a indenização justa e prévia nos casos de desapropriação para concluir que “os princípios gerais e as normas geralmente contidas nos tratados [de investimentos] podem assegurar, aos investidores, no plano internacional, direitos que já lhe são garantidos”.⁶²⁹ Bernadete de Figueiredo Dias conclui igualmente que o conteúdo dos tratados bilaterais de investimentos “não traria dificuldades para o país, pois, conforme analisamos, o regime interno se coaduna com as regras e tendências internacionais, com apenas algumas ressalvas específicas”.⁶³⁰

De maneira semelhante, recorda José Carlos de Magalhães que o país não tem histórico de expropriações, mantendo-se historicamente afastado no nacionalismo característico dos países latino-americanos que adotaram a doutrina Calvo.⁶³¹ Gilmar Ferreira Mendes, analisando o impacto positivo das reformas do Poder Judiciário para a garantia de celeridade e de segurança jurídica, necessária aos investimentos estrangeiros, não deixa de recordar que a eficiência e a celeridade do Poder Judiciário dependem também da utilização de mecanismos alternativos de solução de controvérsias, de forma a “enfrentar os excessos da

no exterior” (LUÍS, Daniel Tavela. *Proteção do investimento estrangeiro: o sistema do Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas ao Investimento (CIRDI) e suas alternativas*. 2013. 189 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013, p.23).

⁶²⁹ WALD, Arnoldo. Uma nova visão dos tratados de proteção de investimento e da arbitragem internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, n. 21, p. 9-29, 2009, p. 21. Na opinião do autor, “não há dúvida quanto à vigência do Estado de Direito em nosso país, tanto em virtude das normas constitucionais e legais quanto de sua aplicação pelo Poder Judiciário. Efetivamente, intensificou-se, recentemente, a atuação dos tribunais e, especialmente, da Suprema Corte em relação ao controle da constitucionalidade das normas legais, das decisões judiciais e administrativas e até das políticas públicas”.

⁶³⁰ DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 219. Em sua análise comparativa, a autora identifica como ressalvas à compatibilidade entre o Direito interno e as regras internacionais (a) a possibilidade de restrição, em circunstâncias excepcionais, da liberdade de retorno de investimentos, (b) a possibilidade, em algumas situações, de indenização não imediata por desapropriação, (c) a exequibilidade direta dos laudos arbitrais do ICSID e (d) a incerteza sobre a possibilidade de participação do Estado na arbitragem internacional. DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 208-16.

⁶³¹ MAGALHÃES, José Carlos de. Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, n. 20, p. 53-65, 2009, p. 58-9.

cultura ‘judicialista’ que se estabeleceu fortemente no País”.⁶³² Na esteira desses argumentos, formula Arnaldo Wald sua conclusão sobre a posição brasileira, nos seguintes termos:

Assim sendo, as reservas suscitadas no passado, tanto pelas autoridades públicas como por parte da doutrina, não mais se justificam, estando totalmente ultrapassadas as razões que impediram a ratificação de tratados de proteção de investimento, especialmente com o conteúdo que os mesmos passaram a ter mais recentemente.⁶³³

É possível verificar, ao menos a partir desse panorama doutrinário, um relativo apoio à decisão do governo brasileiro de negociar acordos internacionais de investimentos. Os termos do eventual modelo de acordo brasileiro ainda não são conhecidos, mas parece que o país está atento às tendências internacionais e procurou formular uma minuta com dispositivos mais equilibrados, como informou o Secretário de Comércio Exterior em audiência da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional da Câmara dos Deputados, conforme registro em ata que ficou assim redigida:

No campo dos investimentos, [o Secretário de Comércio Exterior] sublinhou que, após período de rejeição do modelo tradicional de acordos de investimento – como consubstanciado em alguns acordos assinados pelo Executivo brasileiro na década de 1990, mas não aprovados pelo Congresso Nacional –, o País, já na condição de receptor de investimentos estrangeiros e de importante investidor no exterior, havia formulado modelo próprio para acordos de facilitação de investimento, aprovado pela Câmara de Comércio Exterior, prevendo maior equilíbrio entre as partes envolvidas. Relatou que esse formato de acordo avançava rapidamente em tratativas com alguns países africanos onde já havia presença de investimentos de empresas brasileiras.⁶³⁴

De acordo com as informações prestadas pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), mediante consulta formulada pelo autor sob a égide

⁶³² Gilmar Ferreira Mendes complementa sua opinião, afirmando que “a concretização de um Judiciário célere e eficiente é não apenas um imperativo reclamado pelo preceito constitucional de efetividade da justiça, mas também um pressuposto para o próprio desenvolvimento econômico do Brasil. A segurança da resolução de conflitos é requisito necessário para o processo de desenvolvimento e estímulo inegável para investimentos externos no País. [...] caberia lembrar as diversas iniciativas propostas no Brasil para promover a resolução extrajudicial de conflitos. Se a construção de um Judiciário eficiente é inegável pressuposto para o desenvolvimento, não podemos deixar de, ao mesmo tempo, enfrentar os excessos da cultura ‘judicialista’ que se estabeleceu fortemente no País”. MENDES, Gilmar Ferreira. A reforma do sistema judiciário no Brasil: elementos fundamentais para garantir segurança jurídica ao investimento estrangeiro no Brasil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 12, n. 43, p. 9-16, 2009, p. 15-6.

⁶³³ WALD, Arnaldo. Uma nova visão dos tratados de proteção de investimento e da arbitragem internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, n. 21, p. 9-29, 2009, p. 22.

⁶³⁴ BRASIL. Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional [da Câmara dos Deputados]. Ata da 42ª Reunião Ordinária de Audiência Pública realizada em 13 de Novembro de 2013. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 3 dez. 2013, p. 57126.

da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre a garantia de acesso à informação, o atual modelo brasileiro de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI), contempla (a) mecanismos para a prevenção de controvérsias,⁶³⁵ (b) estratégias de melhoria da governança institucional e (c) cláusulas de responsabilidade social corporativa. A resposta apresentada pelo Departamento de Negociações Internacionais do MDIC foi formulada nos seguintes termos:

está baseado nos seguintes pilares, já aprovados pela Câmara de Comércio Exterior (CAMEX): i) a melhoria da governança institucional; ii) agendas temáticas para cooperação e facilitação dos investimentos; e iii) mecanismos para mitigação de riscos e prevenção de controvérsias, não estando atrelado a nenhum modelo internacional. Além disso, a proposta destaca-se por seu caráter modulável e flexível. Assim, por meio de agendas temáticas de cooperação e facilitação de investimentos, o texto deverá ser adaptado ao interlocutor e às necessidades manifestadas por investidores brasileiros. Outra característica do acordo são as cláusulas de responsabilidade social corporativa que incluem compromissos com padrões de conduta empresarial responsável. Por oportuno, ressalta-se que a formalização de tais acordos ainda se insere no âmbito das negociações internacionais.⁶³⁶

Embora a decisão brasileira esteja alinhada aos anseios do setor empresarial e seja, em grande medida, endossada pela doutrina nacional, é imprescindível analisar os impactos que a adoção de acordos internacionais de investimentos poderá ter no Direito brasileiro. É necessário que as experiências internacionais sejam consideradas na avaliação estratégica do governo brasileiro, em especial as recentes mudanças geopolíticas e econômicas na região latino-americana, que “*may be very useful to Brazil in order to study the main problems of the system before making a further decision*”.⁶³⁷

⁶³⁵ Sobre a prevenção de controvérsias, cf. CARVALHO, Romulo Soares Brillo. *O segundo tempo do regime internacional dos investimentos: a nova geração de tratados e a prevenção de controvérsias investidor-Estado*. 2011. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 129, afirmando que “as controvérsias estão gerando laudos arbitrais que inovam na interpretação dos tratados, levando diversos países a reexaminar e reconsiderar o enquadramento e a extensão das obrigações neles contidos. No plano das deficiências, há a demora (o tempo costuma ser calculado não em meses, mas em pares de anos), o custo elevado, os questionamentos quanto à sua legitimidade para arbitrar questões sensíveis de política pública, e os prejuízos que causam à relação de longo prazo entre os investidores estrangeiros e o Estado hospedeiro. Esse cenário impulsiona a busca por outros instrumentos para solucionar os conflitos envolvendo investidores e Estados hospedeiros”.

⁶³⁶ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Departamento de Negociações Internacionais. *Informações prestadas no Sistema Eletrônico do Serviço de Informações ao Cidadão (e-SIC) sob o protocolo nº 52750000051201466*. Brasília, 24 fev. 2014.

⁶³⁷ LEVY, Daniel de Andrade; MOREIRA, Rodrigo. ICSID in Latin America: where does Brazil stand? In: LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerdau de; PUCCI, Adriana Noemi. *Investment protection in Brazil*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2013, p. 17-36, p. 34. Em tradução livre: [as mudanças] podem ser úteis para o Brasil estudar os principais problemas do sistema antes de tomar uma decisão.

Os impactos da adesão do Brasil aos acordos internacionais em matéria de investimentos estrangeiros podem ser estudados a partir de diferentes parâmetros, dentre os quais é possível destacar: (a) expropriação,⁶³⁸ (b) solução de controvérsias entre investidor e Estado,⁶³⁹ (c) definição de investimento estrangeiro,⁶⁴⁰ (d) admissão do investimento estrangeiro e tratamento nacional,⁶⁴¹ (e) tratamento justo e equitativo e (f) liberdade de transferência de ativos.⁶⁴² Sempre que possível, buscou-se – na análise do Direito brasileiro – registrar alguns comentários pontuais sobre os impactos do Direito Internacional dos Investimentos com base nesses eixos de análise.

Entretanto, parece – em nossa opinião – que uma análise mais detalhada dos impactos do padrão de tratamento justo e equitativo (*fair and equitable treatment*) é adequada e imperiosa, em virtude – entre outros motivos – de (a) sua previsão em quase todos os acordos internacionais de investimentos, (b) sua alta carga de imprecisão conceitual, (c) sua crescente invocação pelos investidores estrangeiros em procedimentos arbitrais, (d) sua recorrente interpretação pelos tribunais arbitrais e (e) sua estreita relação com a soberania do Estado hospedeiro para o exercício da atividade regulatória.

Considerando que as negociações brasileiras estão ainda em fase inicial, é impossível assegurar que o padrão de tratamento justo e equitativo estará previsto nos Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) e – em caso afirmativo – os exatos termos

⁶³⁸ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Expropriação: revisitando o tema no contexto dos estudos sobre investimentos estrangeiros. In: _____. *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 127-158; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no Direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 94-7; DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 140-47.

⁶³⁹ TIBURCIO, Carmen. Arbitragem de investimento no Brasil. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 233-246; COSTA, José Augusto Fontoura. Brasil e arbitragem internacional de investimentos: realidade e possibilidades. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 247-270.

⁶⁴⁰ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. As (in)definições de investimento estrangeiro. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 11-43; DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 39-40; SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 31-37; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no Direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 57-68.

⁶⁴¹ BARRETO FILHO, Fernando Paulo de Mello. *O tratamento nacional de investimentos estrangeiros*. Brasília: FUNAG, 1999; SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 68-79; DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 88-103.

⁶⁴² Entre outros, cf. LOYOLA, Gustavo. Controle de capitais não é a solução. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 13, n. 48, p. 281-286, 2010.

em que será redigida a respectiva cláusula. Supõe-se, no entanto, que esse padrão – um dos pilares do Direito Internacional dos Investimentos, ao lado do padrão de tratamento da nação mais favorecida e do padrão de tratamento nacional – possa constar da minuta brasileira, a exemplo do que se observa na nova geração dos acordos internacionais de investimentos, os quais pretendem – assim como a minuta brasileira – conter um balanceamento mais harmônico entre os interesses de investidores estrangeiros e de Estados hospedeiros.

De qualquer forma, ainda que o referido padrão não esteja expressamente previsto nos acordos celebrados pelo Brasil, é possível – à luz das novas teorias que procuram articular a encruzilhada teórica do Direito Internacional dos Investimentos – compreendê-lo como regra do costume internacional, como mecanismo de governança global ou, ainda, como elemento do direito administrativo global, integrando o *acquis* do Direito Internacional dos Investimentos, o qual poderia – ainda que, de maneira indireta, pela arbitragem internacional – ser aplicado aos casos envolvendo o Brasil.⁶⁴³ Em última análise, o estudo do padrão de tratamento justo e equitativo pode ser útil para que o Brasil conscientemente decida deixá-lo de fora do modelo de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI).

⁶⁴³ As teorias que procuram articular a encruzilhada teórica do Direito Internacional dos Investimentos foram objeto de reflexão no capítulo 1.

3 TRATAMENTO JUSTO E EQUITATIVO

Uma breve observação dos acordos internacionais de investimentos permite identificar as várias possibilidades de enfoque dos impactos do Direito Internacional dos Investimentos, dando-se especial destaque ao padrão de tratamento justo e equitativo (3.1). Identificam-se, nesse âmbito, algumas tendências na previsão da cláusula do padrão de tratamento justo e equitativo (3.2), revelando – entre diversas questões controversas – aquela relativa à articulação do padrão de tratamento justo e equitativo com padrão mínimo internacional de tratamento dos estrangeiros (*international minimum standard of treatment of aliens*) oriundo do costume internacional (3.3). Em virtude da indefinição conceitual, é importante verificar quais elementos substanciais têm sido extraídos do padrão de tratamento justo e equitativo pelos tribunais arbitrais (3.4), de maneira que – juntamente com uma breve análise empírica dos laudos arbitrais recentes – seja possível tecer alguns comentários sobre os impactos potenciais do padrão de tratamento justo e equitativo nos ordenamentos jurídicos domésticos (3.5).

3.1 Os universos do Direito Internacional dos Investimentos e a relevância do padrão de tratamento justo e equitativo

Ao longo de sua utilização no cenário internacional, os acordos internacionais de investimentos desenvolveram estágios distintos de evolução no que se refere à formulação das disposições neles presentes. Entretanto, também ao longo de sua utilização, esses mesmos acordos internacionais passaram a contar com disposições semelhantes, que incluíam garantias gerais de tratamento dos investidores e compromissos de promoção de investimentos, criando um grau considerável de identidade e paralelismo.⁶⁴⁴

Em linha com esse entendimento, é possível traçar um perfil genérico das disposições materiais comumente presentes no texto dos acordos internacionais de investimento, as quais, embora não sejam idênticas, seguem um parâmetro geral próprio. Um critério metodológico

⁶⁴⁴ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Relationships between international investment agreements* (OECD Working Papers on International Investment 2004/1). OECD Publishing, 2004, p. 19-22.

possível para essa tarefa consiste na classificação das disposições de acordo com o interesse tutelado, de um lado, dos investidores estrangeiros e, de outro lado, dos Estados hospedeiros. Outra classificação comumente adotada tem como parâmetro a dimensão temporal dos investimentos estrangeiros, separando as disposições sobre a fase de pré-investimento daquelas que se ocupam do investimento já estabelecido no Estado estrangeiro. A Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD) utiliza, por sua vez, um critério orientado pela finalidade das disposições materiais utilizadas nos acordos internacionais, identificando um grupo de disposições relativas ao processo de liberalização e um grupo concentrado na proteção do investimento estrangeiro contra medidas do Estado hospedeiro.⁶⁴⁵

De acordo com Sonarajah, a similaridade básica dos acordos internacionais de investimentos pode ser reduzida às seguintes regras materiais: (a) definições de investimento e de investidor, (b) admissão e estabelecimento do investidor no Estado hospedeiro, (c) tratamento nacional, (d) tratamento da nação mais favorecida, (e) tratamento justo e equitativo, (f) expropriação e compensação, (g) transferência de fundos, (h) resolução de conflitos entre Estados e (i) resolução de conflitos investidor-Estado.⁶⁴⁶

José Augusto Fontoura Costa elabora um conjunto mais extenso das regras e princípios que considera expressivos nos acordos, elencando: (a) finalidade de promoção e proteção de investimentos estrangeiros, (b) âmbito material de aplicação do tratado, (c) âmbito pessoal de aplicação do tratado, (d) definição da cobertura pré ou pós-entrada, (e) cláusula da nação mais favorecida, (f) cláusula do tratamento nacional, (g) tratamento justo e equitativo e proteção integral, (h) regras contra expropriação e padrões de indenização, (i) regras de proteção em guerras civis e desordens internas, (j) regras sobre transferência de capitais, (k) regras sobre sub-rogação em matéria de seguros, (l) regras sobre pessoal técnico e administrativo estrangeiro, (m) regras proibitivas à imposição de requisitos de desempenho, (n) regras sobre transparência, (o) exceções gerais, (p) regras sobre direito aplicável à solução de controvérsias, (q) regras sobre a solução de controvérsias entre Estados e (r) regras sobre a solução de controvérsias entre investidores e Estados.⁶⁴⁷

⁶⁴⁵ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *International investment instruments: key issues*. Geneva: United Nations, 2004, p. 16-18.

⁶⁴⁶ SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. 2 ed. New York: Cambridge University Press, 2004, p. 217.

⁶⁴⁷ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 129-130.

Jörn Griebel enuncia de maneira mais concisa as disposições comuns, incluindo: (a) tratamento justo e equitativo, (b) proibição de medidas discriminatórias ou arbitrárias, (c) proteção geral e segurança, (d) proibição de expropriação sem atendimento a certos requisitos, (e) tratamento da nação mais favorecida, (f) tratamento nacional, (g) direito de transferência de capital e (h) *umbrella clauses*.⁶⁴⁸

Christoph Schreuer, por sua vez, apresenta, também de maneira sintética, os itens presentes nos acordos, citando: (a) admissão de investimentos, (b) tratamento e proteção de investimentos, (c) transferências de capital, (d) expropriação e compensação, (e) solução de controvérsias entre investidores e Estados, e (f) solução de controvérsias entre Estados.⁶⁴⁹

Marilda Rosado reconhece a relativa padronização dos acordos de investimentos, apontando algumas cláusulas principais: (a) tratamento justo e equitativo, (b) proteção completa, (c) não-discriminação, (d) tratamento nacional, (e) tratamento da nação mais favorecida, (f) garantias relativas aos casos de nacionalização e/ou desapropriação e (g) garantias relativas a repatriação de capital e remessa de lucros ao exterior.⁶⁵⁰

A análise dessas ou das diversas outras classificações encontradas nos registros doutrinários revela a amplitude temática da regulação dos investimentos estrangeiros. Cada uma das disposições típicas dos acordos internacionais de investimentos possui diversas consequências práticas nos ordenamentos jurídicos dos Estados envolvidos. A análise de cada um desses múltiplos impactos representa – em nossa opinião – um universo do Direito Internacional dos Investimentos.

Embora todos os enfoques sejam igualmente relevantes e necessários, o padrão de tratamento justo e equitativo (*fair and equitable treatment*) e seus potenciais impactos no ordenamento jurídico doméstico parecem – em nossa opinião – merecer uma análise mais detalhada. Isso porque – no entendimento de Rudolf Dolzer e Christoph Schreuer – “*this concept is the most frequently invoked standard in investment disputes*”.⁶⁵¹ Além disso,

⁶⁴⁸ GRIEBEL, Jörn. *Internationales Investitionsrecht*. Müncher: C. H. Beck, 2008, p. 68. O autor define as *umbrella clauses* como uma “inclusão dos direitos decorrentes de contratos de investimento no âmbito da proteção jurídica internacional”. No original: “*Einbeziehung von Rechten aus Investitionsverträgen in den völkerrechtlichen Schutz*”.

⁶⁴⁹ SCHREUER, Christoph. Das internationale Investitionsrecht. In: NEUHOLD, Hanspeter; HUMMER, Waldemar; SCHREUER, Christoph (Hrgs.). *Österreichisches Handbuch des Völkerrechts*. 4. Aufl. Wien: Manz, 2004, p. 53.

⁶⁵⁰ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos investimentos e petróleo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 18, n. 1, p. 1-37, 2010, p. 16.

⁶⁵¹ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 119.

embora exista grande controvérsia sobre seu conteúdo jurídico, o padrão de tratamento justo e equitativo tem imenso potencial de interferência na regulação administrativa dos Estados hospedeiros.⁶⁵²

Uma breve análise evolutiva das controvérsias entre investidores estrangeiros e Estados hospedeiros reforça essa escolha. Em um primeiro momento, as controvérsias tinham como fundamento uma privação evidente da propriedade sobre o investimento. A expropriação direta através da tomada da propriedade pelo Estado hospedeiro – no entendimento de Marilda Rosado de Sá Ribeiro – “tem inspiração em motivos políticos, econômicos ou sociais, e não se confunde com ato confiscatório, de caráter punitivo”, devendo subordinar-se a determinadas condições impostas pelo Direito Internacional Público.⁶⁵³

Ao longo do desenvolvimento do Direito Internacional dos Investimentos, observou-se uma ampliação do conceito de expropriação para circunscrever novas práticas dos Estados hospedeiros que de alguma forma influenciavam negativamente a propriedade estrangeira.⁶⁵⁴ Os tribunais arbitrais passaram, em um segundo momento, a ser gradativamente confrontados com a multifacetada noção de expropriação indireta. Nesse sentido, como leciona Marilda Rosado de Sá Ribeiro:

A percepção tradicional da expropriação era a de medidas seguidas de uma mudança política maior, muitas vezes violenta. Esse conceito passou por uma ampliação, eis que há formas menos evidentes de expropriação, como a expropriação regulatória e a *creeping expropriation*. Uma mudança radical da legislação de um país, bem como a alteração da regulação do setor petrolífero, pode significar uma modalidade de expropriação.⁶⁵⁵

Em um terceiro momento, Surya Subedi aponta a existência de uma “*extension of the frontiers of the law of foreign investment*”,⁶⁵⁶ em que as controvérsias passaram a ter como

⁶⁵² SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 63.

⁶⁵³ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos investimentos e petróleo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 18, n. 1, p. 1-37, 2010, p. 21.

⁶⁵⁴ SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 121.

⁶⁵⁵ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos investimentos e petróleo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 18, n. 1, p. 1-37, 2010, p. 28.

⁶⁵⁶ SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 133.

fundamento a violação do padrão de tratamento justo e equitativo. De acordo com Christoph Schreuer, embora o conceito de padrão de tratamento justo e equitativo tenha surgido nos acordos internacionais há pouco mais de meio século, os tribunais arbitrais passaram a ser sistematicamente confrontados com ele a partir dos últimos anos do século XX.⁶⁵⁷ Evidencia-se um aumento do espectro de medidas do Estado hospedeiro que podem ser analisadas pelos tribunais arbitrais: da tomada direta da propriedade estrangeira – no âmbito da expropriação direta – a uma diversidade de alterações legislativas e de atos administrativos – no âmbito do padrão de tratamento justo e equitativo.⁶⁵⁸

O enfrentamento sistemático do padrão de tratamento justo e equitativo pelos tribunais arbitrais é, portanto, um fenômeno recente, que atribui crescente importância ao estudo desse padrão de tratamento. Nesse sentido, o tribunal arbitral no caso *Suez-Vivendi v. Argentina* afirmou que o padrão de tratamento justo e equitativo é “*the Grundnorm or basic norm of international investment law*”.⁶⁵⁹ Um retrospecto descritivo remontando a seus antecedentes na prática arbitral, passando por seu surgimento nos acordos internacionais e descrevendo as suas atuais abordagens é uma ferramenta fundamental – em nossa opinião – para a compreensão integral do padrão de tratamento justo e equitativo.

3.2 A evolução do padrão de tratamento justo e equitativo nos acordos internacionais de investimentos

O padrão de tratamento justo e equitativo não é uma criação recente, ainda que – com essa denominação – tenha se tornado característica do Direito Internacional dos Investimentos. Em 1926, a *General Claims Commission* entre México e Estados Unidos analisou a denegação de justiça no tratamento de estrangeiros. O laudo arbitral no caso *Neer*

⁶⁵⁷ SCHREUER, Christoph. Fair and equitable treatment in arbitral practice. *The Journal of World Investment and Trade*, v. 6, n. 3, p. 357-386, 2005, p. 368.

⁶⁵⁸ PICHERACK, J. Roman. The expanding scope of the fair and equitable treatment standard: have recent tribunals gone too far? *The Journal of World Investment and Trade*, v. 9, p. 255-291, 2008, p. 290.

⁶⁵⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona and Vivendi Universal v. The Argentine Republic*, ICSID Case n. ARB/03/19, Decision on Liability 30 Jul 2010, § 188.

v. México fazia referência a elementos que estão presentes no conceito de tratamento justo e equitativo:

*the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency. Whether the insufficiency proceeds from deficient execution of an intelligent law or from the fact that the laws of the country do not empower the authorities to measure up to international standards is immaterial.*⁶⁶⁰

A importância histórica do caso *Neer v. México* não pode ser subestimada, tendo em vista que esse foi “*one of the early cases to deal with the notion of ‘denial of justice’ as an example of an unfair treatment*”.⁶⁶¹ Discussões semelhantes foram observadas nos casos *Roberts v. México* e *Hopkins v. México* da *General Claims Commission*.⁶⁶²

O Tratado de Amizade, Comércio e Navegação entre Itália e Estados Unidos da América de 1948 fundamentou a demanda americana em face da Itália no caso referente à empresa *Elettronica Sicula S.p.A.*, em que os Estados Unidos questionaram – perante a Corte Internacional de Justiça – o confisco e a venda de duas subsidiárias de empresas americanas na Itália, quando as empresas começaram a apresentar dificuldades financeiras. O pedido apontava a violação de disposições do Tratado que previam, entre outras garantias, o direito dos nacionais de um Estado parte de organizar, controlar e gerenciar as corporações de sua propriedade no território do outro Estado parte.⁶⁶³

Embora esses casos sejam comumente citados como registros preliminares da elaboração teórica do padrão de tratamento justo e equitativo, uma análise mais cuidadosa revela que as discussões realizadas nessas oportunidades tinham como pano de fundo ora o tratamento de estrangeiros – e não necessariamente de investimentos estrangeiros – ora a proibição de medidas discriminatórias e arbitrárias – e não necessariamente a violação do

⁶⁶⁰ GENERAL CLAIMS COMMISSION. L. F. H. Neer and Pauline Neer (USA) v. United Mexican States. Award, 15 out. 1926. *Reports of International Arbitral Awards = Recueil des Sentences Arbitrales*, v. 4, p. 60-66, 2006, p. 61-2.

⁶⁶¹ SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 63.

⁶⁶² TUDOR, Ioana. *The fair and equitable treatment standard in the International Law of foreign investments*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 64.

⁶⁶³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *United States of America v. Italy* (Case concerning Elettronica Sicula S.p.A.), Judgement, 20 July 1989.

padrão de tratamento justo e equitativo.⁶⁶⁴ As discussões desses casos servem, na verdade, para construir o conceito de padrão mínimo internacional de tratamento dos estrangeiros (*international minimum standard of treatment of aliens*),⁶⁶⁵ o qual guarda – em certa medida – algumas interseções com o padrão de tratamento justo e equitativo.

Uma retrospectiva histórica dos acordos internacionais em matéria econômica permite observar a existência de dispositivo expressamente prevendo o padrão de tratamento justo e equitativo em alguns Tratados de Amizade, Comércio e Navegação⁶⁶⁶ e na Carta de Havana.⁶⁶⁷ Expressa alusão a esse padrão de tratamento também foi observada no projeto Abs-Shawcross, o que acabou por influenciar os tratados bilaterais de investimentos desde sua origem. Em 1967, o projeto da *Convention on the Protection of Foreign Property* da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) também continha referência ao padrão de tratamento justo e equitativo.⁶⁶⁸

No atual panorama do Direito Internacional dos Investimentos, a imensa maioria dos acordos internacionais de investimentos contém uma cláusula do padrão de tratamento justo e equitativo, que “*has become an established principal of international law. However, the precise definition of fair and equitable treatment remains unclear*”.⁶⁶⁹ A frequência do padrão de tratamento justo e equitativo nos acordos internacionais de investimentos contrasta com (a) a indeterminação de seu conceito,⁶⁷⁰ (b) a interpretação extensiva aplicada por alguns tribunais

⁶⁶⁴ TUDOR, Ioana. *The fair and equitable treatment standard in the International Law of foreign investments*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 64-5.

⁶⁶⁵ SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 118.

⁶⁶⁶ KLÄGER, Roland. *Fair and equitable treatment in International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 14; ALSCHNER, Wolfgang. Americanization of the BIT universe: the influence of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) treaties on modern investment treaty law. *Goettingen Journal of International Law*, v. 5, n. 2, p. 455-486, 2013, p. 461-2.

⁶⁶⁷ WESTCOTT, Thomas J. Recent practice on fair and equitable treatment. *The Journal of World Investment and Trade*, v. 8, p. 409-430, 2007, p. 410-1.

⁶⁶⁸ PARADELL, Lluís. The BIT experience of the fair and equitable treatment standard. In: ORTINO, Federico; LIBERTI, Lahra; SHEPPARD, Audley; WARNER, Hugo (Eds.). *Investment treaty law: current issues*, v. 2. London: British Institute of International and Comparative Law, 2007, p. 117-146, p. 119.

⁶⁶⁹ WESTCOTT, Thomas J. Recent practice on fair and equitable treatment. *The Journal of World Investment and Trade*, v. 8, p. 409-430, 2007, p. 411.

⁶⁷⁰ ARENHART, Fernando Santos. Investimento estrangeiro: o padrão de tratamento justo e equitativo e o papel da boa-fé. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 1, p. 154-169, 2013, p. 156.

arbitrais⁶⁷¹ e (c) o grande potencial de interferência nas decisões administrativas do Estado hospedeiro.⁶⁷²

A análise dos acordos internacionais de investimentos pela Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD) permite identificar algumas tendências na redação da cláusula do padrão de tratamento justo e equitativo. É evidente que a redação da cláusula apresenta inúmeras variações nos mais de três mil acordos internacionais de investimentos. Algumas convergências podem, entretanto, ser observadas, de maneira que a UNCTAD identifica cinco principais possibilidades de abordagem no padrão de tratamento justo e equitativo.

A primeira possibilidade consiste em apresentar uma referência absolutamente direta ao padrão de tratamento justo e equitativo, sem qualifica-lo à luz de nenhum outro instituto do Direito Internacional. Essa tem sido a opção tradicional na maioria dos acordos internacionais de investimentos, a exemplo do tratado bilateral de investimentos entre Chile e Egito.⁶⁷³ Em alguns casos, na mesma cláusula o padrão de tratamento justo e equitativo aparece em paralelo a outros padrões de tratamento, sem que ocorra interferência na sua interpretação.⁶⁷⁴

A opção pela menção direta ao padrão de tratamento justo e equitativo também foi realizada nos tratados bilaterais de investimento assinados pelo Brasil, na década de 90, com Alemanha, Bélgica/Luxemburgo, Coréia do Sul, Dinamarca, Finlândia, Itália, Portugal, Reino Unido, e Suíça.⁶⁷⁵

⁶⁷¹ SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 140-1.

⁶⁷² UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment*. (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II). New York/Geneva: United Nations, 2012, p. 10-1.

⁶⁷³ A cláusula 4.1 do tratado celebrado entre Chile e Egito apresenta a seguinte redação: “*Each Contracting Party shall guarantee a fair and equitable treatment to investments made by investors of the other Contracting Party in its territory and shall ensure that the exercise of the right thus recognized shall not be hindered in practice*”.

⁶⁷⁴ Esse é o caso do tratado entre Marrocos e Dinamarca, em que o padrão de tratamento justo e equitativo aparece ao lado do padrão de tratamento nacional e do padrão de tratamento da nação mais favorecida. No acordo celebrado entre Brasil e Portugal, a proibição de tratamento discriminatório é apresentada juntamente com o padrão de tratamento justo e equitativo.

⁶⁷⁵ Nesse sentido, cf. a cláusula 3.1 do acordo celebrado pelo Brasil com a Dinamarca: “Em seu território, cada parte Contratante concederá um tratamento justo e equitativo aos investimentos efetuados por investidores da outra Parte Contratante, o qual não será, em caso algum, menos favorável do que o concedido a seus próprios investidores ou a investidores de qualquer terceiro Estados, prevalecendo o tratamento mais favorável ao investidor”.

A utilização da referência direta ao padrão de tratamento justo e equitativo abriu espaço para diversas controvérsias sobre sua natureza jurídica: de um lado, sustenta-se que o padrão de tratamento justo e equitativo deve ser analisado casuisticamente a partir de noções gerais de justiça e equidade; de outro lado, entende-se que a interpretação do padrão de tratamento justo e equitativo deve ser realizada à luz do padrão mínimo internacional de tratamento dos estrangeiros (*international minimum standard of treatment of aliens*) oriundo do costume internacional. Nesse sentido, confira-se a análise da UNCTAD:

*The unqualified approach has given rise to the question of whether the FET clause formulated in this way can be interpreted in the light of the minimum standard of treatment of aliens under customary law or whether it refers to an unqualified autonomous standard that can be interpreted on a case-by-case basis by reference to general notions of fairness and equity.*⁶⁷⁶

Em uma segunda possibilidade de formulação do padrão de tratamento justo e equitativo, alguns acordos internacionais optaram por vincular o padrão aos princípios do Direito Internacional. Nesse sentido, alguns acordos preveem o tratamento justo e equitativo “em conformidade com o Direito Internacional”, de maneira a limitar a liberdade de interpretação dos tribunais arbitrais, que ficam restritos aos princípios e fontes do Direito Internacional. Essa redação foi utilizada nos acordos celebrados pelo Brasil, na década de 90, com Chile, Cuba, França e Venezuela.⁶⁷⁷

Outra forma de vinculação é observada nos acordos que determinam a aplicação do padrão de tratamento justo e equitativo de forma não menos favorável do que o Direito Internacional.⁶⁷⁸ Nesse caso, os princípios do Direito Internacional são utilizados como parâmetros mínimos para a interpretação dos tribunais arbitrais, sem impor limites concretos

⁶⁷⁶ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment*. (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II). New York/Geneva: United Nations, 2012, p. 21.

⁶⁷⁷ Por todos, cf. o artigo 3.2 do acordo com o Chile, dispondo que: “Cada Parte Contratante dispensará um tratamento não discriminatório, justo e equitativo, em conformidade com os princípios do Direito Internacional, aos investimentos realizados por investidores da outra Parte Contratante em seu território e garantirá que não serão criados obstáculos ao exercício dos direitos assim reconhecidos”.

⁶⁷⁸ Exemplo dessa opção é o tratado celebrado entre Bahrein e Estados Unidos, cuja cláusula 2.3.(a) prevê que: “Each Party shall at all times accord to covered investments fair and equitable treatment and full protection and security, and shall in no case accord treatment less favorable than that required by international law”.

aos elementos que podem ser extraídos pelos tribunais arbitrais do padrão de tratamento justo e equitativo.⁶⁷⁹

Alguns acordos internacionais de investimentos utilizam uma terceira possibilidade de formulação do padrão de tratamento justo e equitativo, através de sua qualificação por determinados elementos concretos que devem pautar a atuação do Estado hospedeiro. Nesse sentido, as cláusulas do padrão de tratamento justo e equitativo fazem referências expressas, por exemplo, à proibição de denegação de justiça, à proibição de medidas discriminatórias e à impossibilidade de arguição da violação do padrão de tratamento justo e equitativo em virtude da violação de outro dispositivo do tratado ou de outra obrigação internacional.

Exemplo interessante de restrição da interpretação do padrão de tratamento justo e equitativo pode ser observado no artigo 14(3) do acordo da sobre investimentos de 2007 da *Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA)*, que vincula o conceito de tratamento justo e equitativo ao nível de desenvolvimento e às particularidades do ordenamento jurídico de cada Estado.⁶⁸⁰ O tratado bilateral de investimentos celebrado pelo Brasil com a França, da década de 90, seguia essa tendência, apresentando alguns exemplos de condutas que violariam o padrão de tratamento justo e equitativo, tais como: (a) restrições à compra e ao transporte de matérias-primas, matérias auxiliares, energia, combustíveis, meios de produção e meios de exploração; (b) obstáculos à venda e transporte de produtos no interior do país e para o exterior, e (c) outras medidas de efeito análogo.

A quarta possibilidade consiste em silenciar sobre o padrão de tratamento, deixando de mencionar de maneira expressa o tratamento justo e equitativo no texto do acordo internacional.⁶⁸¹ De acordo com a UNCTAD, “*silence on fair and equitable treatment may well indicate that the States parties to the agreement are unwilling to subject their regulatory measures to review under this standard*”.⁶⁸² Entretanto, a ausência de previsão expressa nos acordos internacionais não afasta de maneira absoluta a possibilidade de invocação do padrão de tratamento justo e equitativo.

⁶⁷⁹ HAERI, Hussein. A tale of two standards: ‘fair and equitable treatment’ and the minimum standard in International Law. *Arbitration International*, v. 27, n. 1, p. 27-46, 2011, p. 36.

⁶⁸⁰ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment*. (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II). New York/Geneva: United Nations, 2012, p. 34.

⁶⁸¹ Esse é o caso de o acordo de livre comércio (FTA) celebrado entre Austrália e Cingapura.

⁶⁸² UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment*. (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II). New York/Geneva: United Nations, 2012, p. 18.

No caso *Rumeli Telekom v. Cazaquistão*, o tribunal entendeu que a interrupção de um contrato com o investidor estrangeiro pela autoridade de investimentos do Estado antes do prazo concedido pelo próprio Estado para entrega de determinados documentos violava o padrão de tratamento justo e equitativo, ainda que ele não estivesse expressamente previsto no tratado bilateral de investimentos entre Turquia e Cazaquistão. Nesse aspecto, entendeu o tribunal que:

*The parties agree that in view of the MFN clause contained in the BIT, Respondent's international obligations assumed in other bilateral treaties, and in particular the United Kingdom-Kazakhstan BIT, are applicable to this case, such obligations including: the obligation to ensure the fair and equitable treatment of the investments of investors of the other Contracting Party; the duty not to deny justice; the obligation to accord full protection and security to such investments; and the obligation not to impair by unreasonable, arbitrary, or discriminatory measures the management, maintenance, use, enjoyment, or disposal of such investments.*⁶⁸³

A imposição das obrigações decorrentes do tratamento justo e equitativo – previsto no tratado bilateral de investimentos entre Reino Unido e Jordânia – em virtude da existência da cláusula da nação mais favorecida no tratado bilateral de investimentos entre Turquia e Jordânia também foi admitida pelo tribunal arbitral no caso *ATA Company v. Jordânia*:

*The Tribunal notes also that, by virtue of Article II(2) of the Treaty (the "MFN" clause), the Respondent has assumed the obligation to accord to the Claimant's investment fair and equitable treatment (see the UK-Jordan BIT) and treatment no less favourable than that required by international law (see the Spain-Jordan BIT).*⁶⁸⁴

Também no sentido de utilização da cláusula da nação mais favorecida para tomar emprestado o tratamento justo e equitativo de outro tratado foram as decisões dos tribunais arbitrais nos casos *Bayindir v. Paquistão*⁶⁸⁵ e *MTD v. Chile*.⁶⁸⁶

⁶⁸³ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case n. ARB/05/16, Award, 29 Jul. 2008, § 575.

⁶⁸⁴ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case n. ARB/08/2, Award, 18 May 2010, § 125, nota 16.

⁶⁸⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case n. ARB/03/29, Award, 27 Aug. 2009, § 157. De acordo com o tribunal: "the ordinary meaning of the words used in Article II(2) together with the limitations provided in Article II(4) show that the parties to the Treaty did not intend to exclude the importation of a more favourable substantive standard of treatment accorded to investors of third countries".

A quinta possibilidade de formulação do padrão de tratamento justo e equitativo consiste em vinculá-lo expressamente ao padrão mínimo internacional de tratamento dos estrangeiros (*international minimum standard of treatment of aliens*) oriundo do costume internacional. A expressa vinculação tem como objetivo reduzir a margem interpretativa dos tribunais arbitrais, coibindo as interpretações extensivas do padrão de tratamento. Essa vinculação indica que os tribunais arbitrais ficariam limitados por aquilo que – de acordo com o costume internacional – constitui o padrão mínimo internacional de tratamento dos estrangeiros.⁶⁸⁷

É evidente que as alterações de redação na cláusula do padrão de tratamento justo e equitativo podem ter reflexos na interpretação conferida pelos tribunais arbitrais: a referência simples permite uma margem de interpretação mais ampla do que a referência vinculada ao Direito Internacional ou ao padrão mínimo internacional de tratamento dos estrangeiros.⁶⁸⁸ De qualquer modo, ao longo dos anos, criou-se grande controvérsia sobre a topografia teórica do padrão de tratamento justo e equitativo no Direito Internacional dos Investimentos. Sustenta-se, de um lado, que o padrão de tratamento justo e equitativo é padrão autônomo e/ou princípio do Direito Internacional dos Investimentos, ao passo que, de outro lado, compreende-se que o padrão de tratamento justo e equitativo em nada difere do *international minimum standard* derivado do costume internacional, no âmbito do Direito Internacional Público.⁶⁸⁹

⁶⁸⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case n. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, § 104. *O entendimento ficou assim registrado: “the Tribunal considers that to include as part of the protections of the BIT those included in Article 3(1) of the Denmark BIT and Article 3(3) and (4) of the Croatia BIT is in consonance with this purpose. The Tribunal is further convinced of this conclusion by the fact that the exclusions in the MFN clause relate to tax treatment and regional cooperation, matters alien to the BIT but that, because of the general nature of the MFN clause, the Contracting Parties considered it prudent to exclude”.*

⁶⁸⁷ DOLZER, Rudolf; VON WALTER, Andre. Fair and equitable treatment: lines of jurisprudence on customary law. In: ORTINO, Federico; LIBERTI, Lahra; SHEPPARD, Audley; WARNER, Hugo (Eds.). *Investment treaty law: current issues*, v. 2. London: British Institute of International and Comparative Law, 2007, p. 99-115, p. 99-100.

⁶⁸⁸ KINNEAR, Meg. The continuing development of the fair and equitable treatment standard. In: BJORKLUND, Andrea K; LAIRD, Ian A.; RIPINSKY, Sergey (Eds.). *Investment treaty law: current issues*, v. 3. London: British Institute of International and Comparative Law, 2009, p. 209-240, p. 213.

⁶⁸⁹ HAERI, Hussein. A tale of two standards: ‘fair and equitable treatment’ and the minimum standard in International Law. *Arbitration International*, v. 27, n. 1, p. 27-46, 2011, p. 27-9.

3.3 Articulação entre o padrão de tratamento justo e equitativo e o “*international minimum standard*”

Durante a era colonial, os investidores oriundos das metrópoles permaneciam sob a exclusiva jurisdição dos seus Estados de origem, enquanto conduziam suas atividades econômicas nas colônias. A independência política das colônias foi acompanhada por um movimento no sentido de estabelecer o princípio do tratamento nacional dos estrangeiros como decorrência lógica do princípio da igualdade soberana dos Estados.⁶⁹⁰ De acordo com essa perspectiva, que posteriormente influenciou a doutrina Calvo, os estrangeiros deveriam ser tratados de maneira idêntica aos nacionais dos Estados recém-independentes.⁶⁹¹

Entretanto, com o objetivo de proteger seus nacionais os Estados exportadores de capital desenvolveram a doutrina do padrão mínimo internacional (*international minimum standard*) de tratamento dos estrangeiros. De acordo com essa doutrina, um padrão mínimo de justiça e equidade do Direito Internacional deveria ser aplicado aos estrangeiros, sempre que as leis nacionais fossem consideradas subdesenvolvidas em relação do Direito Internacional.⁶⁹² Na opinião de Surya Subedi, “*the notion of an international minimum standard drew on the doctrine of state responsibility, which provided protection against injury to aliens and alien property*”.⁶⁹³ Nesse sentido, o Estado tem discricionariedade para admitir estrangeiros em seu território, mas é obrigado a conceder-lhes – uma vez admitidos – um certo padrão de tratamento.⁶⁹⁴ No caso *Barcelona Traction*, a Corte Internacional de Justiça reconheceu a existência dessa obrigação em relação aos investimentos estrangeiros, nos seguintes termos:

⁶⁹⁰ SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 8.

⁶⁹¹ SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 10.

⁶⁹² Sobre a doutrina do padrão mínimo internacional, cf. por todos ROOT, Elihu. The basis of protection to citizens residing abroad. *American Journal of International Law*, v. 4, n. 3, p. 517-528, 1910; SCHWARZENBERGEN, Georg. The standard of civilization in International Law. *Current Legal Problems*, v. 8, n. 1, p. 212-234, 1955.

⁶⁹³ SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 9.

⁶⁹⁴ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 208.

*When a State admits into its territory foreign investments of foreign nationals, whether natural or juristic persons, it is bound to extend to them the protection of the law and assumes obligations concerning the treatment to be afforded to them.*⁶⁹⁵

Ao longo do século XX, o debate sobre o padrão internacional mínimo no âmbito do costume internacional se desenvolveu, por exemplo, no âmbito de alguns casos decididos pela *General Claims Commission* entre México e Estados Unidos.⁶⁹⁶ Em paralelo, desenvolviam-se também as discussões sobre outros regimes para os investimentos estrangeiros, os quais passaram a incluir – na segunda metade do século XX – uma menção expressa ao padrão de tratamento justo e equitativo. Essa interseção entre o padrão mínimo internacional do costume internacional e o padrão de tratamento justo e equitativo do direito convencional trouxe algumas dificuldades teóricas para o debate.⁶⁹⁷

Ainda que o padrão de tratamento justo e equitativo esteja presente nos acordos internacionais desde a década de 60, o debate sobre sua articulação com o padrão mínimo internacional tornou-se mais amplo com o *North American Free Trade Agreement* (NAFTA). O capítulo XI do acordo contém as disposições sobre regulação dos investimentos estrangeiros e trata, no artigo 1105(1), conjuntamente do padrão mínimo internacional e do padrão de tratamento justo e equitativo:

Article 1105: Minimum Standard of Treatment

*1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.*⁶⁹⁸

A redação do dispositivo teve reflexos importantes nos primeiros casos arbitrais decididos em virtude do capítulo XI do NAFTA. No caso *Metalclad v. México*, o tribunal arbitral entendeu que a ausência de transparência no procedimento administrativo de um governo municipal do México violava o padrão de tratamento justo e equitativo e o padrão

⁶⁹⁵ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain)*. Judgment, 5 fev. 1970. *ICJ Reports*, 1970, § 33.

⁶⁹⁶ HAERI, Hussein. A tale of two standards: ‘fair and equitable treatment’ and the minimum standard in International Law. *Arbitration International*, v. 27, n. 1, p. 27-46, 2011, p. 29.

⁶⁹⁷ WESTCOTT, Thomas J. Recent practice on fair and equitable treatment. *The Journal of World Investment and Trade*, v. 8, p. 409-430, 2007, p. 411-2.

⁶⁹⁸ Em tradução livre: Artigo 1105: Padrão Mínimo de Tratamento. 1. Cada Parte deverá conceder aos investimentos dos investidores da outra Parte tratamento de acordo com o Direito Internacional, incluindo o padrão de tratamento justo e equitativo e proteção e segurança integrais.

mínimo internacional.⁶⁹⁹ Imprescindível observar, contudo, que o capítulo XI não contém expressamente menção à transparência. No caso *S. D. Myers v. Canadá*, o tribunal arbitral ressaltou que a violação do padrão mínimo internacional ocorre “*when it is shown that an investor has been treated in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that is unacceptable from the international perspective*”.⁷⁰⁰ Entretanto, o tribunal concluiu pela a violação do padrão de tratamento nacional pelo Canadá e afirmou que a violação do tratamento nacional “*essentially establishes a breach of article 1105 as well*”.⁷⁰¹ No caso *Pope & Talbot v. Canadá*, o tribunal arbitral entendeu que algumas restrições impostas pelo Canadá para quotas de exportação de determinados produtos violavam o padrão de tratamento justo e equitativo, porque “*investors under NAFTA are entitled to the international law minimum plus the fairness elements*”.⁷⁰²

Em virtude das elaborações teóricas dos tribunais arbitrais, a *Free Trade Commission* do NAFTA elaborou, com base na autorização do artigo 1131(2) do NAFTA,⁷⁰³ uma nota interpretativa sobre o padrão mínimo internacional previsto no artigo 1105(1) do NAFTA, nos seguintes termos:

1. *Article 1105(1) prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of another Party.*
2. *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 the customary international law minimum standard of treatment of aliens.*
3. *A determination that there has been a breach of another provision of the NAFTA, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of Article 1105(1).*⁷⁰⁴

⁶⁹⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case n. ARB(AF)/97/1, Award, 30 Aug. 2000, § 99-101.

⁷⁰⁰ *S. D. Myers Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL Arbitration Rules, Partial Award, 13 Nov. 2000, § 263.

⁷⁰¹ *S. D. Myers Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL Arbitration Rules, Partial Award, 13 Nov. 2000, § 265.

⁷⁰² *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, UNCITRAL Arbitration Rules, Award on the merits of phase 2, 10 Apr. 2001, § 110.

⁷⁰³ De acordo com o artigo 1131(2) do NAFTA “*an interpretation of the [Free Trade] Commission of a provision of this Agreement shall be binding on a Tribunal established under this Section*”.

⁷⁰⁴ Em tradução livre: 1. O artigo 1105(1) prevê o padrão mínimo internacional de tratamento de estrangeiros do costume internacional como padrão mínimo de tratamento a ser garantido aos investimentos de investidores da outra Parte. 2. Os conceitos de “tratamento justo e equitativo” e de “proteção e segurança integrais” não exigem tratamento para além do que é determinado pelo padrão mínimo internacional de tratamento de estrangeiros do costume internacional. 3. A caracterização de uma violação a outro dispositivo do NAFTA ou de um acordo internacional separado não caracteriza a existência de uma violação do Artigo 1105(1).

Observa-se uma evidente tentativa de reduzir a margem de liberdade interpretativa dos tribunais arbitrais, limitando o padrão de tratamento justo e equitativo pelo padrão mínimo internacional e criando um ônus interpretativo de estabelecer o padrão mínimo internacional através da caracterização do costume internacional.⁷⁰⁵ Os laudos arbitrais posteriores à nota interpretativa passaram a adotar entendimentos menos extensivos sobre o conteúdo do padrão de tratamento justo e equitativo.⁷⁰⁶ No caso *ADF v. Estados Unidos*, o tribunal entendeu que a nota interpretativa era necessária “*for consistency and continuity of interpretation, which multiple ad hoc arbitral tribunals are not well suited to achieve and maintain*”.⁷⁰⁷

Alguns acordos internacionais posteriores à nota interpretativa da *Free Trade Commission* do NAFTA passaram a incluir o esclarecimento em suas redações ou em um anexo interpretativo ao acordo.⁷⁰⁸ Entretanto, a limitação do padrão de tratamento justo e equitativo pelo padrão mínimo internacional não põe fim às diversas controvérsias sobre o tema. Nesse aspecto, é adequado o comentário da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD) no sentido de que a referência ao padrão mínimo internacional apenas remete uma controvérsia – o conteúdo do padrão de tratamento justo e

⁷⁰⁵ ALVAREZ-JIMÉNEZ, Alberto. Minimum standard of treatment of aliens, fair and equitable treatment of foreign investors, customary international law and the Diallo case before the International Court of Justice. *The Journal of World Investment and Trade*, v. 9, p. 51-70, 2008, p. 57.

⁷⁰⁶ DRALLE, Tilman Michael. Der Fair and Equitable Treatment-Standard im Investitionsschutzrecht am Beispiel des Schiedsspruchs Glamis Gold v. United States. *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, v. 115, p. 5-33, 2011, p. 15-16.

⁷⁰⁷ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *ADF Group Inc. v. United States of America*, ICSID Case n. ARB (AF)/00/1, Award, 9 Jan. 2003, § 177.

⁷⁰⁸ É o caso do capítulo 10 do acordo de livre comércio (FTA) celebrado entre Estados Unidos e Chile: “*Article 10.4: 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 (b) “full protection and security” requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law. 3. A determination that there has been a breach of another provision of this Agreement, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article. [...] Annex 10-A. Customary International Law. The Parties confirm their shared understanding that “customary international law” generally and as specifically referenced in Articles 10.4 and 10.9 results from a general and consistent practice of States that they follow from a sense of legal obligation. With regard to Article 10.4, 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.*”

equitativo – para outra controvérsia: a definição do padrão mínimo internacional no âmbito do costume internacional:

*The difficulty with this line of thinking is that it presupposes the existence of a general consensus as to what constitutes the minimum standard of treatment of aliens under customary international law. The reality, however, is that the minimum standard itself is highly indeterminate, lacks a clearly defined content and requires interpretation.*⁷⁰⁹

Os desafios metodológicos e teóricos para alcançar uma definição do padrão mínimo internacional foram registrados em alguns laudos arbitrais, como no caso *ADF v. Estados Unidos*, em que o tribunal reconheceu que “*both customary international law, and the minimum standard of treatment of aliens it incorporates, are constantly in a process of development*”.⁷¹⁰

Embora se tenha buscado – em certa medida – utilizar o desenvolvimento teórico existente no âmbito do NAFTA como um paradigma geral para o padrão de tratamento justo e equitativo, considerando-o uma decorrência do padrão mínimo internacional e, portanto, do costume internacional,⁷¹¹ a realidade – fora do contexto do NAFTA – parecer ser outra. Diversos casos adotaram um *plain meaning approach*, que atribui ao padrão de tratamento justo e equitativo uma interpretação autônoma. Nesse sentido foram as decisões nos casos *Biwater v. Tanzânia*,⁷¹² *MTD v. Chile*⁷¹³ e *Saluka v. República Tcheca*.⁷¹⁴ O tribunal arbitral, no caso *Enron v. Argentina*, entendeu, nesse aspecto, que a interpretação autônoma poderia

⁷⁰⁹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment*. (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II). New York/Geneva: United Nations, 2012, p. 28.

⁷¹⁰ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *ADF Group Inc. v. United States of America*, ICSID Case n. ARB (AF)/00/1, Award, 9 Jan. 2003, § 179. No mesmo sentido, cf. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Waste Management Inc. v. United Mexican States (Number 2)*, ICSID Case n. ARB(AF)/98/2, Award, 30 Apr. 2004, § 93.

⁷¹¹ Nesse sentido, cf. por todos FOY, Patrick G.; DEANE, Robert J. C. Foreign investment protection under investment treaties: recent developments under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement. *ICSID Review*, v. 16, n. 2, p. 299-331, 2001, p. 312 e SACERDOTI, Giorgio. Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection. *Recueil des Cours*, v. 269, p. 251-460, 1997, p. 341.

⁷¹² INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case n. ARB/05/22, Award, 24 Jul. 2008, § 591.

⁷¹³ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *MTD Equity Sdn Bhd v. Republic of Chile*, ICSID Case n. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, § 113.

⁷¹⁴ *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, UNCITRAL Arbitration Rules, Partial Award, 17 Mar. 2006, § 292-293.

atribuir ao padrão de tratamento justo e equitativo um conteúdo mais amplo do que aquele presente no costume internacional: “*the tribunal concludes that the fair and equitable treatment standard, at least in the context of the treaty applicable to this case, can also require a treatment additional to, or beyond that of, customary law*”.⁷¹⁵

A utilização do *plain meaning approach* não é surpreendente – na opinião de Hussein Haeri – uma vez que a identificação do costume internacional depende de uma metodologia mais rígida, que perpassa os aspectos objetivo e subjetivo da conduta dos Estados.⁷¹⁶ Em outras palavras, o ônus argumentativo dos tribunais arbitrais é mais reduzido quando se opta por entender que o padrão de tratamento justo e equitativo deve receber uma interpretação autônoma.⁷¹⁷

Entretanto, de acordo com a análise da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD), inexistente uma prática uniforme dos tribunais arbitrais a respeito do método de interpretação do padrão de tratamento justo e equitativo. Em parte, a multiplicidade de metodologias interpretativas se deve às particularidades da redação da cláusula do padrão de tratamento justo e equitativo nos diferentes acordos internacionais de investimento. Independentemente da redação eventualmente existente, os tribunais arbitrais apresentaram algumas dificuldades em estabelecer a relação entre o tratamento justo e equitativo e o padrão mínimo internacional.⁷¹⁸

Mais recentemente, parece que os tribunais arbitrais passaram a atribuir menor importância às controvérsias relativas à articulação entre esses conceitos, preferindo interpretar o padrão de tratamento justo e equitativo de maneira a extrair alguns parâmetros específicos de conduta dos Estados hospedeiros. Nesse sentido, a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD) observa que:

The differences in existing approaches make it hard to arrive at a settled view of the relationship between [fair and equitable treatment] and the [minimum standard of treatment]. At the same time, there are signs of an emerging trend of convergence of

⁷¹⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Enron Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case n. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, § 258.

⁷¹⁶ HAERI, Hussein. A tale of two standards: ‘fair and equitable treatment’ and the minimum standard in International Law. *Arbitration International*, v. 27, n. 1, p. 27-46, 2011, p. 41.

⁷¹⁷ PICHERACK, J. Roman. The expanding scope of the fair and equitable treatment standard: have recent tribunals gone too far? *The Journal of World Investment and Trade*, v. 9, p. 255-291, 2008, p. 260.

⁷¹⁸ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment*. (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II). New York/Geneva: United Nations, 2012, p. 58-9.

*[fair and equitable treatment] obligations, no matter how they are expressed, into a number of common requirements for State conduct. Indeed, in a number of recent cases, arbitrators seemed to be less interested in the theoretical discussion on the relationship between the [fair and equitable treatment] and the [minimum standard of treatment] and turned their attention primarily to the content of the [fair and equitable treatment] obligation, whether or not it is qualified by the [minimum standard of treatment].*⁷¹⁹

Fatores como (a) o grau de imprecisão do padrão de tratamento justo e equitativo, (b) as diversas possibilidades de previsão desse padrão nos acordos internacionais de investimentos e (c) o debate teórico sobre sua articulação com o padrão mínimo internacional transferem o ônus interpretativo desse padrão de tratamento para os tribunais arbitrais. O cotejo dos comentários da doutrina revela uma relativa dificuldade de precisar quais elementos compõem o padrão de tratamento justo e equitativo e de que maneira esses elementos se relacionam. Dessa maneira, é imprescindível analisar alguns dos elementos definidores do padrão de tratamento justo e equitativo que foram, ao longo dos anos, identificados pelos tribunais arbitrais no exame dos casos concretos.

3.4 Elementos do padrão de tratamento justo e equitativo no Direito Internacional dos Investimentos

O padrão de tratamento justo e equitativo acabou por se converter em uma espécie de camaleão polivalente do Direito Internacional dos Investimentos, tendo em vista que um espectro cada vez mais amplo de condutas do Estado hospedeiro passou a ser analisado em relação aos elementos que foram extraídos do padrão de tratamento.⁷²⁰ Uma breve análise de alguns laudos arbitrais revela que muitos elementos identificados pelos tribunais se sobrepõem e se complementam a depender da interpretação específica dada a cada um deles. Em alguns casos, por exemplo, a estabilidade do marco regulatório aparece como elemento autônomo do padrão de tratamento justo e equitativo, ao passo que, em outros casos, ela é apresentada como um subelemento da proteção às expectativas legítimas.

⁷¹⁹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment*. (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II). New York/Geneva: United Nations, 2012, p. 59.

⁷²⁰ WYTHES, Annika. Investor-State arbitrations? Can the 'fair and equitable treatment' clause consider International Human Rights obligations? *Leiden Journal of International Law*, v. 23, p. 241-256, 2010, p. 245.

Além disso, há um *quantum* indefinido de elementos que são eventualmente identificados pelos tribunais, fazendo-se, por vezes, referências distintas ao mesmo padrão de conduta exigido. Nesse sentido, alguns tribunais identificam, no elemento da estabilidade regulatória, determinadas exigências de conduta que, para outros tribunais, estão reunidas no elemento da segurança jurídica ou, ainda, da consistência. Os elementos do padrão de tratamento justo e equitativo poderiam, portanto, ser apresentados de diversas outras formas e outros tantos elementos poderiam ser identificados pelos tribunais arbitrais, de maneira que qualquer lista não é – em nossa opinião – mais do que uma mera enumeração não exaustiva desses elementos.

3.4.1 Tutela das expectativas legítimas

A proteção da expectativa legítima do investidor estrangeiro tem sido identificada de maneira recorrente como um elemento central do padrão de tratamento justo e equitativo. A necessidade de proteção da expectativa legítima decorre de um aspecto essencial nas relações de investimento: a duração dos empreendimentos. Durante todo período em que o investidor estrangeiro emprega seu capital no Estado hospedeiro, há um risco de que as condições de realização de determinada atividade econômica sejam alteradas e, de alguma forma, produzam um impacto negativo no investimento. As alterações das condições iniciais dos investimentos podem ser causadas por mudanças meramente econômicas – caracterizando um risco econômico inerente às transações negociais – ou por ações do Estado hospedeiro – caracterizando um risco político tutelado pelo padrão de tratamento justo e equitativo. As controvérsias fundamentadas na violação da expectativa legítima surgem, portanto, nos casos em que o investidor sofre algum impacto negativo em virtude de uma alteração introduzida pelo Estado hospedeiro no marco regulatório de determinado setor.⁷²¹

O conceito de expectativa legítima tem sido utilizado em diversas decisões arbitrais, independentemente da redação da cláusula do padrão de tratamento justo e equitativo.⁷²²

⁷²¹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment*. (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II). New York/Geneva: United Nations, 2012.

⁷²² FIETTA, Stephen. Expropriation and the ‘fair and equitable’ standard. *Journal of International Arbitration*, v. 23, n. 5, p. 375-399, 2006, p. 384-385.

Entretanto, duas tendências principais podem ser identificadas na aplicação desse conceito. Alguns tribunais arbitrais optaram por uma abordagem mais alinhada aos interesses dos investidores estrangeiros, exigindo uma absoluta estabilidade regulatória pelo Estado hospedeiro. Outros tribunais, por sua vez, têm entendido que a violação das expectativas legítimas depende de que elas tenham sido criadas pelo Estado hospedeiro através de certas condutas qualificadoras.⁷²³

No caso *Tecmed v. México*, inaugurou-se uma interpretação que atribuía um conteúdo muito mais significativo para a expectativa legítima do investidor estrangeiro. De acordo com o tribunal, o Estado hospedeiro deve garantir um tratamento que “*does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment*”.⁷²⁴

A frustração das expectativas legítimas do investidor serviu de fundamento para a condenação, no caso *CMS v. Argentina*, do Estado hospedeiro ao pagamento de 149 milhões de dólares pela violação do padrão de tratamento justo e equitativo. Em termos concretos, diante da crise financeira ocorrida no final da década de 90, o governo argentino editou lei emergencial que suspendia o cálculo em dólares e a atualização por índice norte-americano (*United States Producer Price Index*) das tarifas de gás. Entretanto, as licenças para transporte de gás concedidas à empresa investidora previam a utilização da moeda estrangeira. Embora tenha rejeitado o pedido de condenação por expropriação indireta, o tribunal entendeu que a alteração legislativa introduzida pela Argentina violava as expectativas legítimas do investidor fundamentadas nas licenças que lhe haviam sido concedidas. Dessa maneira, na opinião do tribunal, os direitos criados pelas licenças foram posteriormente desrespeitados pela lei argentina, descumprindo o padrão de tratamento justo e equitativo que pretende justamente garantir a estabilidade e a previsibilidade do marco regulatório.⁷²⁵

O posicionamento adotado no caso *Tecmed v. México* outorgava aos tribunais arbitrais uma ampla margem de interpretação que “*may also bring into the ambit of the doctrine mere*

⁷²³ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment*. (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II). New York/Geneva: United Nations, 2012.

⁷²⁴ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case n. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003, § 154.

⁷²⁵ PICHERACK, J. Roman. The expanding scope of the fair and equitable treatment standard: have recent tribunals gone too far? *The Journal of World Investment and Trade*, v. 9, 2008, p. 255-291. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case n. ARB/01/8, Award, 12 May 2005.

changes of Government policy that cause fiscal loss to the investor".⁷²⁶ Essa ampla abordagem "*would potentially give the arbitral tribunal power to review all Government policy that may impact on the investor*".⁷²⁷

A abordagem do tribunal no caso *Tecmed v. México* foi utilizada em diversos outros casos, como *ADF v. Estados Unidos*,⁷²⁸ *MTD v. Chile*,⁷²⁹ *Occidental Exploration v. Equador*,⁷³⁰ e *Eureko v. Polônia*.⁷³¹

De acordo com essa abordagem, resume Stephan Schill que:

*Legitimate expectations can also originate from the provisions of the general regulatory framework a host state has set in place as long as the confidence the framework generates is sufficiently specific. In this context, the concept of legitimate expectation as an element of the rule of law may even restrict the domestic legislator in its decision-making concerning the change of the regulatory framework.*⁷³²

No caso *Thunderbird Gaming v. México*, optou-se, por outro lado, pela interpretação mais restritiva do padrão de tratamento justo e equitativo, no que tange à questão das expectativas legítimas. O encerramento de diversos estabelecimentos da empresa investidora pelo governo mexicano, tendo como fundamento a proibição de jogos de azar, conflitava com um documento anterior da autoridade mexicana competente, informando que as máquinas apresentadas pela empresa não eram proibidas pelas leis então em vigor. Diante da reclamação do investidor, o tribunal arbitral entendeu que o documento da autoridade governamental não havia criado uma expectativa legítima e razoável no investidor e que os

⁷²⁶ PANDYA, Abhijit P. G. *Interpretations and coherence of the fair and equitable treatment standard in investment treaty arbitration*. 2011. 336 f. Tese (Doutorado em Direito) – London School of Economics, Londres, 2011, p. 63.

⁷²⁷ PANDYA, Abhijit P. G. *Interpretations and coherence of the fair and equitable treatment standard in investment treaty arbitration*. 2011. 336 f. Tese (Doutorado em Direito) – London School of Economics, Londres, 2011, p. 63.

⁷²⁸ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *ADF Group Inc. v. United States of America*, ICSID Case n. ARB (AF)/00/1, Award, 9 Jan. 2003, § 189.

⁷²⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *MTD Equity Sdn Bhd v. Republic of Chile*, ICSID Case n. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, § 114.

⁷³⁰ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, ICSID Case n. ARB/06/11, Award, 5 Oct. 2012, § 185.

⁷³¹ *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, [ad hoc] Partial award, 19 Aug. 2005, § 235 e 241.

⁷³² SCHILL, Stephan W. *Fair and equitable treatment under investment treaties as an embodiment of the rule of law* (IILJ Working Paper 2006/6 Global Administrative Law Series). New York: New York University School of Law, 2006, p. 16.

atos do governo mexicano não haviam sido arbitrários ou injustos a ponto de violar o “*minimum international standard*”.

Na oportunidade, o tribunal procurou estabelecer alguns critérios para caracterizar uma violação da expectativa legítima: (a) a criação de “*reasonable and justifiable expectations on the part of the investor*”⁷³³ pelo Estado hospedeiro; (b) a confiança do investidor na conduta do Estado hospedeiro; (c) a impossibilidade de o Estado hospedeiro atender às expectativas criadas e (d) a causação de algum dano ao investidor. Os quatro critérios enunciados pelo tribunal afastam obrigações genéricas ou abstratas assumidas pelo Estado hospedeiro do âmbito das expectativas legítimas. É importante observar, além disso, o entendimento do tribunal no sentido de que a violação à expectativa legítima apenas se converte em violação ao padrão de tratamento justo e equitativo quando a conduta do Estado hospedeiro está caracterizada por “*gross denial of justice or manifest arbitrariness*”.⁷³⁴

No caso *Waste Management v. México*, o tribunal determinou que, para caracterizar a violação do padrão de tratamento justo e equitativo por frustração das expectativas legítimas, “*it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host state which were reasonably relied on by the claimant*”.⁷³⁵ No caso concreto o governo da cidade de Acapulco descumpriu a cláusula de exclusividade presente no contrato de concessão de serviço público. Embora reconhecendo que o governo municipal havia descumprido algumas disposições do contrato, os fatos do caso “*did not support the conclusion that the City acted in a wholly arbitrary way or in a way that was grossly unfair*”,⁷³⁶ de maneira que não haveria uma violação do padrão de tratamento justo e equitativo. Verifica-se, portanto, uma preocupação do tribunal em restringir, em certa medida, o espectro de expectativas que podem ser consideradas legítimas a ponto de caracterizar uma violação do padrão de tratamento justo e equitativo, afastando-se os meros inadimplementos contratuais.

⁷³³ *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL Arbitration Rules, Award, 26 Jan. 2006, § 147.

⁷³⁴ *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL Arbitration Rules, Award, 26 Jan. 2006, § 194.

⁷³⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Waste Management Inc. v. United Mexican States (Number 2)*, ICSID Case n. ARB(AF)/98/2, Award, 30 Apr. 2004, § 98.

⁷³⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Waste Management Inc. v. United Mexican States (Number 2)*, ICSID Case n. ARB(AF)/98/2, Award, 30 Apr. 2004, § 115.

Em relação à interpretação mais restritiva, adotada também nos casos *Tulip v. Turquia*⁷³⁷ e *TECO v. Guatemala*,⁷³⁸ evidencia-se uma tutela do poder do Estado de alterar os marcos regulatórios ao longo dos anos, exigindo a violação de um compromisso específico com o investidor, como assinala Kenneth Vandevelde:

*Tribunals accept that sovereign states are entitled to change their policies over time. Thus, they find a violation for inconsistent behavior over time principally where the host state has made a commitment to the covered investment or investor not to change its policy or has given assurances with respect to the continuity of its policies on which it has induced the investment or investor reasonably to rely, even if no formal contract exists.*⁷³⁹

A reiterada utilização da expectativa legítima como fundamento para reclamações contra os Estados hospedeiros levou Thomas Wälde a reconhecê-la como um aspecto fundamental do padrão de tratamento justo e equitativo. Nesse sentido, Wälde destacou em seu voto dissidente no caso *Thunderbird Gaming v. México* que:

*One can observe over the last years a significant growth in the role and scope of the legitimate expectation principle, from an earlier function as a subsidiary interpretive principle to reinforce a particular interpretive approach chosen, to its current role as a selfstanding subcategory and independent basis for a claim under the 'fair and equitable treatment standard' as under Art. 1105 of the NAFTA.*⁷⁴⁰

Dessa maneira, reconhecendo que os Estados hospedeiros devem se submeter a altos padrões de transparência para garantir que os investidores estrangeiros tenham absoluta clareza dos direitos que lhes serão concedidos pelo Estado, Wälde concluiu pela violação do padrão de tratamento justo e equitativo.⁷⁴¹

⁷³⁷ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case n. ARB/11/28, Award, 10 Mar. 2014.

⁷³⁸ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *TECO Guatemala Holdings, LLC v. Republic of Guatemala*, ICSID Case n. ARB/10/23, Award, 19 Dec. 2013.

⁷³⁹ VANDEVELDE, Kenneth J. A unified theory of fair and equitable treatment. *International Law and Politics*, v. 43, p. 43-106, 2010, p. 68.

⁷⁴⁰ *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL Arbitration Rules, Separate opinion, 1 Dec 2005, § 37.

⁷⁴¹ *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL Arbitration Rules, Separate opinion, 1 Dec 2005, § 1: "I concur with my colleagues on several significant issues of the case: [...] the general view that the principle of legitimate expectation forms part, i.e. a subcategory, of the duty to afford fair and equitable treatment under Art. 1105 of the NAFTA. We also seem to concur on the general conditions for this claim – an expectation of the investor to be caused by and attributed to the government, backed-up by investment relying on such expectation, requiring the legitimacy of the expectation in terms of the competency of the officials responsible for it and the procedure for issuing it and the reasonableness of the

A importância central da tutela das expectativas legítimas como elemento do padrão de tratamento justo e equitativo também foi registrada pelo tribunal arbitral no caso *EDF v. Romênia*, o qual “*shares the view expressed by other tribunals that one of the major components of the FET standard is the parties’ legitimate and reasonable expectations with respect to the investment they have made*”.⁷⁴² No laudo arbitral de *Lahoud v. Congo*, a centralidade das expectativas legítimas foi novamente reconhecida: “*l’examen des sentences et décisions CIRDI révèle que les attentes légitimes et raisonnables de l’investisseur constituent l’une des composantes majeures, voire l’élément dominant de l’exigence de traitement juste et équitable*”.⁷⁴³ Apesar das diferentes perspectivas de análise, os laudos arbitrais concordam, de maneira geral, que a expectativa legítima do investidor constitui um dos elementos do padrão de tratamento justo e equitativo.⁷⁴⁴

Os Estados hospedeiros condenados pela violação do padrão de tratamento justo e equitativo buscaram, nos casos *CMS v. Argentina* e *MTD v. Chile*, a anulação dos respectivos laudos arbitrais, ainda que não tenham logrado êxito. No caso *MTD v. Chile*, entretanto, o comitê de anulação registrou suas impressões sobre a utilização das expectativas legítimas em casos anteriores, nos seguintes termos:

*The TECMED Tribunal’s apparent reliance on the foreign investor’s expectations as the source of the host State’s obligations [...] is questionable. The obligations of the host State toward foreign investors derive from the terms of the applicable investment treaty and not from any set of expectations investors may have or claim to have. A tribunal which sought to generate from such expectations a set of rights different from those contained in or enforceable under the BIT might well exceed its powers and if the difference were material might do so manifestly.*⁷⁴⁵

investor in relying on the expectation. I do, however, not concur with the application of this standard to the specific factual situation in light of the purpose, specific content and precedents of the legitimate expectations standard as it should be applied under investment protection treaties based on recent relevant jurisprudence”. Nesse sentido, cf. HIRD, Rachel A. Thomas W. Wälde and fair and equitable treatment. *Journal of Energy and Natural Resources*, v. 27, p. 377-403, 2009, comentando que Wälde parecia reunir, do ponto de vista metodológico, valores como boa fé, segurança, estabilidade e ausência de arbitrariedade no âmbito do conceito de expectativa legítima.

⁷⁴² INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case n. ARB/05/13, Award, 8 Oct. 2009, § 216.

⁷⁴³ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Antoine Abou Lahoud and Leila Bounafteh-Abou Lahoud v. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case n. ARB/10/4, Award, 7 Feb. 2014, § 440

⁷⁴⁴ WESTCOTT, Thomas J. Recent practice on fair and equitable treatment. *The Journal of World Investment and Trade*, v. 8, 2007, p. 409-430, p. 425.

⁷⁴⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *MTD Equity Sdn Bhd v. Republic of Chile*, ICSID Case n. ARB/01/7, Decision on Annulment, 21 Mar 2007, § 67.

A indiscriminada utilização da expectativa legítima de maneira a estabelecer direitos do investidor que não estavam previstos no instrumento jurídico eventualmente aplicável à hipótese pode representar, como assinalou o comitê de anulação, uma extrapolação dos poderes do tribunal arbitral.

A análise das expectativas legítimas do investidor parece ser um indicativo importante da eventual violação pelo Estado hospedeiro do padrão de tratamento justo e equitativo. Entretanto, essa análise não pode se restringir à mera consideração das expectativas subjetivas do investidor, utilizando indevidamente o padrão de tratamento justo e equitativo de maneira a converter as obrigações contratuais do Estado hospedeiro em obrigações internacionais fundamentadas em um tratado ou no costume internacional. Da mesma maneira, a expectativa legítima não pode ser transformada em um artifício de congelamento do ordenamento jurídico do Estado hospedeiro.⁷⁴⁶

Algumas dessas preocupações foram refletidas no caso *Saluka v. República Tcheca*, no qual o tribunal arbitral identificou que “[i]n order to determine whether frustration of the foreign investor's expectations was justified and reasonable, the host State's legitimate right subsequently to regulate domestic matters in the public interest must be taken into consideration as well”.⁷⁴⁷ Nesse âmbito, a boa fé da conduta do Estado hospedeiro na introdução de uma alteração no marco regulatório assume maior relevância na análise dos fatos de caso concreto.⁷⁴⁸ A existência de manifesta injustiça ou arbitrariedade na atuação estatal deve, portanto, ser um dos principais aspectos considerados para que uma expectativa legítima frustrada represente uma violação do padrão de tratamento justo e equitativo.⁷⁴⁹

Constata-se, de maneira geral, a ausência de critérios bem definidos para caracterizar (a) quais expectativas do investidor estrangeiro são legítimas, (b) quais condutas do Estado

⁷⁴⁶ PICHERACK, J. Roman. The expanding scope of the fair and equitable treatment standard: have recent tribunals gone too far? *The Journal of World Investment and Trade*, v. 9, p. 255-291, 2008, p. 277.

⁷⁴⁷ *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, UNCITRAL Arbitration Rules, Partial Award, 17 Mar. 2006, § 302.

⁷⁴⁸ *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, UNCITRAL Arbitration Rules, Partial Award, 17 Mar. 2006, § 303. Nesse sentido: “the expectations of foreign investors certainly include the observation by the host State of such well-established fundamental standards as good faith, due process, and non-discrimination”.

⁷⁴⁹ PICHERACK, J. Roman. The expanding scope of the fair and equitable treatment standard: have recent tribunals gone too far? *The Journal of World Investment and Trade*, v. 9, p. 255-291, 2008, p. 255.

hospedeiro violam as expectativas do investidor e (c) quando uma violação da expectativa legítima se converte em uma violação do padrão de tratamento justo e equitativo.⁷⁵⁰

3.4.2 Consistência, estabilidade, previsibilidade e segurança jurídica

Na análise dos casos concretos, alguns tribunais fazem referência ao conceito de consistência como parâmetro para atuação do Estado hospedeiro, cuja transgressão representaria uma violação ao padrão de tratamento justo e equitativo.⁷⁵¹ De acordo com Kenneth Vandeveld, existe uma distinção entre um comportamento inconsistente no tempo e um comportamento simultaneamente inconsistente. No primeiro caso, é necessário considerar se o Estado hospedeiro realizou algum compromisso específico com o investidor estrangeiro e, posteriormente, acabou por descumprir-lo.⁷⁵² Nessa hipótese, é inegável – em nossa opinião – que o conceito de consistência de aproxima daquele de tutela da expectativa legítima.⁷⁵³

Alguns tribunais entendem que o comportamento inconsistente no tempo deve decorrer do exercício da soberania ou das prerrogativas da *puissance publique*.⁷⁵⁴ Dessa maneira, uma inconsistência no cumprimento de um contrato por parte do Estado hospedeiro não é suficiente para caracterizar uma violação ao padrão de tratamento justo e equitativo.⁷⁵⁵ Em *Parkerings-Compagniet v. Lituânia*, por exemplo, o tribunal afirmou que “*not every*

⁷⁵⁰ KLÄGER, Roland. Fair and equitable treatment: a look at the theoretical underpinnings of legitimacy and fairness. *The Journal of World Investment and Trade*, v. 11, p. 435-455, 2010, p. 441.

⁷⁵¹ HIRSCH, Moshe. Between fair and equitable treatment and stabilization clause: stable legal environment and regulatory change in International Investment Law. *The Journal of World Investment and Trade*, v. 12, p. 783-806, 2011, p. 799.

⁷⁵² VANDEVELDE, Kenneth J. A unified theory of fair and equitable treatment. *International Law and Politics*, v. 43, p. 43-106, 2010, p. 68.

⁷⁵³ KLÄGER, Roland. Fair and equitable treatment: a look at the theoretical underpinnings of legitimacy and fairness. *The Journal of World Investment and Trade*, v. 11, p. 435-445, 2010, p. 441.

⁷⁵⁴ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Consortium R.F.C.C. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case n. ARB/00/6, Award, 22 Dec. 2003, § 51; INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case n. ARB/03/3, Decision on jurisdiction, 22 Apr. 2005, § 268; INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Duke Energy Electroquil Partners v. Republic of Ecuador*, Case n. ARB/04/19, Award, 18 Aug. 2008, § 342-343.

⁷⁵⁵ VANDEVELDE, Kenneth J. A unified theory of fair and equitable treatment. *International Law and Politics*, v. 43, p. 43-106, 2010, p. 72.

breach of an agreement or of domestic law amounts to a violation of the treaty".⁷⁵⁶ De acordo com o tribunal, o inadimplemento do contrato poderia converter-se em violação do tratado quando, por exemplo, as cortes locais violam o princípio de acesso à justiça.⁷⁵⁷

No caso *CMS v. Argentina*, por outro lado, o tribunal entendeu que a alteração, durante grave crise econômica, na fórmula e na moeda de cálculo de determinada tarifa – especificamente prevista na oferta de investimento realizada pelo Estado hospedeiro – consistia em violação do padrão de tratamento justo e equitativo.⁷⁵⁸ Vale ressaltar que a mesma conclusão foi alcançada nos casos *Enron v. Argentina*,⁷⁵⁹ *LG&E v. Argentina*⁷⁶⁰ e *BG Group v. Argentina*.⁷⁶¹ Apenas em *National Grid v. Argentina*, o tribunal reconheceu que “*what would be unfair and inequitable in normal circumstances may not be so in a situation of an economic and social crisis*”.⁷⁶² Dessa forma, para o tribunal, a violação ao padrão de tratamento justo e equitativo não teria ocorrido no momento de implementação das alterações na tarifa, mas “*when the Respondent required that companies such as the Claimant renounce to the legal remedies they may have recourse as a condition to re-negotiate the Concession*”.⁷⁶³

Em *PSEG Global v. Turquia*, o tribunal caracterizou a inconsistência do comportamento do Estado hospedeiro a partir da análise de diversas medidas que sinalizavam uma oscilação constante no posicionamento do governo.⁷⁶⁴ O laudo arbitral parece determinar

⁷⁵⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case n. ARB/05/8, Award, 11 Sep. 2007, § 315.

⁷⁵⁷ VANDEVELDE, Kenneth J. A unified theory of fair and equitable treatment. *International Law and Politics*, v. 43, p. 43-106, 2010, p. 74.

⁷⁵⁸ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case n. ARB/01/8, Award, 12 May 2005.

⁷⁵⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Enron Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case n. ARB/01/3, Award, 22 May 2007.

⁷⁶⁰ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case n. ARB/02/1, Award, 25 Jul. 2007.

⁷⁶¹ *BG Group Plc. v. The Republic of Argentina*, UNCITRAL Arbitration Rules, Award, 24 Dec. 2007.

⁷⁶² *National Grid plc v. The Argentine Republic*, UNCITRAL Arbitration Rules, Award, 3 Nov. 2008, § 180.

⁷⁶³ *National Grid plc v. The Argentine Republic*, UNCITRAL Arbitration Rules, Award, 3 Nov. 2008, § 180.

⁷⁶⁴ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *PSEG Global Inc. and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case n. ARB/02/5, Award, 19 Jan. 2007.

– no entendimento de Vandevælde – que “*investors have a right to rely on reasonable consistency in the law*”,⁷⁶⁵ afastando-se do conceito de expectativa legítima.

O elemento da consistência também tem sido utilizado para avaliar comportamentos simultâneos. Nesse aspecto, observa-se um afastamento do conceito de tutela da expectativa legítima. Em *MTD v. Chile*, a violação do padrão de tratamento justo e equitativo foi fundamentada também na inconsistência de comportamentos simultâneos de diferentes órgãos do governo do Estado hospedeiro.⁷⁶⁶ Entendimentos idênticos foram aceitos pelos tribunais arbitrais nos casos *Lauder v. República Tcheca*⁷⁶⁷ e *Tecmed v. México*.⁷⁶⁸

Alguns tribunais arbitrais adotam posições mais extensivas em relação ao requisito da consistência, exigindo a previsibilidade e/ou estabilidade do marco regulatório do Estado hospedeiro. É importante observar que o elemento da estabilidade pode ser invocado pelos investidores, sempre que alguma alteração no macro regulatório seja implementada, ainda que não exista uma expectativa de manutenção do regime jurídico anterior. Nesse sentido, alerta Picherack que “*the ‘stable and predictable business and legal environment’ requirement could be even further reaching than an already far-reaching requirement not to frustrate the legitimate expectations of the investor*”.⁷⁶⁹ Na opinião de Antoine Martin, por outro lado, a estabilidade constitui um subelemento da tutela das expectativas legítimas, uma vez que é a instabilidade de determinada relação jurídica que frustra a expectativa do investidor estrangeiro.⁷⁷⁰

⁷⁶⁵ VANDEVELDE, Kenneth J. A unified theory of fair and equitable treatment. *International Law and Politics*, v. 43, p. 43-106, 2010, p. 82.

⁷⁶⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case n. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, § 165-166.

⁷⁶⁷ *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL Arbitration Rules, Award, 3 Sep. 2001, § 292.

⁷⁶⁸ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case n. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003, § 154/162

⁷⁶⁹ PICHERACK, J. Roman. The expanding scope of the fair and equitable treatment standard: have recent tribunals gone too far? *The Journal of World Investment and Trade*, v. 9, p. 255-291, 2008, p. 278.

⁷⁷⁰ MARTIN, Antoine P. Stability in contemporary Investment Law: reconsidering the role and shape of contractual commitments in light of recent trends. *Manchester Journal of International Economic Law*, v. 10, n. 1, p. 38-58, 2013, p. 58.

No caso *Occidental Petroleum v. Equador*, o tribunal entendeu que a “*stability of the legal and business framework is thus an essential element of fair and equitable treatment*”,⁷⁷¹ ao considerar que a alteração *a posteriori* no reembolso de determinado imposto tornava o marco legal instável.⁷⁷² Pelo mesmo fundamento, a alteração do sistema de tarifas preferenciais pela Argentina durante a crise econômica foi considerada uma violação ao padrão de tratamento justo e equitativo no caso *Enron v. Argentina*.⁷⁷³ No mesmo sentido foi a decisão do caso *LG&E v. Argentina*.⁷⁷⁴

O enfoque conjunto dos elementos da previsibilidade, da estabilidade e da consistência – considerados sinônimos para alguns autores – coloca em perspectiva a questão da segurança jurídica. Stephan Schill sugere, nesse aspecto, que o padrão de tratamento justo e equitativo compreende em seu conteúdo a segurança jurídica (*Rechtssicherheit*) do estado de direito:

*Legal security requires a certain stability of the legal order, legal certainty calls for predictable and understandable rules and their consistent application. This interpretation notably conforms with the object and purpose of international investment treaties, as stability, predictability and consistency are necessary for investors in order to plan and calculate their investment and adjust to the legal framework in the host country.*⁷⁷⁵

Há ainda autores que incluem a transparência como um elemento adicional no polinômio previsibilidade-estabilidade-consistência-segurança. Nesse sentido, afirma Nitish Monebhurrin que a previsibilidade e a estabilidade “*are very close to the obligation for the State to be consistent and transparent in its relation with the foreign investors*”.⁷⁷⁶ Argumenta-se igualmente que a transparência é subelemento da tutela das expectativas

⁷⁷¹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, ICSID Case n. ARB/06/11, Award, 5 Oct. 2012, § 183.

⁷⁷² BRONFMAN, Marcela Klein. Fair and equitable treatment: an evolving standard. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, v. 10, p. 609-680, 2006, p. 642.

⁷⁷³ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Enron Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case n. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, § 260.

⁷⁷⁴ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case n. ARB/02/1, Award, 25 Jul. 2007, § 125.

⁷⁷⁵ SCHILL, Stephan W. *Fair and equitable treatment under investment treaties as an embodiment of the rule of law* (IILJ Working Paper 2006/6 Global Administrative Law Series). New York: New York University School of Law, 2006, p. 12-13.

⁷⁷⁶ MONEBHURRUN, Nitish. Revisiting the fair and equitable treatment in International Investment Law. *Cosmopolitan Law Journal*, v. 1, n. 1, p. 145-164, dez. 2013, p. 155.

legítimas.⁷⁷⁷ Há, entretanto, algumas discussões particulares sobre a questão da transparência como elemento do padrão de tratamento justo e equitativo.

3.4.3 Transparência

Embora estreitamente relacionada a outros elementos do padrão de tratamento justo e equitativo, o elemento da transparência está relacionado à publicidade e clareza dos regimes legislativos e dos procedimentos administrativos do Estado hospedeiro.⁷⁷⁸ O elemento da transparência foi de especial relevância no caso *Metalclad v. México*, em que o tribunal arbitral entendeu que os requisitos para o ingresso, a permanência e a retirada dos investimentos devem ser transparentes.⁷⁷⁹ Nesse sentido, concluiu o tribunal pela violação do padrão de tratamento justo e equitativo, tendo em vista que “*Mexico failed to ensure a transparent and predictable framework for Metalclad’s business planning and investment*”.⁷⁸⁰

No caso *Tecmed v. México*, o tribunal arbitral impôs um elevado nível de exigência sobre o elemento da transparência, concluindo que o Estado hospedeiro deve permitir ao investidor conhecer todas as regras para a realização do investimento. De acordo com o tribunal:

*The foreign investor expects the host State to act [...] totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations.*⁷⁸¹

⁷⁷⁷ SCHREUER, Christoph. Fair and equitable treatment in arbitral practice. *The Journal of World Investment and Trade*, v. 6, n. 3, p. 357-386, 2005, p. 374.

⁷⁷⁸ KLÄGER, Roland. Fair and equitable treatment: a look at the theoretical underpinnings of legitimacy and fairness. *The Journal of World Investment and Trade*, v. 11, p. 435-455, 2010, p. 441.

⁷⁷⁹ BRONFMAN, Marcela Klein. Fair and equitable treatment: an evolving standard. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, v. 10, p. 609-680, 2006, p. 695.

⁷⁸⁰ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case n. ARB(AF)/97/1, Award, 30 Aug. 2000, § 99.

⁷⁸¹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case n. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003, § 154. No mesmo sentido, cf. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case n. ARB/97/7, Award, 13 Nov. 2000, § 83.

Outros tribunais adotaram uma visão mais restritiva, exigindo a total ausência de transparência na conduta do Estado hospedeiro.⁷⁸² No caso *Waste Management v. México*, o tribunal entendeu que o padrão de tratamento justo e equitativo é violado por uma “*complete lack of transparency and candour in an administrative process*”.⁷⁸³

Ainda sobre o elemento da transparência, Stephan Schill estabelece uma distinção entre sua aplicação ao marco regulatório de maneira geral, hipótese em que há uma natural aproximação com o elemento da estabilidade-previsibilidade, e sua aplicação exclusivamente aos aspectos procedimentais “*such as the requirement to give sufficient reasons and the obligation to act in a comprehensible and predictable way*”,⁷⁸⁴ hipótese em que o elemento da transparência revela maior autonomia teórica.

3.4.4 Ausência de arbitrariedade, proporcionalidade e razoabilidade

A proteção dos investimentos estrangeiros contra tratamento arbitrário e/ou discriminatório também assume relevância no âmbito do padrão de tratamento justo e equitativo.⁷⁸⁵ Embora alguns acordos internacionais de investimentos contenham cláusulas específicas para proibir medidas arbitrárias, alguns tratados bilaterais inseriram o elemento da não arbitrariedade no âmbito do tratamento justo e equitativo.⁷⁸⁶

Em *Loewen v. Estados Unidos*, o tribunal arbitrou considerou como uma violação ao tratamento justo e equitativo uma “*decision which is in breach of municipal law and is*

⁷⁸² PANDYA, Abhijit P. G. *Interpretations and coherence of the fair and equitable treatment standard in investment treaty arbitration*. 2011. 336 f. Tese (Doutorado em Direito) – London School of Economics, Londres, 2011, p. 101-2.

⁷⁸³ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Waste Management Inc. v. United Mexican States (Number 2)*, ICSID Case n. ARB(AF)/98/2, Award, 30 Apr. 2004, § 98.

⁷⁸⁴ SCHILL, Stephan W. *Fair and equitable treatment under investment treaties as an embodiment of the rule of law* (IILJ Working Paper 2006/6 Global Administrative Law Series). New York: New York University School of Law, 2006, p. 21. Nesse sentido, cf. Tecmed § 123 e § 160

⁷⁸⁵ STONE, Jacob. Arbitrariness, the fair and equitable treatment standard, and the International Law of investment. *Leiden Journal of International Law*, v. 25, p. 77-107, 2012, p. 83.

⁷⁸⁶ KLÄGER, Roland. Fair and equitable treatment: a look at the theoretical underpinnings of legitimacy and fairness. *The Journal of World Investment and Trade*, v. 11, p. 435-455, 2010, p. 440.

discriminatory against the foreign litigant amounts to manifest injustice".⁷⁸⁷ Da mesma forma, a violação do padrão de tratamento ocorre, de acordo com o laudo do caso *Waste Management v. México*, por uma conduta do Estado hospedeiro que seja "*harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice*".⁷⁸⁸ De acordo com o tribunal no caso *Alex Genin v. Estônia*, o ato arbitrário e/ou discriminatório deve se dirigir especificamente ao investidor estrangeiro.⁷⁸⁹

O caráter arbitrário de uma medida do Estado hospedeiro foi definido no caso *EDF v. Romênia*, a partir de um parecer de Christoph Schreuer, que caracterizava a arbitrariedade como:

*(a) a measure that inflicts damage on the investor without serving any apparent legitimate purpose; (b) a measure that is not based on legal standards but on discretion, prejudice or personal preference; (c) a measure taken for reasons that are different from those put forward by the decision maker; (d) a measure taken in wilful disregard of due process and proper procedure.*⁷⁹⁰

Em muitos casos arbitrais, apresenta-se uma correlação entre a avaliação da arbitrariedade de determinada conduta e a utilização do parâmetro da proporcionalidade/razoabilidade.⁷⁹¹ Na opinião de Kläger, o elemento da proporcionalidade "*presupposes that any state measure affecting the investment is built upon a reasonable and traceable rationale and that the investment is not unnecessarily strained by the state measure*".⁷⁹² Dessa maneira, um dos parâmetros para avaliar a arbitrariedade de determinada

⁷⁸⁷ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case n. ARB(AF)/98/3, Award, 26 Jun. 2003, § 135.

⁷⁸⁸ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Waste Management Inc. v. United Mexican States (Number 2)*, ICSID Case n. ARB(AF)/98/2, Award, 30 Apr. 2004, § 98.

⁷⁸⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Alex Genin, Eastern Credit Limited Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, ICSID Case n. ARB/99/2, Award, 25 Jun. 2001, § 369.

⁷⁹⁰ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case n. ARB/05/13, Award, 8 Oct. 2009, § 303.

⁷⁹¹ MONEBHURRUN, Nitish. Revisiting the fair and equitable treatment in International Investment Law. *Cosmopolitan Law Journal*, v. 1, n. 1, p. 145-164, dez. 2013, p. 157-158.

⁷⁹² KLÄGER, Roland. Fair and equitable treatment: a look at the theoretical underpinnings of legitimacy and fairness. *The Journal of World Investment and Trade*, v. 11, p. 435-455, 2010, p. 442.

medida do Estado hospedeiro é a verificação da razoabilidade e da proporcionalidade da atuação estatal.

O elemento da proporcionalidade também foi utilizado com o objetivo de mitigação de algumas condutas estatais. Em *Pope & Talbot v. Canadá*⁷⁹³ e em *Saluka v. República Tcheca*,⁷⁹⁴ a proporcionalidade da conduta estatal serviu para afastar a violação do padrão de tratamento justo e equitativo, quando determinada medida – embora prejudicial ao investidor – se mostrava proporcional em razão das circunstâncias concretas do caso.

3.4.5 Boa-fé

A *bona fides* é outro reconhecido elemento do padrão de tratamento justo e equitativo, que obriga as partes a agir com correção e honestidade, correspondendo à confiança reciprocamente depositada e procedendo com lealdade jurídica.⁷⁹⁵ No caso *Tecmed v. México*, o tribunal entendeu que “*the commitment of fair and equitable treatment [...] is an expression and part of the bona fide principle recognized in international law*”.⁷⁹⁶ De maneira semelhante, no laudo do caso *Waste Management v. México*, o tribunal entendeu que, em virtude do padrão de tratamento justo e equitativo, o Estado hospedeiro tem a obrigação de “*act in good faith and form, and not deliberately to set out to destroy or frustrate the*

⁷⁹³ *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, UNCITRAL Arbitration Rules, Award on the merits of phase 2, 10 Apr. 2001, § 123-128/155.*

⁷⁹⁴ *Saluka Investments BV v. Czech Republic, UNCITRAL Arbitration Rules, Partial Award, 17 Mar. 2006, § 304.*

⁷⁹⁵ ARENHART, Fernando Santos. Investimento estrangeiro: o padrão de tratamento justo e equitativo e o papel da boa-fé. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 1, p. 154-169, 2013, p. 167; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment standard in International Investment Law*. Working Papers on International Investment Number 2004/3. [s.l.]: OECD, 2004, p. 38.

⁷⁹⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case n. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003, § 153-154.

investment by improper means”.⁷⁹⁷ Referências à boa-fé são encontradas em diversos outros laudos arbitrais.⁷⁹⁸

É importante observar que a violação do padrão de tratamento justo e equitativo por ausência de boa-fé não depende da constatação de má-fé por parte do Estado hospedeiro.⁷⁹⁹ Em *Mondev v. Estados Unidos*, o tribunal concluiu que “*a State may treat foreign investment unfairly and inequitably without necessarily acting in bad faith*”.⁸⁰⁰ Idêntico posicionamento é observado em *Loewen v. Estados Unidos*⁸⁰¹ e em *Occidental Petroleum v. Equador*.⁸⁰²

3.4.6 Devido processo legal

Muitos tribunais arbitrais foram confrontados com violações do padrão de tratamento justo e equitativo em razão do desrespeito ao devido processo legal, o qual exige que todas as prescrições legais para os processos administrativos e judiciais sejam cumpridas, “*giving the investor the possibility to adequately bring to bear his rights and interests*”.⁸⁰³ Exige-se que o

⁷⁹⁷ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Waste Management Inc. v. United Mexican States (Number 2)*, ICSID Case n. ARB(AF)/98/2, Award, 30 Apr. 2004, § 138.

⁷⁹⁸ Por todos, cf. *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, UNCITRAL Arbitration Rules, Partial Award, 17 Mar. 2006, § 303; INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *PSEG Global Inc. and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case n. ARB/02/5, Award, 19 Jan. 2007, § 223; INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case n. ARB/05/22, Award, 24 Jul. 2008, § 602; *S. D. Myers Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL Arbitration Rules, Partial Award, 13 Nov. 2000, § 134.

⁷⁹⁹ SCHREUER, Christoph. Fair and equitable treatment in arbitral practice. *The Journal of World Investment and Trade*, v. 6, n. 3, p. 357-386, 200, p. 384.

⁸⁰⁰ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case n. ARB(AF)/99/2, Award, 11 Oct. 2002, § 116.

⁸⁰¹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case n. ARB(AF)/98/3, Award, 26 Jun. 2003, § 132.

⁸⁰² INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, ICSID Case n. ARB/06/11, Award, 5 Oct. 2012, § 186.

⁸⁰³ KLÄGER, Roland. Fair and equitable treatment: a look at the theoretical underpinnings of legitimacy and fairness. *The Journal of World Investment and Trade*, v. 11, p. 435-455, 2010, p. 440.

Estado hospedeiro possibilite utilização de meios administrativos e judiciais de defesa dos interesses e direitos do investidor estrangeiro.⁸⁰⁴

O laudo arbitral no caso *Waste Management v. México* concluiu que a violação ao padrão de tratamento justo e equitativo compreende “*a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety – as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings*”.⁸⁰⁵ No caso *Thunderbird Gaming v. México*, o tribunal entendeu que todos os procedimentos do Estado hospedeiro “*should be tested against the standards of due process and procedural fairness applicable to administrative officials*”.⁸⁰⁶ A referência ao *due process* é encontrada em diversos outros laudos arbitrais.⁸⁰⁷

É importante frisar que o elemento do devido processo legal tem sido expressamente mencionado nas redações mais recentes da cláusula do padrão de tratamento justo e equitativo, especialmente nos acordos internacionais celebrados pelos Estados Unidos. Nesse sentido, o capítulo sobre investimentos do tratado de livre comércio (*free trade agrément*) celebrado entre Estados Unidos e Chile possui o esclarecimento no sentido de que o padrão de tratamento justo e equitativo “*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*”.⁸⁰⁸

⁸⁰⁴ PANDYA, Abhijit P. G. *Interpretations and coherence of the fair and equitable treatment standard in investment treaty arbitration*. 2011. 336 f. Tese (Doutorado em Direito) – London School of Economics, Londres, 2011, p. 134.

⁸⁰⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Waste Management Inc. v. United Mexican States (Number 2)*, ICSID Case n. ARB(AF)/98/2, Award, 30 Apr. 2004, § 98.

⁸⁰⁶ *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL Arbitration Rules, Award, 26 Jan. 2006, § 200.

⁸⁰⁷ Por todos, cf. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case n. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, § 109; INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic (Vivendi II)*, ICSID Case n. ARB/97/3, Award, 20 Aug. 2007, § 7.4.11; INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case n. ARB/02/16, Award, 28 Sep. 2007, § 296; INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. Republic of Argentina*, ICSID Case n. ARB/03/5, Award, 6 Jun. 2008, § 181; INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Waguüh Elie George Siag & Clorinda Vecchi v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case n. ARB/05/15, Award, 1 Jun. 2009, § 450.

⁸⁰⁸ SCHREUER, Christoph. Fair and equitable treatment in arbitral practice. *The Journal of World Investment and Trade*, v. 6, n. 3, p. 357-386, 2005, p. 381-2.

3.5 Análise empírica de laudos arbitrais recentes e potenciais impactos do padrão de tratamento justo e equitativo no ordenamento jurídico nacional

Apesar dos esforços interpretativos dos tribunais arbitrais, os elementos essenciais do padrão de tratamento justo e equitativo permanecem em uma zona cinzenta. Uma alternativa metodológica para o enfoque do tratamento justo e equitativo parece ser – em nossa opinião – uma análise empírica dos laudos arbitrais recentes, com o objetivo de identificar as condutas específicas que são consideradas violações ao padrão de tratamento justo e equitativo pelos tribunais arbitrais. A análise empírica permite compreender – com um grau adicional de detalhe – como o padrão de tratamento justo e equitativo tem sido interpretado no passado recente.

Na realização da análise empírica, foram adotadas algumas premissas metodológicas. Os registros dos casos e os respectivos laudos arbitrais foram obtidos a partir da base de dados eletrônica *Investment Treaty Arbitration*.⁸⁰⁹ Com o intuito de realizar uma avaliação atualizada, o período de análise foi definido entre janeiro de 2012 e abril de 2014. Optou-se por incluir nos resultados apenas os laudos arbitrais finais, excluindo-se as medidas provisórias, as ordens processuais e as decisões parciais sobre jurisdição.

Os critérios metodológicos apresentam, contudo, algumas limitações. Em primeiro lugar, a complexidade dos fatos dos casos e as distintas metodologias analíticas dos tribunais arbitrais dificultam a análise integral de todas as circunstâncias particulares dos casos. Em segundo lugar, a extensão dos laudos arbitrais impede que a análise de um período temporal mais amplo seja realizada. Em terceiro lugar, a utilização de uma base de dados independente pode apresentar falhas, de maneira que o ideal seria cotejar os registros dessa base com aquelas de cada uma das inúmeras instituições arbitrais, ainda que – no caso das arbitragens *ad hoc* – essa comparação fosse mais difícil. Em quarto lugar, seria desejável incluir na análise uma variável relativa ao fundamento material da arbitragem, identificando o tipo de cláusula de tratamento justo e equitativo utilizada, reduzindo-se as interferências decorrentes da menção aos princípios do Direito Internacional ou ao padrão mínimo internacional no acordo internacional aplicável a cada um dos casos analisados. Apesar dessas limitações

⁸⁰⁹ A base de dados *Investment Treaty Arbitration* foi criada em 2004 por Andrew Newcombe, contendo registros de laudos arbitrais organizados por diferentes critérios. O acesso à base de dados e a pesquisa de laudos arbitrais são livres e podem ser realizados em: <http://www.italaw.com>.

metodológicas, a análise empírica fornece alguns resultados preliminares bastante úteis para a compreensão do padrão de tratamento justo e equitativo.

Após a seleção dos casos, foram identificados (a) a data do laudo; (b) o foro utilizado para a solução da controvérsia; (c) a existência de alegação de violação do padrão de tratamento justo e equitativo; (d) as medidas do Estado hospedeiro questionadas pelo investidor estrangeiro como violadoras do tratamento justo e equitativo; (e) as observações do tribunal arbitral sobre as alegações dos investidores estrangeiros e (f) a existência – no entendimento do tribunal arbitral – de violação ao padrão de tratamento justo e equitativo. Os resultados da análise empírica são apresentados no Quadro 2.

Foram identificados 61 laudos arbitrais em conformidade com os critérios metodológicos definidos. Desses laudos, 18 não puderam ser analisados, em virtude da inexistência de publicação ou da publicação parcial. Entre os 43 laudos restantes, outros 12 não continham análise do mérito, porquanto os respectivos tribunais decidiram pela ausência de jurisdição. O espaço amostral ficou reduzido a 31 laudos, dos quais 25 (80,6%) continham a alegação de violação do padrão de tratamento justo e equitativo. Após o julgamento do mérito, os tribunais arbitrais entenderam existir violação ao tratamento justo e equitativo em 13 (52,0%) casos, indeferindo o pedido em outros 12 (48,0%) casos.

Quadro 2 – Análise empírica do padrão de tratamento justo e equitativo em laudos arbitrais recentes (2012-2014)

| Caso | Data do laudo arbitral | Fórum | FET | Medida questionada | Observações sobre a decisão | Violação ao FET |
|--|------------------------|---------------|-----|--|--|-----------------|
| <i>SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Paraguai</i> | 10 fev. 2012 | ICSID | S | - falta de pagamento de obrigações contratuais | As condutas que fundamentam a violação do padrão são as mesmas que fundamentam a violação do artigo 11 (<i>umbrella clause</i>) que penalizava qualquer inadimplemento contratual. | N |
| <i>Les Laboratoires Servier, S.A.A., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres S.A.S. v. Polônia</i> | 14 fev. 2012 | <i>ad hoc</i> | S | - ausência de documentos com exigências administrativas claras - retirada dos produtos das empresas investidoras, usando como subterfúgio a falta de padrões claros de fabricação dos produtos | Laudo parcialmente disponível | ? |
| <i>Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others v. Ucrânia</i> | 1 mar. 2012 | ICSID | S | - proibição pelo Ministério da Agricultura de que navio do investidor deixasse as águas ucranianas, impedindo o adimplemento do contrato e forçando uma desejada renegociação | O Estado pode buscar legalmente a renegociação do contrato, mas não pode usar sua autoridade governamental para forçar que a outra parte o faça | S |
| <i>Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. Eslováquia</i> | 23 abr. 2012 | <i>ad hoc</i> | S | - início do processo de falência pelas autoridades financeiras e fiscais do Estado - recebimento do pedido de falência pelo Poder Judiciário - demora no processo | <i>“Tribunal has denied the existence of treaty breaches with respect to the Respondent's acts taken separately”</i> | N |
| <i>Brandes Investment Partners, LP v. Venezuela</i> | 14 mai. 2012 | ICSID | ? | - | Ausência de jurisdição | - |
| <i>Marion Unglaube v. Costa Rica</i> | 16 mai. 2012 | ICSID | S | - criação e/ou extensão de zona especial ambiental por interpretação da Suprema Corte, afetando a propriedade sobre o investimento - ausência de meios jurídicos para questionar a decisão da Suprema Corte | O investidor não provou a veracidade de suas alegações, mas o tribunal reconheceu que a medida de extensão da área do parque era <i>“tantamount to expropriation”</i> . | N |

| | | | | | | |
|--|--------------|---------------|---|---|--|---|
| <i>Reinhard Unglaube v. Costa Rica</i> | 16 mai. 2012 | ICSID | S | - criação e/ou extensão de zona especial ambiental por interpretação da Suprema Corte, afetando a propriedade sobre o investimento - ausência de meios jurídicos para questionar a decisão da Suprema Corte | O investidor não provou a veracidade de suas alegações, mas o tribunal reconheceu que a medida de extensão da área do parque era “ <i>tantamount to expropriation</i> ”. | N |
| <i>Caratube International Oil Company LLP v. Cazaquistão</i> | 5 jun.2012 | ICSID | ? | - | Ausência de jurisdição | - |
| <i>Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Líbano</i> | 7 jun. 2012 | ICSID | S | - demora nas desapropriações de áreas designadas para realização do empreendimento - inércia para retirar tropas da Síria de partes da área do empreendimento - inércia para retirar particulares de partes da área do empreendimento | O investidor não demonstrou que possuía legítimas expectativas de que o Estado agisse diversamente. | N |
| <i>InterTrade Holding GmbH v. República Tcheca</i> | 7 jun. 2012 | CPA | ? | - | Laudo em sigilo | - |
| <i>EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentina</i> | 11 jun. 2012 | ICSID | S | - alteração do marco regulatório (regime de tarifas, cláusula de câmbio, entre outras disposições) por lei emergencial do governo de Mendoza | “ <i>respondent’s breach of the specific commitments embodied in the currency clause [violates fair and equitable treatment]</i> ” | S |
| <i>Ulysseas, Inc. v. Equador</i> | 12 jun. 2012 | <i>ad hoc</i> | S | - mudanças nas disposições legais sobre pagamento de geração de energia | Como as alterações vinham sendo realizadas regularmente ao longo de quase dez anos, não havia expectativa legítima que pudesse ser violada. | N |
| <i>Alapli Elektrik B.V. v. Turquia</i> | 16 jun. 2012 | ICSID | ? | - | Laudo em sigilo | - |
| <i>Antoine Goetz & Others and S.A. Affinage des Metaux v. Burundi</i> | 21 jun. 2012 | ICSID | S | - bloqueio de acesso e utilização do estabelecimento - proibição de exportação por ausência de laudo do serviço de minérios, exigido por lei, mas não pelo acordo especial entre as partes | As condutas violam a expectativa legítima de cumprimento de uma convenção especial entre investidor e Estado. | S |

| | | | | | | |
|--|--------------|-------|---|--|--|---|
| <i>Railroad Development Corporation v. Guatemala</i> | 29 jun. 2012 | ICSID | S | - procedimento de declaração de lesividade de negocio jurídico celebrado pelo Estado, quando determinada ilegalidade “ <i>harms the interests of the State</i> ” | “ <i>an investor in Guatemala would have no certainty that, at any time within three years of its investment, the State may declare the investment lesivo, if a flaw is discovered by the State in, for instance, the authorization of the investment, irrespective of the flawless performance by the investor of its obligations as part of such authorization</i> ” | S |
| <i>Swisslion DOO Skopje v. Macedônia</i> | 6 jul. 2012 | ICSID | S | - demora na resposta a requerimentos do investidor de que o investimento estava em conformidade com o acordo celebrado com o Estado - manutenção das operações sem qualquer comunicação e/ou oposição pelo governo - após rejeição pelo Poder Judiciário de pedido do governo de medida cautelar para impedir transações societárias, o pedido foi considerado procedente pela Comissão de Valores Mobiliários, sem comunicação à empresa investidora - publicação de investigação criminal do Ministério do Interior, sem publicação de posterior decisão da Procuradoria de não realizar a investigação | As condutas conjuntamente consideradas violam o padrão de tratamento justo e equitativo. | S |
| <i>Renta 4 S.V.S.A, Ahorro Corporación Emergentes F.I., Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. v. Rússia</i> | 20 jul. 2012 | SCC | N | - | - | - |

| | | | | | | |
|---|--------------|---------------|---|---|---|---|
| <i>Karmer Marble Tourism Construction Industry and Commerce Limited Liability Company v. Georgia</i> , ICSID Case No. ARB/08/19 | 9 ago. 2012 | ICSID | ? | - | Laudo em sigilo | - |
| <i>Iberdrola Energía S.A. v. Guatemala</i> | 17 ago. 2012 | ICSID | S | - aumento de tarifas com base em estudos sigilosos - alteração de fórmulas de cálculo de custos de distribuição e geração de energia - rejeição <i>in limine</i> de recursos de anulação interpostos pelo reclamante. | A alegação foi feita em memoriais conclusivos após a audiência, havendo indevida inovação do <i>petitum</i> . O tribunal arbitral não é órgão administrativo de revisão das decisões regulatórias internas. | N |
| <i>Daimler Financial Services AG v. Argentina</i> | 22 ago. 2012 | ICSID | ? | - | Ausência de jurisdição | - |
| <i>TRACO Deutsche Travertinwerke GmbH v. Polônia</i> | 5 set. 2012 | <i>ad hoc</i> | ? | - | Laudo em sigilo | - |
| <i>Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Equador</i> | 5 out. 2012 | ICSID | S | - edição de decreto de caducidade pelo Presidente, determinando a retirada da empresa do acordo de participação e a transferência de seus ativos para a PetroEcuador, - decisão após forte pressão política | O decreto de caducidade foi medida desproporcional para as circunstâncias, ainda que o investidor tenha inadimplido algumas cláusulas do acordo de participação. | S |
| <i>Bosh International, Inc and B&P Ltd Foreign Investments Enterprise v. Ucrânia</i> | 25 out. 2012 | ICSID | S | - realização de auditorias em desacordo com a legislação interna - desrespeito da <i>res judicata</i> pelas cortes ucranianas | Sem evidências de que as auditorias foram contrárias a lei interna. O desrespeito à coisa julgada viola o tratamento justo e equitativo, mas <i>in casu</i> o processo decorreu da estratégia processual do investidor. | N |

| | | | | | | |
|---|--------------|---------------|---|---|--|---|
| <i>Deutsche Bank AG v. Sri Lanka</i> | 31 out. 2012 | ICSID | S | <ul style="list-style-type: none"> - ordem do Banco Central que determinava a suspensão de pagamentos da estatal de petróleo do Sri Lanka devidos ao banco investidor pela negociação de derivativos - concessão de medida de urgência pela Suprema Corte a pedido do governo, determinando a cessação dos pagamentos devidos sem oitiva dos bancos credores - realização de pronunciamentos pelo Banco Central que prejudicavam a reputação do banco investidor - falta de transparência e do devido processo legal na realização de investigação pelo Banco Central | Não havia motivação para as investigações do Banco Central. O governo agiu de má-fé a investigação foi realizada sem transparência. Houve desrespeito o devido processo legal e abuso de poder do Banco Central. O julgamento da Suprema Corte foi feito sem análise de provas e sem possibilidade de resposta do banco investidor. Houve cessação das medidas judiciais após dois meses, mas continuidade das medidas administrativas, impedindo o pagamento do valor devido ao investidor pelos derivativos. | S |
| <i>Standard Chartered Bank v. Tanzânia</i> | 2 nov. 2012 | ICSID | ? | - | Ausência de jurisdição | - |
| <i>Elsamex, S.A. v. Honduras</i> | 16 nov. 2012 | ICSID | N | - | - | - |
| <i>Achmea B.V. v. Eslováquia</i> | 7 dez. 2012 | CPA | ? | - | Laudo em sigilo | - |
| <i>Vannessa Ventures Ltd. v. Venezuela</i> | 16 jan. 2013 | ICSID | S | <ul style="list-style-type: none"> - rescisão unilateral do contrato com o investidor - demora na prestação jurisdicional - falta de independência do Poder Judiciário | A rescisão foi causada por descumprimento de obrigações do investidor. A demora da prestação jurisdicional existiu, mas sem manifesta intenção de prejudicar o investidor. Sem prova adequada de falta de independência do Poder Judiciário | N |
| <i>Slovak Gas Holding BV, GDF International SAS and E.ON Ruhrgas International GmbH v. Eslováquia</i> | 19 mar. 2013 | ICSID | ? | - | Laudo em sigilo | - |
| <i>Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. v. Líbia</i> | 22 mar. 2013 | <i>ad hoc</i> | N | - | - | - |
| <i>Mr. Franck Charles Arif v. Moldávia</i> | 8 abr. 2013 | ICSID | S | <ul style="list-style-type: none"> - suspensão de autorização de funcionamento de loja aeroportuária pelo Poder Judiciário, após renovação do espaço e abastecimento pelo investidor - proibição de acesso à loja e às mercadorias | <i>“claimant’s investment in the airport store has not received fair and equitable treatment”</i> | S |

| | | | | | | |
|--|--------------|---------------|---|--|---|---|
| <i>Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C. v. Peru</i> | 15 abr. 2013 | ICSID | N | - | - | - |
| <i>Abengoa, S.A. y COFIDES, S.A. v. México</i> | 18 abr. 2013 | ICSID | ? | - | Laudo em sigilo | - |
| <i>The Rompetrol Group N.V. v. Romênia</i> | 6 mai. 2013 | ICSID | S | - exposição prejudicial da empresa e de seus executivos durante investigação criminal pelas autoridades do Estado hospedeiro | “the conduct of the prosecutors [...], the attachment of RRC’s shares [...] and the arrest and attempted imprisonment of [...] the Tribunal accordingly holds that to that limited extent the Respondent is in breach of the FET” | S |
| <i>Luigiterzo Bosca v. Lituânia</i> | 17 mai. 2013 | <i>ad hoc</i> | ? | - | Laudo em sigilo | - |
| <i>Convial Callao S.A. and CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. v. Peru</i> | 21 mai. 2013 | ICSID | ? | - | Laudo em sigilo | - |
| <i>OPIC Karimum Corporation v. Venezuela</i> | 28 mai. 2013 | ICSID | ? | - | Ausência de jurisdição | - |
| <i>Burimi SRL and Eagle Games S.H.A v. Albânia</i> | 29 mai. 2013 | ICSID | ? | - | Ausência de jurisdição | ? |
| <i>Apotex Inc. v. Estados Unidos da América</i> | 14 jun. 2013 | <i>ad hoc</i> | ? | - | Ausência de jurisdição | ? |
| <i>Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turcomenistão</i> | 2 jul. 2013 | ICSID | ? | - | Ausência de jurisdição | - |
| <i>AHS Niger and Menzies Middle East and Africa S.A. v. Níger</i> | 15 jul. 2013 | ICSID | N | - | - | - |
| <i>Ruby Roz Agricol and Kaseem Omar v. Cazaquistão</i> | 1 ago. 2013 | <i>ad hoc</i> | ? | - | Ausência de jurisdição | - |
| <i>Rafat Ali Rizvi v. Indonésia</i> | 16 ago. 2013 | ICSID | ? | - | Laudo em sigilo | - |
| <i>Ömer Dede and Serdar Elhüseyni v. Romênia</i> | 5 set. 2013 | ICSID | ? | - | Ausência de jurisdição | - |
| <i>Highbury International AVV and Ramstein Trading Inc. v. Venezuela</i> | 26 set. 2013 | ICSID | ? | - | Laudo em sigilo | - |
| <i>Metal-Tech Ltd. v. Uzbequistão</i> | 4 out. 2013 | ICSID | ? | - | Ausência de jurisdição | - |

| | | | | | | |
|--|--------------|---------------|---|--|---|---|
| <i>KT Asia Investment Group B.V. v. Cazaquistão</i> | 17 out. 2013 | ICSID | ? | - | Ausência de jurisdição | - |
| <i>AES Corporation and Tau Power B.V. v. Cazaquistão</i> | 1 nov. 2013 | ICSID | ? | - | Laudo em sigilo | - |
| <i>Murphy Exploration & Production Company – International v. Equador</i> | 13 nov. 2013 | CPA | ? | - | Laudo em sigilo | - |
| <i>Total S.A. v. Argentina</i> | 27 nov. 2013 | ICSID | ? | - | Laudo em sigilo | - |
| <i>Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romênia</i> | 11 dez. 2013 | ICSID | S | - revogação de pacote de incentivos fiscais e regulatórios para determinada região antes do prazo anunciado - falta de transparência, pois a revogação do pacote foi negociada secretamente | A renovação do benefício era compatível com o ingresso na União Europeia, mas a não compensação dos investidores pelos benefícios retirados viola a expectativa legítima. | S |
| <i>Michael McKenzie v. Vietnã</i> | 11 dez. 2013 | <i>ad hoc</i> | ? | - | Laudo em sigilo | - |
| <i>TECO Guatemala Holdings, LLC v. Guatemala</i> | 19 dez. 2013 | ICSID | S | - alteração do marco regulatório do setor elétrico - aplicação arbitrária de leis e regulamentos do setor elétrico | A mudança do marco regulatório sem promessa específica de estabilidade não viola padrão, mas sim a aplicação arbitrária de tarifa em desacordo com a lei interna. | S |
| <i>Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Traiding Ltd v. Cazaquistão</i> | 19 dez. 2013 | SCC | S | - inspeções surpresa de diferentes agências governamentais nos estabelecimentos da empresa investidora - investigação e mudança de posicionamento da polícia financeira após ordem interna do Presidente da República | “respondent’s measures, seen cumulatively in context to each other [...], constituted a string of measures of coordinated harassment by various institutions of respondent” | S |
| <i>Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. Bolívia</i> | 31 jan. 2014 | CPA | S | -alteração do marco regulatório setorial | Pedido indeferido, mas absorvido pelo reconhecimento da ilicitude da expropriação. | N |
| <i>Antoine Abou Lahoud and Leila Bounafteh-Abou Lahoud v. Congo</i> | 7 fev. 2014 | ICSID | S | - anulação de registro de contrato - impossibilidade de utilização do estabelecimento - despejo do investidor locatário - Indeferimento sumário de recursos | “ <i>succession de décisions irrégulières, contradictoires, voire arbitraires, rendues ou entérinées par des entités habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique</i> ”. | S |

| | | | | | | |
|--|--------------|-------|---|--|---|---|
| <i>Renée Rose Levy de Levi v. Peru</i> | 26 fev. 2014 | ICSID | S | - alteração do marco regulatório em virtude de crise econômica - não aprovação de fusão da empresa investidora - retirada de fundos de empresas estatais das contas da empresa investidora - inércia para conter o pânico do mercado financeiro | <i>“Peru did not violate that principle by any of the actions of which the claimant complains”.</i> | N |
| <i>Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Turquia</i> | 10 mar. 2014 | ICSID | S | - violação da expectativa legítima quanto à garantia dada pelas autoridades turcas de realização do empreendimento imobiliário em área sob litígio judicial de zoneamento | Ausência de promessas específicas que pudessem criar expectativas legítimas no investidor. | N |
| <i>Isolux Corsán Concesiones S.A. v. Peru</i> | 25 mar. 2014 | ICSID | ? | - | Homologação de acordo entre as partes conforme artigo 43(2) das regras de arbitragem do ICSID | - |
| <i>National Gas S.A.E. v. Egito</i> | 3 abr. 2014 | ICSID | ? | - | Laudo em sigilo. | - |
| <i>Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V., MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. v. Hungria</i> | 16 abr. 2014 | ICSID | N | - | - | - |

FET: tratamento justo e equitativo (*fair and equitable treatment*); ICSID: *International Centre for the Settlement of Investment Disputes*; CPA: Corte Permanente de Arbitragem; SCC: *Stockholm Chamber of Commerce*.

Em relação à análise material, os laudos arbitrais reconhecem a violação do padrão de tratamento justo e equitativo em algumas situações características: (a) alterações legislativas, (b) atuação das autoridades administrativas, (c) condução de procedimentos judiciais e administrativos e (d) utilização de motivação exclusivamente política.

No primeiro caso, os tribunais reconheceram a violação ao tratamento justo e equitativo quando a alteração legislativa interfere nas expectativas do investidor estrangeiro, alterando a estabilidade do marco legislativo. Nessa categoria, incluem-se as seguintes condutas extraídas dos casos analisados: revogação de pacote de incentivos fiscais e regulatórios para determinada região antes do prazo anunciado; falta de transparência na revogação do pacote de incentivos em função de negociação secreta; alteração do marco regulatório do setor elétrico; e alteração do marco regulatório (regime de tarifas, cláusula de câmbio, entre outras disposições) por lei emergencial de governo regional.

Na segunda categoria, a violação do tratamento justo e equitativo foi reconhecida nas hipóteses em que as autoridades administrativas do Estado hospedeiro atuaram de maneira inconsistente, ilícita ou arbitrária, violando direitos do investidor estrangeiro. Nessa categoria, incluem-se as seguintes condutas extraídas dos casos analisados: realização de inspeções surpresa de diferentes agências governamentais nos estabelecimentos da empresa investidora; ordem do Banco Central que determinava a suspensão de pagamentos devidos por empresa estatal ao banco investidor; despejo do investidor locatário; impossibilidade de acesso e/ou utilização do estabelecimento; aplicação arbitrária de leis e regulamentos do setor elétrico; causação do inadimplemento do contrato para forçar uma renegociação; utilização de procedimento de declaração de lesividade de negócio jurídico celebrado pelo Estado, quando determinada ilegalidade é unilateralmente identificada pelo Estado; e exigência de requisito que, embora previsto em lei, foi dispensado por acordo especial entre as partes.

No terceiro grupo, fundamentou-se a violação do tratamento justo e equitativo na condução ilegal ou arbitrária de procedimentos judiciais ou administrativos, que restringiam o devido processo legal. Algumas condutas extraídas dos casos analisados que se incluem nessa categoria são: indeferimento sumário de recursos; concessão de medida de urgência pela Suprema Corte a pedido do governo, determinando a cessação dos pagamentos devidos sem oitiva dos bancos credores; falta de transparência e do devido processo legal na realização de investigação pelo Banco Central; e exposição prejudicial da empresa e de seus executivos durante investigação criminal pelas autoridades do Estado hospedeiro.

Na quarta situação, o tratamento justo e equitativo foi considerado violado quando a medida do Estado hospedeiro teve fundamento exclusivamente político, maculando a

imparcialidade da decisão. Nessa categoria, alguns exemplos de condutas extraídas dos casos analisados são: mudança de posicionamento da polícia financeira após ordem interna do Presidente da República e tomada de decisão do Presidente da República após forte pressão política.

Evidencia-se, com essa breve análise empírica, que o padrão de tratamento justo e equitativo possui diversos impactos potenciais nos ordenamentos jurídicos domésticos dos Estados hospedeiros, os quais são examinados à luz dos diversos elementos constitutivos do tratamento justo e equitativo, construídos ao longo dos anos pelos tribunais arbitrais. Os impactos do padrão de tratamento justo e equitativo se fazem sentir mais fortemente – como se pode depreender dos casos analisados – no âmbito do exercício do poder regulatório do Estado hospedeiro.

O padrão de tratamento justo e equitativo incorpora uma série de elementos específicos que devem ser observados pelos ordenamentos jurídicos nacionais para que os acordos internacionais de investimento sejam efetivamente cumpridos. O padrão de tratamento assume – na visão de Stephan Schill – uma função comparável àquela do Direito Constitucional, embora dele se distancie por representar um regime exclusivo para os investidores estrangeiros e por não assumir uma supremacia normativa genérica. Também o Direito Administrativo é particularmente susceptível à influência do padrão tratamento justo e equitativo, tendo em vista que o investidor estrangeiro é comumente afetado por atos administrativos que incidem nas diversas fases do investimento.⁸¹¹

É com essa perspectiva que Stephan Schill sugere que o padrão de tratamento justo e equitativo reúne os elementos do estado de direito (*rule of law*).⁸¹² Na lição de Canotilho:

rule of law significa, em primeiro lugar, na sequência da Magna Charta de 1215, a obrigatoriedade da observância de um processo justo legalmente regulado, quando se tiver de julgar e punir os cidadãos, privando-os de sua liberdade e propriedade. Em segundo lugar, *rule of law* significa a proeminência das leis e costumes do país perante a discricionariedade do poder real. Em terceiro lugar, *rule of law* aponta para a sujeição de todos os actos do executivo à soberania do parlamento. Por fim, *rule of law* terá o sentido de igualdade de acesso aos tribunais por parte dos cidadãos a fim destes aí defenderem os seus direitos segundo os princípios de direito comum dos

⁸¹¹ SCHILL, Stephan W. *Fair and equitable treatment under investment treaties as an embodiment of the rule of law* (IILJ Working Paper 2006/6 Global Administrative Law Series). New York: New York University School of Law, 2006, p. 23-24.

⁸¹² SCHILL, Stephan W. *Fair and equitable treatment under investment treaties as an embodiment of the rule of law* (IILJ Working Paper 2006/6 Global Administrative Law Series). New York: New York University School of Law, 2006, p. 9-10.

ingleses (*common law*) e perante qualquer entidade (indivíduos ou poderes públicos).⁸¹³

No caso brasileiro, a comparação pontual entre as regras presentes no ordenamento jurídico nacional com cada uma das diversas condutas consideradas pelos tribunais arbitrais como violadoras do padrão de tratamento justo e equitativo transcenderia o escopo da análise ora empreendida. Entretanto, são necessários alguns comentários sobre as reorientações axiológicas observadas no Direito brasileiro no final do século XX.

Marilda Rosado de Sá Ribeiro aponta, nesse aspecto, um processo de constitucionalização que norteia “o foco interpretativo dos princípios que constituem a base de nosso ordenamento jurídico, com destaque para os princípios da segurança jurídica, o respeito aos direitos adquiridos e a não retroatividade, bem como à boa-fé objetiva e à confiança legítima”.⁸¹⁴ O exercício do poder regulatório no Brasil encontra-se fundamentado em um Direito Administrativo influenciados pelos fenômenos da globalização, liberalização e constitucionalização, de maneira que “não se pode falar apenas em um conjunto de mutações tópicas e pontuais, mas numa verdadeira revisão das premissas teóricas estruturantes da disciplina”.⁸¹⁵

Essa revisão das premissas teóricas da atuação administrativa do Estado não indica necessariamente uma crise absoluta do poder regulatório do Estado. Na ponderada análise de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

O que existe, na feliz expressão de Odete Medauar, é um direito administrativo em evolução. O direito administrativo se renova e se enriquece pela ampliação de seu objeto de estudo. Mas o binômio que sempre caracterizou esse ramo do direito – autoridade/liberdade – continua presente. No momento atual de seu desenvolvimento, pende para o lado da liberdade, em decorrência da constitucionalização do direito administrativo e a consequente valorização dos direitos individuais. O direito administrativo humaniza-se. Mas não perde as características inerentes ao exercício da autoridade e ao próprio conceito de Estado.⁸¹⁶

⁸¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 93-94.

⁸¹⁴ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Expropriação: revisitando o tema no contexto dos estudos sobre investimentos estrangeiros. In: _____. *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 127-158, p. 152-3.

⁸¹⁵ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 319.

⁸¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: existe um novo Direito Administrativo? In: _____. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1-9, p. 9.

Os elementos do padrão de tratamento justo e equitativo no Direito Internacional dos Investimentos se harmonizam com as prescrições do Direito Administrativo em processo evolutivo de constitucionalização. Tanto é assim que muitos dos elementos do tratamento justo e equitativo são reproduzidos como princípios da teoria do direito administrativo global.⁸¹⁷

Ainda que não se tenha realizado uma comparação de cada possível impacto concreto do tratamento justo e equitativo no Direito brasileiro, pode-se observar – em nossa opinião – uma compatibilidade teórica entre o padrão de tratamento justo e equitativo e o ordenamento jurídico brasileiro. Dessa maneira, eventual adesão do Brasil a um acordo internacional de investimentos contendo a cláusula do padrão de tratamento justo e equitativo não traria – do ponto de vista exclusivamente teórico – consequências avassaladoras para o Direito brasileiro. Entretanto, existem ao menos duas consequências práticas importantes: em primeiro lugar, a submissão – na hipótese de existência de cláusula arbitral – do Estado brasileiro a uma instância revisional dos atos internos; em segundo lugar, a exposição desses atos a interpretações extensivas adotadas por alguns tribunais arbitrais na análise do padrão de tratamento justo e equitativo.

⁸¹⁷ Sobre a teoria do direito administrativo global, cf. a discussão no item 1.5.3 do capítulo 1.

CONCLUSÃO

Embora a regulação dos investimentos estrangeiros tenha sido objeto de reflexão por séculos, foi a partir do final da Segunda Guerra Mundial que se intensificaram os esforços para estabelecer um marco multilateral para o fluxo transnacional de capitais.⁸¹⁸ Diversas iniciativas foram conduzidas – como se comentou no capítulo 1 – no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), do Banco Mundial, da Organização Mundial do Comércio (OMC) e da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Não há, contudo, um conjunto de normas regulando os investimentos estrangeiros, tal como no sistema instituído para as questões de comércio internacional.

O insucesso das iniciativas anteriores não impediu a tentativa de negociação, pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), do *Multilateral Agreement on Investment* (MAI), que tinha como objetivo incluir todos os setores econômicos e estabelecer regras claras a serem aplicadas indistintamente a todos os investimentos estrangeiros.⁸¹⁹ A proposta de acordo se fundamentava em três diretrizes bem evidentes: (a) liberalização dos investimentos estrangeiros, (b) proteção dos investimentos estrangeiros e (c) estabelecimento de um mecanismo eficaz para a solução de controvérsias.⁸²⁰

Diante da falta de sucesso nas muitas tentativas de negociação de uma regulamentação multilateral, restou como alternativa a busca uma espécie de solução *ad hoc* para a regulação dos investimentos estrangeiros.⁸²¹ Nesse panorama, os tratados bilaterais de investimento (BITs) passaram a ser adotados. É necessário reconhecer o legado dos tratados bilaterais de investimento que vêm sendo celebrados há mais de 50 anos para a construção do Direito Internacional dos Investimentos. Embora não existam evidências incontroversas da influência

⁸¹⁸ ZERBINI, Eugenia C. G. de Jesus. Regras multilaterais sobre o investimento internacional. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Rattón (Coord.). *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 125-149, p. 126.

⁸¹⁹ GEIGER, Rainer. Towards a Multilateral Agreement on Investment. *Cornell International Law Journal*, v. 31, p. 467-475, 1998, p. 467. WALLACE-BRUCE, Nii Lante. The Multilateral Agreement on Investment: an indecent proposal and not learning the lessons of history. *The Journal of World Investment*, v. 2, p. 53-85, 2001, p. 55. CANNER, Stephen J. The Multilateral Agreement on Investment. *Cornell International Law Journal*, v. 31, p. 657-681, 1998, p. 657.

⁸²⁰ WALLACE-BRUCE, Nii Lante. The Multilateral Agreement on Investment: an indecent proposal and not learning the lessons of history. *The Journal of World Investment*, v. 2, p. 53-85, 2001, p. 55.

⁸²¹ SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. 3 ed. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 183.

direta desses tratados na atração de capital estrangeiro, é inquestionável que eles contribuíram (a) para a criação de ambientes mais estáveis para o investidor estrangeiro, (b) para a revisão de muitas medidas estatais que, na realidade, eram discriminatórias e (c) para o avanço das teorias da proteção da propriedade de estrangeiros. É igualmente necessário, por outro lado, reconhecer que, muitas vezes, esses tratados serviram como instrumento de imperialismo econômico e de cerceamento da soberania dos Estados hospedeiros. Nesse sentido, as críticas aos tratados bilaterais são absolutamente adequadas e procedentes, servindo de instrumental teórico para repensar e renovar os paradigmas atualmente utilizados, com a finalidade de criar acordos bilaterais mais equilibrados.

Alguns tratados bilaterais mais recentes buscaram, em resposta às críticas, alcançar um equilíbrio, em maior ou menor grau, entre, de um lado, a proteção concedida ao investidor estrangeiro e a liberalização dos regimes de investimento e, de outro lado, a manutenção pelo Estado do direito de regulação (*right to regulate*)⁸²² e a tutela estatal das questões de interesse público.⁸²³

Além da alteração do conteúdo material dos tratados bilaterais de investimento, a transição no paradigma de regulação dos investimentos se faz sentir por outros fatores. A assinatura de apenas vinte tratados bilaterais de investimento em 2012 representa o menor número nos últimos 25 anos. No mesmo período, foram assinados dez classificados pela Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD) como “*other international investment agreements*”.⁸²⁴

De acordo com a UNCTAD, esses outros tipos de *international investment agreements* (IIAs) podem ser divididos em três categorias: os acordos-quadro de cooperação; os acordos

⁸²² ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. “*Indirect expropriation*” and the “*right to regulate*” in *International Investment Law* (OECD Working Papers on International Investment 2004/4). OECD Publishing, 2004, p. 11-13.

⁸²³ Para uma visão mais detalhada dos fatores envolvidos na busca do equilíbrio nos Tratados Bilaterais de Investimento, cf. FONSECA, Karla Closs. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008; BARRAL, Welber (Org.). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo, Singular, 2005; CELLI JUNIOR, Umberto. Os acordos de serviços (GATS) e investimentos (TRIMs) na OMC: espaço para políticas de desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTAL, Luiz Otávio (Orgs.). *Comércio internacional e desenvolvimento*. Florianópolis: Boiteux, 2006.

⁸²⁴ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2013: Global value chains: investment and trade for development*. Geneva: United Nations, 2013, p. 101. Em tradução livre: outros acordos internacionais de investimento.

contendo dispositivos limitados sobre apenas alguns aspectos da regulação dos investimentos e os acordos com dispositivos equivalentes aos tratados bilaterais de investimento.⁸²⁵

É importante observar que os acordos de livre comércio (FTAs) têm se tornado gradativamente mais representativos no cenário internacional.⁸²⁶ Esses acordos – normalmente bastante extensos – contêm capítulos sobre diversas áreas de integração econômica: comércio, concorrência, investimentos, propriedade intelectual, direitos trabalhistas, proteção ao meio ambiente e direitos humanos. Especificamente sobre a regulação dos investimentos, os FTAs celebrados pelos Estados Unidos, por exemplo, apresentam capítulos que refletem fundamentalmente os modelos mais atuais de tratados bilaterais.⁸²⁷

A regionalização dos “*other international investment agreements*” também é identificada como uma tendência importante pela UNCTAD denominados mega-acordos de comércio como o *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA), em negociação entre União Europeia e Canadá, o *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP), em negociação entre União Europeia e Estados Unidos, e o *Trans-Pacific Partnership Agreement* (TPP), em negociação entre Austrália, Brunei, Canadá, Chile, Cingapura, Estados Unidos, Malásia, México, Nova Zelândia, Peru e Vietnã.⁸²⁸

⁸²⁵ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2013: Global value chains: investment and trade for development*. Geneva: United Nations, 2013, p. 101; UNITED STATES. Office of the United States Trade Representative. *Free Trade Agreements*. Disponível em: <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>. Acessado em 26 jan. 2014; MARUYAMA, Warren H.; ROSENBERG, Charles B. The investment chapter of the U.S.-Colombia FTA: new protections of U.S investors. *Journal of World Investment and Trade*, v. 11, p. 409-417, 2010, p. 410.

⁸²⁶ A representatividade dos FTAs poderá ser ainda maior nos próximos anos. Como o pico de assinatura de tratados bilaterais de investimentos (BITs) ocorreu na década de 90, muitos tratados estão próximos do término de seu período de vigência. De acordo com a UNCTAD, em 2013 mais de 1300 BITs chegarão ao “*anytime termination stage*”. Em setembro de 2012, a África do Sul notificou Bélgica e Luxemburgo que não pretendia renovar o tratado bilateral após o término do prazo inicial em março de 2013. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2013: Global value chains: investment and trade for development*. Geneva: United Nations, 2013, p. 108.

⁸²⁷ Sobre os *free trade agreements* (FTAs), cf. JOHNSTON, Adrian M.; TREBILCOCK, Michael J. Fragmentation in international trade law: insights from the global investment regime. *World Trade Review*, v. 12, n. 4, p. 621-652, 2013, p. 623; CROSS, Karen Halverson. Converging trends in investment treaty practice. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, v. 38, p. 151-231, 2012, p. 184-6; TOBIN, Jennifer L.; BUSCH, Marc L. A bit is better than a lot: bilateral investment treaties and preferential trade agreements. *World Politics*, v. 62, n. 1, p. 1-42, 2010; BONDIETTI, Kristen. *Inconsistencies in treatment of foreign investment in trade agreements* (Australia Open Investment Future (AOIF) Paper 5). [s.l]: AOIF, 2008, p. 2-3.

⁸²⁸ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2013: Global value chains: investment and trade for development*. Geneva: United Nations, 2013, p. 103-4.

A possibilidade de criação da *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP) reunindo as maiores economias do mundo tem suscitado muito interesse jurídico: por um lado, a TTIP pode representar um primeiro estágio de um marco regulatório global para os investimentos;⁸²⁹ por outro lado, a TTIP é considerada uma potencial ameaça ao multilateralismo inaugurado há meio século no âmbito do comércio internacional.⁸³⁰

Fica evidente a produção espontânea de uma espécie de mosaico normativo que coloca o Direito Internacional dos Investimentos em uma encruzilhada teórica (*law at the crossroads*),⁸³¹ tendo em vista que diversos questionamentos sobre a regulação dos investimentos estrangeiros ainda permanecem sem respostas satisfatórias. Em certa medida, vários desses questionamentos são perpassados por uma indagação fundamental sobre o tipo de sistema que se deseja construir para a regulação dos investimentos estrangeiros. Independentemente de compreendê-lo como *lex specialis*, evidência do costume internacional, projeção de um sistema ou regime internacional, mecanismo de governança global ou expressão do direito administrativo global, é inegável a influência real que o Direito Internacional dos Investimentos possui no exercício do poder regulatório pelos Estados.

No caso brasileiro – como se demonstrou no capítulo 2 – a questão da regulação internacional dos investimentos estrangeiros sofreu um tratamento particular. No início da década de 60, o governo brasileiro foi convidado pelo Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento (BIRD)⁸³² a assinar a *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (Convenção de Washington).

A minuta de convenção foi duramente criticada pelas instâncias decisórias do governo brasileiro e a posição tradicional de afastamento acabou por prevalecer – ao longo dos anos –

⁸²⁹ ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *The transatlantic trade and investment partnership: why does it matter?* Disponível em: www.oecd.org/trade. Acessado em 14 jan. 2014.

⁸³⁰ BARYSCH, Katinka; HEISE, Michael. Will TTIP harm the global trading system? *Yale Global Online Magazine*, 9 jan. 2014. Disponível em: <http://yaleglobal.yale.edu/content/will-ttip-harm-global-trading-system>. Acessado em 22 jan. 2014.

⁸³¹ A expressão “*law at the crossroads*” é usada por Surya Subedi para indicar suas preocupações com as inconsistências por ele observadas do Direito Internacional dos Investimentos. Nesse sentido, cf. SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 154.

⁸³² O Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento (BIRD) foi estabelecido em 1944 como instituição original do Banco Mundial, mas, ao longo dos anos, passou a compor ao lado de outras quatro instituições – incluindo o *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) – o grupo Banco Mundial. CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Econômico*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 512-3.

no que se refere à arbitragem internacional de investimentos. É necessário reconhecer, contudo, que a posição brasileira à época se encontrava em consonância com a doutrina política adotada na América Latina, influenciada pelas teorias de Carlos Calvo.

Em paralelo ao processo de liberalização dos regimes de investimentos das décadas de 80 e 90, observou-se a disseminação dos tratados bilaterais de investimento em diversos países. Nessa época, o Brasil assinou quatorze Acordos de Proteção e Promoção Recíproca de Investimentos, denominação pela qual ficaram conhecidos os tratados bilaterais de investimento brasileiros, que apresentavam uma estrutura muito semelhante. Observa-se, contudo, que questões como proteção do meio ambiente, desenvolvimento sustentável, direitos trabalhistas, responsabilidade corporativa e direitos humanos – incluídos na nova geração de acordos internacionais de investimento – não foram objeto de previsão nos acordos assinados pelo Brasil.

Durante os procedimentos de ratificação de todos esses acordos – apesar das diferenças de redação e tramitação – foram observadas fortes resistências no Poder Legislativo,⁸³³ de maneira que o Poder Executivo decidiu retirar os projetos da tramitação na Câmara dos Deputados.⁸³⁴ Após o arquivamento dos projetos pelo Congresso Nacional, a Câmara de Comércio Exterior (CAMEX) instituiu um grupo de trabalho interministerial, e, em 2010, as autoridades brasileiras deram início a negociações de um novo tratado bilateral de investimento com o Chile, que permaneceram sem resultados concretos.

A análise empreendida no capítulo 2 permitiu observar uma tendência historicamente conservadora do Brasil no que se refere aos instrumentos internacionais para a regulação dos investimentos estrangeiros. De maneira pragmática, é possível reconhecer, nos aspectos controversos identificados pelo Congresso Nacional durante a apreciação dos projetos para aprovação dos acordos, os fundamentos que conduziram – no plano interno – o Brasil à rejeição dos tratados bilaterais de investimento. Dentre os aspectos controversos, é possível destacar (a) a preocupação com a limitação da soberania nacional, (b) a incompatibilidade entre o regime de expropriação previsto nos acordos e as disposições constitucionais sobre desapropriação, (c) a utilização de uma definição bastante ampla de investimento, (d) a

⁸³³ SCANDIUCCI FILHO, José Gilberto. O Brasil e os acordos bilaterais de investimentos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Rattón (Coord.). *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 271-301, p. 301.

⁸³⁴ SIQUEIRA, Marcelo Gustavo Silva. *Direito do investimento e inovação tecnológica: o histórico regulatório da transferência de tecnologia no Brasil em face das cláusulas de proteção dos acordos bilaterais de investimentos*. 2012. 199 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 146-9.

previsão absoluta da livre transferência de recursos e (e) a possibilidade de escolha pelo investidor estrangeiro de mecanismo de arbitragem internacional envolvendo o Estado brasileiro.⁸³⁵

Outros fatores – no plano internacional – acabaram por endossar a posição brasileira. Em paralelo à análise do Congresso Nacional, por exemplo, discutia-se, no âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o projeto de Acordo Multilateral de Investimentos (MAI), que – em virtude da resistência dos países em desenvolvimento e das organizações não governamentais – acabou sendo abandonado no final da década de 90. Igualmente relevantes foram os diversos procedimentos arbitrais instaurados contra a Argentina no âmbito do *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID), em função da crise econômica pela qual o país passou após 2001.⁸³⁶ Mais recentemente, a sensação de ressurgimento de posturas nacionalistas na América Latina – culminando na denúncia da Convenção de Washington por Bolívia e Equador – contribuiu para o debate sobre a compatibilidade do regime internacional dos investimentos com a soberania dos Estados hospedeiros.⁸³⁷

É evidente que a postura brasileira se revelou, quando cotejada com essa retrospectiva histórica, mais prudente do que conservadora. Isso porque, ao longo das últimas décadas, o regime internacional de regulação dos investimentos estrangeiros foi submetido a um processo de amadurecimento e reconstrução, que se materializa – por exemplo – nos novos modelos de tratados bilaterais de investimento.

Dessa maneira, com sua histórica posição, o tema da regulação dos investimentos estrangeiros permaneceu integralmente regulado pelo Direito brasileiro. A análise dessa regulação depende da consideração dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais pertinentes. Em relação ao nível infraconstitucional, o regime legal é complementado por uma miríade de normas dispersas em instrumentos de diferentes níveis hierárquicos, que “fazem

⁸³⁵ KALICKI, Jean; MEDEIROS, Suzana. Investment arbitration in Brazil. *Arbitration International*, v. 24, n. 3, p. 423-446, 2008, p. 432-433.

⁸³⁶ Giorgio Sacerdoti comenta a crise argentina nos seguintes termos: “*de-dollarization of that economy, the restructuring of public debt and the freezing of public tariffs have been challenged by foreign investors as being in breach of relevant BITs entered into by the Argentine Republic in the previous decade. In these cases, the Argentine Republic has invoked the crisis as the basis for its claim that the relevant BIT provisions were inapplicable*”. SACERDOTI, Giorgio. BIT protections and economic crises: limits to their coverage, the impact of multilateral financial regulation and the defence of necessity. *ICSID Review*, v. 28, n. 2, p. 351-383, 2013.

⁸³⁷ GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E. Sovereignty v. investment protection: back to Calvo? *ICSID Review*, v. 24, n. 2, p. 464-488, 2009.

com que a disciplina normativa do assunto no Brasil seja uma verdadeira colcha de retalhos”.⁸³⁸

Embora passível de críticas em diversos aspectos, o regime do Direito brasileiro parece ter logrado – principalmente do ponto de vista econômico – sucesso na atração de investimentos estrangeiros para o Brasil. Os dados econômicos parecem fortalecer, nesse sentido, o argumento de desnecessidade dos acordos internacionais de investimentos para atração de capitais estrangeiros pelo Brasil. De acordo com a UNCTAD, o Brasil representa um dos principais destinos mundiais e regionais de investimentos estrangeiros.⁸³⁹

Isso porque os desenvolvimentos estruturais da economia brasileira, materializados em fatores como o aumento do volume de negócios na bolsa de valores, a multiplicação de oferta pública inicial de ações (IPOs), a alteração da legislação contábil, a minimização dos riscos de investimentos e o aumento de transparência e segurança nas transações empresariais são indicativos do “ingresso do país na seleção das economias com mercado maduro”.⁸⁴⁰

De todo modo, já há alguns anos, a doutrina já fazia referência à mudança de papel do Brasil no cenário econômico, reconhecendo que o país “*is not only a recipient of FDI and therefore a potential respondent in investor-state arbitrations; in addition, Brazilian companies are increasingly investing abroad*”.⁸⁴¹ Trata-se de reconhecer que, além dos efeitos na atração de capitais estrangeiros, os desenvolvimentos estruturais da economia brasileira também permitiram um fortalecimento das empresas brasileiras, que puderam atingir diferentes graus de internacionalização.⁸⁴²

⁸³⁸ SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 199.

⁸³⁹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2013: Global value chains: investment and trade for development*. Geneva: United Nations, 2013, p. 3.

⁸⁴⁰ TREVISAN, Antoninho Marmo. Brasil: um emergente seguro. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 11, n. 41, p. 49-55, 2008, p. 55.

⁸⁴¹ KALICKI, Jean; MEDEIROS, Suzana. Investment arbitration in Brazil. *Arbitration International*, v. 24, n. 3, p. 423-446, 2008, p. 440 citam os exemplos de Petrobras, Companhia Vale do Rio Doce, Odebrecht, Gerdau, Camargo Correa e Companhia Siderúrgica Nacional (CSN).

⁸⁴² MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Coord.). *Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 455-492; MENDES, Marcos José Martins. *O Direito Internacional dos Investimentos: o caso do mercado brasileiro de biocombustíveis*. 2011. 313 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 33.

No final de 2013, o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC) iniciou as negociações de um novo modelo de acordo internacional de investimentos com Angola, Argélia, Marrocos e Moçambique,⁸⁴³ como parte de uma “iniciativa brasileira de estabelecer acordos de investimentos com países dos continentes africano e sul-americano”.⁸⁴⁴ A decisão de negociar acordos de investimentos com os países africanos reflete a conscientização por parte do governo brasileiro de que país possui atualmente uma inegável posição de país exportador de capital.⁸⁴⁵

Nos comentários da doutrina nacional, as opiniões apoiam quase sempre a adesão do Brasil não só aos acordos internacionais de investimentos, mas também à Convenção de Washington. É possível identificar dois níveis complementares de argumentos nesse sentido: alguns autores defendem a adesão do país a esses instrumentos internacionais de maneira a proteger o investidor brasileiro no exterior e permitir que ele tenha acesso aos mecanismos de solução de controvérsias com os Estados hospedeiros, ao passo que outros autores analisam também a compatibilidade do atual regime internacional de investimentos estrangeiros com o Direito brasileiro.

Importante registrar que o governo brasileiro parece buscar um distanciamento dos modelos tradicionais de acordos internacionais de investimento, como informa o Ministério das Relações Exteriores, mediante consulta formulada pelo autor sob a égide da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011:

O Brasil criou modelo próprio para o Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos, que não seguiu a prática corrente dos Acordos de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos. [...] Não há intenção de incluir arbitragem

⁸⁴³ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Missão brasileira negocia acordos de investimento com Angola e Moçambique*, 09 out. 2012. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=1¬icia=12727>>. Acesso em: 28 jan. 2014; BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Godinho: Brasil apoiará não somente negociações bilaterais e regionais, mas também multilaterais*, 26 out. 2013. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=5¬icia=12765>>. Acesso em: 18 dez. 2013. BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Missão ao Marrocos gera US\$ 4,8 milhões em negócios e expectativas de vendas*, 4 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=1¬icia=12863>>. Acesso em: 28 jan. 2014.

⁸⁴⁴ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Godinho analisa momento de oportunidades no comércio exterior*, 25 out. 2013. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=5¬icia=12762>>. Acesso em: 14 jan. 2014. De acordo com as informações do Secretário de Comércio Exterior, “estes acordos que estamos buscando seriam instrumentos de apoio para os investidores brasileiros atuarem no exterior. Estamos propondo tratar de temas relevantes e práticos, do dia a dia, como concessão de vistos e outros que afetam o processo de decisão sobre o investimento”.

⁸⁴⁵ VILAS-BÔAS, Júlia Covre. Os investimentos brasileiros na África no governo Lula: um mapa. *Meridiano* 47, v. 12, n. 128, p. 3-9, 2011.

Investidor-Estado, nos moldes do ICSID. [...] Há previsão de anexo ao Acordo que estabelece princípios de responsabilidade social corporativa, que incluem os temas ambiental, trabalhista e sanitário.⁸⁴⁶

Como alternativa à arbitragem internacional de investimentos, a proposta de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) prevê a criação de mecanismo intergovernamental de consultas em matéria de investimentos, que consistiria no estabelecimento de um “foro intergovernamental para a solução negociada de controvérsias e de ponto focal, que centralizará os pedidos de informações e de gestões de empresas junto aos órgãos da administração local”.⁸⁴⁷

É possível verificar, ao menos a partir do panorama doutrinário, um relativo apoio à decisão do governo brasileiro de negociar acordos internacionais de investimentos. Embora a decisão brasileira esteja alinhada aos anseios do setor empresarial e seja, em grande medida, endossada pela doutrina nacional, é imprescindível analisar os impactos que a adoção de acordos internacionais de investimentos poderá ter no Direito brasileiro. É necessário que as experiências internacionais sejam, portanto, consideradas na avaliação estratégica do governo brasileiro.

Os impactos da adesão do Brasil aos acordos internacionais em matéria de investimentos estrangeiros podem ser estudados a partir de diferentes parâmetros, dentre os quais é possível destacar: (a) expropriação,⁸⁴⁸ (b) solução de controvérsias entre investidor e Estado,⁸⁴⁹ (c) definição de investimento estrangeiro,⁸⁵⁰ (d) admissão do investimento

⁸⁴⁶ BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Subsecretaria-Geral de Assuntos Econômicos e Financeiros. *Informações prestadas no Sistema Eletrônico do Serviço de Informações ao Cidadão (e-SIC) sob o protocolo nº 09200000079201409*. Brasília, 20 mar. 2014.

⁸⁴⁷ BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Subsecretaria-Geral de Assuntos Econômicos e Financeiros. *Informações prestadas no Sistema Eletrônico do Serviço de Informações ao Cidadão (e-SIC) sob o protocolo nº 09200000079201409*. Brasília, 20 mar. 2014.

⁸⁴⁸ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Expropriação: revisitando o tema no contexto dos estudos sobre investimentos estrangeiros. In: _____. *Direito Internacional dos Investimentos* (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 127-158; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no Direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 94-7; DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 140-47.

⁸⁴⁹ TIBURCIO, Carmen. Arbitragem de investimento no Brasil. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 233-246; COSTA, José Augusto Fontoura. Brasil e arbitragem internacional de investimentos: realidade e possibilidades. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 247-270.

⁸⁵⁰ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. As (in)definições de investimento estrangeiro. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 11-43; DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 39-40; SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito*

estrangeiro e tratamento nacional,⁸⁵¹ (e) tratamento justo e equitativo e (f) liberdade de transferência de ativos.⁸⁵² Sempre que possível, buscou-se – na análise do Direito brasileiro realizada no capítulo 2 – registrar alguns comentários pontuais sobre os impactos do Direito Internacional dos Investimentos com base nesses eixos de análise.

Entretanto, pareceu que uma análise mais detalhada dos impactos do padrão de tratamento justo e equitativo seria adequada e imperiosa, em virtude – entre outros motivos – de (a) sua previsão em quase todos os acordos internacionais de investimentos, (b) sua alta carga de imprecisão conceitual, (c) sua crescente invocação pelos investidores estrangeiros em procedimentos arbitrais, (d) sua recorrente interpretação pelos tribunais arbitrais e (e) sua estreita relação com a soberania do Estado hospedeiro para o exercício da atividade regulatória.

O capítulo 3 dedicou-se a refletir mais detalhadamente sobre o padrão de tratamento justo e equitativo. O padrão de tratamento justo e equitativo não é uma criação contemporânea, ainda que – com essa denominação – tenha se tornado característica do Direito Internacional dos Investimentos. O enfrentamento sistemático desse padrão pelos tribunais arbitrais é, por outro lado, um fenômeno recente, que atribui crescente importância a seu estudo. Nesse sentido, o tribunal arbitral no caso *Suez-Vivendi v. Argentina* afirmou que o padrão de tratamento justo e equitativo é “*the Grundnorm or basic norm of international investment law*”.⁸⁵³

A análise dos acordos internacionais de investimentos pela UNCTAD permite identificar algumas tendências na redação da cláusula do padrão de tratamento justo e equitativo. É evidente que as alterações de redação na cláusula do padrão de tratamento justo e equitativo podem ter reflexos na interpretação conferida pelos tribunais arbitrais: a referência simples permite uma margem de interpretação mais ampla do que a referência

Internacional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 31-37; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no Direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 57-68.

⁸⁵¹ BARRETO FILHO, Fernando Paulo de Mello. *O tratamento nacional de investimentos estrangeiros*. Brasília: FUNAG, 1999; SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 68-79; DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 88-103.

⁸⁵² Entre outros, cf. LOYOLA, Gustavo. Controle de capitais não é a solução. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 13, n. 48, p. 281-286, 2010.

⁸⁵³ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona and Vivendi Universal v. The Argentine Republic*, ICSID Case n. ARB/03/19, Decision on Liability 30 Jul 2010, § 188.

vinculada ao Direito Internacional ou ao padrão mínimo internacional de tratamento dos estrangeiros.⁸⁵⁴

Fatores como (a) o grau de imprecisão do padrão de tratamento justo e equitativo, (b) as diversas possibilidades de previsão desse padrão nos acordos internacionais de investimentos e (c) o debate teórico sobre sua articulação com o padrão mínimo internacional transferem o ônus interpretativo desse padrão de tratamento para os tribunais arbitrais. O cotejo dos comentários da doutrina revela uma relativa dificuldade de precisar quais elementos compõem o padrão de tratamento justo e equitativo e de que maneira esses elementos se relacionam. Dentre os vários elementos extraídos do padrão de tratamento justo e equitativo, foi possível analisar no capítulo 3: tutela das expectativas legítimas; garantia de consistência, estabilidade, previsibilidade e segurança jurídica; proteção à transparência; ausência de arbitrariedade, respeito à proporcionalidade e à razoabilidade; observância da boa-fé e deferência ao devido processo legal.

O padrão de tratamento justo e equitativo acabou por se converter em uma espécie de “camaleão polivalente” do Direito Internacional dos Investimentos, tendo em vista que um espectro cada vez mais amplo de condutas do Estado hospedeiro passou a ser analisado em relação aos elementos que foram extraídos do padrão de tratamento.⁸⁵⁵

Dessa maneira, o padrão de tratamento justo e equitativo possui diversos impactos potenciais nos ordenamentos jurídicos domésticos dos Estados hospedeiros, os quais podem ser examinados à luz dos diversos elementos constitutivos do tratamento justo e equitativo, construídos ao longo dos anos pelos tribunais arbitrais. Os impactos do padrão de tratamento justo e equitativo se fazem sentir mais fortemente – como foi possível depreender dos casos analisados no capítulo 3 – no âmbito do exercício do poder regulatório do Estado hospedeiro.

Os comentários gerais sobre o Direito brasileiro permitem afirmar que os elementos do padrão de tratamento justo e equitativo no Direito Internacional dos Investimentos se harmonizam com as prescrições do Direito Administrativo em seu processo evolutivo de constitucionalização.⁸⁵⁶ Dessa maneira, parece existir uma compatibilidade ao menos teórica

⁸⁵⁴ KINNEAR, Meg. The continuing development of the fair and equitable treatment standard. In: BJORKLUND, Andrea K; LAIRD, Ian A.; RIPINSKY, Sergey (Ed.). *Investment treaty law: current issues*, v. 3. London: British Institute of International and Comparative Law, 2009, p. 209-240, p. 213.

⁸⁵⁵ WYTHES, Annika. Investor-State arbitrations? Can the ‘fair and equitable treatment’ clause consider International Human Rights obligations? *Leiden Journal of International Law*, v. 23, p. 241-256, 2010, p. 245.

⁸⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: existe um novo Direito Administrativo? In: ____; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1-9, p. 9.

entre o padrão de tratamento justo e equitativo e o ordenamento jurídico brasileiro. Dessa maneira, eventual adesão do Brasil a um acordo internacional de investimentos contendo a cláusula do padrão de tratamento justo e equitativo não traria – do ponto de vista exclusivamente teórico – consequências avassaladoras para o Direito brasileiro.

Entretanto, existem ao menos duas consequências práticas importantes: em primeiro lugar, a submissão – na hipótese de existência de cláusula arbitral – do Estado brasileiro a uma instância revisional dos atos internos; em segundo lugar, a exposição desses atos a interpretações extensivas adotadas por alguns tribunais arbitrais na análise do padrão de tratamento justo e equitativo. Nesse sentido, alertam Gustavo Fernandes de Andrade e Gustavo Henrique Justino de Oliveira que o benefício institucional de sinalizar ao mundo o interesse em proteger os investimentos estrangeiros por meio de acordos internacionais “*appears to us be relatively minor in comparison to the scale of restriction on the country’s sovereignty that would be required in return*”.⁸⁵⁷

Conclui-se, considerando que as negociações brasileiras estão ainda em fase inicial, que é impossível assegurar se o padrão de tratamento justo e equitativo estará previsto em algum dos Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) e – em caso afirmativo – os exatos termos em que será redigida a respectiva cláusula. Supõe-se, no entanto, que esse padrão – um dos pilares do Direito Internacional dos Investimentos, ao lado do padrão de tratamento da nação mais favorecida e do padrão de tratamento nacional – possa constar de alguma minuta brasileira, a exemplo do que se observa na nova geração dos acordos internacionais de investimentos, os quais pretendem – assim como a minuta brasileira – conter um balanceamento mais harmônico entre os interesses de investidores estrangeiros e de Estados hospedeiros.

Existindo eventual previsão do padrão de tratamento justo e equitativo com o intuito de proteger os investidores brasileiros no exterior, é importante cuidadosamente considerar os impactos que essa previsão poderia ter sobre o ordenamento jurídico brasileiro. Ainda que os elementos extraídos do padrão de tratamento justo e equitativo pelos tribunais arbitrais sejam teoricamente compatíveis com os princípios do novo Direito Administrativo brasileiro, existe um risco para o país em virtude da possibilidade de sua interpretação de forma criativa e/ou extensiva pelos tribunais arbitrais.

⁸⁵⁷ ANDRADE, Gustavo Fernandes de; OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. Investment treaties, foreign investment and Brazilian law: the magic of reality. In: LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerdau de; PUCCI, Adriana Noemi. *Investment protection in Brazil*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2013, p. 71-106, p. 105. Em tradução livre: parece-nos ser relativamente menor do que a escala de restrição da soberania do país, que seria necessária em contrapartida.

Nesse sentido, a discussão se sobrepõe àquela relativa à adequação ou não de adesão a um acordo internacional que preveja a utilização da arbitragem de investimentos. Embora não tenha sido esse o principal objeto de estudo, uma conclusão se impõe: à primeira vista, pode parecer que a adesão a um acordo sem previsão de arbitragem internacional de investimentos seja inócua, uma vez que o investidor estrangeiro estaria privado de meios de assegurar a observância das garantias de proteção que lhe são concedidas pelo acordo. Entretanto, a existência de previsão de arbitragem internacional e mesmo sua utilização se mostraram, em diversos casos, igualmente inócuas, porquanto alguns Estados simplesmente deixaram de cumprir os laudos arbitrais.⁸⁵⁸ Em virtude disso, muitos estudos têm se concentrado na busca por alternativas para a arbitragem internacional de investimentos, através de mecanismos de prevenção de controvérsias e/ou de negociação intergovernamental.⁸⁵⁹ Nesse sentido, é importante frisar que esses mecanismos alternativos parecem constar da diretriz da política externa brasileira.⁸⁶⁰

De qualquer forma, ainda que o padrão de tratamento justo e equitativo não esteja expressamente previsto nos acordos celebrados pelo Brasil, é possível – à luz das novas teorias que procuram articular a encruzilhada teórica do Direito Internacional dos Investimentos – compreendê-lo como regra do costume internacional, como mecanismo de governança global ou, ainda, como elemento do direito administrativo global, integrando os institutos fundamentais do Direito Internacional dos Investimentos, os quais poderiam (ainda que, de maneira indireta, pela arbitragem internacional ou por algum outro meio de adjudicação) ser aplicados aos casos envolvendo o Brasil. Em última análise, o estudo do padrão de tratamento justo e equitativo pode ser útil para que o Brasil conscientemente decida excluí-lo do modelo de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI). Independentemente da posição que o Brasil venha a adotar, é necessário – para que o país continue a se beneficiar dos capitais estrangeiros – que ocorra um contínuo processo de

⁸⁵⁸ CAVALCANTE, Pedro Mendonça. *Direito Internacional dos Investimentos e a exploração de petróleo por meios não convencionais*. 2012. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

⁸⁵⁹ CARVALHO, Romulo Soares Brillo. *O segundo tempo do regime internacional dos investimentos: a nova geração de tratados e a prevenção de controvérsias investidor-Estado*. 2011. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011; BRILLO, Romulo. A prevenção de controvérsias investidor-Estado e alternativas à arbitragem investidor-Estado. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 271-299.

⁸⁶⁰ BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Subsecretaria-Geral de Assuntos Econômicos e Financeiros. *Informações prestadas no Sistema Eletrônico do Serviço de Informações ao Cidadão (e-SIC) sob o protocolo nº 09200000079201409*. Brasília, 20 mar. 2014.

aperfeiçoamento da estrutura administrativa, de maneira a garantir – mesmo sem a imposição por acordos internacionais – transparência, previsibilidade e razoabilidade na atividade regulatória.

REFERÊNCIAS

- ALSCHNER, Wolfgang. Americanization of the BIT universe: the influence of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) treaties on modern investment treaty law. *Goettingen Journal of International Law*, Gottingen, v. 5, n. 2, p. 455-486, 2013.
- ALVAREZ, José Enrique. A bit on custom. *International Law and Politics*, [S.l.], v. 42, p. 17-80, 2009.
- ALVAREZ, Jose Enrique. The Public International Law regime governing international investment. *Recueil des Cours*, Den Haag, v. 344, p. 197-541, 2011.
- ALVAREZ-JIMÉNEZ, Alberto. Minimum standard of treatment of aliens, fair and equitable treatment of foreign investors, customary international law and the Diallo case before the International Court of Justice. *The Journal of World Investment and Trade*, [S.l.], v. 9, p. 51-70, 2008.
- ANDERSON, Owen. *Recent Legal Issues Regarding Contract Provisions in Host Government Petroleum Instruments*. Rio de Janeiro: [s.n.], 2011. Apresentação de slides.
- ARAÚJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ARENHART, Fernando Santos. Investimento estrangeiro: o padrão de tratamento justo e equitativo e o papel da boa-fé. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 154-169, 2013.
- AUGUSTO, Eduardo. Aquisição de imóveis rurais por empresas brasileiras sob controle estrangeiro. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 34, n. 71, p. 387-403, 2011.
- ÁVILA, Márcio. Tributação de investimentos estrangeiros no Brasil. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 459-476.
- AZEVEDO, Débora Bittah. *Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001.
- BABIY, Larisa; SHEIKH, Adam Czewoja; XHERAJ, Blerina. Should Mexico join ICSID? *Graduate Institute of International and Development Studies Centre for Trade and Economic Integration Working Papers*, [S.l.], n. 6, 2012.
- BANCO MUNDIAL. Serviço de Assessoramento sobre Investimentos Estrangeiros. *Brasil: barreiras jurídicas, administrativas e políticas aos investimentos no Brasil. O quadro dominante das leis e das políticas e o papel da promoção dos investimentos*. [S.l.]: Banco Mundial, 2001. V.1.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no Direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Direito administrativo global: uma nova ótica para a regulação financeira e de investimentos. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BARBOSA, Daniel M. C.; MARTINI, Pedro. Two sides of the same coin: to what extent is arbitration with the Brazilian Administration similar to investment-treaty arbitration? In: LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerdau de; PUCCI, Adriana Noemi. *Investment protection in Brazil*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2013. p. 37-60.

BARBOSA, Denis Borges. Direito de acesso do capital estrangeiro. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 425-457.

BARBOSA, Hermano Notaroberto. Aspectos jurídicos da liberalização cambial no Brasil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, [S.l.], v. 16, n. 60, p. 51-86, 2013.

BARRAGUIRRE, Jorge A. Los tratados bilaterales de inversión (TBIs) y el convenio CIADI: ¿La evaporación del Derecho Administrativo doméstico? In: KINGSBURY, Benedict; STEWART, Richard B. *El nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina: desafíos para las inversiones extranjeras, la regulación nacional y el financiamiento para el desarrollo*. Buenos Aires: Rap, 2009.

BARRAL, Welber (Org.). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005.

BARRETO FILHO, Fernando Paulo de Mello. *O tratamento nacional de investimentos estrangeiros*. Brasília: FUNAG, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

BARYSCH, Katinka; HEISE, Michael. Will TTIP harm the global trading system? *Yale Global Online Magazine*, 9 jan. 2014. Disponível em: <<http://yaleglobal.yale.edu/content/will-ttip-harm-global-trading-system>>. Acesso em: 22 jan. 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito Econômico Brasileiro*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. Regime jurídico dos investimentos de capital estrangeiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, [S.l.], v. 8, n. 32, p. 9-18, 2000.

BAUMGARTNER, Chris. The demise of the Multilateral Agreement on Investment. *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, [S.l.], v. 10, p. 40-47, 1999.

BENTO, Lucas. Time to join 'BIT Club'? Promoting and protecting Brazilian investments abroad. *The American Review of International Arbitration*, [S.l.], v. 24, n. 2, p. 271-324, 2013.

BG GROUP Plc. v. The Republic of Argentina, UNCITRAL Arbitration Rules, Award, 24 Dec. 2007.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITENCOURT NETO, Eurico. Direito administrativo transnacional. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 18, p. 1-17, 2009.

BODANSKY, Daniel. The legitimacy of international governance: a coming challenge for international environmental law? *American Journal of International Law*, [S.l.], v. 94, n. 3, p. 596-624, 1999.

BONDIETTI, Kristen. *Inconsistencies in treatment of foreign investment in trade agreements* (Australia Open Investment Future (AOIF) Paper 5). [S.l.]: AOIF, 2008.

BORJA, Ana Gerdau de; PRADO, Maria da Graça de Almeida; AYMONE, Priscilla Knoll. The Brazilian legal approach to foreign investment in light of the principle of national treatment under investment treaties. In: LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerdau de; PUCCI, Adriana Noemi. *Investment protection in Brazil*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2013, p. 127-158.

BORJA, Célio de Oliveira. O capital estrangeiro no direito brasileiro. *Revista do Advogado*, [S.l.], v. 26, n. 88, p. 32-43, 2006.

BORJA, Célio de Oliveria. Empresa de segurança privada. Participação de estrangeiros no capital social [Parecer]. *Revista Forense*, [S.l.], v. 98, n. 359, p. 191-198, 2002.

BRASIL busca acordos de proteção e promoção. *Veja*, 14 nov. 2010. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/economia/brasil-busca-acordos-de-protecao-e-promocao>>. Acesso em: 6 fev. 2014.

BRASIL. Advocacia Geral da União. Parecer nº GQ-104, de 29 de fevereiro de 1996. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 11 jun. 1996.

BRASIL. Advocacia Geral da União. Parecer nº GQ-181, de 17 de março de 1997. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 22 jan. 1999.

BRASIL. Advocacia Geral da União. Parecer nº LA-01, de 03 de outubro de 2008. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 23 ago. 2010.

BRASIL. Advocacia Geral da União. Parecer nº LA-01, de 03 de outubro de 2008. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 23 ago. 2010.

BRASIL. *Balanco de Governo 2003-2010*. IV – Inserção no cenário mundial e soberania. Brasília: Governo Federal, [2010], p. 36. Disponível em: <<http://www.balancodegoverno.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 24 nov. 2013.

BRASIL. Banco Central do Brasil. Circular nº 3.689, 16 de dezembro de 2013. Regulamenta, no âmbito do Banco Central do Brasil, as disposições sobre o capital estrangeiro no País e sobre o capital brasileiro no exterior. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 17 dez. 2013.

BRASIL. Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional [da Câmara dos Deputados]. Ata da 42ª Reunião Ordinária de Audiência Pública realizada em 13 de Novembro de 2013. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 3 dez. 2013.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Instrução nº 325, de 27 de janeiro de 2000. Dispõe sobre o registro, na Comissão de Valores Mobiliários, de investidor não residente no País, de que trata a Resolução CMN no 2.689/00, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 2 fev. 2000.

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução nº 2.687, de 26 de janeiro de 2000. Admite a realização de operações com contratos a termo, futuro e de opções de produtos agropecuários por não residentes no País. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 27 jan. 2000.

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução nº 2.689, de 26 de janeiro de 2000. Dispõe sobre aplicações de investidor não residente nos mercados financeiro e de capitais. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 27 jan. 2000.

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução nº 3.844, de 23 de março de 2010. Dispõe sobre o capital estrangeiro no País e seu registro no Banco Central do Brasil, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 26 mar. 2010.

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução nº 4.104, de 28 de junho de 2012. Dispõe sobre os critérios para aplicação de penalidades por infrações às normas que regulam os registros e o censo de capitais estrangeiros no País. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 2 jul. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995. Altera o inciso IX do art. 170, o art. 171 e o § 1º do art. 176 da Constituição Federal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 16 ago. 1995.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 69, de 15 de julho de 1965. Aprova o Acordo de Garantia de Investimentos entre os Estados Unidos do Brasil e os Estados Unidos da América, assinado em Washington, em 6 de fevereiro de 1965. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 19 jul. 1965.

BRASIL. Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Promulgo a ata final que incorpora os resultados da Rodada Uruguai de negociações comerciais multilaterais do GATT. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 31 dez. 1994, p. 21394.

BRASIL. Decreto nº 55.762, de 17 de fevereiro de 1965. Regulamenta a Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, modificada pela Lei nº 4.390, de 29 de agosto de 1964. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 18 fev. 1965.

BRASIL. Decreto nº 57.943, de 10 de março de 1966. Promulga o Acordo de Garantia de Investimentos com os Estados Unidos da América. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 16 mar. 1966.

BRASIL. Decreto nº 6.064, de 21 de março de 2007, Reconhece como de interesse do Governo brasileiro a participação estrangeira, em até cem por cento, no capital social do Banco Pecúnia S.A, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 22 mar. 2007.

BRASIL. Decreto nº 698, de 8 de dezembro de 1992. Promulga a Convenção que Estabelece a Agencia Multilateral de Garantia para Investimentos (Miga), concluída em Seul em 11 de outubro de 1985, e que entrou em vigor para o Brasil, em 23 de setembro de 1992. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, 9 de dezembro de 1992, Seção 1, p. 16972.

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

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

BRASIL. Exposição de Motivos nº 37, de 16 de fevereiro de 1995. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 15 mar. 1995.

BRASIL. Exposição de Motivos nº 37, de 16 de fevereiro de 1995. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 15 mar. 1995.

BRASIL. Exposição de Motivos nº 403 DSF/ARC/DEI - MRE - PEXT EFIN, de 5 de dezembro de 2002. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 13 dez. 2002.

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

BRASIL. Exposição de Motivos nº 613/MRE, de 12 de dezembro de 1994. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 6 jan. 1995.

BRASIL. Exposição de Motivos nº 642/MRE, de 27 de dezembro de 1994. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 31 jan. 1995.

BRASIL. Exposição de Motivos nº 643/MRE, de 28 de dezembro de 1994. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 19 fev. 1997.

BRASIL. Exposição de Motivos nº 77/DCM/AFEPA/DAM-I-MRE-MSUL, de 26 de março de 2004. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 23 abr. 2004.

BRASIL. Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011. Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 13 set. 2011.

BRASIL. Lei nº 313, de 30 de julho de 1948. Autoriza o Poder Executivo a aplicar, provisoriamente, o Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio; reajusta a Tarifa das Alfândegas, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 3 ago. 1948, p. 11189.

BRASIL. Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962. Disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 27 set. 1962.

BRASIL. Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962. Disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 27 set. 1962, p. 10075.

BRASIL. Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962. Disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 27 set. 1962.

BRASIL. Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971. Regula a aquisição de imóvel rural por estrangeiro residente no país ou pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 11 out. 1971.

BRASIL. Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995. Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o REAL, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 30 jun. 1995.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.224, de 4 de setembro de 2001. Estabelece multa relativa a informações sobre capitais brasileiros no exterior e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 5 set. 2001.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Subsecretaria-Geral de Assuntos Econômicos e Financeiros. *Informações prestadas no Sistema Eletrônico do Serviço de Informações ao Cidadão (e-SIC) sob o protocolo nº 09200000079201409*. Brasília, 20 mar. 2014.

BRASIL. Ministério de Relações Exteriores. *O Brasil e os acordos de promoção e proteção de investimentos: uma perspectiva histórica* [apresentação de slides]. [s.l.], set. 2008.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Missão brasileira negocia acordos de investimento com Angola e Moçambique*, 09 out. 2012. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=1¬icia=12727>>. Acesso em: 28 jan. 2014.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Godinho: Brasil apoiará não somente negociações bilaterais e regionais, mas também multilaterais*, 26 out. 2013. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=5¬icia=12765>>. Acesso em: 18 dez. 2013.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Missão ao Marrocos gera US\$ 4,8 milhões em negócios e expectativas de vendas*, 4 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=1¬icia=12863>>. Acesso em: 28 jan. 2014.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Godinho analisa momento de oportunidades no comércio exterior*, 25 out. 2013. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=5¬icia=12762>>. Acesso em: 14 jan. 2014.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Brasil está ativo em todas as frentes de negociações comerciais*, 13 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=5¬icia=12815>>. Acesso em: 8 jan. 2014.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Departamento de Negociações Internacionais. *Informações prestadas no Sistema Eletrônico do Serviço de Informações ao Cidadão (e-SIC) sob o protocolo nº 52750000051201466*. Brasília, 24 fev. 2014.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Missão brasileira negocia acordos de investimento com Angola e Moçambique*, 09 out. 2012. Disponível em: <http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=1¬icia=12727>. Acessado em 28 jan. 2014

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Missão ao Marrocos gera US\$ 4,8 milhões em negócios e expectativas de vendas*, 4 dez. 2013. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=1¬icia=12863>. Acessado em 28 jan. 2014.

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

BRASIL. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e Redação, de 8 de janeiro de 1997 [ao Projeto de Decreto Legislativo nº 366 de 1996]. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 6 nov. 1999.

BRASIL. Parecer da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, de 13 de fevereiro de 1997 [ao Projeto de Decreto Legislativo nº 367 de 1996]. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 3 jun. 1998.

BRASIL. Parecer da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional [ao Projeto de Decreto Legislativo nº 367 de 1996]. Exposição do Deputado Luiz Gushiken. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 4 mai. 2000.

BRASIL. Parecer da Comissão de Tributação e Finanças, de 21 de julho de 2003 [ao Projeto de Decreto Legislativo nº 396 de 2000]. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 12 ago. 2003.

BRASIL. Parecer da Comissão de Tributação e Finanças, de 6 de agosto de 2003 [ao Projeto de Decreto Legislativo nº 366 de 2000]. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 12 ago. 2003.

BRASIL. Presidência da República. *Mensagem ao Congresso Nacional 2014: 4ª Sessão Legislativa Ordinária da 54ª Legislatura*. Brasília: Presidência da República, 2014.

BRASIL. Projeto de Decreto Legislativo nº 396 de 2000: substitutivo adotado pela Comissão [de Economia, Indústria e Comércio]. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 12 ago. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.135.488. Min. Eliana Calmon. *DJe*, 1 jul. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 270.905. Relatora Min. Eliana Calmon. Relator para Acórdão Min. Franciulli Netto. *DJ*, 4 abr. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 426.945. Relator Min. Teori Albino Zavascki. *DJ*, 25 ago. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 77.170. Relator Min. Castro Meira. *DJ*, 6 set. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 801.140. Relator Min. Teori Albino Zavascki. *DJe*, 21 set. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 81.466. Relator Min. Milton Luiz Pereira. *DJ*, 29 out. 1996,

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 983.134. Relator Min. Castro Meira. *DJe*, 17 abr. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 88.749-0. Relator Min. Joaquim Barbosa. *DJ*, 2 fev. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 104.368-7. Relator Min. Néri da Silveira. *DJ*, 28 fev. 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 77.690. Relator Min. Rodrigues Alckmin. *DJ*, 17 out. 1975.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão Liminar nº 176-1. Relatora Min. Pres. Ellen Gracie. *DJe*, 18 out. 2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 89.01.21.744-9. Relator Des. Fed. Tourinho Neto. *DJ*, 16 out. 1989.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 8201217449. *DJ*, 16 out. 1989.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 89.01.21.744-9. Relator Des. Fed. Tourinho Neto. *DJ*, 16 out. 1989.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Reexame Necessário nº 425836. Relator Des. Fed. José Ferreira Neves Neto. *eDJF2*, 13 mar. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 00205554220064036100. Relator Des. Fed. Carlos Muta. *eDJF3*, 9 jun. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 00288666120024036100. Relator Des. Fed. Carlos Muta. *eDJF3*, 21 out. 2008

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 92.03.029141-5. Relator Juiz Fed. convocado Valdeci dos Santos. *eDJF3*, 29 mai. 2008.

BRASIL; Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 221.531. Relatora Min. Eliana Calmon. *DJ*, 1 out. 2001.

BREINING-KAUFMANN, Christine. Internationales Verwaltungsrecht. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, v. 125, n. 2, p. 5-73, 2006.

BRILLO, Romulo. A prevenção de controvérsias investidor-Estado e alternativas à arbitragem investidor-Estado. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 271-299.

BRONFMAN, Marcela Klein. Fair and equitable treatment: an evolving standard. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, [S.l.], v. 10, p. 609-680, 2006.

CAETANO, Fernanda Araújo Kallás e. Direito Internacional dos Investimentos na atualidade: uma análise da posição brasileira. *Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH*, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, 16 f., 2010.

CANNER, Stephen J. The Multilateral Agreement on Investment. *Cornell International Law Journal*, [S.l.], v. 31, p. 657-681, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPUTO, Ana Cláudia; MELO, Hildete Pereira de. A industrialização brasileira nos anos de 1950: uma análise da Instrução 133 da SUMOC. *Estudos Econômicos*, v. 39, n. 3, p. 513-538, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Romulo Soares Brillo. *O segundo tempo do regime internacional dos investimentos: a nova geração de tratados e a prevenção de controvérsias investidor-Estado*. 2011. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

CASINI, Lorenzo. Diritto amministrativo globale. In: CASSESE, Sabino (Dir.). *Dizionario di diritto pubblico*. Milano: Giuffré, 2006, p. 1946.

CASSESE, Sabino. A global due process of law? In: ANTHONY, Gordon; AUBY, Jean-Bernard; MORISON, John; ZWART, Tom (Eds.). *Values in global administrative law*. Oxford: Hart Publishing, 2011.

CASSESE, Sabino. Administrative Law without the State? The challenge of global regulation. *International Law and Politics*, [S.l.], v. 37, p. 663-694, 2005.

CASSESE, Sabino. *Il Diritto Globale: giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Einaudi, 2009.

CASSESE, Sabino. *Lo spazio giuridico globale*. Roma-Bari, Laterza, 2003.

- CASSESE, Sabino. *Oltre lo Stato*. Roma: Laterza, 2006.
- CASTRO, Emília Lana de Freitas. Os contratos de investimentos. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 99-114.
- CAVALCANTE, Pedro Mendonça. *Direito Internacional dos Investimentos e a exploração de petróleo por meios não convencionais*. 2012. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.
- CELLI JUNIOR, Umberto. Os acordos de serviços (GATS) e investimentos (TRIMs) na OMC: espaço para políticas de desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTAL, Luiz Otávio (Orgs.). *Comércio internacional e desenvolvimento*. Florianópolis: Boiteux, 2006.
- CHOI, Won-Mog. The present and future of investor-State dispute settlement paradigm. *Journal of International Economic Law*, [S.l.], v. 10, n. 3, p. 725-747, 2007.
- CIVELLO, Paul. The TRIMs Agreement: a failed attempt at investment liberalization. *Minnesota Journal of Global Trade*, [S.l.], v. 8, p. 97-126, 1999.
- CLODFELTER, Mark A. The adaptation of States to the changing world of investment protection through Model BITs. *ICSID Review*, [S.l.], v. 24, n. 1, p. 165-175, 2009.
- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *O Brasil e os acordos internacionais de comércio e investimentos* [apresentação de slides], 29 ago. 2013.
- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *Relatório dos investimentos brasileiros no exterior 2013: recomendações de políticas públicas para o Brasil*. Brasília: CNI, 2013.
- COSTA, José Augusto Fontoura. Brasil e arbitragem internacional de investimentos: realidade e possibilidades. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 247-270.
- COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010.
- COSTA, José Augusto Fontoura. Modelos de solução de controvérsias investidor-Estado: os mecanismos nacionais e internacionais. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Coord.). *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 325-354.
- COSTA, José Augusto Fontoura. Tentações, reputação e cultura: imparcialidade e arbitragem entre investidores e Estados. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, n. 21, p. 30-63, 2009.
- COSTA, José Augusto Fontoura; CARREGARO, Ana Carolina C.; ANDRADE, Thiago P. de. Mecanismo complementar do ICSID: uma alternativa para investidores brasileiros? *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 59-76, 2007.
- CREMADES, Bernardo M. Arbitraje internacional: del arbitraje comercial internacional al arbitraje de protección de inversiones. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 4, n. 12, p. 124-131, 2007.

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

CRETELLA NETO, José. *Empresa transnacional e Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CROSS, Karen Halverson. Converging trends in investment treaty practice. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, [S.l.], v. 38, p. 151-231, 2012.

CUNHA, Bruno Santos. *Resenha: O direito administrativo sem Estado: crise ou fim de um paradigma?* *Revista Digital de Direito Público*, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 242-244, 2012.

D'ALTERIO, Elisa. *La funzione di regolazione delle corti nello spazio amministrativo globale*. Milano: Giuffrè, 2010.

DAN, Wei. Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos: práticas do Brasil e da China. *Nação e Defesa*, [S.l.], v. 4, n. 125, p. 157-191, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: existe um novo Direito Administrativo? In: _____; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1-9.

DIAS, Bernadete de Figueiredo. Casos do Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos do Banco Mundial. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Coord.). *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 367-425.

DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DOLZER, Rudolf. Indirect expropriations: new developments? *New York University Environmental Law Journal*, New York, v. 11, n. 1, p. 64-93, 2002.

DOLZER, Rudolf. The European approach to BITs. *ICSID Review*, [S.l.], v. 24, n. 2, p. 368-399, 2009.

DOLZER, Rudolf. The impact of international investment treaties on domestic administrative law. *International law and politics*, [S.l.], v. 37, p. 953-972, 2005.

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

DOLZER, Rudolf; STEVENS, Margrete. *Bilateral investment treaties*. Den Haag: M. Nijhoff, 1995.

DOLZER, Rudolf; VON WALTER, Andre. Fair and equitable treatment: lines of jurisprudence on customary law. In: ORTINO, Federico; LIBERTI, Lahra; SHEPPARD, Audley; WARNER, Hugo (Eds.). *Investment treaty law: current issues*, v. 2. London: British Institute of International and Comparative Law, 2007, p. 99-115.

DRALLE, Tilman Michael. Der Fair and Equitable Treatment-Standard im Investitionsschutzrecht am Beispiel des Schiedsspruchs Glamis Gold v. United States. *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, Halle, v. 115, p. 5-33, 2011.

EUREKO B.V. v. Republic of Poland, [ad hoc] Partial award, 19 Aug. 2005.

FADDA, Fernanda. Regime constitucional e legal dos investimentos estrangeiros no Brasil. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 395-423.

FARIA, Werter Rotunno. Tratamento jurídico dispensado no Brasil ao capital estrangeiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 28, n. 110, p. 275-282, 1991.

FARKHUTDINOV, Insur Zabirovich. Foreign investor and host State: need for balance interests. *Czech Yearbook of International Law*, [S.l.], v. 2, p. 231-246, 2011.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. *Un derecho comparado para el Derecho Internacional Privado de nuestros días*. Chía: Ibáñez, 2012.

FERREIRA FILHO, Miguel Gonçalves. A constituição econômica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 178, p. 18-23, 1989.

FIETTA, Stephen. Expropriation and the 'fair and equitable' standard. *Journal of International Arbitration*, [S.l.], v. 23, n. 5, p. 375-399, 2006..

FIGUEIREDO FILHO, João Sidney. *Políticas monetária, cambial e bancária no Brasil sob a gestão do Conselho da SUMOC, de 1945 a 1955*. 201 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2005.

FLÔRES JUNIOR, Renato G. Investimento direto estrangeiro no Mercosul: uma visão geral. AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Coord.). *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 199-225.

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

FOOTER, Mary E.; GEORGE, Carol. The General Agreement on Trade in Services. In: MACRORY, Patrick F. J.; APPLETON, Arthur E.; PLUMMER, Michael G. (Eds.) *The World Trade Organization: legal, economic and political analysis*, volume I. New York: Springer, p. 799-954, 2005.

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

FOY, Patrick G.; DEANE, Robert J. C. Foreign investment protection under investment treaties: recent developments under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement. *ICSID Review*, [S.l.], v. 16, n. 2, p. 299-331, 2001.

GARCIA NETO, Paulo Macedo. Investment arbitration in Brazil: the landscape of investment arbitration in Brazil and why Brazil should become a more important player in the investment

arbitration arena. In: LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerdau de; PUCCI, Adriana Noemi. *Investment protection in Brazil*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2013, p. 3-16.

GARCIA, Maria. A ordem econômica: remessa de lucros e a Lei nº 4.131/1962. O governo Goulart e o relato de Darcy Ribeiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, [S.l.], v. 16, n. 63, p. 179-194, 2008.

GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E. Sovereignty v. investment protection: back to Calvo? *ICSID Review*, [S.l.], v. 24, n. 2, p. 464-488, 2009.

GEIGER, Rainer. Towards a Multilateral Agreement on Investment. *Cornell International Law Journal*, [S.l.], v. 31, p. 467-475, 1998.

GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE. *Ministerial Declaration on the Uruguay Round* [MIN.DEC], 20 September 1986.

GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE. *United States of America v. Canada*. Administration of the Foreign Investment Review Act (L/5504 - 30S/140). Report of the Panel adopted on 7 February 1984..

GENERAL CLAIMS COMMISSION. L. F. H. Neer and Pauline Neer (USA) v. United Mexican States. Award, 15 out. 1926. *Reports of International Arbitral Awards = Recueil des Sentences Arbitrales*, v. 4, p. 60-66, 2006.

GENRO, Tarso. Os fundamentos da Constituição no Estado de Direito. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de Direito Constitucional*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 108-139.

GILLES, Anne. *La définition de l'investissement international*. Bruxelles: Larcier, 2012.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. México ante el arbitraje CIADI ¿prudente o rebelde? *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, n. 20, p. 185-192, 2009.

GRIEBEL, Jörn. *Internationales Investitionsrecht*. Müncher: C. H. Beck, 2008.

GUZMAN, Andrew T. Why LDCs sign treaties that hurt them: explaining the popularity of bilateral investment treaties. *Virginia Journal of International Law*, [S.l.], v. 38, p. 639-688, 1997.

GUZMAN, Andrew T.; MEYER, Timothy L. International soft law. *Journal of Legal Analysis*, [S.l.], v. 2, n. 1, p. 171-225, 2010.

HAERI, Hussein. A tale of two standards: 'fair and equitable treatment' and the minimum standard in International Law. *Arbitration International*, [S.l.], v. 27, n. 1, p. 27-46, 2011.

HARLOW, Carol. Global Administrative Law: the quest for principles and values. *The European Journal of International Law*, [S.l.], v. 17, n. 1, p. 187-214, 2006.

HENTZ, Luiz Antônio Soares; DINIZ, Gustavo Saad. Nacionalidade da pessoa jurídica: sistemática do novo Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, [S.l.], v. 6, n. 35, p. 48-54, 2005.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição = Die normative Kraft der Verfassung*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIRD, Rachel A. Thomas W. Wälde and fair and equitable treatment. *Journal of Energy and Natural Resources*, [S.l.], v. 27, p. 377-403, 2009.

HIRSCH, Moshe. Between fair and equitable treatment and stabilization clause: stable legal environment and regulatory change in International Investment Law. *The Journal of World Investment and Trade*, [S.l.], v. 12, p. 783-806, 2011.

HOEKMAN, Bernard; KAMAL, Saggi. Assessing the case for extending WTO disciplines on investment-related policies. *Journal of Economic Integration*, [S.l.], v. 15, n. 4, p. 630-653, 2000.

HORNG, Der-Chin. The Human Rights clause in the European Union's External Trade and Development Agreements. *European Law Journal*, [S.l.], v. 9, n. 5, p. 677-701.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *ADF Group Inc. v. United States of America*, ICSID Case n. ARB (AF)/00/1, Award, 9 Jan. 2003.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Alex Genin, Eastern Credit Limited Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, ICSID Case n. ARB/99/2, Award, 25 Jun. 2001.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Antoine Abou Lahoud and Leila Bounafeh-Abou Lahoud v. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case n. ARB/10/4, Award, 7 Feb. 2014.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case n. ARB/08/2, Award, 18 May 2010.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case n. ARB/03/29, Award, 27 Aug. 2009.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case n. ARB/05/22, Award, 24 Jul. 2008.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *CMS Gas Transmission Company v. Republic of Argentina*, ICSID Case n. ARB/01/8, Decision of the tribunal on objections to jurisdiction, 17 Jul 2003.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case n. ARB/01/8, Award, 12 May 2005.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic (Vivendi II)*, ICSID Case n. ARB/97/3, Award, 20 Aug. 2007.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES.
Consortium R.F.C.C. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case n. ARB/00/6, Award, 22 Dec. 2003.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Duke Energy Electroquil Partners v. Republic of Ecuador*, Case n. ARB/04/19, Award, 18 Aug. 2008.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case n. ARB/05/13, Award, 8 Oct. 2009.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case n. ARB/97/7, Award, 13 Nov. 2000.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Enron Corporation and Ponderosa Assets v. Argentine Republic*, ICSID Case n. ARB/01/3, Decision on jurisdiction, 14 Jan 2004.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Enron Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case n. ARB/01/3, Award, 22 May 2007.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES.
Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case n. ARB/03/3, Decision on jurisdiction, 22 Apr. 2005.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case n. ARB/02/1, Award, 25 Jul. 2007.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES.
Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID Case n. ARB(AF)/98/3, Award, 26 Jun. 2003.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES.
Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case n. ARB(AF)/97/1, Award, 30 Aug. 2000.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES.
Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. Republic of Argentina, ICSID Case n. ARB/03/5, Award, 6 Jun. 2008.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES.
Mondev International Ltd v. United States of America, ICSID Case n. ARB(AF)/99/2, Award, 11 Oct 2002.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case n. ARB/01/7, Award, 25 May 2004.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES.
Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case n. ARB/06/11, Award, 5 Oct. 2012..

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case n. ARB/05/8, Award, 11 Sep. 2007.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *PSEG Global Inc. and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case n. ARB/02/5, Award, 19 Jan. 2007.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case n. ARB/05/16, Award, 29 Jul. 2008

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case n. ARB/02/16, Decision on objections to jurisdiction, 11 May 2005.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case n. ARB/02/16, Award, 28 Sep. 2007.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona and Vivendi Universal v. The Argentine Republic*, ICSID Case n. ARB/03/19, Decision on Liability, 30 Jul 2010.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case n. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *TECO Guatemala Holdings, LLC v. Republic of Guatemala*, ICSID Case n. ARB/10/23, Award, 19 Dec. 2013.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case n. ARB/11/28, Award, 10 Mar. 2014.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Waguih Elie George Siag & Clorinda Vecchi v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case n. ARB/05/15, Award, 1 Jun. 2009.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Waste Management Inc. v. United Mexican States (Number 2)*, ICSID Case n. ARB(AF)/98/2, Award, 30 Apr. 2004.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain)*. Judgment, 5 fev. 1970. *ICJ Reports*, 1970.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *United States of America v. Italy* (Case concerning Elettronica Sicula S.p.A.), Judgment, 20 July 1989.

INTERNATIONAL Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, UNCITRAL Arbitration Rules, Award, 26 Jan. 2006

INTERNATIONAL Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, UNCITRAL Arbitration Rules, Separate opinion, 1 Dec 2005.

JOHNSTON, Adrian M.; TREBILCOCK, Michael J. Fragmentation in international trade law: insights from the global investment regime. *World Trade Review*, [S.l.], v. 12, n. 4, p. 621-652, 2013.

KALDERIMIS, Daniel. Investment treaty arbitration as global administrative law: what this might mean in practice. In: BROWN, Chester; MILES, Kate. *Evolution in investment treaty law and arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

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

KANTOR, Mark. Little has changed in the new US Model Bilateral Investment Treaty. *ICSID Review*, [S.l.], v. 27, n. 2, p. 335-378, 2012..

KENNEDY, Kevin C. A WTO agreement on investment: a solution in search of a problem? *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, [S.l.], v. 24, n. 1 p. 77-188, 2003.

KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico, STEWART, Richard B. The emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, [S.l.], v. 68, p. 15-61, 2005.

KINNEAR, Meg. The continuing development of the fair and equitable treatment standard. In: BJORKLUND, Andrea K; LAIRD, Ian A.; RIPINSKY, Sergey (Eds.). *Investment treaty law: current issues*, v. 3. London: British Institute of International and Comparative Law, 2009, p. 209-240.

KLÄGER, Roland. *Fair and equitable treatment in International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

KLÄGER, Roland. Fair and equitable treatment: a look at the theoretical underpinnings of legitimacy and fairness. *The Journal of World Investment and Trade*, [S.l.], v. 11, p. 435-455, 2010.

KOLK, Ans; VAN TULDER, Rob. Setting new global rules? TNCs and codes of conduct. In: UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Transnational corporations*, [S.l.], v. 14, n. 3, 2005.

KRISCH, Nico. Global Administrative Law and the constitutional ambition. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Eds.). *The twilight of constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010.

KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. Introduction: global governance and Global Administrative Law in the international legal order. *The European Journal of international Law*, [S.l.], v. 17, n. 1, p. 1-13, 2006.

KURTZ, Jürgen. A general investment agreement in the WTO? Lessons from Chapter 11 of NAFTA and the OECD Multilateral Agreement on Investment. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, [S.l.], v. 23, n. 4, 2002.

LA CUARTA generación de los acuerdos de inversión. *Puentes*, [S.l.], v. 7, n. 5, p. 6-8, 2005.

LADEUR, Karl-Heinz. Die Internationalisierung des Verwaltungsrechts: Versuch einer Synthese. In: MÖLLERS, Christoph; VOSSKUHLE, Andreas; WALTER, Chirstian (Hrsg.). *Internationales Verwaltungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

LAPLANE, Mariano Francisco. Fluxos de investimento e o processo de globalização. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Coord.). *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 27-36.

LEAL-ARCAS, Rafael. The multilateralization of International Investment Law. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, [S.l.], v. 35, p. 101-199, 2009.

LEAL-ARCAS, Rafael. Towards the multilateralization of International Investment Law. *The Journal of World Investment & Trade*, [S.l.], v. 10, n. 6, p. 865-919, 2009.

LEBEN, Charles. La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements. *Annuaire Français de Droit International*, [S.l.], v. 50, p. 683-714, 2004.

LEGUM, Barton. Lessons learned from the NAFTA: the new generation of U.S. investment treaty arbitration provisions. *ICSID Review*, [S.l.], v. 19, n. 2, p. 344-356, 2004.

LERNER, Diego Fraga. *Os regimes jurídicos de proteção ao investimento estrangeiro direto: o papel desempenhado pelos países emergentes*. 2009. 121 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

LEVY, Daniel de Andrade; MOREIRA, Rodrigo. ICSID in Latin America: where does Brazil stand? In: LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerdau de; PUCCI, Adriana Noemi. *Investment protection in Brazil*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2013, p. 17-36.

LIMA, Juliana Cardoso de. *Direito Internacional dos Investimentos e a regulação de petróleo e gás no Brasil*. Rio de Janeiro. 2011. 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011

LOCKWOOD, John E.; SCHMEISSER, William C. Restrictive business practices in international trade. *Law and Contemporary Problems*, [S.l.], v. 11, n. 4, p. 663-683, 1946.

LOWE, Vaughan. Changing dimensions of international investment law. *University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series* (Working Paper n. 4/2007), [S.l.], 2007.

LOWENFELD, Andreas F. Investment agreements and international law. *Columbia Journal of Transnational Law*, [S.l.], v. 42, p. 123-130, 2003.

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

LOYOLA, Gustavo. Controle de capitais não é a solução. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, [S.l.], v. 13, n. 48, p. 281-286, 2010.

LUÍS, Daniel Tavela. *Proteção do investimento estrangeiro: o sistema do Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas ao Investimento (CIRDI) e suas alternativas*. 2013. 189 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013.

LUÍS, Daniel Tavela; ANDRADE, Luis Antonio Gonçalves. Expropriation in Brazilian Law: an international standard? In: LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerdau de; PUCCI, Adriana Noemi. *Investment protection in Brazil*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2013, p. 107-126.

MAGALHÃES, José Carlos de. Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, n. 20, p. 53-65, 2009.

MAGALHÃES, José Carlos de. *Direito Econômico Internacional*. Curitiba: Juruá, 2011.

MAGALHÃES, José Carlos de. O controle pelo Estado da atividade internacional das empresas privadas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 30, n. 119, p. 175-192, 1993.

MALLET, Estêvão. Aquisição de imóvel rural por empresa nacional de capital estrangeiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, [S.l.], v. 14, n. 52, p. 113-114, 1990.

MANCIAUX, Sébastien. The notion of investment: new controversies. *Journal of World Investment and Trade*, [S.l.], v. 9, n. 6, p. 443-466, 2008.

MANN, Howard; VON MOLTKE, Konrad; PETERSON, Luke Eric; COSBEY, Aaron. *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Investment: negotiators' handbook*. 2 ed. Winnipeg: IISD, 2006.

MARTIN, Antoine P. Stability in contemporary Investment Law: reconsidering the role and shape of contractual commitments in light of recent trends. *Manchester Journal of International Economic Law*, Manchester, v. 10, n. 1, p. 38-58, 2013.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Os aspectos legais do investimento estrangeiro na área de informática. *Revista Forense*, [S.l.], v. 84, n. 301, p. 3-16, 1988.

MARUYAMA, Warren H.; ROSENBERG, Charles B. The investment chapter of the U.S.-Colombia FTA: new protections of U.S investors. *Journal of World Investment and Trade*, [S.l.], v. 11, p. 409-417, 2010.

MASHAYEKHI, Mina; MURRAY, Gibbs. Lessons from the Uruguay Round negotiations on investment. *Journal of World Trade*, [S.l.], v. 33, n. 6, p. 1-26, 1999.

MATIAS, Eduardo Felipe P. O Brasil e os instrumentos internacionais de proteção aos investimentos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, n. 21, p. 114-132, 2009.

MAYER, Franz C. Internationalisierung des Verwaltungsrechts? In: MÖLLERS, Christoph; VOSSKUHL, Andreas; WALTER, Christian (Hrsg.). *Internationales Verwaltungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

MELO, Leonardo de Campo. Introdução às arbitragens de investimento perante o sistema ICSID. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 55-94, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. A reforma do sistema judiciário no Brasil: elementos fundamental para garantir segurança jurídica ao investimento estrangeiro no Brasil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, [S.l.], v. 12, n. 43, p. 9-16, 2009.

MENDES, Marcos José Martins. *O Direito Internacional dos Investimentos: o caso do mercado brasileiro de biocombustíveis*. 2011. 313 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

MILES, Kate. Reconceptualising international investment law: bringing the public interest into private business. In: LEWIS, Meredith Kolsky; FRANKEL, Susy. *International economic law and national autonomy*. New York: Cambridge University Press, 2010.

MOCKLE, Daniel. Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global. *Les Cahiers de Droit*, [S.l.], v. 53, n. 1, p. 3-48, 2012.

MONEBHURRUN, Nitish. Are Bilateral Investment Treaties contemporary unequal treaties? *International Journal of Contemporary Laws*, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 1- 19, 2012.

MONEBHURRUN, Nitish. Revisiting the fair and equitable treatment in International Investment Law. *Cosmopolitan Law Journal*, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 145-164, dez. 2013.

MONTT, Santiago. What International Investment Law and Latin America can and should demand from each other: updating the Bello/Calvo doctrine in the BIT generation. In: KINGSBURY, Benedict; STEWART, Richard B. *El nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina: desafíos para las inversiones extranjeras, la regulación nacional y el financiamiento para el desarrollo*. Buenos Aires: Rap, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOROSINI, Fabio Costa; NIENCHESKI, Luísa. A regulação do investimento estrangeiro direto e suas relações com o meio ambiente. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 553-585.

MOURRE, Alexis. La protección del inversionista frente a la denegación de justicia. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 5, n. 18, p. 333-356, 2008.

MUCHLINSKI, Peter T. The rise and fall of the Multilateral Agreement on Investment: where now? *The International Lawyer*, [S.l.], v. 34, p. 1033-1053, 2000.

MUIR WATT, Horatia. The contested legitimacy of investment arbitration and the human rights ordeal: the missing link. In: MATTLI, Walter; DIETZ, Thomas (Eds.). *International arbitration and global governance: contending theories and evidence*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

NASSER, Rabih Ali. TRIMS: a relação entre investimentos e comércio e o controle multilateral na OMC. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Coord.). *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 151-174.

NATIONAL Grid plc v. The Argentine Republic, UNCITRAL Arbitration Rules, Award, 3 Nov. 2008.

NEWCOMBE, Andrew. The boundaries of regulatory expropriation in International Law. *ICSID Review*, [S.l.], v. 20, n. 1, p. 1-57, 2005.

NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and practice of investment treaties: standards of treatment*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009.

NGUYEN, Mihn Son. Droit administratif international. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Zurich, v. 125, n. 2, p. 75-136, 2006.

NUNES, Renato. Ganho de capital em investimentos estrangeiros: incidência, apuração e sujeitos passivos do imposto sobre a renda. *Revista Dialética de Direito Tributário*, [S.l.], n. 154, p. 92-103, 2008.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. A experiência do Decreto nº 57.943 como Acordo de Garantia de Investimentos entre Brasil-EUA. In: In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Coord.). *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 303-321.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment standard in International Investment Law*. Working Papers on International Investment Number 2004/3. [S.l.]: OECD, 2004.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Policy Framework for Investment*. Paris: OECD Publishing, 2006.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Relationships between international investment agreements* (OECD Working Papers on International Investment 2004/1). [S.l.]: OECD Publishing, 2004.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *The transatlantic trade and investment partnership: why does it matter?* Disponível em: www.oecd.org/trade. Acessado em 14 jan. 2014.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. “*Indirect expropriation*” and the “*right to regulate*” in *International Investment Law* (OECD Working Papers on International Investment 2004/4). [S.l.]: OECD Publishing, 2004.

PANDYA, Abhijit P. G. *Interpretations and coherence of the fair and equitable treatment standard in investment treaty arbitration*. 2011. 336 f. Tese (Doutorado em Direito) – London School of Economics, Londres, 2011.

PARADELL, Lluís. The BIT experience of the fair and equitable treatment standard. In: ORTINO, Federico; LIBERTI, Lahra; SHEPPARD, Audley; WARNER, Hugo (Eds.).

Investment treaty law: current issues, v. 2. London: British Institute of International and Comparative Law, 2007, p. 117-146.

PEREIRA, Celso de Tarso. O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI-ICSID). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 140, p. 87-93, 1998.

PÉREZ VERA, Jorge. La doctrina y cláusula calvo en el derecho internacional, su evolución y practica. In: ZAPATA DE ARBELÁEZ, Adriana (Org.). *Derecho internacional de los negocios: alcances*. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003, p. 229-241.

PICHERACK, J. Roman. The expanding scope of the fair and equitable treatment standard: have recent tribunals gone too far? *The Journal of World Investment and Trade*, [S.l.], v. 9, p. 255-291, 2008.

POPE & Talbot Inc. v. The Government of Canada, UNCITRAL Arbitration Rules, Award on the merits of phase 2, 10 Apr. 2001

POSTIGA, Andréa Rocha. A emergência do direito administrativo global como ferramenta de regulação transnacional do investimento estrangeiro direto. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 171-193, 2013.

PROTOCOL between the governments of the State of Kuwait and the Republic of Iraq on the promotion of the movement of capital and investments between the two countries. Kuwait, 25 October 1964. *International Legal Materials*, v. 5, n. 6, p. 1140-1143, 1966.

RAFFAELLI, Paulo Cesar Pimentel. Aspectos tributários do investimento estrangeiro no mercado financeiro e de capitais. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, [S.l.], v. 12, n. 57, p. 257-277, 2004.

RAFFAELLI, Paulo Cesar Pimentel. Benefício fiscal de alíquota zero para a capital estrangeiro especulativo no Brasil. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, [S.l.], v. 14, n. 71, p. 116-118, 2006.

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

REINISCH, August. The future shape of EU investment agreements. *ICSID Review*, [S.l.], v. 28, n. 1, p. 179-196, 2013.

REIS, Sebastião Alves dos. Capital estrangeiro: remessa de lucro. *Revista de Direito Público*, [S.l.], v. 23, n. 94, p. 294-302, 1990.

RENTE, Eduardo Santos. Investimentos estrangeiros e resseguro. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 659-683.

RENTE, Eduardo Santos. *O resseguro no Direito Internacional*. 2012. 180 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Orgs). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 455-492.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

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

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Expropriação: revisitando o tema no contexto dos estudos sobre investimentos estrangeiros. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Parecer sobre a Outava Rodada de Licitações. In: _____ (Org.). *Novos rumos do Direito do Petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar: 2009, p. 11-123.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Soberania e expropriação: novas tendências do século XXI. In: RIO OIL & GAS EXPO AND CONFERENCE, 2008, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro: IBP, 2008.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Sovereignty over natural resources, investment law and expropriation: the case of Bolivia and Brazil. *The Journal of World Energy Law and Business*, Oxford, v. 2, n. 2, p. 129-148, 2009.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. Introdução. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014..

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

RODRIGUES, Fernando. Procedimentos necessários à constituição de sociedade no Brasil com recursos oriundos do exterior. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, [S.l.], v. 14, n. 69, p. 377-397, 2006.

RONALD S. Lauder v. The Czech Republic, UNCITRAL Arbitration Rules, Award, 3 Sep. 2001.

ROOT, Elihu. The basis of protection to citizens residing abroad. *American Journal of International Law*, [S.l.], v. 4, n. 3, p. 517-528, 1910.

ROSENAU, James N. Governance, order and change in world politics. In: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (Ed.). *Governance without government: order and change in world politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

ROSS, Alison. Brazil's BIT dilemma. *Global Arbitration Review*, v. 4, n. 6, dez. 2009. Disponível em: <http://globalarbitrationreview.com/news/article/19658/brazils-bit-dilemma>. Acessado em 15 fev. 2012.

ROSSI, Matheus Corredato. O tratamento das empresas de capital nacional e o direito ao desenvolvimento. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, [S.l.], v. 15, n. 61, p. 218-240, 2007.

RUFFERT, Matthias. Perspektiven des Internationalen Verwaltungsrechts. In: MÖLLERS, Christoph; VOSSKUHLE, Andreas; WALTER, Christian (Hrsg.). *Internationales Verwaltungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

S. D. MYERS Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL Arbitration Rules, Partial Award, 13 Nov. 2000..

SACERDOTI, Giorgio. Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection. *Recueil des Cours*, Den Haag, v. 269, p. 251-460, 1997.

SACERDOTI, Giorgio. BIT protections and economic crises: limits to their coverage, the impact of multilateral financial regulation and the defence of necessity. *ICSID Review*, [S.l.], v. 28, n. 2, p. 351-383, 2013.

SALACUSE, Jeswald W. The emerging global regime for investment. *Harvard International Law Journal*, [S.l.], v. 51, n. 2, p. 427-473, 2010.

SALUKA Investments BV v. Czech Republic, UNCITRAL Arbitration Rules, Partial Award, 17 Mar. 2006.

SCANDIUCCI FILHO, José Gilberto. O Brasil e os acordos bilaterais de investimentos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Rattón (Coord.). *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 271-301.

SCHILL, Stephan W. *Fair and equitable treatment under investment treaties as an embodiment of the rule of law* (IILJ Working Paper 2006/6 Global Administrative Law Series). New York: New York University School of Law, 2006.

SCHILL, Stephan W. The multilateralization of International Investment Law: emergence of a multilateral system of investment protection on bilateral grounds. *Trade, Law and Development*, [S.l.], v. 2, n. 1, p. 59-86, 2010.

SCHILL, Stephan W. *The multilateralization of International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

SCHLEGELMILCH, Rupert. WTO: Why still no multilateral rules for foreign investment? *International Trade Law & Regulation*, [S.l.], v. 6, n. 3, p. 78-99, 2000.

SCHMIDT, Rolf. *Allgemeines Verwaltungsrecht: Grundlagen des Verwaltungsverfahrens und Staatshaftungsrecht*. 14. Aufl. Bremen: Rolf Schmidt, 2010.

SCHREUER, Christoph. Das internationale Investitionsrecht. In: NEUHOLD, Hanspeter; HUMMER, Waldemar; SCHREUER, Christoph (Hrsg.). *Österreichisches Handbuch des Völkerrechts*. 4. Aufl. Wien: Manz, 2004.

SCHREUER, Christoph. Fair and equitable treatment in arbitral practice. *The Journal of World Investment and Trade*, [S.l.], v. 6, n. 3, p. 357-386, 2005.

SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: a commentary*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

SCHREUER, Christoph. Travelling the BIT route of waiting periods, umbrella clauses and forks in the road. *The Journal of World Investment & Trade*, [S.l.], v. 5, n. 2, p. 231-256, 2004.

SCHWARZENBERGEN, Georg. The standard of civilization in International Law. *Current Legal Problems*, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 212-234, 1955.

SHIHATA, Ibrahim F. I. The settlement of disputes regarding foreign investments: the role of World Bank, with particular reference to ICSID and MIGA. *Arab Law Quarterly*, [S.l.], v. 1, n 3, p. 265-279, 1986.

SILVA, Suzana Tavares. *Um novo Direito Administrativo?* Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SIQUEIRA, Marcelo Gustavo Silva. *Direito do investimento e inovação tecnológica: o histórico regulatório da transferência de tecnologia no Brasil em face das cláusulas de proteção dos acordos bilaterais de investimentos*. 2012. 199 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. New Jersey: Princeton University Press, 2004.

SOMEK, Alexander. Administration without sovereignty. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Eds.). *The twilight of constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010..

SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. 2 ed. New York: Cambridge University Press, 2004.

SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. 3ª ed. New York: Cambridge University Press, 2010.

STEPHAN, Paul B. The new international law: legitimacy, accountability, authority, and freedom in the new global order. *University of Colorado Law Review*, [S.l.], v. 70, p. 1555-1562, 1999.

STERLINI, Martha Lara. The Agreement of Trade-Related Investment Measures. In: MACRORY, Patrick F. J.; APPLETON, Arthur E.; PLUMMER, Michael G. (Eds.) *The World Trade Organization: legal, economic and political analysis*, volume I. New York: Springer, p. 436-484, 2005.

STONE, Jacob. Arbitrariness, the fair and equitable treatment standard, and the International Law of investment. *Leiden Journal of International Law*, Leiden, v. 25, p. 77-107, 2012.

STUBER, Walter Douglas. A tributação dos investidores estrangeiros no Brasil: a sistemática tributária atual como fator de incentivo na atração do capital internacional a ser aplicado em

nosso país nos mercados financeiro e de valores mobiliário. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, [S.l.], v. 15, n. 76, p. 268-275, 2007.

STUBER, Walter Douglas. Novas regras de isenção tributária em benefício dos investidores estrangeiros. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, [S.l.], v. 14, n. 67, p. 36-39, 2006.

STUBER, Walter Douglas. O capital estrangeiro e a nova Constituição brasileira. *Revista dos Tribunais*, [S.l.], v. 77, n. 635, p. 139-142, 1988.

STUBER, Walter Douglas; MONTEIRO, Manoel Ignácio Torres; ANAN JUNIOR, Pedro; NEMER, Marcelo Antunes. Current foreign capital investment regulations in Brazil. *Comparative Law Yearbook of International Business*, [S.l.], v. 24, p. 129-170, 2004.

STURZENEGGER, Luiz Carlos. Imposto suplementar de renda: critério para desconto nas remessas de lucros ao exterior. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, [S.l.], v. 27, n. 69, p. 56-62, 1988.

SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2008.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda. Regime jurídico-fiscal dos capitais estrangeiros no Brasil. *Revista Forense*, [S.l.], v. 248, p. 454-466, 1974.

TIBURCIO, Carmen. A arbitragem envolvendo a Administração Pública. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 18, p. 1-11, 2010.

TIBURCIO, Carmen. A arbitragem no direito brasileiro: histórico e Lei 9.307/96. *Revista do Processo*, [S.l.], v. 104, p. 79-99, 2001.

TIBURCIO, Carmen. Arbitragem de investimento no Brasil. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 233-246.

TIBURCIO, Carmen. Resoluções de ano novo para a arbitragem. *Valor Econômico*, 7 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/2959076/resolucoes-de-ano-novo-para-arbitragem>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TIBURCIO, Carmen. *The human rights of aliens under international and comparative law*. The Hague: Martinus Nijhoff, 2001.

TOBIN, Jennifer L.; BUSCH, Marc L. A bit is better than a lot: bilateral investment treaties and preferential trade agreements. *World Politics*, [S.l.], v. 62, n. 1, p. 1-42, 2010.

TOLEDO, Gastão Alves de. Ordem econômica e financeira. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de Direito Constitucional*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 307-348.

TÔRRES, Heleno Taveira. Aplicação do princípio da não discriminação tributária no STF e os tratados para evitar dupla tributação. *Revista de Estudos Tributários*, [S.l.], v. 15, n. 85, p. 9-22, 2012.

TREVISAN, Antoninho Marmo. Brasil: um emergente seguro. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, [S.l.] v. 11, n. 41, p. 49-55, 2008.

TUDOR, Ioana. *The fair and equitable treatment standard in the International Law of foreign investments*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Global investment trends monitor*, n. 15, 28 Jan. 2014.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment*. (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II). New York/Geneva: United Nations, 2012.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *International investment instruments: key issues*. Geneva: United Nations, 2004.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Investment Policy Framework for Sustainable Development (IPFSD)*. [S.l.]: United Nations, 2012.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Investment policy monitor n. 9* (March 2013) [UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/2], 2013. Disponível em: www.unctad.org/diae. Acessado em 19 jan. 2014, p. 7.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *South-South cooperation in international investment agreements*. Genève: UNCTAD, 2005.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2010: investing in a low-carbon economy*. New York: UNCTAD, 2010.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2013: Global value chains: investment and trade for development*. Geneva: United Nations, 2013.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Resolution 1707 (XVI) International trade as the primary instrument for economic development*, 16 Dec. 1961.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Resolution 1710 (XVI) United Nations Development Decade. A programme for international economic co-operation*, 16 Dec. 1961.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Resolution 1803 (XVII) Permanent sovereignty over natural resources*, 14 Dec. 1962.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Resolution 3201 (S-VI) Declaration on the Establishment of a New International Economic Order*, 1 May 1974.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Resolution 3281 (XXIX) Charter of Economic Rights and Duties of States*, 12 Dec. 1974.

UNITED STATES. Office of the United States Trade Representative. *Trade & Investment Framework Agreements*. Disponível em: <http://www.ustr.gov/trade-agreements/trade-investment-framework-agreements>. Acessado em: 26 jan. 2014.

VALLIANATOS, Mark. De-fanging the MAI. *Cornell Journal of International Law*, [S.l.], v. 31, p. 713-726, 1998.

VAN HARTEN, Gus; LOUGHLIN, Martin. Investment treaty arbitration as a species of Global Administrative Law. *The European Journal of International Law*, [S.l.], v. 17, n. 1, p. 121-150, 2006.

VANDEVELDE, Kenneth J. A unified theory of fair and equitable treatment. *International Law and Politics*, [S.l.], v. 43, p. 43-106, 2010.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; SUÑÉ, Natasha. O Direito dos Investimentos no MERCOSUL: realidade e possibilidades. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 159-178.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo; VIDIGAL, Geraldo Facó; VIDIGAL NETO, Geraldo de Camargo. Panorama jurídico-econômico dos investimentos transnacionais: análise crítica. In: CASELLA, Paulo Borba; CELLI JUNIOR, Umberto; MEIRELLES, Elizabeth de Almeida; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (Org.). *Direito Internacional: humanismo e globalidade*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 599-618.

VIEIRA, José Luiz Conrado. Novo regramento do capital estrangeiro. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, [S.l.], v. 8, n. 30, p. 157-219, 2005.

VILAS-BÔAS, Júlia Covre. Os investimentos brasileiros na África no governo Lula: um mapa. *Meridiano 47*, [S.l.], v. 12, n. 128, p. 3-9, 2011.

VOLPON, Fernanda Torres. Investimento estrangeiro e comércio internacional. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar: 2014, p. 639-658.

WALD, Arnoldo. A evolução do regime constitucional da parceria público-privada e do capital estrangeiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 45, n. 179, p. 403-410, 2008.

WALD, Arnoldo. Algumas considerações sobre o capital estrangeiro: ilegalidade das discriminações sem base na lei federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 16, n. 62, p. 259-264, 1979.

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

WÄLDE, Thomas; KOLO, Abba. Environmental regulation, investment protection and “regulatory taking” in International Law. *International and Comparative Law Quarterly*, [S.l.], v. 50, n. 4, p. 811-848, 2001.

WALLACE-BRUCE, Nii Lante. The Multilateral Agreement on Investment: an indecent proposal and not learning the lessons of history. *The Journal of World Investment*, [S.l.], v. 2, p. 53-85, 2001.

WARTHA, Udo. Das Multilaterale Abkommen über Investitionen (MAI). In: SCHACHTSCHNEIDER, Karl Albrecht (Org.). *Rechtsfragen der Weltwirtschaft*. Berlin: Duncker und Humblot, 2002, p. 359-433.

WESTCOTT, Thomas J. Recent practice on fair and equitable treatment. *The Journal of World Investment and Trade*, [S.l.], v. 8, p. 409-430, 2007..

WHITSITT, Elizabeth; VIS-DUNBAR, Damon. Investment Arbitration in Brazil: Yes or No? *Investment Treaty News*, 30 nov. 2008. Disponível em: <http://www.iisd.org/itn/2008/11/30/investment-arbitration-in-brazil-yes-or-no/>. Acessado em 10 ago. 2013.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Doha Work Programme. Decision Adopted by the General Council on 1 August 2004* [WT/L/579], 2004.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Ministerial Declaration adopted on 14 November 2001* [WT/MIN(01)/DEC/01], 2001.

WYTHES, Annika. Investor-State arbitrations? Can the 'fair and equitable treatment' clause consider International Human Rights obligations? *Leiden Journal of International Law*, Leiden, v. 23, p. 241-256, 2010.

XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. As (in)definições de investimentos estrangeiros. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 11-43.

XAVIER JUNIOR, Ely Caetano; CASTRO, Emília Lana de Freitas. A regulamentação dos investimentos estrangeiros na América Latina. In: CAPUCIO, Camilla; CARVALHO, David França Ribeiro de; LASMAR, Jorge Mascarenhas; RANGEL, Leandro de Alencar; QUAGLIA, Maria de Lourdes Albertini; BARROS, Marinana Andrade; MENEZES, Wagner (Orgs.). *Direito Internacional no nosso tempo: relações jurídicas privadas, comerciais e dos investimentos*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 209-228.

ZERBINI, Eugênia C. G. de Jesus. *O regime internacional dos investimentos: sistemas regional, multilateral, setorial e bilateral*. São Paulo, 2003. 250 f. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

ZERBINI, Eugenia C. G. de Jesus. Regras multilaterais sobre o investimento internacional. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Raton (Coord.). *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 125-149.

ZERBINI, Eugênia. O Brasil à distância do Direito Internacional dos Investimentos. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, [S.l.], v. 35, p. 11-18, 2007.