



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Faculdade de Direito

Curso de Graduação em Direito

JÚLIA MARSSOLA LOURES

**ACORDOS INTERNACIONAIS DE INVESTIMENTO E AS
CLÁUSULAS DE TRATAMENTO DA NAÇÃO MAIS
FAVORECIDA**

A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA COM OS BITS E COM OS ACFIS

Brasília

2018



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Faculdade de Direito

Curso de Graduação em Direito

JÚLIA MARSSOLA LOURES

**ACORDOS INTERNACIONAIS DE INVESTIMENTO E AS
CLÁUSULAS DE TRATAMENTO DA NAÇÃO MAIS
FAVORECIDA**

A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA COM OS BITS E COM OS ACFIS

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Direito, elaborada sob a orientação da Prof.a Dra. Amanda Athayde.

Brasília

2018

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Faculdade de Direito

Curso de Graduação em Direito

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Júlia Marssola Loures

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Amanda Athayde (Orientadora)

Universidade de Brasília

Professora Doutora Juliana Oliveira Domingues (Avaliadora)

Universidade de São Paulo

Professora Doutora Renata Vargas Amaral (Avaliadora)

American University

Brasília, 27 de novembro de 2018.

Aos meus pais, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Enquanto trabalho que coroa meu percurso na Universidade de Brasília, esta monografia é o resultado de cinco anos de crescimento, de descobertas pessoais e intelectuais, e de trocas frutíferas que eu tive a sorte e a alegria de entreter ao longo destes anos.

Ainda que não tenham contribuído diretamente para esta obra, agradeço aos professores com quem tanto dialoguei durante a graduação, que certamente ajudaram a moldar a autora que hoje desenvolveu esta pesquisa. Muito obrigada a Loussia Félix, Wilton Barroso, Miroslav Milovic, Alexandre Veronese, Marcus Faro e, principalmente, Ana Frazão e Paulo Burnier.

Agradeço ao escritório Trench, Rossi & Watanabe, que me foi escola por um ano e meio. Vocês me ensinaram uma profissão e me mostraram uma área do direito pela qual eu descobri querer me enveredar. Levo comigo os ensinamentos ali aprendidos e grande respeito e admiração pelo trabalho de excelência que vocês realizam. Obrigada.

Meus agradecimentos também aos amigos do escritório BMJ Consultores Associados, por me mostrarem que rigor e qualidade podem andar lado a lado com gentileza e cordialidade. Foi um prazer enorme aprender com vocês. Um agradecimento mais que especial ao Welber Barral por disponibilizar os livros que compuseram esta bibliografia, sem os quais este trabalho simplesmente não teria sido possível.

Meu muito obrigada aos amigos que colaboraram na revisão final do texto. Ao Vinicius, pela revisão de ABNT, e por ser o maior entusiasta de meu viés acadêmico; ao Abel, que parou sua agitada rotina de advogado para fazer uma última leitura destas longas páginas; e, principalmente, ao Henrique, parceiro intelectual de tantos questionamentos, sonhos e projetos, por todos os diálogos, interferências e comentários que lapidaram a confecção deste trabalho desde sua gênese.

Agradeço imensamente às membras da banca, figuras inspiradoras que muito me honraram ao aceitar este convite. Meu muito obrigada à Juliana Domingues, que se deslocou desde São Paulo para estar aqui e à Renata Amaral, com quem aprendo algo novo a cada um de nossos encontros. E muito, muito, muito obrigada à minha orientadora Amanda Athayde, professora que me acompanha há dois anos, pela confiança, pelas oportunidades abertas, pela orientação atenta e constante, e pela amizade desenvolvida.

Ao João, meu companheiro, obrigada por todo apoio, paciência e compreensão, fundamentais para que eu atravessasse os estressantes meses de redação deste trabalho. Por fim, mas definitivamente não menos importante, agradeço aos meus pais, time que me ampara, impulsiona e propulsiona, mesmo que os meus planos me levem para longe. Obrigada por terem compreendido tantas vezes a minha ausência para que esta monografia tomasse forma.

A todos vocês, meu muito obrigada!

RESUMO

Os investimentos estrangeiros diretos (IED) são considerados importantes promotores de desenvolvimento para os países receptores de capital. O principal mecanismo regulador desse fluxo internacional de investimentos é o modelo dos acordos bilaterais de investimento (BITs), que nasceu do interesse dos países desenvolvidos em resguardar seus investidores que transacionavam com países de pouca segurança jurídica e institucional, caracterizando um desequilíbrio entre os direitos do investidor e do Estado receptor. Um dos elementos responsáveis pela consagração dessa disparidade é a inclusão de cláusulas da nação mais favorecida, essencialmente não-discriminatórias, que têm origem no comércio internacional e assumiram grande importância para investimentos. Em razão desse desequilíbrio, o Brasil nunca ratificou os BITs assinados na década de 1990, permanecendo por anos em uma posição de isolamento. Com a alteração do fluxo de capital e a crescente participação de empresas brasileiras no exterior, o Brasil desenvolveu um modelo alternativo para regulamentar os investimentos: o Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI). O caráter inovador desses acordos atrai a comparação com os BITs, na tentativa de identificar se seus dispositivos conseguiram, de fato, promover a mudança desejada em seu contexto de elaboração. O presente trabalho se propôs a analisar as consequências da inclusão da cláusula da nação mais favorecida nos ACFIs, a fim de investigar se esta inserção comprometeria a finalidade de criação dos ACFIs como modelo de acordo de investimentos alternativo aos BITs e mais adaptado à nova realidade brasileira no contexto do fluxo internacional de investimentos. Como conclusão, observamos que as cláusulas de nação mais favorecida, pela forma como foram incluídas nos ACFIs, corroboram seus objetivos de elaboração.

Palavras-chave: Cláusula da nação mais favorecida; Acordos de Investimento; ACFI; MFN; Direito Internacional de Investimentos; Direito Internacional Econômico.

ABSTRACT

Foreign direct investment (FDI) is considered to be a key driver of development for host countries. The main regulatory mechanism for this international flow of investments is the bilateral investment treaty (BITs) model, created as a way to address the interests of developed countries to protect their investors from legal and institutional insecurities of developing host countries, constituting an imbalanced relation between their rights. One of the factors responsible for establishing this disparity is the inclusion of most favored nation clauses, of non-discrimination, originally from international trade, that have become increasingly important for investments. Due to this imbalance, Brazil has never ratified the BITs signed in the 1990s, remaining for years in a position of isolation. With the change in the capital flow and the growing participation of Brazilian companies abroad, Brazil has developed an alternative model to regulate investments: the Investment Facilitation and Cooperation Agreement (ACFI). The innovative character of these agreements demands a comparison with the BITs, in an attempt to identify if their elements have actually succeeded in promoting the change desired when they were conceived. The present study aimed to analyze the consequences of including the most favored nation clause in the ACFIs in order to investigate whether this insertion would compromise the purpose of creation of the ACFIs as an alternative of investment agreement for BITs, more adapted to the new Brazilian reality of international investment flows. As a conclusion, we observed that the way such clauses were included in the ACFIs actually helps to achieve the objectives of their creation.

Keywords: Most favored nation clause; Investment Agreements; ACFI; MFN; International Investment Law; International Economic Law.

RÉSUMÉ

Les investissements directs étrangers (IDE) sont considérés comme un moteur essentiel du développement des pays bénéficiaires. Le principal mécanisme de réglementation de ces flux internationaux d'investissement est le modèle des accords bilatéraux d'investissement (BIT), nés de l'intérêt manifesté par les pays développés de protéger leurs investisseurs qui négociaient avec des pays à faible sécurité juridique et institutionnelle, ce qui caractérisait un déséquilibre entre l'investisseur et les pays importateurs d'investissements. L'un des facteurs à l'origine de cette disparité est l'inclusion des clauses de la nation la plus favorisée, essentiellement non discriminatoires, issues du commerce international et progressivement importantes pour le domaine des investissements. En raison de ce déséquilibre, le Brésil n'a jamais ratifié les accords bilatéraux d'investissement signés dans les années 90, restant pendant des années dans une position d'isolement. Avec l'évolution des flux de capitaux et la participation croissante des entreprises brésiliennes à l'étranger, le Brésil a mis au point un modèle alternatif de réglementation des investissements: l'Accord de coopération et la facilitation des investissements (ACFI). L'innovation de ces accords demande une comparaison avec les BITs, dans le but de déterminer si les éléments qu'ils apportent ont réellement réussi à promouvoir le changement souhaité dans son contexte d'élaboration. La présente étude visait à analyser les conséquences de l'inclusion de la clause de la nation la plus favorisée dans les ACFI afin de déterminer si cette insertion compromettrait l'objectif de la création des ACFI en tant que un modèle d'accord d'investissement alternatif aux BITs et mieux adapté à la nouvelle réalité brésilienne. dans le contexte des flux d'investissements internationaux. En conclusion, nous observons que les clauses de la nation la plus favorisée, par leur intégration dans les ACFI, en fait corroborent leurs objectifs d'élaboration.

Mots-clés: Clause de la nation la plus favorisée; Accords d'investissement; ACFI; NPF; Droit international des investissements; Droit international économique.

ÍNDICE DE ILUSTRAÇÕES

FIGURA 1 PARTICIPAÇÃO DAS EMPRESAS BRASILEIRAS NO EXTERIOR	35
GRÁFICO 1 - PANORAMA ATUAL DOS BITS	22
QUADRO 1 – QUADRO COMPARATIVO ACFIS VS. BITS NO BRASIL.....	41
QUADRO 2 – FUNÇÕES DA CLÁUSULA DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA	48
QUADRO 3 - DIVISÃO GERACIONAL DOS ACFIS.....	60
QUADRO 4 – DIFERENÇAS ENTRE A CNMF NOS ACFIS DE 1ª A E DE 2ª GERAÇÃO	62
QUADRO 5 - ABRANGÊNCIA TEMPORAL DO TRATAMENTO NMF EM ACFI.....	67
QUADRO 6 - EXCEÇÕES À CNMF NOS ACFI.....	75
TABELA 1 - PAÍSES COM MAIOR PRESENÇA DE EMPRESAS BRASILEIRAS	36

SUMÁRIO

LISTA DE SIGLAS	11
INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1: ACORDOS DE INVESTIMENTO E A NOVIDADE DO ACFI	15
1.1 Direito de investimentos e proteção ao investimento estrangeiro: a necessidade de adaptação à realidade dos países em desenvolvimento	15
1.2 Acordos Bilaterais de Investimentos (BITs)	19
1.2.1 Breves considerações sobre os BITs	20
1.2.2 Breves considerações sobre a experiência brasileira – o insucesso dos BITs no Brasil	23
1.3 ACFI	33
1.3.1 Breves considerações sobre os ACFIs e suas variáveis de sucesso.....	34
1.3.2 Inovações e avanços dos ACFIs em comparação com os BITs	37
CAPÍTULO 2: CLÁUSULAS NMF E SUAS APLICAÇÕES EM COMÉRCIO INTERNACIONAL E EM MATÉRIA DE INVESTIMENTOS	43
2.1 Breve contexto histórico sobre as cláusulas NMF	43
2.2. Conceito da cláusula NMF e suas funções	45
2.3 Das aplicações das cláusulas NMF	49
2.3.1 Da cláusula NMF em comércio internacional (OMC)	50
2.3.2 Da cláusula NMF em matéria de investimentos	53
CAPÍTULO 3: MFN EM ACFI: UMA AMEAÇA?	59
3.1 Escopo de aplicação do tratamento da nação mais favorecida	63
3.1.1 Fases do investimento abarcadas	63
3.1.1.1 Aplicação <i>ex post</i>	64
3.1.1.2 Aplicação <i>ex ante</i>	66
3.1.2 Termo investimentos e/ou investidores	67
3.1.3 Condições e qualificações para aplicação	68
3.1.3.1 Condições similares.....	69
3.1.3.2 Outras condições específicas para ensejar o tratamento da nação mais favorecida	70
3.1.4 Exceções de aplicação	72
3.2 A possibilidade de importação de provisões materiais de outros acordos de investimentos	75
3.3 A possibilidade de importação de provisões procedimentais de outros acordos de investimentos	79
3.4 Inovações do ACFI não traduzidas na cláusula NMF	82
CONSIDERAÇÕES FINAIS	86
REFERÊNCIAS	93

LISTA DE SIGLAS

ACFI: Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos

AMI: Acordo Multilateral de Investimentos

APPI: Acordo para a Proteção e Promoção Recíproca de Investimentos

APPRI: Acordo para Proteção e Promoção Recíproca de Investimentos

BIT: *Bilateral Investment Treaty* – Acordo Bilateral de Investimentos

CAMEX: Câmara de Comércio Exterior

CNMF: Cláusula da nação mais favorecida

G-20: Grupo dos 20

GATS: Acordo Geral sobre Comércio de Serviços

GATT: Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio

ICSID: *International Centre for Settlement of Investment Disputes* - Centro Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimentos

IED: Investimento estrangeiro direto

ISID: *Investor-State Investment Dispute* – Disputa entre Investidor e Estado

ITO: *International Trade Organization*

LDC: *least developed countries* – países de menor desenvolvimento relativo

MDIC: Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços

MRE: Ministério das Relações Exteriores

NMF: Nação mais favorecida

OCDE: Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OMC: Organização Mundial do Comércio

UNCITRAL: *United Nations Commission on International Trade Law* – Comissão das Nações Unidas sobre Comércio Internacional

UNCTAD: *United Nations Conference On Trade And Development* – Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento

INTRODUÇÃO

Os investimentos estrangeiros constituem um elemento importante das relações entre países, oferecendo grande potencial de promover desenvolvimento nos países receptores de capital, desde que presentes o contexto político e a infraestrutura necessária para bem aproveitar tais investimentos. Em função da ausência de um acordo multilateral de investimentos, diferentemente do que se verifica no comércio internacional, os esforços de regulamentação do fluxo internacional de investimentos se desenvolveram majoritariamente por vias regional e bilateral.

Surgindo diante da necessidade de resguardar os interesses dos países desenvolvidos em seus investimentos em países em desenvolvimento, o direito internacional de investimentos se desenvolveu pautado pelo objetivo de garantir a proteção aos investimentos e aos investidores. Este princípio pautou o desenvolvimento dos Acordos Bilaterais de Investimentos (BITs)¹, modelo mais comum de acordos de investimento.

A despeito das tendências internacionais no sentido de adoção de provisões em matéria de investimentos estrangeiros, o Brasil sempre adotou postura bastante conservadora em relação a esta regulação, tendo por muito tempo ocupado um lugar de isolamento do cenário internacional. Na década de 1990, o Brasil assinou diversos BITs, mas estes nunca foram ratificados. Para além do contexto político em que a não-ratificação desses acordos esteve inserida, considerou-se que os BITs não atendiam aos interesses do Brasil enquanto país em desenvolvimento. Argumenta-se que este modelo ignorava as necessidades dos países receptores de capital, que precisavam do investimento.

Com a alteração do fluxo internacional de investimentos, no entanto, em que países tipicamente receptores de capital passaram também a exportar capital, como o Brasil, um importante desafio foi colocado, reforçando a necessidade de regulamentação dos investimentos estrangeiros em âmbito internacional. O crescente capital brasileiro no exterior, a progressiva internacionalização das empresas e o interesse de parceiros econômicos no exterior trouxeram a discussão da década de 1990 à tona. Respondendo a esta demanda, e também influenciado por um contexto em que BITs entre países em desenvolvimento são cada vez mais frequentes, o Brasil buscou elaborar um modelo de acordo de investimento que

¹ BIT é o acrônimo para *Bilateral investment treaties* ou, em português, acordos bilaterais de investimento. Estes acordos estabelecem os termos e as condições de investimentos privados por indivíduos e empresas de um Estado a outro. Existem diversos standards firmados para a celebração de BITs, por exemplo um tratamento igualitário e não-discriminatório, em que se inserem as cláusulas de nação mais favorecida, proteção contra expropriação e proteção e segurança jurídica para estes investimentos.

atendesse às suas necessidades, isto é, que facilitasse os investimentos sem prejudicar seus interesses e sua autonomia regulatória.

Para tanto, uma equipe interministerial foi criada, incluindo o Ministério das Relações Exteriores (MRE), o Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (MDIC), o Ministério da Fazenda, o Banco Central, e a Câmara de Comércio Exterior (CAMEX) e, em consultas com outros órgãos e agentes do setor privado, desenvolveu um modelo alternativo aos BITs: o Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFIs). A idealização destes acordos partiu dos erros constatados nos BITs da década de 1990, de modo que sua criação representa uma sinalização brasileira de abertura para os investimentos, sem abrir mão da necessidade de criar modelos de acordos voltados às necessidades dos países em desenvolvimento.

Em ambos estes modelos de acordo assinados pelo Brasil, BITs e ACFIs, o tratamento da nação mais favorecida (NMF) sempre foi controvertido. Trata-se de um preceito há muito tempo fundamental nas relações econômicas. Este tratamento equaliza as oportunidades de concorrência entre as nações ao prever que seja concedido a cada novo parceiro tratamento não menos favorável do que o melhor tratamento já garantido a um terceiro.

Originária do comércio internacional, a cláusula que enseja o tratamento NMF, a cláusula da nação mais favorecida (CNMF), tem também aplicações no antitruste e importância cada vez maior no âmbito de investimentos. Ainda que esta última aplicação seja mais recente, o tratamento NMF já é, ao lado do tratamento nacional², largamente aceito como um dos fundamentos da proteção a investidores e a investimentos. Apesar desta ampla aceitação, as CNMF não têm um significado universal. O escopo e as exceções por ela abarcadas podem variar sobremaneira entre os acordos em que está inserida, gerando controvérsias em sua aplicação, frequentemente agudizadas pela redação por vezes genérica e excessivamente abrangente dessas cláusulas.

Nos acordos de investimento assinados pelo Brasil, tanto os BITs da década de 1990 quanto os ACFIs da atualidade, foram inseridos dispositivos que garantem o tratamento NMF. Trata-se de questão igualmente controversa. Considerando o propósito de desenvolvimento dos ACFIs, enquanto acordos alternativos aos BITs mais adaptáveis às necessidades e interesses do Estado brasileiro, cumpre investigar se a continuidade da inclusão deste tratamento no acordo

² Tratamento nacional é o princípio segundo o qual o país receptor de investimentos concede ao investidor/investimento estrangeiro tratamento não menos favorável do que o concedido ao investidor/investimento nacional. Ou seja, enquanto o tratamento NMF exige não-discriminação entre os países, o tratamento nacional impõe não-discriminação entre as condições ofertadas internamente e aquelas concedidas a estrangeiros. Cf. BARRETO FILHO, Fernando Paulo de Mello. *O tratamento nacional de investimentos estrangeiros*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 1999, p. 32.

não invalida seu propósito, eventualmente recaindo nos mesmos erros que motivaram a não-ratificação dos BITs pelo Brasil.

A hipótese a ser verificada neste trabalho é a de que esta inserção tem o potencial de prejudicar a eficácia dos ACFIs, uma vez que a inclusão de CNMF pode possibilitar que se conceda um tratamento diferente do pretendido em razão da obrigação de não discriminação que encerra. Desse modo, se, por conta da CNMF, uma Parte gozará de condições diferentes daquelas previstas por estes acordos, o esforço de elaboração de um novo modelo de acordo de investimentos poderia se revelar não efetivo.

Para tanto, no primeiro capítulo, recuperaremos os conceitos do direito internacional de investimentos, buscando compreender os motivos que conduziram ao abandono dos BITs, e o processo de elaboração dos ACFIs, bem como suas características e inovações. Na subseção 1.1, retomamos o conceito de investimentos estrangeiros, analisando seu potencial promotor de investimentos, a fim de compreender o contexto de surgimento do direito internacional de investimentos e sua necessidade de proteger o investimento e o investidor. Uma análise crítica será conduzida para entender a inserção dos BITs como acordos de investimento capazes de promover esta proteção, identificando as lacunas a ele inerentes no que diz respeito aos interesses dos países em desenvolvimento. Na subseção 1.2, discutiremos o cenário da regulamentação internacional de investimentos, ainda predominada pelos BITs. De posse desses conceitos básicos, iniciaremos a investigação acerca da experiência brasileira com os BITs, suas características e razões de fracasso. Em seguida, na subseção 1.3, estudaremos como os ACFIs foram elaborados como alternativas àquele modelo. Para tanto, elencaremos as características destes acordos, que procuraram responder a uma necessidade de sopesar os interesses do Brasil enquanto país receptor de capital, quanto suas demandas enquanto país crescentemente exportador de investimentos, a fim de estabelecer uma comparação entre BITs e ACFIs.

No segundo capítulo, para instrumentalizar a análise do tratamento NMF nos ACFIs brasileiros, na Seção 2.1, contextualizaremos o surgimento deste tratamento; na Seção 2.2, investigaremos o conceito nação mais favorecida, discutindo suas funções, e, em seguida, apresentaremos aplicações da CNMF tanto para o comércio internacional, contexto de seu surgimento, quanto para investimentos internacionais (Seção 2.3).

Por fim, no último capítulo, a fim de investigar (a) de que maneira o tratamento NMF foi incluído nos ACFIs, (b) as semelhanças e diferenças entre a inserção das CNMF nos BITs e nos ACFIs, e (c) se a inclusão do tratamento NMF trouxe ineficácia ao projeto destes novos acordos, analisaremos em minúcia as cláusulas NMF nos ACFIs já assinados pelo Brasil até o presente momento. Na Seção 3.1, estudaremos o escopo de aplicação desta cláusula, analisando

as fases de investimentos abarcadas, a definição do termo investimentos e/ou investidores, as condições e as exceções para sua aplicação. Em seguida, nas Seções 3.2 e 3.3, investigaremos a possibilidade de importação de provisões materiais e procedimentais de outros acordos a partir do tratamento NMF. Recuperando as conclusões do primeiro capítulo, conduziremos ainda uma análise acerca da incorporação dos avanços apresentados quando da elaboração dos ACFIs na CNMF.

CAPÍTULO 1: ACORDOS DE INVESTIMENTO E A NOVIDADE DO ACFI

O ACFI surge como uma alternativa ao esgotamento dos modelos tradicionais de acordo internacional de investimentos, sobretudo como resposta mais eficaz à realidade brasileira. Para compreender este movimento, recuperaremos, na Seção 1.1, as noções fundamentais do direito internacional de investimentos, as circunstâncias de surgimento e os direitos que tradicionalmente se propunha a resguardar. Nesse diapasão, o principal mecanismo regulatório do fluxo internacional de investimentos é o modelo dos BITs, ao qual dedicaremos a Seção 1.2. Também nesta seção, pretendemos compreender quais foram os motivos do fracasso da experiência brasileira com o modelo, e o novo papel do Brasil no cenário internacional enquanto país também promotor de investimentos. A partir do panorama acerca da posição brasileira neste contexto, na Seção 1.3, estudaremos a novidade apresentada pelo ACFIs, avaliando suas semelhanças e diferenças com os BITs assinados pelo Brasil na década de 1990, na tentativa de identificar os avanços promovidos.

1.1 Direito de investimentos e proteção ao investimento estrangeiro: a necessidade de adaptação à realidade dos países em desenvolvimento

Antes de analisarmos quais foram os modelos de acordos de investimentos que predominaram no Brasil e de que forma o ACFI representa uma novidade, é preciso compreender o que são estes investimentos internacionais e de que forma são endereçados pelo direito.

O professor Dominique Carreau explica que o direito internacional de investimentos é uma disciplina tão nova quanto antiga³. Antiga porque o direito internacional se interessava tradicionalmente pela proteção dos bens dos estrangeiros, móveis ou imóveis, bem como pela proteção desses estrangeiros. A partir dos anos 1960, com a liberalização econômica, observada

³ CARREAU, Dominique. *Le droit international des investissements*. Paris, Université Pantheon-Assas, 2017. Entrevista concedida à TVDMA, projeto dos alunos do mestrado em Direito Empresarial e Administração da Universidade de Paris II – Panthéon Assas. Tradução nossa. Trecho original em francês: “*Le droit international des investissements est une discipline à la fois nouvelle et ancienne*”.

a partir da dissipação dos efeitos negativos da Segunda Guerra, apareceram investimentos internacionais mais restritos do que outrora, que envolviam um compartilhamento de perdas e danos, isto é, um gerenciamento mútuo dos riscos.

Em outras palavras, continua o professor⁴, estes investimentos foram realizados através da abertura de empresas ou de filiais de empresas no exterior, destinadas a produzir bens ou a oferecer serviços. É fato, contudo, que o direito internacional de investimentos não se confunde com o direito do comércio internacional, à medida em que não é regulamentado por uma grande organização internacional, como a Organização Mundial do Comércio (OMC). Trata-se de um direito bastante fracionado, majoritariamente definido no seio dos tratados bilaterais de investimentos, que beiram os três mil atualmente,⁵ e foram celebrados entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento.

O que é abarcado, então, pelo conceito de investimentos estrangeiros? Estes tratados bilaterais e acordos regionais de investimentos tratavam do termo de maneira bastante genérica e abrangente. Há diversas interpretações possíveis para o conceito de investimentos estrangeiros, geralmente relacionadas à abordagem adotada, seja de proteção ao investimento estrangeiro, seja com os olhos voltados para a empresa e para a operação, abordagem que prioriza o investimento como instrumento de liberalização econômica e comercial⁶.

Definição simples, mas que nos parece de extrema relevância para a finalidade explicativa deste primeiro capítulo, é a defendida por Sornarajah, para quem “investimento estrangeiro envolve a transferência de ativos tangíveis e intangíveis de um país a outro, com o propósito de utilizá-los neste país gerando riqueza por meio do controle total ou parcial do proprietário dos ativos”⁷.

Os investimentos internacionais podem ser feitos de duas maneiras: (a) direta, através do estabelecimento de filiais ou da aquisição de empresas; e (b) indireta, através do investimento de portfólio⁸, de participação e de controle⁹. O direito de investimentos estrangeiros surge após a Segunda Guerra Mundial com a instituição de organizações

⁴ Ibidem.

⁵ Ver Gráfico 1.

⁶ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD). *Key Terms and Concepts in International Investments Agreements: a glossary*. Nova Iorque e Genebra: 2004, p. 93.

⁷ SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. 2. Ed. United Kingdom: Cambridge University Press, 2004, p.7. Tradução nossa. Trecho original em inglês: “*Foreign investment involves the transfer of tangible and intangible assets from one country into another for the purpose of their use in that country to generate wealth under the total or partial control of the owner of the assets*”.

⁸ O investimento de portfólio é normalmente distinguido do investimento direto estrangeiro pois, naquele caso, um investidor externo compra ações de uma empresa nacional apenas para obter retorno financeiro, sem intenção de adquirir, controlar ou gerir uma empresa no Estado receptor. O investimento direto estrangeiro, ao contrário, consiste no estabelecimento de uma nova empresa ou *joint venture*, no reinvestimento dos ganhos obtidos ou ainda na aquisição de empresas e no estabelecimento de filiais no Estado receptor. Cf. TREBILCOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. *The Regulation of International Trade*. 2a ed. London and New York: Routledge, 1999, p. 335.

⁹ JACQUET, Jean-Michel; Delebecque, Philippe. *Droit du commerce international*. Paris: Dalloz, 1997, p. 215.

internacionais que pudessem organizar as relações econômicas entre os países, dentre elas, as interações entre investidores e receptores de capital¹⁰.

Dentre as finalidades dessas organizações, está a de assegurar a livre circulação dos capitais privados. A fim de atenuar os efeitos eventualmente deletérios desta liberdade, foi garantida aos Estados, a possibilidade de implementação das regras nacionais para estes investimentos¹¹, que são – essencialmente - regras de política econômica¹².

O direito internacional de investimentos, na definição de Carreau e Julliard¹³, pode ser, portanto, compreendido como um conjunto de regras de proteção e de tratamento que têm por objetivo satisfazer tanto os interesses do Estado investidor quanto do Estado receptor. Há, nesse sentido, uma crescente preocupação do direito internacional econômico no que se refere à configuração atual destes sistemas, que consiste na reflexão acerca da adequação das regras de tratamento, que vêm sendo elaboradas via bilateral e via multilateral nos mais diversos foros econômicos e comerciais, para a realidade e a necessidade dos países em desenvolvimento.

Isto porque, os acordos bilaterais de investimentos de proteção e promoção aos investimentos, à despeito de sua nomenclatura, privilegiam a proteção em detrimento da promoção de investimentos, razão pela qual os países em desenvolvimento denunciam sistematicamente este desequilíbrio, gerado por um modelo que, alegadamente, privilegia os interesses dos países desenvolvidos¹⁴. Torna-se cada vez mais necessário buscar uma conciliação entre o raciocínio do lucro, dos investidores, e a finalidade de desenvolvimento pelo País receptor.¹⁵

Essa discussão não diz respeito à aceitação ou à oposição a investimentos estrangeiros. São inúmeras as possíveis vantagens resultantes do ingresso de investimento estrangeiro direto (IED) para o país receptor, que não se resumem a ganhos de natureza monetária, mas incluem a efetiva possibilidade de melhorias no desenvolvimento socioeconômico¹⁶. São alguns dos benefícios angariados pela recepção de IED o equilíbrio da balança de pagamentos do país, o

¹⁰ Inicialmente, o Fundo Monetário Internacional era o órgão que congregava as funções de garantir e operacionalizar os investimentos e, mais recentemente, a Agência Multilateral de Investimentos. Hoje, no entanto, diversas organizações tratam do tema de investimentos, sobretudo a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) e a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

¹¹ CHANTILLON, S. *Droit des affaires internationales*. Paris: Univert, 1994, p. 91.

¹² JACQUET, Jean-Michel; Delebecque, Philippe. *Droit du commerce international*. Paris: Dalloz, 1997, p. 215.

¹³ CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. *Droit international économique*. 4a ed. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998, p. 391.

¹⁴ *Ibidem.*, p. 402-403.

¹⁵ MOISÉS, Cláudia Perrone. *Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 21-22.

¹⁶ UNCTAD. *World Investment Report 2018: investments and new industrial policies*. Nova Iorque e Genebra: 2018, p. 12.

aumento da produtividade, a criação de empregos, a facilitação de acesso à tecnologia¹⁷ e o aumento das exportações. Também pode se verificar uma melhoria da competitividade, colocando o IED como um importante agregador para progresso e eficiência econômicos dos países em desenvolvimento, por meio da introdução e da aplicação de técnicas modernas de produção, gestão e organização¹⁸. É fato, contudo, que tais benefícios só serão observados contanto que o Estado receptor de capital congregue elementos necessários para bem aproveitar estes investimentos.

A problemática é, na verdade, compreender se as regras definidas para a recepção de capital propiciam maior progresso para os países em desenvolvimentos sem permitir práticas abusivas das empresas multinacionais exportadoras de capital. Vejamos o comentário de Carreau e Juillard¹⁹ sobre a necessidade de adequação dos instrumentos de investimento internacional à realidade dos países envolvidos no acordo:

(...) o direito internacional de investimentos, nos últimos anos, tem se mostrado cada vez mais sensível à uma nova preocupação, que é de ordem menos ética e mais econômica. Trata-se de conferir ao investimento internacional um quadro jurídico que lhe possibilite encontrar sua melhor utilização²⁰.

Nesse sentido, buscar adequar os instrumentos de investimento estrangeiro para a realidade e em benefício dos países em desenvolvimento é não só responder à esta necessidade, mas ainda respeitar o tratamento diferenciado que estes receberam pelo direito internacional econômico:

O direito internacional econômico não trata de forma idêntica os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento. Ele importa suas regras de forma que, nas relações internacionais econômicas, os países em desenvolvimento recebem um tratamento mais favorável que os países desenvolvidos, afim de compensar a desigualdade de desenvolvimento entre eles. (...) trata-se do direito internacional do desenvolvimento, segundo o qual a ideia de igualdade real precede a ideia de igualdade formal²¹.

(grifos no original)

¹⁷ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 69-70.

¹⁸ AMAL, Mohamed; KEGEL, Patrícia Luíza. Investimento Direito Externo, Comércio Internacional e Desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *Comércio Internacional e Desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 141-180, pp.143.

¹⁹ CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. *Droit international économique*. 4a ed. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998, p. 392.

²⁰ Tradução nossa. Trecho original em francês: “(...) *le droit international des investissements, au cours des années récentes, s’est montré de plus en plus sensible à une nouvelle préoccupation, qui est moins d’ordre éthique que d’ordre économique. Il s’agit de fournir à l’investissement international le cadre juridique qui lui permettra de trouver sa meilleure utilisation*”.

²¹ Ibidem., p. 22. Tradução nossa. Trecho original em francês: “*Le droit international économique ne traite pas de façon identique les pays développés et les pays en développement. Il aménage ses règles en sorte que, dans les relations internationales économiques, les pays em développement reçoivent un traitement plus favorable que les pays développés, afin qu’à terme, soient compensées les inégalités de développement entre les uns et les autres. (...) il s’agit du droit international du développement dans lequel l’idée d’égalité réelle prend le pas sur l’idée d’égalité formelle*”.

No que se refere aos acordos bilaterais, originalmente celebrados entre um país desenvolvido e um país em desenvolvimento, receberam impulso inicialmente dos países desenvolvidos²². Este modelo foi adotado pelos países desenvolvidos a fim de conferir proteção a seus investimentos nos países em desenvolvimento, na tentativa de reduzir eventuais riscos políticos decorrentes deste estabelecimento, ao fixar regras que seriam aplicadas e que não constariam da legislação interna do país receptor²³.

O fato é que os países em desenvolvimento vêm utilizando cada vez mais esse tipo de tratado para atrair recursos e promover desenvolvimento. Apesar de haver aumentado o número de países Latino-Americanos que celebraram Tratados Bilaterais de Investimento²⁴, ainda representam uma minoria. Considerando as tendências acima descritas, sob a égide do direito internacional de investimentos, e ciente da necessidade de adaptar os institutos para a realidade brasileira, que goza de condição mais favorável por sua situação em desenvolvimento²⁵, procuraremos entender, agora, as características centrais dos BITs e porque este modelo deu lugar, no Brasil, ao ACFI. Ao final deste capítulo, será feita ainda uma comparação entre estes dois modelos.

1.2 Acordos Bilaterais de Investimentos (BITs)

Em razão do potencial de promover desenvolvimento do investimento estrangeiro direto (IED), há um crescente interesse dos países em hospedarem empresas internacionais. Na tentativa de atrair a instalação de empresas, os países concorrem acirradamente numa corrida de concessão dos melhores benefícios: incentivos fiscais, infraestrutura local adequada e mão-de-obra disponível. Esta disputa se dá, também, a partir da celebração de Acordos Bilaterais de Investimento²⁶, a que se dedicará a próxima Subseção (Seção 1.2.1). Em seguida, na Seção 1.2.2, estudaremos os BITs à luz da experiência brasileira.

²² FONSECA, Karla C. *Investimentos estrangeiros: Regulamentação Internacional e Acordos Bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 61.

²³ MOISÉS, Cláudia Perrone. *Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 24.

²⁴ UNCTAD. *International Investment Agreements*: search tool. Investment Policy Hub.

²⁵ Como vimos, no direito internacional de investimentos, assim como no direito do comércio internacional, os países em desenvolvimento gozam de diversas vantagens no que diz respeito à exigência de cumprimento das melhores práticas e dos padrões acordados. Por exemplo, no que tange à cláusula da nação mais favorecida, os países em desenvolvimento desfrutam de exceções em relação à necessidade de sua aplicação, como será melhor explorado no capítulo seguinte.

²⁶ HALLWARD-DRIEMER, Mary. Do bilateral Investment treaties attract FDI? Only a bit, and they could bite. World Bank, *Policy Research Working Paper 3121*, June 2003, p.1.

1.2.1 Breves considerações sobre os BITs

Os BITs se caracterizam pela celebração de um acordo entre dois Estados, via de regra, um país receptor de capitais e um país exportador de capitais, através do qual são definidos direitos e obrigações recíprocas a ambos os países. No modelo tradicional dos BITs, os maiores beneficiários são os investidores, o que lhes confere um caráter de trilateralidade²⁷: Estado receptor, Estado exportador e investidor estrangeiro.

Para Muchlinski:

Um acordo bilateral sobre promoção e proteção de investimentos (BIT) pode ser definido como um acordo internacional juridicamente vinculante entre dois Estados em que eles assumem obrigações recíprocas de observar as regras definidas pelo acordo em relação aos investidores do outro Estado contratante²⁸.

Moisés²⁹ sintetiza essa definição em poucas linhas, explicando que BITs são “instrumentos através dos quais dois países, geralmente um país desenvolvido e um país em desenvolvimento, procuram regular relações em matéria de investimentos, com a finalidade de aumentar seu fluxo”. Estes tratados bilaterais de investimento tornaram-se a principal fonte de regulamentação dos investimentos estrangeiros, definindo um compêndio de garantias aos investidores, além de determinar um mecanismo internacional de solução de controvérsias que pudesse assegurar o cumprimento desses direitos³⁰.

Dessa forma, anunciados como verdadeiros atrativos de IED, os BITs se multiplicaram, sem grandes questionamentos sobre sua real eficácia e seus efeitos³¹. É num contexto de necessária reflexão sobre este modelo de acordo de investimentos que irrompe o ACFI, brasileiro, como um modelo inédito e adequado para a realidade brasileira.

A intensa atividade de celebração dos BITs se justifica pelo fato – ou pela crença – de seu potencial atrativo de IED. Cabe, porém, pontuar os variados fatores específicos que seduzem os Estados a firmarem BITs. Têm interesse (a) tanto os países em desenvolvimento, para quem o principal elemento é a captação de recursos a fim de promover desenvolvimento, (b) quanto os países desenvolvidos, que optam pelos BITs pela segurança oferecida pela

²⁷ FONSECA, Karla C. *Investimentos estrangeiros: Regulamentação Internacional e Acordos Bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 57.

²⁸ MUCHLINSKI, Peter. *Multinational enterprises and law*. Oxford: Blackwell, 1995, p. 617. Tradução nossa. Trecho original em inglês: “A bilateral treaty for the promotion and protection of foreign investments (BIT) can be defined as a legally binding international agreement between two states whereby each states promises, on a reciprocal basis, to observe the standards of treatment laid down by the treaty in its dealing with investors from the other contracting state”.

²⁹ MOISÉS, Cláudia Perrone. *Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 24.

³⁰ UNCTAD. *Bilateral investments treaties 1995 – 2006: Trends in Investment Rulemaking*. Nova Iorque e Genebra: UNCTAD, 2006.

³¹ HALLWARD-DRIEMER, Mary. Do bilateral Investment treaties attract FDI? Only a bit, and they could bite. World Bank, *Policy Research Working Paper 3121*, June 2003, p. 2.

possibilidade de determinar as regras que direcionaram a relação com os investidores, sendo mais confiável do que aplicar a legislação do país receptor³², garantindo padrões de proteção dos investidores estrangeiros³³, assunto ao qual voltaremos nos capítulos que se seguem.

Assim, os BITs são firmados entre Estados exportadores e Estados importadores de capital – desenvolvidos e em desenvolvimento. Enquanto o propósito daqueles é proteger o interesse dos investidores, a intenção destes é atrair investimentos e maximizar recursos que possam ser revertidos em desenvolvimento econômico³⁴.

Ainda que celebrados, em regra, entre um país desenvolvido e um país em desenvolvimento, esta tendência foi se diversificando a partir da década de 1990, quando se verificou uma proliferação significativa de BITs³⁵, com a crescente participação dos países em desenvolvimento e das economias em transição³⁶ e, frise-se, não apenas com países desenvolvidos, mas também entre eles.

O panorama atual dos BITs é bastante diversificado, e a tendência é que a dinamização desse processo torne este acordo cada vez mais democrático. Do total de BITs assinados e/ou em vigor em novembro de 2018, 1178 foram firmados entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, 865 entre países em desenvolvimento, 373 entre países desenvolvidos e economias em transição, 253 entre países em desenvolvimento e economias de transição, 254 entre países desenvolvidos, e 75 entre economias em transição. Confira tabela abaixo:

³² MOISÉS, Cláudia Perrone. *Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 25.

³³ FONSECA, Karla C. *Investimentos estrangeiros: Regulamentação Internacional e Acordos Bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 59.

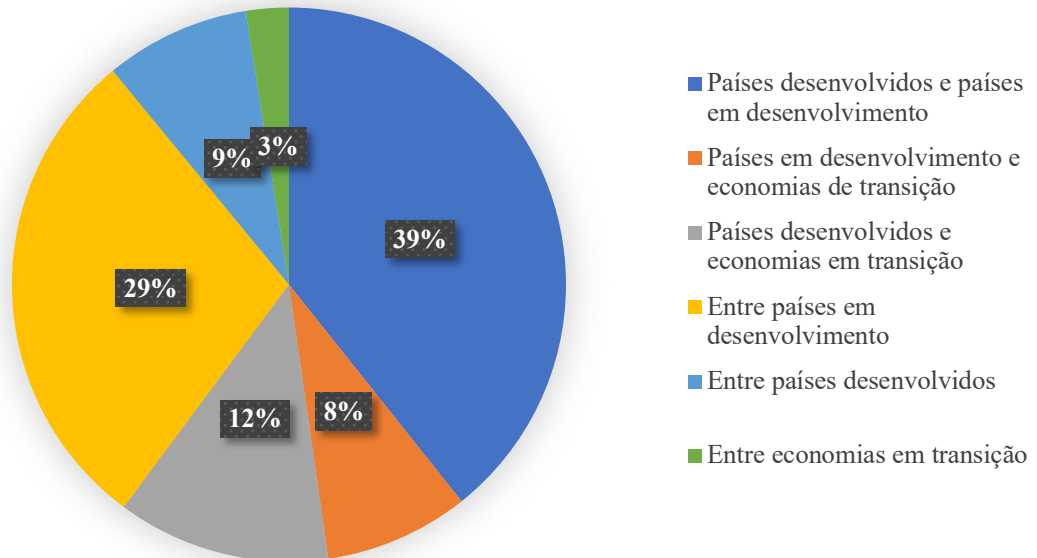
³⁴ GARCÍA-BOLÍVAR, Omar. E. The teleology of international investment law: the role of purpose in the interpretation of international investment agreements. *The Journal of World Investment and Trade*. Genebra, v. 6, n. 5, oct. 2015, p. 751-722, pp. 751.

³⁵ UNCTAD. *International Investment Agreements*: search tool. Investment Policy Hub.

³⁶ As economias de transição são caracterizadas por estarem pelo abandono gradual de um sistema de economia planificada em favor da adoção da economia de mercado. São assim caracterizados, principalmente, os países da ex-União Soviética. UNCTAD. *Trends in international investment agreements: an overview*. Nova Iorque e Genebra: UNCTAD, 1999.

GRÁFICO 1 - PANORAMA ATUAL DOS BITS

BITs firmados por categoria de países*



Fonte: Investment Policy Hub³⁷ / Elaboração própria.

* Os países de menor desenvolvimento relativo (LDC) foram considerados dentro da categoria de países em desenvolvimento.

O grande número de BITs formados entre Estados em desenvolvimento acontece, em parte, devido a um maior fluxo de investimentos originários destes países, mas também tem lastro em diversos outros fatores, como o aumento da concorrência, que dificulta o acesso a oportunidades no mercado nacional, disponibilidade de matéria-prima, mão-de-obra barata e abundante, proximidade geográfica e oportunidades de acesso ao mercado³⁸.

Vale lembrar, contudo, que mesmo nos casos em que os BITs são firmados entre dois países, por assim dizer, de mesma categoria – como entre dois países em desenvolvimento, entre duas economias em transição, etc. – as partes assumirão predominantemente o papel de portador ou receptor de capital pois, ainda que os acordos contemplem um fluxo de investimentos recíproco, normalmente ele se dá num único sentido³⁹. Por exemplo, nos acordos entre Sri Lanka e Cingapura, e Tailândia e Bangladesh, Cingapura e Tailândia são os exportadores de capital e Sri Lanka e Bangladesh são os receptores de capital⁴⁰. Esta característica da aplicação prática dos BITs pode ser evidenciada, como explica Hallward-

³⁷ UNCTAD. *International Investment Agreements*: search tool. Investment Policy Hub.

³⁸ Idem. *South-south cooperation in international investment agreements*. New York and Geneva: UNCTAD, 2005, p. 13.

³⁹ SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. 2. Ed. United Kingdom: Cambridge University Press, 2004, p. 207.

⁴⁰ Ibidem, p. 214.

Driemeier⁴¹, pelo fato de os países evitarem ratificar BITs quando o fluxo de IED é, de fato, substancial reciprocamente. Assim, países “semelhantes” tendem a não firmar BITs entre si.

É interessante observar que, apesar do constante incremento no número de BITs celebrados, ainda não restou comprovada a relação de sua assinatura com a maior atração de investimentos. Em verdade, estes acordos não podem ser considerados substitutos de instituições nacionais frágeis, mas complementos na atração de investimentos em países que contam com elementos internos que reúnam características necessárias para atrair recursos e promover desenvolvimento⁴².

1.2.2 Breves considerações sobre a experiência brasileira – o insucesso dos BITs no Brasil

O Brasil tem adotado uma posição bastante conservadora no que diz respeito à regulamentação internacional de investimentos, ainda tentando identificar os melhores mecanismos para corretamente endereçar e administrar seu novo papel de exportador de capital⁴³. Essa postura conservadora tem se traduzido num isolamento internacional, e na recusa de ratificação de acordos de investimento.

Exemplo claro disso é o fato de que o Brasil não acompanhou a tendência de recorrer à celebração de BITs para atrair investimento direto estrangeiro: ainda que tenha efetivamente firmado diversos BITs⁴⁴ e dois protocolos sobre investimentos no âmbito do Mercosul⁴⁵, não ratificou nenhum deles. São diversas as razões que impediram o Brasil de ratificar estes acordos e o conduziram para este lugar de isolamento internacional, e a compreendê-las se dedicará a Seção 1.2.2.1 seguinte. Uma vez que tenhamos compreendido os motivos que levaram à não ratificação dos BITs pelo Brasil, adentraremos, na Seção 1.2.2.2, a discussão do novo papel assumido pelo Brasil no cenário internacional enquanto, ainda que majoritariamente receptor de investimentos, agora também cada vez mais exportador de capital.

⁴¹ HALLWARD-DRIEMER, Mary. Do bilateral Investment treaties attract FDI? Only a bit, and they could bite. World Bank, *Policy Research Working Paper 3121*, June 2003, p. 8.

⁴² *Ibidem.*, p. 8.

⁴³ UNCTAD. *World Investment Report – 2018: Investment and New Industrial Policies*. New York and Geneva: UNCTAD, 2018.

⁴⁴ Portugal (1994), Chile (1994), Reino Unido (1994), Suíça (1994), Dinamarca (1995), França (1995), Finlândia (1995), Itália (1995), Venezuela (1995), Coréia do Sul (1995), Alemanha (1995), Cuba (1997), Holanda (1998) e Bélgica e Luxemburgo (1999).

⁴⁵ O Protocolo de Colônia para a Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos e o Protocolo de Buenos Aires sobre a Promoção e Proteção de Investimentos Provenientes de Estados Não-Partes do Mercosul, ambos de 1994. Nunca entraram em vigor. Cf. COSTA, José Augusto Fontoura. Proteção e promoção do investimento estrangeiro no Mercosul—uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos? *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 49, n. 2, 2006, p. 60-77.

Para compreendermos o caminho percorrido pelas autoridades brasileiras até a criação de um novo modelo de acordo de investimentos, é preciso entender quais foram os pontos considerados problemáticos da estrutura comum dos BITs que o Brasil assinou.

O principal elemento é que os BITs eram voltados à proteção dos investimentos estrangeiros do Brasil, sem considerar as necessidades específicas nacionais e a realidade brasileira, deixando de garantir autonomia regulatória e permitindo a determinação de um mecanismo para solução de controvérsias à discricionariedade do investidor⁴⁶.

A fim de bem avaliarmos todos os pontos, comecemos pelo preâmbulo destes acordos, cuja importância não deve ser jamais subestimada. Ainda que não criem direitos e obrigações juridicamente exequíveis, os tribunais arbitrais frequentemente recorrem a seu texto para decidir eventuais controvérsias que se sustentem na finalidade do acordo, como se verificou no caso *SGS vs. Philipines*⁴⁷, de 2004.

Os seis BITs assinados pelo Brasil⁴⁸ pontuavam como um de seus principais objetivos a criação de condições favoráveis aos investimentos estrangeiros, com foco para a necessidade de proteção aos investimentos contra riscos não comerciais – políticos⁴⁹. Este texto evidenciava a intenção brasileira de sinalizar à comunidade internacional uma postura mais receptiva para o investimento estrangeiro⁵⁰. A partir da leitura do preâmbulo do acordo firmado – mas nunca ratificado – entre Brasil e Chile⁵¹, vê-se que o principal objetivo destes tratados era a promoção e a proteção do investimento estrangeiro, que deveria se justificar na percepção do potencial gerador de crescimento econômico pelo aumento do fluxo de investimentos estrangeiros:

Animados pelo desejo de criar condições favoráveis à maior cooperação econômica e, em particular, à realização de investimentos recíprocos que impliquem transferência de capitais de um país ao território do outro;

Levando em conta que a manutenção de um clima satisfatório para os investimentos, em conformidade com as leis do país receptor, é o melhor modo de estabelecer e conservar um adequado fluxo internacional de capitais; e

⁴⁶ AZEVEDO, Débora Bithiah de. *Os Acordos para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos Assinados pelo Brasil*. Brasília. Câmara dos Deputados, 2001.

⁴⁷ Neste caso, o tribunal arbitral *International Centre for the Settlement of Investment Disputes* baseou sua decisão no preâmbulo do BIT, que pontuava como uma das finalidades do tratado a manutenção de condições favoráveis a investimentos, decidindo que, diante de qualquer incerteza ou controvérsia na interpretação deste texto, deveria prevalecer o entendimento que favorecesse a perpetuação de elementos atrativos a investidores. ICSID. *Caso No. Arb/02/6. SGS Société Générale de Surveillance S.A. versus Republic of the Philippines. Decision of the Tribunal. 29 de janeiro de 2004.*

⁴⁸ Os BITs assinados pelo Brasil foram denominados Acordos para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos, recebendo os acrônimos APPIs ou APPRIs.

⁴⁹ FERNANDES, Érika C.; FIORATE, Jete. J. Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil: uma análise comparada. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 52. No. 208. out./dez. 2015, p. 247-276, pp. 250.

⁵⁰ RECAVARREN, Isabel. Acordo Multilateral sobre as Medidas de Investimento – AMI. In: DAL RI, Arno Jr.; OLIVEIRA, Odete Maria (org.). *Direito Internacional Econômico em Expansão: Desafios e Dilemas*. Ijuí: Editora Unijuí, 2003, p. 555-620, pp. 560.

⁵¹ BRASIL. *Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Chile para a Promoção e Proteção Recíproca dos Investimentos*, de 22 de março de 1994.

Reconhecendo que a conclusão de um Acordo para a promoção e a proteção recíproca dos investimentos estrangeiros contra riscos não-comerciais poderá contribuir para estimular as iniciativas empresariais que favoreçam a prosperidade dos dois países;

Vemos, portanto que os preâmbulos dos antigos BITs se limitavam a reconhecer a necessidade de criar condições favoráveis à atração de investimentos estrangeiros.

Para além do preâmbulo, os seis BITs que foram efetivamente encaminhados ao Congresso Nacional⁵², celebrados com Alemanha, França, Reino Unido, Suíça, Portugal e Chile, trazem em seu texto os seguintes elementos: definições de investidor e investimento; regras sobre promoção e admissão do investimento; standards de proteção do investimento; regras sobre expropriação e indenização devida; livre transferência de investimentos e rendas; sub-rogação no caso de seguradoras de investimento; mecanismos de solução de controvérsias; e, finalmente, disposições finais sobre entrada em vigor, prorrogação e denúncia do tratado.

Estes elementos presentes nos Acordos para a Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos assinados pelo Brasil (APPis), para a Conselheira Kátia Gilabete⁵³, uma das principais negociadoras dos primeiros acordos pelo país, implicavam em uma série de restrições à autonomia do Estado brasileiro, limitando:

(...) o poder do Estado receptor nas questões afetas ao tratamento dos investimentos estrangeiros e evitar os chamados riscos “não-comerciais”, ou políticos, por meio de dispositivos que asseguram ao investidor tratamento justo e equitativo, livre gestão e operação, além de livre transferência do capital investido, seus rendimentos e outras quantias associadas ao investimento. Ainda, eles impõem condições à adoção de medidas de nacionalização e desapropriação e, quando as admitem, obrigam ao pagamento de indenização imediata, justa e adequada; e estabelecem mecanismos de solução de controvérsias entre o investidor e o Estado receptor do investimento, inclusive fora do âmbito da jurisdição local.

Nesse sentido, Débora de Azevedo⁵⁴ analisou as principais cláusulas dessas disposições a fim de reunir elementos que pudessem justificar a não adoção de tais instrumentos pelo Brasil. Estão entre os motivos primordiais: (a) definição demasiadamente ampla do termo “investimento”; (b) tratamento dado ao investimento da outra Parte – cláusula da nação mais favorecida; (c) compromisso de livre transferência de fundos; e (d) livre escolha do investidor para selecionar o mecanismo de solução de controvérsia.

⁵² Isto porque, na década de 1990, o Brasil assinou 14 APPis tradicionais, a saber: Alemanha, em 21/9/1995; Bélgica e Luxemburgo, em 6/1/1999; Chile, em 22/3/1994; Coreia do Sul, em 1/9/1995; Cuba, em 26/6/1997; Dinamarca, em 4/3/1995; Finlândia, em 28/3/1995; França, em 21/3/1995; Itália, em 3/4/1995; Países Baixos, em 25/11/1998; Portugal, em 9/2/1994; Suíça, em 11/11/1994; Reino Unido, em 19/7/1994; e Venezuela, em 4/7/1995. No entanto, somente os seis acordos indicados no texto foram efetivamente discutidos no Congresso Nacional.

⁵³ GILABERTE, Kátia Godinho. *Acordos sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos: a evolução da política brasileira e perspectivas*. Ministério das Relações Exteriores – CAE, 1995, p. 170.

⁵⁴ AZEVEDO, Débora Bithiah de. *Os Acordos para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos Assinados pelo Brasil*. Brasília. Câmara dos Deputados, 2001, p. 6-8.

Logo nos primeiros artigos de qualquer acordo de investimento, encontram-se as definições de investimento e de investidor⁵⁵. Nos BITs assinados pelo Brasil, o significado atribuído àquele diverge, mas é semelhante, sobretudo quanto à sua dimensão. Trata-se de uma abordagem bastante abrangente, que permite caracterizar diversas operações como “investimentos”, o que favorece os interesses dos investidores, mas não necessariamente se alinha às expectativas do Estado receptor de capital⁵⁶.

Parte do problema de uma definição demasiado abrangente de investimentos é a ausência de distinção acerca do tipo de investimento a que se destinará proteção, como, por exemplo, não há diferença entre o capital produtivo que atenda sua função social, nos termos constitucionais (art. 5º, XXII e XXIII/ CF/88⁵⁷), e investimentos especulativos⁵⁸. Em outras palavras, a amplitude deste conceito de investimento privilegia o interesse dos investidores em detrimento dos interesses do governo brasileiro⁵⁹.

Quanto ao tratamento conferido ao investimento estrangeiro, observou-se a presença de diversas normas de proteção, seguindo o padrão do tratamento justo e equitativo, do tratamento nacional e do tratamento da nação mais favorecida. Cirúrgico o comentário de Fernandes e Fiorate⁶⁰, de que “tão grande quanto a importâncias dessa(s) cláusula(s) é sua imprecisão”.

Para o primeiro *standard*, todos os seus BITs preveem que as Partes Contratantes deverão dispensar tratamento não-discriminatório, justo e equitativo aos investimentos realizados por investidores de sua contraparte. Neste aspecto, o BIT firmado entre Brasil e França⁶¹ é particularmente relevante, por ser o único que exemplifica o que seria abarcado por esta cláusula:

ARTIGO 3

Cada uma das Partes Contratantes compromete-se a assegurar, em seu território e em sua zona marítima, um tratamento justo e equitativo, de acordo com os princípios do Direito Internacional, aos investimentos de investidores da outra Parte, e a proceder de forma que o exercício do direito assim reconhecido não seja obstado, de direito ou de fato. Em particular, embora não exclusivamente, são considerados como impedimentos a um tratamento justo e equitativo quaisquer restrições à compra e ao transporte de matérias-primas e matérias auxiliares, energia e combustíveis, bem como de meios de produção e de exploração de qualquer espécie, qualquer obstáculo

⁵⁵ FERNANDES, Érika C.; FIORATE, Jete. J. Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil: uma análise comparada. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 52. No. 208. out./dez. 2015, p. 247-276, pp. 253.

⁵⁶ *Ibidem.*, pp. 254.

⁵⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social”.

⁵⁸ AZEVEDO, Débora Bithiah de. *Os Acordos para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos Assinados pelo Brasil*. Brasília. Câmara dos Deputados, 2001, p. 6.

⁵⁹ FERNANDES, et. al. Op. cit. pp. 254.

⁶⁰ *Ibidem.*, pp. 256.

⁶¹ BRASIL. *Acordo entre o governo da República Federativa Do Brasil e o governo da República Francesa sobre promoção e proteção recíproca de investimentos*, 21 de março de 1995.

à venda e transporte dos produtos no interior do país e para o exterior, assim como quaisquer outras medidas de efeito análogo. (grifos nossos)

Quanto aos dois outros padrões de tratamento, nação mais favorecida e nacional, igualmente difundidos nos acordos de investimentos, estes assumem um significado contingencial, que significa dizer que só será preenchido na medida em que o tratamento ao investidor estrangeiro for comparado ao dos investidores nacionais ou dos investidores de um terceiro país⁶².

O texto da cláusula NMF em muito se assemelhavam à redação presente no acordo assinado entre Brasil e Alemanha⁶³:

ARTIGO 3

- 1) Nenhuma das Partes Contratantes submeterá, em seu território, os investimentos de investidores da outra Parte Contratante ou os investimentos em que detenham participação os investidores da outra Parte Contratante a um tratamento menos favorável do que o concedido aos investimentos dos seus próprios nacionais ou aos investimentos de investidores de um terceiro país.
- 2) Nenhuma das Partes Contratantes submeterá os investidores da outra Parte Contratante, no que respeita as suas atividades relacionadas aos investimentos realizados em seu território a um tratamento menos favorável do que o concedido aos seus próprios investidores ou a investidores de um terceiro país.
- 3) Este tratamento não se estenderá a concessões de uma das Partes Contratantes a investidores de terceiros países em razão de sua adesão ou associação a união aduaneira ou econômica, mercado comum, zona de livre comércio, ou acordo regional similar.
- 4) Este tratamento tampouco se estenderá a benefícios que uma das Partes Contratantes conceda a investidores de um terceiro país em consequência de acordo para evitar a dupla tributação ou de outros acordos sobre questões tributárias.

A cláusula da nação mais favorecida, que exploraremos em minúcia no segundo capítulo deste trabalho, decorre do princípio de não-discriminação, originária do sistema multilateral de comércio⁶⁴. E também aqui a problemática da abrangência temporal de aplicação das cláusulas se faz presente, isto é, se o tratamento equiparado às melhores condições já oferecidas a um investidor estrangeiro será considerado a partir dos acordos que firmem antes do início do investimento em questão ou apenas após sua realização. O entendimento majoritário é pela aplicação pós início de investimentos, como exploraremos no segundo capítulo.

A regra geral para adequadamente operacionalizar esta cláusula consiste em limitar sua abrangência para as garantias substanciais previstas no acordo, esclarecendo o propósito do

⁶² FERNANDES, Érika C.; FIORATE, Jete. J. Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil: uma análise comparada. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 52. No. 208. out./dez. 2015, p. 247-276, pp. 259.

⁶³ BRASIL. *Acordo entre o governo da República Federativa Do Brasil e o governo da República Alemã sobre promoção e proteção recíproca de investimentos*, 27 de junho de 1998.

⁶⁴ JACQUET, Jean-Michel; Delebecque, Philippe. *Droit du commerce international*. Paris: Dalloz, 1997, p. 40-41.

tratamento que a cláusula pretendia conferir⁶⁵. Isso é importante porque a possibilidade de aplicação procedimental da cláusula para estender jurisdição de um acordo a outros Estados, por exemplo, já foi objeto de diversas controvérsias analisadas por tribunais arbitrais.

No caso *Maffezzini*⁶⁶, o argentino Emílio Maffezzini, investidor da Espanha, requereu procedimento arbitral alegando que a Espanha teria desrespeitado cláusula de nação mais favorecida presente no BIT Argentina-Espanha ao exigir solução de conflitos nas cortes locais. Ainda que assim tivesse sido estabelecido no acordo, por haver disposição mais benéfica no BIT Chile-Espanha, em que não se verificava a exigência de resolução de controvérsias nas cortes locais, o reclamante argumentou que esta provisão deveria ser aplicada em razão da cláusula NMF, obtendo êxito. Trata-se de decisão muitíssimo controversa.

Mais recentemente, como nos casos *Plama vs. Bulgaria*⁶⁷ e *Salini vs. Jordan*⁶⁸, os tribunais têm decidido pela impossibilidade de se estender a interpretação da cláusula da nação mais favorecida para disposições procedimentais do tratado.

Quanto à terceira problemática identificada por Débora Azevedo⁶⁹ e que justificaria a não adesão do Brasil a estes acordos bilaterais de investimentos, acerca da livre transferência de fundos, este compromisso garante, sem demora, que sejam transferidos os montantes relacionados aos investimentos, na moeda em que foi feito ou em outra moeda livremente conversível. Ressalte-se que não há exceções quanto à possibilidade de adequação das reservas do país em momento de crise de balança de pagamento, situação que exigiria aguardar futuro momento mais oportuno para permitir tal fluxo de transferências. Trata-se assim, de disposição bastante problemática e prejudicial ao Brasil presente nos acordos.

O último problema identificado por Débora Azevedo⁷⁰ dos BITs que o Brasil firmara diz respeito à livre escolha do investidor em relação ao mecanismo para ser utilizado para resolução de controvérsias, isto é, a possibilidade de decidir recorrer aos tribunais locais ou à instauração de um procedimento arbitral internacional, prevista em todos os seis acordos. Trata-se de uma das cláusulas mais controversas dos BITs firmados pelo Brasil.

⁶⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD). *Most-favoured-nation Treatment*. UNCTAD Series on Issues of International Investment Agreements II. Nova Iorque e Genebra: UNCTAD, 2010, p. 109-110.

⁶⁶ CENTRO INTERNACIONAL PARA RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). Caso No. ARB/97/7. *Emilio Agustín Maffezzini versus Kingdom of Spain*. Award. 7 de janeiro de 2000.

⁶⁷ Idem. Caso No. ARB/03/24. *Plama Consortium Limited versus Republic of Bulgaria*. Decision on Jurisdiction. 8 de fevereiro de 2005.

⁶⁸ Idem. Caso No. ARB/02/13. *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. versus The Hashemite Kingdom of Jordan*. Decision on Jurisdiction. 9 de novembro de 2004.

⁶⁹ AZEVEDO, Débora Bithiah de. *Os Acordos para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos Assinados pelo Brasil*. Brasília. Câmara dos Deputados, 2001, p. 7.

⁷⁰ Ibidem., p. 7.

Estes acordos previam a solução de controvérsias entre Estados, e entre Estado e Investidor. No primeiro caso, os Estados deveriam submeter a disputa a um tribunal arbitral constituído *ad hoc*; no segundo caso, o investidor poderia optar pelo recurso ao Poder Judiciário nacional ou pela realização de procedimento arbitral internacional, seja no âmbito do Centro Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimentos (ICSID – *International Centre for Settlement of Investment Disputes*) ou perante um tribunal *ad hoc*⁷¹.

Conferindo ao investidor a possibilidade de optar diretamente pela arbitragem internacional, o Brasil deixaria de observar os princípios do direito internacional de esgotamento dos recursos internos⁷², representando risco à sua soberania nacional⁷³. Além disso, trata-se de dispositivo em claro favorecimento do investidor estrangeiro, estabelecendo tratamento discriminatório para os investidores nacionais, cuja única opção seria a solução de controvérsias através das cortes locais⁷⁴.

A possibilidade de o investidor decidir livremente o mecanismo para resolução de eventuais controvérsias prevista nos BITs assinados pelo Brasil nos anos 1990 suscitou muitas críticas, tendo sido um dos principais motivos que obstaram a ratificação destes acordos⁷⁵. E talvez esta decisão tenha sido, de fato, em benefício do Brasil.

O mal-estar brasileiro com a política de resolução de controvérsias através de arbitragem internacional é de longa data. Desde 1965, quando foram lançadas as bases dos instrumentos de proteção aos investidores estrangeiros pela Convenção de Washington⁷⁶, e que ficou estabelecida a possibilidade de arbitragem internacional para conflitos investidor-Estado, o Brasil recusou-se a aprovar este modelo, entendendo, tal qual na década de 1990, quanto o

⁷¹ FERNANDES, Érika C.; FIORATE, Jete. J. Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil: uma análise comparada. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 52. No. 208. out./dez. 2015, p. 247-276, pp. 269.

⁷² A regra de esgotamento dos recursos internos é um princípio clássico do direito internacional que restringe a possibilidade de um Estado responder internacionalmente por danos que não teve a oportunidade de reparar valendo-se de seu direito interno. Está fundamentada no respeito à soberania nacional e na responsabilidade dos Estados de reparar os danos causados a estrangeiros. Cf. CANÇADO TRINDADE, A. A. *O esgotamento de recursos internos no direito internacional*. 2ª ed. atualizada. Brasília: Editora UnB, 1997.

⁷³ AZEVEDO, Débora Bithiah de. *Os Acordos para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos Assinados pelo Brasil*. Brasília. Câmara dos Deputados, 2001, p. 7.

⁷⁴ FERNANDES, et. al. Op. cit., pp. 269.

⁷⁵ AZEVEDO, Op. cit., p. 7.

⁷⁶ A Convenção de Washington (Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados), de 1965, lançou as bases da proteção aos investidores estrangeiros ao estabelecer a possibilidade de que os investidores estrangeiros (pessoas físicas ou jurídicas) contestassem por meio de arbitragem internacional eventuais medidas tomadas pelos Estados receptores de seus investimentos. A Convenção foi elaborada num contexto de descolonização, em que os governos recém-independentes afastavam investimentos estrangeiros em razão da insegurança jurídica, política e econômica que ofereciam, numa tentativa de atrair estes investimentos. Por considerar que este tratamento concedia privilégios ao investidor estrangeiro em detrimento do nacional e que cerceava a autonomia regulatória do Estado, o Brasil não ratificou a Convenção de Washington, sem jamais aderir ao texto. Cf. GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano D. C. As arbitragens internacionais relacionadas a investimentos: a convenção de Washington, o ICSID e a posição do Brasil. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, vol. 2, no. 7, out/nov 2005.

tópico dos investimentos externos foi retomado, que ele concedia privilégios ao investidor estrangeiro em detrimento dos interesses nacionais⁷⁷.

Cozendey e Cavalcante⁷⁸ explicam que a proposta de resolução de controvérsias por procedimento arbitral surgiu no auge do processo de descolonização, em que os governos que emergiam de movimentos nacionais de independência precisavam aumentar a confiança dos investidores internacionais, inseguros acerca da imparcialidade dos sistemas jurisdicionais recém-criados. Desta forma, o recurso à arbitragem se desenvolveu como uma alternativa para conferir segurança aos investidores estrangeiros de que eventual disputa seria resolvida em foro imparcial, desprovido de interferências políticas.

Segundo dados da UNCTAD⁷⁹, houve uma proliferação significativa de BITs ao longo da década de 1990, que hoje já somam três mil (3.000) acordos. Essa expansão neste período atraiu os olhos de analistas para as limitações dos BITs, que passaram a avaliar restrições à liberdade regulatória dos Estados, políticas de tratamento mais favorável ao investidor estrangeiro, onerosos procedimentos arbitrais e nebulosidade das decisões, etc.

Estes últimos aspectos, em especial, relacionados aos procedimentos arbitrais, justificam a preocupação levantada. O grande número de BITs deu origem a seiscentos (600) casos de solução de controvérsias investidor-Estado, e pelo menos noventa e oito (98) países foram envolvidos em menos pelo uma disputa. Considerando que 75% deste montante foi instaurado contra países em desenvolvimento e economias em transição, os países latino-americanos respondendo ainda por 37% do total de casos⁸⁰, a inquietação brasileira não foi por acaso.

A Argentina foi o país mais frequentemente questionado nos procedimentos arbitrais de investimentos, e até a publicação *World Investment Report*, da UNCTAD, deste ano, já figurava no polo de sessenta (60) casos⁸¹. Esta experiência negativa observada em diversos países tem conduzido a uma reavaliação em adotar este tipo de acordo de investimentos, em decorrência principalmente da inadequação do modelo de solução de controvérsias que desfavorece países

⁷⁷ CONGRESSO NACIONAL. MENSAGEM Nº 230, DE 1965 Diário do Congresso Nacional (Seção I), 18-5-1965, Nº 2.776-65, do Sr. PEDRO BRAGA, APUD REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICA INTERNACIONAL, No 33-34 1966, p. 13.

⁷⁸ COZENDEY, Carlos M. B.; CAVALCANTE, Pedro M. Novas Perspectivas para Acordos Internacionais de Investimentos – O Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI). *Cadernos de Política Exterior*, ano I, número 2, 2015, p. 87-110, pp. 88.

⁷⁹ UNCTAD. *World Investment Report – 2018: investment and new industrial policies*. New York and Geneva: UNCTAD, 2018.

⁸⁰ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos*.

⁸¹ UNCTAD, Op. cit., p. 109.

em desenvolvimento. Assim, alguns países como a África do Sul, Indonésia, Índia e Austrália estão em processo de revisão de seus BITs⁸².

A experiência brasileira quando da assinatura dos seis BITs na década de 1990 revelou, então, um entendimento predominante de que o país não poderia assumir um modelo pró-investidor como mecanismo imprescindível para promover atração de investimentos estrangeiros, por se considerar que os interesses dos investidores estrangeiros e das autoridades locais em termos de alocação de recursos seriam altamente divergentes. Os acordos, portanto, jamais foram ratificados.

O Brasil passou, então, a ser conhecido como uma das únicas dentre as maiores economias do mundo a não ratificar um BIT ou qualquer outro modelo de acordo de investimentos⁸³. No entanto, não necessariamente esta decisão comprometeu a nossa atratividade para investidores externos, afinal, como vimos, estes acordos funcionam apenas como um complemento à promoção de investimentos, aliados a conjunturas internas já instaladas no país receptor, como instituições sólidas, estabilidade econômica e infraestrutura.

Talvez por esse motivo, a UNCTAD, em 2015, incluiu em seu relatório cinco elementos a que o Brasil deveria se atentar para aprimorar suas estratégias de atração de IED; (a) promover alto nível de competitividade na economia nacional; (b) promover o IED orientado para exportação; (c) facilitar o acesso a mercados; (d) promover mais fluxos de IED nas regiões menos desenvolvidas; (e) criar instituições de promoção do IED⁸⁴.

A despeito da ausência de acordos de investimentos, o Brasil se tornou, ao longo das últimas duas décadas, um dos principais destinos de investimento estrangeiro direto (IED) do mundo⁸⁵, mantendo a já atrativa posição e confirmando que a ausência de ratificação de BITs não prejudicou sua atratividade para investidores. A grande mudança, na verdade, ficou a cargo do crescimento exponencial dos fluxos de investimentos brasileiros para o exterior neste mesmo período, dos últimos vinte anos. Entre 2007 e 2017, o volume de capitais brasileiros no exterior percebeu aumento de 153%, com destaque para os investimentos diretos no exterior, que saltaram de US\$ 142 bilhões para US\$ 387 bilhões, como se vê no gráfico abaixo:

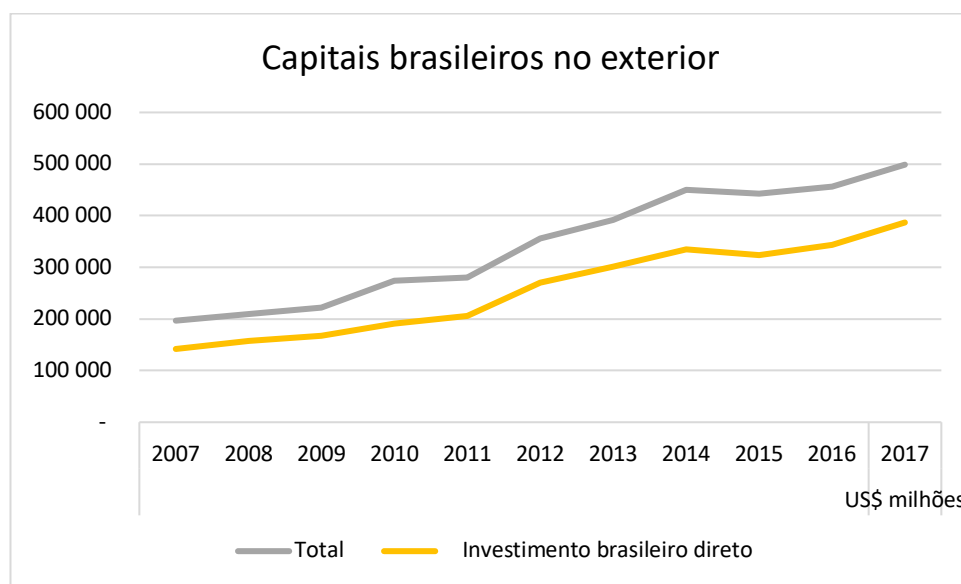
⁸² MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos*.

⁸³ MOROSINI, Fábio; BADIN, Michelle R. S. The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): A New Formula for International Investment Agreements? *Investment Treaty News Quarterly*, Issue 3, Vol. 6, August 2015, p. 3-5, pp. 3.

⁸⁴ AMAL, Mohamed; KEGEL, Patrícia Luíza. Investimento Direito Externo, Comércio Internacional e Desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *Comércio Internacional e Desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 141-180, pp. 178.

⁸⁵ UNCTAD. *World Investment Report 2018 – Reforming International Investment Governance*, p. 5.

GRÁFICO 1 – EVOLUÇÃO DO CAPITAL BRASILEIRO NO EXTERIOR



Fonte: Banco Central do Brasil⁸⁶ / Elaboração própria.

A maior participação de investimentos brasileiros no exterior inverteu a lógica de análise da proteção de investimentos, que passou a integrar o rol de prioridades do governo brasileiro dado o número cada vez maior de empresas brasileiras no exterior. A melhor doutrina também se alinha a este entendimento, da necessidade de adoção de medidas para assegurar maior proteção aos investidores nacionais, acompanhando o fenômeno da globalização jurídica no mesmo passo em que as empresas brasileiras se internacionalizaram⁸⁷.

Diante desse cenário, para muitos autores⁸⁸, a única justificativa para a manutenção de uma postura conservadora brasileira em relação aos acordos de investimento era de raiz ideológica, que permeia boa parte das decisões de política externa do país. Foi então que, por iniciativa de grupos de trabalho interministeriais, organizados a partir do esforço conjunto do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (MDIC), do Ministério das Relações Exteriores (MRE) e da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), um novo modelo de acordo

⁸⁶ Os dados do Banco Central do Brasil para investimento brasileiro direto englobam tanto a participação no capital de empresas no exterior quando os empréstimos internacionais.

⁸⁷ MATIAS, Eduardo F. P. Instrumentos Internacionais de proteção aos investimentos. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de O. *Doutrinas Essenciais Direito Internacional*. V. 2: Direito Internacional Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 281.

⁸⁸ WALD, Arnoldo. Uma nova visão dos tratados de proteção de investimento. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Doutrinas Essenciais Direito Internacional*. V. 5: Direito do Comércio Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1181-1183; COSTA, José. A. F.; LUÍS, Daniel T.; GABRIEL, Vivian. D. R. Aplicabilidade dos Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos no Brasil. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, Brasília, v. 11, no. 2, p. 92-118, 2016, pp. 93; BARBOSA, Rubens. Proteção de Investimentos no exterior. *O Estadão*. São Paulo, 24 fev. 2009.

de investimentos foi elaborado para o Brasil. É o Acordo de Proteção e Facilitação de Investimentos (ACFI), tópico da próxima subseção.

1.3 ACFI

Alheio aos acordos multilaterais de proteção do investimento, como a Convenção de Washington, e sem jamais ratificar nenhum BIT, o primeiro grande passo do Brasil em direção a um regime de investimentos se deu com o desenvolvimento dos Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos, em 2015. Foi quando o governo brasileiro, em consultas com o setor privado, inaugurou um modelo de proteção dos investimentos brasileiros no exterior que levasse em conta as particularidades dos interesses do país, preservando os pontos positivos de acordos de investimentos tradicionais. Este movimento respondeu à necessidade de inaugurar uma forma de proteger os interesses e os investimentos das empresas brasileiras no exterior que, como se viu, cresceram dramaticamente nos últimos dez anos.

Os ACFIs despontaram como uma rara alternativa ao sistema econômico liberal e suas regras, oferecendo uma resposta pragmática baseada nas necessidades domésticas do Brasil e em sua posição geoeconômica⁸⁹. Até agora, sete ACFIs foram assinados com os seguintes países: Moçambique (30/03/2015), Angola (01/04/2015), Malawi (25/06/2015), México (26/05/2015); Colômbia (09/10/2015), Chile (23/11/2015) e Peru⁹⁰ (28/04/2016)⁹¹. Foi também assinado o Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (07/04/2017), no âmbito do Mercosul, que tomou por base o modelo inaugurado pelos ACFIs⁹², e por este motivo também será objeto de estudo da presente investigação.

Nas subseções seguintes, buscaremos compreender o escopo dos ACFIs, analisando o contexto de seu surgimento e o conjunto de suas características (Seção 1.3.1), bem como avaliando o caráter inovador trazido pelos dispositivos que compõem este novo modelo de acordo de investimentos (Seção 1.3.2).

⁸⁹ MOROSINI, Fábio; BADIN, Michelle R. S. The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): A New Formula for International Investment Agreements? *Investment Treaty News Quarterly*, Issue 3, Vol. 6, August 2015, p. 3-5, pp. 3.

⁹⁰ Em verdade, o acordo assinado entre Brasil e Peru é um Acordo de Ampliação Econômico-Comercial, o mais amplo acordo temático bilateral já concluído pelo Brasil. Contém capítulos sobre compras governamentais, investimentos e serviços. Este acordo entra no rol de ACFIs porque seu segundo capítulo, que cuida de investimentos, foi elaborado segundo esse modelo. Assim, todas as referências neste trabalho ao ACFI firmado entre Brasil e Peru se referem ao capítulo segundo do Acordo de Ampliação Econômico-Comercial Brasil-Peru. Cf. INTERNATIONAL CENTRE FOR TRADE AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT. *Brasil e Peru assinam Acordo de Ampliação Econômico-Comercial*. Latin America, Pontes, 6 mai. 2016.

⁹¹ BRASIL. *Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos*. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços.

⁹² BRASIL. *Mercosul assina acordo inédito para incentivar investimentos dentro do bloco*. Ministério da Indústria Comércio Exterior e Serviços, abril 2017.

1.3.1 Breves considerações sobre os ACFIs e suas variáveis de sucesso

Hoschiedt⁹³ argumenta que as negociações interministeriais que resultaram na elaboração dos ACFIs foram desencadeadas por três principais condicionantes político-econômicos: (a) a política industrial assumida pelo MDIC pós redemocratização; (b) a estratégia de aproximação Sul-Sul encabeçada pelo MRE, que privilegiou de forma sistemática as relações com países em desenvolvimento; e (c) o aumento de investimento direto brasileiro no exterior. Estes elementos teriam contribuído tanto para o modelo de acordo adotado quanto para a escolha dos eventuais países parceiros.

A política industrial brasileira que deu origem ao ACFI, isto é, a do governo Lula e primeiros anos do governo Dilma, assumiram ações que visavam a inserção das empresas brasileiras no exterior⁹⁴. Tal internacionalização não implicava apenas em um aumento das exportações, mas também no fortalecimento da concorrência, no impulso à inovação e na melhoria da imagem das empresas brasileiras⁹⁵ no exterior, como estratégias para seu fortalecimento.

No Plano Brasil Maior (PBM), lançado em 2011, enfatizou-se a internacionalização das empresas brasileiras, com destaque para o propósito de “diversificar as exportações e promover a internacionalização das empresas brasileiras”⁹⁶. Já em 2015, no segundo governo Dilma, o MDIC lançou o Plano Nacional de Exportações (PNE), que buscava corrigir as falhas que conduziram à não ratificação dos BITs nos anos 1990⁹⁷. Trata-se do primeiro documento oficial a mencionar os ACFIs:

o Brasil buscará concluir e ampliar as negociações do modelo brasileiro de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI), com foco inicial na América Latina, na África e no Oriente Médio. Os acordos de investimentos contribuem para estimular, acelerar e apoiar os investimentos no exterior, dinamizar a pauta comercial e abrir novas iniciativas de integração. Dessa maneira, esses acordos apoiam o movimento de internacionalização de empresas brasileiras em países nos quais o Brasil possui interesse ativo⁹⁸. (grifos nossos)

⁹³ HOSCHIEDT, Matheus M. *Análise da assinatura de Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) pelo Brasil*. 2015. 72 f. Trabalho de conclusão de Curso (Bacharelado) – Curso de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2015, p. 24.

⁹⁴ BRASIL. *Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior do Governo Federal*. Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI). Brasília: 2006, p. 24.

⁹⁵ HOSCHIEDT, Op. cit., p. 27.

⁹⁶ BRASIL. *Relatório de Acompanhamento das Agendas Estratégicas Setoriais*. Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI). Brasília: 2014, p. 18.

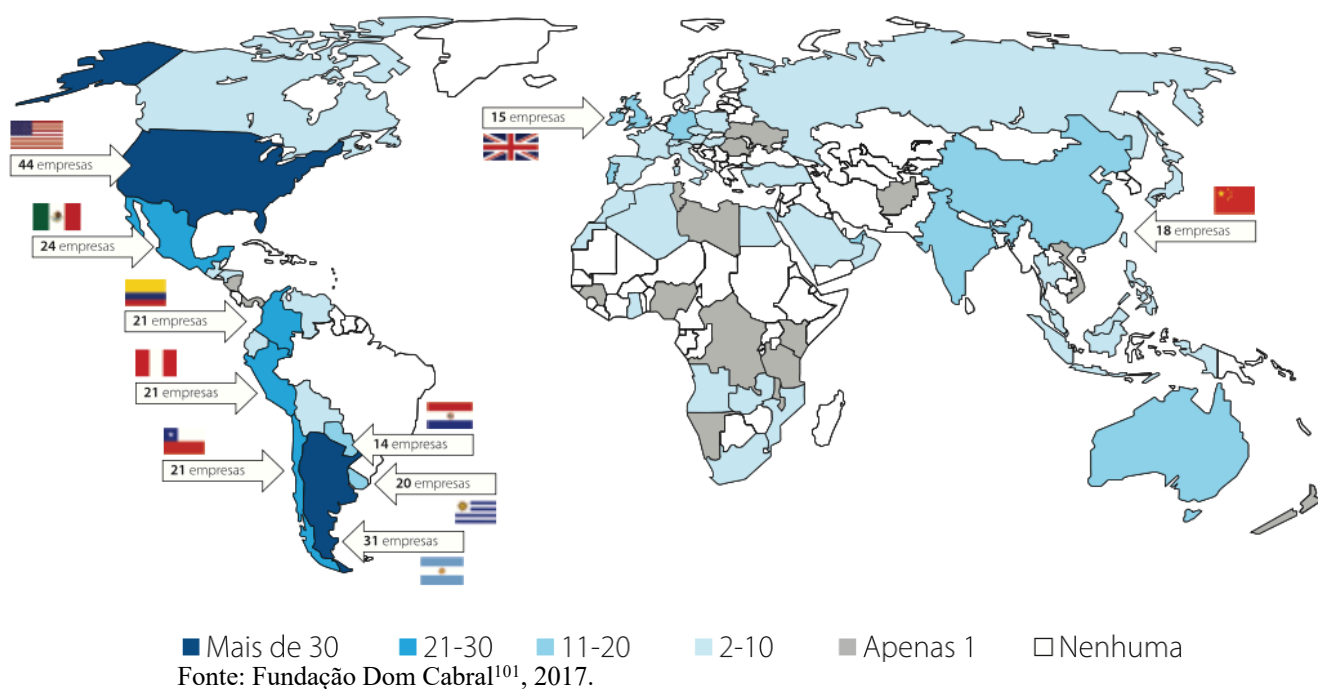
⁹⁷ HOSCHIEDT, Op. cit. p. 27-28.

⁹⁸ BRASIL. *Cooperação internacional em inovação. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços*, 2015, p. 7.

Quanto à elaboração dos ACFIs como parte da agenda de cooperação Sul-Sul, percebe-se, ao retirar a arbitragem investidor-Estado do escopo do acordo e prever o que mais se assemelha a um fórum de diálogo para resolução de conflitos por via diplomática⁹⁹, como será detalhado ao longo deste trabalho, um enquadramento geral nesta estratégia. A Cooperação Sul-Sul consiste na adoção de diversas iniciativas a fim de ampliar e fortalecer as relações do governo brasileiro com países em desenvolvimento, abrangendo ações como ajuda humanitária, cooperação técnica e acadêmica, contribuições para organizações internacionais, entre outros¹⁰⁰.

E o último elemento diz respeito ao aumento dos investimentos diretos brasileiros no exterior, com ênfase nos destinos destes investimentos. Veja-se abaixo:

FIGURA 1 PARTICIPAÇÃO DAS EMPRESAS BRASILEIRAS NO EXTERIOR



⁹⁹ HOSCHEIDT, Matheus M. *Análise da assinatura de Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) pelo Brasil*. 2015. 72 f. Trabalho de conclusão de Curso (Bacharelado) – Curso de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2015, p. 36.

¹⁰⁰ CINTRA, Marcos A. (org). *Cooperação Brasileira para o Desenvolvimento Internacional 2005-2009*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Agência Brasileira de Cooperação, 2010, p. 19.

¹⁰¹ BARAKAT, L. L.; et. al. *Ranking FDC das Multinacionais Brasileiras 2017*. 12a edição. Fundação Dom Cabral, 2017, p. 64.

TABELA 1 - PAÍSES COM MAIOR PRESENÇA DE EMPRESAS BRASILEIRAS

POSIÇÃO	PAÍS	NÚMERO DE EMPRESAS
1	Estados Unidos	40
2	Argentina	31
3	Chile	25
4	Colômbia	23
5	China	22
6	México	21
7	Peru	20
8	Uruguai	19
9	Reino Unido	16
10	Paraguai	15
11	Alemanha	12
11	Espanha	12
11	França	12
11	Japão	12

Fonte: Fundação Dom Cabral¹⁰², 2016.

A análise dos diferentes aspectos do investimento direto brasileiro permite identificar tendências recentes, tanto no que se relaciona à evolução dos fluxos (crescimento exponencial na última década), quanto aos seus principais destinos. Esta recente trajetória de aumento no fluxo de investimentos brasileiros no exterior favorece o interesse na criação de dispositivos que protejam os interesses dos investidores brasileiros, desenvolvendo mecanismos que possam zelar pela segurança dos investimentos já existentes e promover novas inversões.

A diversificação de parceiros pode servir de impulso ao fomento de estruturas que minimizem os riscos associados ao IDE, especialmente quando se destinam a países com maior risco econômico e político, como os países africanos, Venezuela, México e Paraguai. Veja-se que, com a assinatura do PCFI, acordo firmado com o Mercosul nos moldes do ACFI, o rol destes acordos de investimentos passa a abarcar sete dos dez principais destinos de internacionalização de empresas brasileiras¹⁰³, alcançando parcela significativa dos investimentos brasileiros no exterior¹⁰⁴.

¹⁰² BARAKAT, L. L.; et. al. *Ranking FDC das Multinacionais Brasileiras 2016*. 11a edição. Fundação Dom Cabral, 2016, p. 71-72.

¹⁰³ Ver Figura 1 e Tabela 1.

¹⁰⁴ COZENDEY, Carlos; NETO, Abrão Árabe. *Um balanço até aqui dos acordos de investimentos*. Valor Econômico, São Paulo, 29 de maio de 2017.

1.3.2 Inovações e avanços dos ACFIs em comparação com os BITs

Pelos motivos expostos na subseção anterior, o modelo de ACFI foi elaborado levando em consideração as especificidades econômicas de um país em desenvolvimento: cada vez mais um país de origem de investimentos transnacionais, porém ainda predominantemente receptor de capital. Esta combinação que favorece a triangulação de investimentos no exterior¹⁰⁵, exigindo um delicado equilíbrio entre diversos interesses que divergem e, ao mesmo tempo, se confundem:

(...) exige um equilíbrio delicado entre os interesses de promoção dos investimentos brasileiros no exterior, os interesses de proteção dos investidores brasileiros no exterior, os interesses de atracado de investimentos estrangeiros para o Brasil e os interesses de preservação da autonomia de gestão e administração de políticas públicas pelo Estado nacional¹⁰⁶.

Assim, o ACFI é produto de narrativas que se cruzam: movimentos que contestavam a imparcialidade e a disparidade das relações econômicas cristalizadas nos tradicionais modelos de BIT e a busca por uma alternativa genuinamente brasileira.

Depois do fracasso em ratificar os BITs assinados na década de 1990, o esforço em pensar um modelo de proteção de investimentos no Brasil foi sendo paulatinamente retomado, por iniciativa do MDIC, que manteve o tópico em sua agenda, aventando possibilidades para uma regulação alternativa de investimentos no âmbito internacional. Estes esforços primeiramente compreenderam relações externas com o Mercosul e outros países sul-americanos para então assumirem contornos do Sul global: África, Ásia e a América Latina¹⁰⁷.

Somente em 2012, no entanto, é que a Câmara de Comércio Exterior (CAMEX) criou um Grupo de Trabalho de Estudos Estratégicos de Comércio Exterior (GTEX), que ficaria responsável pela redação deste novo acordo de investimento. O trabalho do GTEX contou com a colaboração de organismos internacionais, estudos de *benchmarking*, além de consultas com o setor privado.

Pela liderança da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX), do MDIC, em 2013, um modelo foi finalmente aprovado pela CAMEX, e proposto para países com alta concentração de empresas brasileiras, mas que também ofereciam alto risco e, portanto, necessitavam em maior medida de proteção para o capital no exterior¹⁰⁸. A cooperação constante observada pelas instituições governamentais quando da elaboração do novo modelo de acordo, mediada por

¹⁰⁵ MOROSINI, Fábio; BADIN, Michelle R. S. The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): A New Formula for International Investment Agreements? *Investment Treaty News Quarterly*, Issue 3, Vol. 6, August 2015, p. 3-5, pp. 3.

¹⁰⁶ COZENDEY, Carlos M. B.; CAVALCANTE, Pedro M. Novas Perspectivas para Acordos Internacionais de Investimentos – O Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI). *Cadernos de Política Exterior*, ano I, número 2, 2015, p. 87-110, pp. 87.

¹⁰⁷ MOROSINI, et. al., Op. cit., pp. 3.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 3.

ação diplomática e respeito à legislação nacional foram os alicerces do ACFI¹⁰⁹, que também por este motivo, foi recebido como iniciativa pioneira e inovadora pela comunidade internacional¹¹⁰.

O modelo aprovado pela CAMEX descarta os dispositivos mais controversos dos BITs tradicionais, que conduziram precisamente à sua não-ratificação, como o da livre-escolha do investidor entre instaurar um procedimento arbitral ou em recorrer às cortes locais como mecanismo de solução de controvérsias investidor-Estado¹¹¹. Ao contrário, adota um modelo de prevenção de controvérsias, mantendo a possibilidade de arbitragem entre Estados, como no sistema multilateral de comércio. O escopo se especializa nos investimentos diretos, e há inovação de dispositivos para promover investimentos recíprocos através de (uma promessa de) maior cooperação entre os Estados e da adoção de estratégias que facilitem os investimentos¹¹².

O MDIC¹¹³ assim comenta o contexto de criação e a proposta inovadora apresentada pelos ACFIs:

(...) o ACFI constitui-se em uma alternativa inovadora em relação aos tradicionais acordos de investimentos, buscando superar suas limitações e enfoque litigante e fomentando uma interação mais dinâmica e de longo prazo entre as Partes. O modelo reconhece o papel imprescindível dos governos em incentivar um ambiente favorável para investimentos, que atenda tanto aos anseios do setor privado como às necessidades de desenvolvimento dos países signatários do acordo”.

Especificamente, a proposta trazida pelo ACFI é a criação de um novo modelo de acordo de investimentos que esteja ancorado em três pilares: “(a) mitigação de riscos; (b) governança institucional e (c) agendas temáticas para cooperação e facilitação dos investimentos”¹¹⁴.

Além disso, o ACFI propõe um *Ombudsmen* de investimentos, proposta pioneira da CAMEX ausente na maioria dos países do mundo, bem como a criação de um Comitê Conjunto, que seria composto por representantes dos governos de ambas as partes. Nisto consistiria o núcleo duro do acordo. Os instrumentos supramencionados compõem os elementos necessários

¹⁰⁹ MOROSINI, Fábio; BADIN, Michelle R. S. The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): A New Formula for International Investment Agreements? *Investment Treaty News Quarterly*, Issue 3, Vol. 6, August 2015, p. 3-5, pp. 4.

¹¹⁰ A iniciativa brasileira em incorporar a facilitação dos investimentos em seus acordos internacionais e a tentativa de elaboração de um modelo de acordo de investimentos que atendessem às suas necessidades enquanto país em desenvolvimento foram bem recebidas pelos organismos multilaterais. O tema ganhou relevância na OCDE, na UNCTAD, no G-20 e até na OMC. Cf. COZENDEY, Carlos; NETO, Abrão Árabe. *Um balanço até aqui dos acordos de investimentos*. Valor Econômico, São Paulo, 29 de maio de 2017.

¹¹¹ BRASIL. *Apresentação Geral do Modelo Brasileiro de Acordos de Investimento*. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, p. 1.

¹¹² COZENDEY, Carlos M. B.; CAVALCANTE, Pedro M. Novas Perspectivas para Acordos Internacionais de Investimentos – O Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI). *Cadernos de Política Exterior*, ano I, número 2, 2015, p. 87-110, pp. 106.

¹¹³ BRASIL. *Apresentação Geral do Modelo Brasileiro de Acordos de Investimento*. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, p. 1.

¹¹⁴ *Ibidem.*, p.2.

para concretizar os objetivos que deram origem ao modelo, no sentido de concretizar os compromissos firmados e fortalecer o diálogo entre as partes para manter e expandir os investimentos¹¹⁵.

Para minimizar os riscos e reduzir a exposição do investidor brasileiro, evitando a configuração de situações de conflito com o Estado receptor, o instrumento incorporou diversos dispositivos tradicionais, dentre eles formas expressas de garantias de não discriminação. São os princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida, as cláusulas de transparência, além de novos requisitos especiais para expropriação, compensação e transferência de divisas¹¹⁶. No que tange ao tratamento da nação mais favorecida, a que se debruçará este trabalho no próximo capítulo, o ACFI abarcou diversas exceções.

As cláusulas de responsabilidade social corporativa, que integram cláusulas de transparência, trazem uma inovação interessante, incluindo um elemento derivado das Diretrizes da OCDE para empresas multinacionais¹¹⁷. Tais cláusulas traduzem a expectativa dos Estados em relação aos investidores, em contrapartida ao compromisso de boa recepção dos investimentos estrangeiros. O Brasil tem interesse em promover o reconhecimento internacional dos investimentos que daqui se originam como fator que corrobora para um desenvolvimento sustentável e para a responsabilidade social¹¹⁸.

A proposta do Ombudsman é que haja um ponto focal de contato com o investidor em casa país. Consiste em um portal único para receber questionamentos e inquietações dos investidores, além de centralizar ouvidoria de reclamação sobre a ineficiência de um serviço, por exemplo¹¹⁹. O objetivo é colocar à disposição do investidor brasileiro no exterior, e do investidor estrangeiro no Brasil, um canal centralizado como mecanismo de orientação e solução efetivas das eventuais dificuldades encontradas durante o início e a continuidade dos investimentos¹²⁰.

No que diz respeito à criação de um Comitê Conjunto, o ACFI lhe prevê amplas atribuições de administração, promoção de investimentos, acompanhamento da implementação do acordo e ainda atuação na prevenção de controvérsias. Com representantes dos governos de

¹¹⁵ BRASIL. *Apresentação Geral do Modelo Brasileiro de Acordos de Investimento*. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, p.2.

¹¹⁶ *Ibidem.*, p.2.

¹¹⁷ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*. Paris, 2008, p. 14.

¹¹⁸ COZENDEY, Carlos M. B.; CAVALCANTE, Pedro M. Novas Perspectivas para Acordos Internacionais de Investimentos – O Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI). *Cadernos de Política Exterior*, ano I, número 2, 2015, p. 87-110, pp. 107.

¹¹⁹ BRASIL. *Decreto no. 8.863*: Dispõe sobre a criação, a estrutura e as atribuições do Ombudsman de Investimentos Diretos e dá outras providências. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. 28 set. 2016.

¹²⁰ BRASIL. *Ombudsman de Investimentos Diretos – OID*. Secretaria-Executiva da Câmara de Comércio Exterior: Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços.

ambas as partes do acordo, monitoram a implementação do Acordo, identificam oportunidades para novos investimentos e coordenam agendas de temas comuns¹²¹.

Essas agendas temáticas em comum abarcam programas de transferência de fundos, procedimentos de visto, licenças e certificados técnicos e ambientais, assim como provisões relacionadas à cooperação institucional. Também estão relacionadas às demandas dos países em desenvolvimento por transferência de tecnologia, *capacity building*, e outros ganhos de desenvolvimento a partir do investimento estrangeiro. Há um entendimento ainda de que o benefício do país receptor não deve ser percebido apenas de forma financeira, mas como um impacto positivo generalizado no país criado a partir da entrada de investimentos estrangeiros, como a criação de empregos¹²².

Neste sentido, o modelo de ACFI avança para além das regras formais, com contornos que envolvem interesses domésticos para os países receptores e exportadores de capital, e incentivam os representantes governamentais a avançarem nas agendas de interesse mútuo e efetivamente fortaleceram a cooperação, facilitando e promovendo investimentos reciprocamente.

Outra função-chave do Comitê Conjunto é a prevenção de controvérsias, seguindo recomendações da UNCTAD¹²³, de que “mecanismos de prevenção economizam tempo e dinheiro, além de promoverem uma solução negocial que evite a escalada de disputa e preserve uma relação amistosa entre as Partes”¹²⁴. A ideia é que os representantes de ambos os governos busquem uma solução negocial, compartilhando suas perspectivas sobre o conflito quase como num fórum de negociação.

Desta forma, o modelo brasileiro de acordos de investimento, ACFI, propõe, em resumo:

- a) um instrumento dinâmico que possibilite um espaço de construção gradual de compromissos específicos entre as Partes;
- b) o estabelecimento de agendas - efetivas - de cooperação e facilitação de investimentos;

¹²¹ COZENDEY, Carlos M. B.; CAVALCANTE, Pedro M. Novas Perspectivas para Acordos Internacionais de Investimentos – O Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI). *Cadernos de Política Exterior*, ano I, número 2, 2015, p. 87-110, pp. 108.

¹²² MOROSINI, Fábio; BADIN, Michelle R. S. The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): A New Formula for International Investment Agreements? *Investment Treaty News Quarterly*, Issue 3, Vol. 6, August 2015, p. 3-5, pp. 4.

¹²³ UNCTAD. Reform of investor-state dispute settlement: in search of a roadmap. *IIA Issues*, June, 2013, Note no. 2, p. 5.

¹²⁴ Tradução nossa. Trecho original em inglês: “*ADR methods can help to save time and money, and a mutually acceptable solution, prevent escalation of the dispute and preserve a workable relationship between the disputing parties*”.

- c) incentivo à responsabilidade social, corporativa e ambiental dos investidores envolvidos; e
- d) preferência de mecanismos de prevenção de controvérsias e soluções negociais, anteriores à instalação de um procedimento arbitral.

QUADRO 1 – QUADRO COMPARATIVO ACFIS VS. BITS NO BRASIL

	ACFIs	BITs
Preâmbulo	Garantir equilíbrio entre os distintos interesses envolvidos: do investidor, do Estado e da sociedade.	Assegurar a proteção aos investimentos
Investidor/Investimento	Definição mais restrita adequada aos interesses do Estado receptor de investimentos.	Definição excessivamente abrangente.
Standards de proteção de investimentos	Tratamento nacional e tratamento da nação mais favorecida	Tratamento nacional, tratamento da nação mais favorecida e tratamento justo e equitativo
Mecanismos de solução de controvérsias	Não admissão de procedimentos arbitrais para solucionar controvérsias investidor-Estado. Procedimentos arbitrais apenas para conflitos entre Estados.	Discricionariedade do investidor em escolher se instaura um procedimento arbitral para solucionar controvérsias investidor-Estado ou se recorre às cortes locais.
Inovações	<i>Ombudsman</i> e Comitê Conjunto	

Elaboração própria.

Em razão de ter se mantido isolado da regulamentação do fluxo internacional de investimentos por tanto tempo, mais especificamente, até 2015, quando o primeiro ACFI foi assinado, o Brasil pode redefinir, sobre parâmetros mais equilibrados e com alguma liberdade, aquilo que lhe convinha enquanto acordo de investimentos.

Neste capítulo apontamos algumas das razões que motivaram o Brasil a manter-se distante da lógica de criação de condições especiais para atrair o investidor estrangeiro. Com a elaboração dos ACFIs, buscou-se dirimir os problemas apresentados quando da assinatura dos BITs da década de 1990, evidenciando uma notável modificação da postura do país em relação à regulamentação internacional dos investimentos estrangeiros. Sua elaboração se deu a partir de uma iniciativa interministerial, em contato com o setor privado e com foco na cooperação entre os Estados e na prevenção de conflitos.

Quanto às mudanças e inovações trazidas por este modelo de acordo de investimentos, e expressas na tabela, observa-se que a preocupação em preservar a autonomia legislativa do Estado no preâmbulo dos ACFIs é bastante positiva, mas deveria constar expressamente no tratado, visto que o preâmbulo, ainda que corrobore a interpretação, é incapaz de vincular direitos e/ou obrigações.

No que diz respeito às definições mais restritas de investimento e investidor, este formato é mais adequado aos interesses do país receptor de investimentos. Contudo, definições

demasiadamente restritas retiram da proteção grande número de investidores. Sobre os standards de proteção de investimentos, contatam-se duas omissões importantes no texto: a garantia de plena proteção e segurança e a cláusula de tratamento justo e equitativo. São alguns aspectos negativos, que podem desequilibrar os interesses Estado-investidor. Já o novo sistema de resolução de controvérsias, ainda que admita mecanismo arbitral para conflitos entre Estados, não expressa, no texto do ACFI, consentimento por si só à arbitragem.

O sucesso deste novo modelo ainda não pode ser afirmado, visto que a formulação de políticas públicas contém componente experimental que somente poderá ser verificado na prática uma vez que os acordos entrarem em vigor e apresentarem seus primeiros conflitos. O modelo obteve recepção favorável junto dos círculos acadêmicos internacionais e agentes econômicos, e enfrentará o desafio de propor um equilíbrio entre proteção e promoção de investimentos capaz de tornar o acordo mais favorável ao desenvolvimento.

CAPÍTULO 2: CLÁUSULAS NMF E SUAS APLICAÇÕES EM COMÉRCIO INTERNACIONAL E EM MATÉRIA DE INVESTIMENTOS

A cláusula da nação mais favorecida, que positiva o tratamento da nação mais favorecida, tem suas origens no comércio internacional, ganhando cada vez mais espaço no direito internacional de investimentos. Seu estudo é particularmente relevante quando analisamos novos modelos de acordos internacionais, pois, em razão de seu escopo de aplicação, a inserção de cláusula NMF em acordos pode alterar sobremaneira os efeitos que sua ratificação pode trazer para as Partes. Nesse sentido, é fundamental analisar como o tratamento NMF foi inserido nos acordos de investimento assinados pelo Brasil, tanto nos BITs jamais ratificados da década de 1990, quanto nos ACFIs, a fim de verificar se as cláusulas NMF impedem que se concretizem os propósitos de criação dos ACFIs.

Antes de proceder a esta análise, compreendamos como este conceito foi desenvolvido (Seção 2.1), o tratamento que encerra e suas funções (Seção 2.2), bem com as aplicações das cláusulas NMF relevantes para este trabalho, isto é, em comércio internacional e em investimentos (Seção 2.3)

2.1 Breve contexto histórico sobre as cláusulas NMF

Como cláusula que, em linhas gerais, garante o tratamento mais favorável já concedido a um terceiro à contraparte de um acordo-base, a cláusula da nação mais favorecida é um dos elementos mais importantes do comércio internacional, tendo ganhado espaço no antitruste¹²⁵ e, principalmente, em matéria de investimentos. Em razão da possibilidade de importação de provisões materiais e procedimentais de outros acordos, a análise do escopo de aplicação deste tratamento é sempre relevante quando se avalia os impactos de um novo acordo. Eis porque dedicaremos este capítulo a compreender o conceito e as aplicações da cláusula NMF, para, em seguida, analisarmos os efeitos de sua inclusão nos ACFIs brasileiros.

O tratamento da NMF foi uma das principais obrigações da política comercial da Carta de Havana¹²⁶, na qual os Membros deveriam assumir a obrigação de “não discriminar os

¹²⁵ Cf. ATHAYDE, Amanda. *Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica*. São Paulo: Singular, 2017, pp. 301-326.

¹²⁶ Entre 1945 e 1948, o esforço conjunto da comunidade internacional em criar uma entidade multilateral do comércio foi materializado na Carta de Havana, que criou a primeira versão desta entidade, conhecida como *International Trade Organization (ITO)*. Ainda que nunca tenha efetivamente produzido seus efeitos pretendidos, culminou na elaboração do Acordo Geral sobre Comércio e Tarifas (GATT) 1994, que deu origem, mais tarde, à Organização Mundial do Comércio (OMC) tal qual a conhecemos hoje. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Carta de Havana*, abril de 1948; WILCOX, Clair. *A Charter for World Trade*. Nova York: Macmillan, 1949.

investidores estrangeiros”¹²⁷. A inclusão de cláusulas NMF tornou-se uma prática regular em diversos acordos bilaterais, regionais e multilaterais de comércio e de investimentos, sobretudo após a positivação deste tratamento no Acordo Geral sobre Comércio e Tarifas (GATT) 1994, tendo contribuído significativamente para a liberalização do comércio.

Antes disso, no entanto, na década de 1930, uma onda protecionista assolou a comunidade internacional, que se recuperava economicamente da Grande Depressão¹²⁸. Vários sistemas passaram a limitar o tratamento não-discriminatório, adotando medidas comerciais mais restritivas. Acredita-se que esses limites tenham dividido a economia mundial em blocos comerciais, o que, eventualmente, levou à Segunda Guerra Mundial. Lições foram aprendidas com este erro e, na esteira da Segunda Guerra Mundial, uma cláusula NMF incondicional foi incluída no GATT em 1947¹²⁹, contribuindo para a estabilidade do comércio global. Quase cinquenta anos depois, em 1995, surge a OMC. Considerando este contexto, o tratamento NMF, em particular, deve ser reconhecido como um pilar fundamental para sustentar o sistema multilateral de comércio.

Ao longo de sua história, a estrutura normativa da cláusula da nação mais favorecida (CNMF) tem variado de acordo com as adaptações que são exigidas pelo caso concreto, adotando novas formas. O que a torna *sui generis*, no entanto, não são suas variações e flutuações, mas principalmente a perenidade de suas características funcionais¹³⁰. Ou seja, enquanto a interação dinâmica entre as estruturas modifica a ordem econômica internacional, o núcleo duro da cláusula da nação mais favorecida permanece intacto, não sendo afetado pelas particularidades das conjunturas históricas.

Como instituto do direito internacional econômico de cooperação, o tratamento da nação mais favorecida incita as partes-contratantes à interdependência econômica, encorajando a sincronização de interesses. O caráter positivo do tratamento da nação mais favorecida (TNMF) consiste em um discurso jurídico de mútua cooperação que estende as concessões aos seus agentes econômicos, acumulando os benefícios reciprocamente acordados¹³¹.

Para compreender o papel desempenhado pela cláusula da nação mais favorecida em investimento estrangeiros, será analisado, primeiramente, o conceito de tratamento da nação

¹²⁷ CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. *Droit international économique*. 4a ed. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998, p. 56-57.

¹²⁸ BHAGWATI, Jagdish; PANAGARIYA, Arvind. The Theory of Preferential Trade Agreements: Historical Evolution and Current Trends. *The American Economic Review*, [s.l.], v. 86, n. 2, 1996, p. 82-87.

¹²⁹ VAN DEN BOSSCHE, Peter. *The law and policy of the World Trade Organization: text, cases and materials*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 78.

¹³⁰ SAKR, Rafael Lima. *A cláusula da nação mais favorecida na ordem econômica internacional: uma investigação sobre o discurso jurídico do artigo I: 1 do GATT*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2010, p. 241.

¹³¹ VAN DEN BOSSCHE, Op.cit., p. 320-321.

mais favorecida, a fim de discriminar suas funcionalidades principais. Em seguida, buscar-se-á compreender como se estrutura no sistema multilateral de comércio, contexto de seu surgimento, para então adentrar o estudo da aplicação desta cláusula em matéria de investimentos.

2.2. Conceito da cláusula NMF e suas funções

O tratamento da nação mais favorecida é o núcleo substantivo da cláusula da nação mais favorecida, no qual estão estabelecidas suas funções essenciais. Trata-se de um discurso jurídico-normativo que estrutura a obrigação de tratar a parte-beneficiária em termos iguais ou não menos favoráveis do que aqueles já concedidos a terceiros, em relação a determinado escopo material¹³².

As principais funções exercidas pelo TNMF podem ser resumidas, em termos gerais, por encerrarem o princípio da não-discriminação, na exigência de constante supervisão das relações internacionais, cujas mudanças exigem a constante adaptação das obrigações previstas. Assim, Schwarzenberger sinaliza duas marcas singulares do tratamento da nação mais favorecida, decorrentes do caráter automático e incondicionado de sua aplicação, são: a continuidade no tempo e a universalidade no espaço¹³³. Schwarzenberger nos explica ainda que, como seu conteúdo é variável e abarca apenas o tema do acordo em que é inserida¹³⁴, uma cláusula que enseje o tratamento de nação mais favorecida, na ausência de qualquer obrigação contraída perante terceiros Estados, não imputa qualquer comportamento às Partes¹³⁵.

O autor discrimina quatro condições sobre as quais as Partes contratantes devem concordar para que o tratamento da nação mais favorecida seja positivado: (i) a clareza do escopo de abrangência material do instituto; (ii) a contínua cooperação entre as partes; (iii) a aceitação do tratamento igualitário e não discriminatório em relação a terceiras partes; e (iv) a necessidade de constante monitoramento das relações com terceiras partes¹³⁶. A partir deste

¹³² USTOR, Endre. Third Report of the Special Rapporteur. *Yearbook of the International Law*, [s.l.], v. II, 1972, p. 164.

¹³³ SCHWARZENBERGER, Georg. *International law and order*. Londres: Stevens & Sons, 1971, p. 133-134.

¹³⁴ Trata-se do princípio *ejusdem generis*, regra segundo a qual as cláusulas NMF só podem incidir sobre um tema da mesma categoria do acordo em que a cláusula foi inserida. Cf. MACKAY, Donald. The *Ejusdem Generis* Principle of Interpretation. *Central Law Journal*, v. 90, 1920, p. 285.

¹³⁵ SCHWARZENBERGER, Georg. The principles and standards of international economic. *Recueil des Cours*, Leiden, v. 117, n. 1, p. 1-96, 1966, p. 71.

¹³⁶ *Ibidem.*, p. 73.

ditame, conseguimos extrair algumas funções¹³⁷ exercidas pelas cláusulas de nação mais favorecida.

A primeira delas seria a função informacional, uma obrigação implícita que exige dos Estados um bom domínio de sua economia e de seu aparato regulatório, a fim de bem calcular os riscos no momento das negociações comerciais, e preparar-se para a constante supervisão das relações econômicas com os demais Estados. No arcabouço jurídico-normativo, o tratamento da nação mais favorecida, que personifica o princípio da não discriminação¹³⁸, passa também a instrumentalizar uma exigência de transparência¹³⁹. Desse modo, o tratamento da nação mais favorecida ganha uma função informacional, que consiste no dever de exercer o devido controle de conhecimento, resultando na diminuição dos custos de transação e no aumento da previsibilidade dos agentes econômicos, o que possibilita a tomada de decisões eficientes e seguras¹⁴⁰.

A segunda, que encerra uma obrigação de cooperação, é a função positiva, que consiste em fomentar as negociações recíprocas de vantagens, promover a cooperação e a interdependência comercial, um dos motores de adaptação das cláusulas NMF. A presença desse imperativo positivo leva a preconizar a elaboração e a adoção de normas de mútua cooperação¹⁴¹, que muito se relaciona com o princípio da reciprocidade e da vantagem mútua do comércio internacional¹⁴². Essa funcionalidade inovadora é responsável por justificar-se, historicamente, como regra ordenadora da ordem econômica internacional¹⁴³. Em síntese, a funcionalidade positiva do tratamento da nação mais favorecida promove a cooperação entre os Estados, instrumentaliza o princípio da reciprocidade nas relações multilaterais de comércio, e confere estabilidade normativa para os agentes econômicos. Passemos agora a compreender as obrigações negativas encerradas por essa cláusula.

¹³⁷ SAKR, Rafael Lima. *A cláusula da nação mais favorecida na ordem econômica internacional: uma investigação sobre o discurso jurídico do artigo I: 1 do GATT*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2010, p. 244-270.

¹³⁸ VAN DEN BOSSCHE, Peter. *The law and policy of the World Trade Organization: text, cases and materials*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 320.

¹³⁹ HOEKMAN, Bernard M.; KOSTECKI, Michel M. *The Political Economy of the World Trading System: The WTO and Beyond*. 2a ed. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 100.

¹⁴⁰ LAFER, Celso. O GATT, a cláusula da nação mais favorecida e a América Latina. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 10, n. 3, p. 41-56, 1971, p. 46.

¹⁴¹ SCHWARZENBERGER, Georg. The principles and standards of international economic. *Recueil des Cours*, Leiden, v. 117, n. 1, p. 1-96, 1966., p. 133.

¹⁴² O princípio da reciprocidade e da vantagem mútua determina, por exemplo, que quando um Membro decide reduzir tarifas sobre produtos importados de um outro Membro, espera-se que as isenções concedidas sejam as mesmas isenções recebidas. Não há um método para estabelecer reciprocidade. Cada Membro determina individualmente qual será o critério utilizado, mas em geral a avaliação final é feita a partir da aceitação das Partes contratantes, que pode se dar, muitas vezes, por razões políticas. Cf. BAILEY, S. H. Reciprocity and the Most-Favoured-Nation Clause. *Economica*, [s.l.], n. 42, 1933, p. 428- 456.

¹⁴³ CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. *Droit international économique*. 4a ed. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998, p. 9.

Assim, além de constituírem um dos tratamentos que encerram a não discriminação, ao lado do tratamento nacional e do tratamento justo e equitativo, as cláusulas de nação mais favorecida têm por objetivo institucionalizar parâmetros jurídico-normativos que garantam às partes segurança e previsibilidade nas relações comerciais existentes, sem abandonar – muito pelo contrário – a possibilidade de aprofundamento em novas interações.

A terceira, a função negativa, que encerra a obrigação negativa de vedar tratamento discriminatório, exigindo dos Estados que estendam, incondicionada e automaticamente, as vantagens anteriormente já outorgadas aos seus atuais parceiros. A função negativa do tratamento da nação mais favorecida consiste na proibição do tratamento discriminatório, o coração do sistema multilateral de comércio, instrumentalizado pelo tratamento da nação mais favorecida. O princípio da não-discriminação encontra-se no preâmbulo do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio e, posteriormente, na ratificação pelo Acordo Constitutivo da OMC, respectivamente:

Almejando contribuir para a consecução desses objetivos, mediante a conclusão de acordos recíprocos e mutuamente vantajosos, visando à redução substancial das tarifas aduaneiras e de outras barreiras às permutas comerciais e à eliminação do tratamento discriminatório, em matéria de comércio internacional¹⁴⁴

Desejosas de contribuir para a consecução desses objetivos mediante a celebração de acordos destinados a obter, na base da reciprocidade e de vantagens mútuas, a redução substancial das tarifas aduaneiras e dos demais obstáculos ao comércio, assim como a eliminação do tratamento discriminatório nas relações comerciais internacionais¹⁴⁵.

A quarta é a estabilizadora, que visa esse exercício constante de contrapartida: à medida em que se adquire vantagens, benefícios são também concedidos na mesma medida. Como o tratamento da nação mais favorecida apresenta uma estrutura normativa flexível que não requer a obediência *a priori* de qualquer conduta definida ou objetiva, sua operação depende ou determina a concessão de vantagens do Estado-promissor a terceiros Estados, as quais, em via reflexa, são estendidas ao Estado-beneficiário¹⁴⁶. Dessa maneira, a dinâmica do tratamento da nação mais favorecida, no que diz respeito aos direitos e obrigações fruídos, consiste na exata contrapartida dos benefícios outorgados pelo Estado-promissor¹⁴⁷.

As quatro funções da cláusula NMF estão sintetizadas no quadro abaixo:

¹⁴⁴ BRASIL. Lei n. 313, 30 jul. 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 União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 ago. 1948.

¹⁴⁵ BRASIL. Decreto n. 1.355, 30 dez. 1994. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 1994.

¹⁴⁶ USTOR, Endre. Fifth Report of the Special Rapporteur. *Yearbook of the International Law*, [s.l.], v. II, 1974, p. 133.

¹⁴⁷ SCHWARZENBERGER, Georg. The principles and standards of international economic. *Recueil des Cours*, Leiden, v. 117, n. 1, p. 1-96, 1966, p. 71.

QUADRO 2 – FUNÇÕES DA CLÁUSULA DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA

FUNÇÕES DA CNMF	CONTEÚDO	DESCRIÇÃO
Informacional	Clareza de escopo e abrangência material	Obrigação implícita de maior transparência para diminuir os riscos das transações e permitir o constante monitoramento das relações econômicas.
Positiva	Obrigação de cooperação contínua	Promove cooperação entre os Estados e o princípio da reciprocidade, conferindo mais estabilidade e previsibilidade para as relações econômicas.
Negativa	Exigência de tratamento não-discriminatório	Proíbe o tratamento discriminatório, em consonância às bases estruturantes do comércio internacional, origem da noção de tratamento NMF.
Estabilizadora	Monitoramento constante	Envolve a acumulação de vantagens. Direitos e obrigações das Partes existem na exata contrapartida dos benefícios outorgados pelo Estado-promissor a terceiros Estados.

Elaboração própria.

Como nos lembra Schwarzenberger¹⁴⁸, o tratamento de nação mais favorecida se d  de maneira contingente ou relativa, isto é, sua aplicação enseja comparação com o tratamento destinado a outros investidores ou Estados. Neste sentido, a inclusão da cláusula da nação mais favorecida produz o efeito de estender ao país exportador de capital regras mais favoráveis que tenham sido acordadas pelo país receptor de investimentos com terceiros Estados, configurando fenômeno que se conhece por “*free rider*”¹⁴⁹.

Para bem compreendermos este fenômeno, analisemos algumas questões. A cláusula da nação mais favorecida de tipo incondicional está no coração da economia do GATT 1994, constituindo um de seus pilares fundamentais, tendo por objetivo estabelecer e manter, a todo tempo, entre os países interessados, uma igualdade fundamental sem discrimina  o¹⁵⁰. Nessas condições, a positivação do tratamento da nação mais favorecida no GATT 1994 levou à conclusão de diversos acordos que permitiram às Parte contratantes escolher suas vinculações em função de seus interesses, sem deixar de gozar plenamente das medidas de liberalização

¹⁴⁸ SCHWARZENBERGER, Georg. The principles and standards of international economic. *Recueil des Cours*, Leiden, v. 117, n. 1, p. 1-96, 1966, p. 71.

¹⁴⁹ Em português, costuma-se dizer “efeito carona”.

¹⁵⁰ TREBILCOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. *The Regulation of International Trade*. 2a ed. London and New York: Routledge, 1999, p. 114.

adotadas pelos demais – os *free riders* constituíram-se em uma minoria formada, essencialmente, por países desenvolvidos¹⁵¹.

Com efeito, aqueles Países que tivessem ratificado o GATT 1994 encontravam-se em benefício automático e imediato de todas as medidas de liberalização comercial negociadas no passado, sem precisar, contudo, obrigadas a subscrever eles mesmos estes outros acordos¹⁵². Essa consequência do efeito carona decorrente da introdução do tratamento da nação mais favorecida em sua modalidade incondicionada quando da elaboração do GATT 1947 foi mitigada pela adoção de uma ratificação unificada¹⁵³, adotada após a Rodada de Uruguai¹⁵⁴, que introduziu o princípio da reciprocidade das concessões comerciais¹⁵⁵. O efeito carona constitui, assim, uma das maiores dificuldades de aplicação das cláusulas da nação mais favorecida.

2.3 Das aplicações das cláusulas NMF

A grande adaptabilidade que o tratamento NMF pode receber quando positivado nas cláusulas NMF que compõem acordos e tratados fez com que este tratamento, originado no sistema multilateral de comércio, se tornasse relevante também em outros domínios, como antitruste¹⁵⁶ e investimentos. Em atenção ao escopo e à hipótese de pesquisa deste trabalho, analisaremos nas seções seguintes as aplicações das CNMF em comércio internacional (Seção 2.3.1) e em investimentos (Seção 2.3.2).

¹⁵¹ CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. *Droit international économique*. 4a ed. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998, p.55.

¹⁵² *Ibidem.*, p. 55.

¹⁵³ Este modelo de negociação deriva do princípio “*single undertaking*”, fundamental para compreender o funcionamento da OMC, e segundo o qual todos os itens de uma negociação constituem um pacote uno e indivisível, não podendo ser negociados separadamente. “Nada é acordado até que tudo seja acordado”. Cf. WOLFE, Robert. The WTO single undertaking as negotiating technique and constitutive metaphor. *Journal of International Economic Law*, v. 12, n. 4, 2009, p. 835-858.

¹⁵⁴ A Rodada do Uruguai, de sete anos e meio de duração, foi a maior reforma do sistema multilateral de comércio desde a criação do GATT, no final da Segunda Guerra Mundial. Foi a maior negociação comercial da história, e possivelmente a maior negociação de qualquer tipo já realizada. Culminou na substituição do GATT enquanto estrutura pela OMC, e o GATT passou a existir como acordo regente das o comércio de mercadorias, tendo incorporado partes do GATT 1947 e assumido uma nova forma, o GATT 1994. A despeito da aparente confusão terminológica, a OMC se refere de modo generalizado a este último como “GATT”, simplesmente. Cf. Sítio eletrônico da OMC.

¹⁵⁵ TREBILCOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. *The Regulation of International Trade*. 2a ed. London and New York: Routledge, 1999, p. 114. p. 114-115.

¹⁵⁶ Ver Nota de Rodapé no. 125.

2.3.1 Da cláusula NMF em comércio internacional (OMC)

O GATT 1994 sempre esteve ancorado em um conjunto de concessões recíprocas entre os Membros que foram acordadas sob sua égide¹⁵⁷. Buscando incentivar os fluxos econômicos e reduzir as barreiras tarifárias e não tarifárias, a Organização Mundial do Comércio foi criada com o objetivo de institucionalizar o fórum multilateral de negociações comerciais, bem como de garantir o cumprimento das normas pertencentes ao sistema multilateral de comércio¹⁵⁸. Dessa forma, cabe à OMC disciplinar esse ambiente institucionalizado de negociações permanentes, de modo a assegurar que as relações econômicas obedeçam aos parâmetros normativos determinados pelos princípios da OMC, em especial a não-discriminação, a reciprocidade e a transparência.

Em virtude do tratamento da nação mais favorecida, todo Membro da OMC e signatário do GATT 1994 está engajado, portanto, a conferir a todos os Membros as vantagens que ele já ofereceu a algum outro Membro da OMC. Se um Estado A consentir a um Estado B uma redução de dois por cento de suas taxas aduaneiras sobre um determinado produto, ele deverá automaticamente consentir o mesmo desconto para todos os outros produtos similares de Membros¹⁵⁹. Assim, o tratamento da nação mais favorecida fortalece as expectativas dos Membros no processo de negociações comerciais internacionais, ao promover produção, dispersão e, por consequência, supervisão do conhecimento econômico¹⁶⁰.

Considerados os contornos assumidos pelas funções da cláusula da nação mais favorecida no âmbito do comércio internacional, cumpre esclarecer sua manifestação positiva nesse segmento. A positivação do tratamento da nação mais favorecida, no bojo do comércio internacional, se dá a partir de sua introdução no Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), de 1947, em seus artigos I, III:7, V e XVII, incorporados, no GATT 1994.

A noção geral de tratamento da nação mais favorecida é, assim, introduzida pelo Artigo I:1 do GATT 1994¹⁶¹, que exige que os Membros da OMC estendam o tratamento de NMF a produtos similares de outros Membros da OMC no que diz respeito às tarifas, às

¹⁵⁷ *Ibidem.*, p. 27.

¹⁵⁸ VAN DEN BOSSCHE, Peter. *The law and policy of the World Trade Organization: text, cases and materials*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 37.

¹⁵⁹ JACQUET, Jean-Michel; Delebecque, Philippe. *Droit du commerce international*. Paris: Dalloz, 1997, p. 40-41.

¹⁶⁰ *Ibidem.*, p. 41.

¹⁶¹ Em *Canada-Autos*, o Órgão de Apelação explicou que o objeto e a finalidade deste dispositivo é proibir discriminações entre produtos similares oriundos de ou destinados a diferentes países. Em *EC – Seal Products*, o Órgão de Apelação explicou que o artigo encerrava uma fundamental obrigação de não discriminar que constitui um dos pilares centrais do sistema multilateral de comércio.

regulamentações sobre exportações e importações, aos impostos internos e encargos sobre os produtos importados, e aos regulamentos internos¹⁶². Leia-se:

ARTIGO I

TRATAMENTO GERAL DE NAÇÃO MAIS FAVORECIDA

1. Qualquer vantagem, favor, imunidade ou privilégio concedido por uma Parte Contratante em relação a um produto originário de ou destinado a qualquer outro país, será imediata e incondicionalmente estendido ao produtor similar, originário do território de cada uma das outras Partes Contratantes ou ao mesmo destinado. Este dispositivo se refere aos direitos aduaneiros e encargos de toda a natureza que gravem a importação ou a exportação, ou a elas se relacionem, aos que recaiam sobre as transferências internacionais de fundos para pagamento de importações e exportações, digam respeito ao método de arrecadação desses direitos e encargos ou ao conjunto de regulamentos ou formalidades estabelecidas em conexão com a importação e exportação bem como aos assuntos incluídos nos §§ 2 e 4 do art. III¹⁶³.

Em outras palavras, produtos similares (*like products*) de todos os membros da OMC devem receber o mesmo tratamento que o tratamento mais vantajoso concedido por um Membro aos produtos provenientes de um estado ou território sob a jurisdição desse Membro. Não se restringindo à sua menção no Artigo I:1, está também em vários outros dispositivos do GATT 1994¹⁶⁴. O conceito de *like products*, no entanto, gera discussões. Apesar de não conter o conceito preciso dessa expressão no GATT 1994, o Órgão de Apelação da OMC¹⁶⁵ já tentou diversas vezes fixar um entendimento para o termo, hoje já pacificado¹⁶⁶. De forma geral, observa-se que os painéis avaliam, para determinar se os produtos em questão constituem produtos similares, quatro elementos: (a) as características dos produtos, (b) a sua finalidade, (c) a classificação tarifária dos Membros, e (d) a relação de concorrência entre os produtos¹⁶⁷.

Caso um país importador estenda tratamento diferenciado para “produtos similares” de um país exportador em detrimento de outro, definindo diferentes tarifas, por exemplo, haveria evidente violação ao Artigo I: 1. No entanto, segundo este dispositivo e também o artigo II, as violações também podem ocorrer quando a discriminação contra o produto de outro Membro é menos aparente, como quando um país importador concede tratamento diferencial entre os

¹⁶² VAN DEN BOSSCHE, Peter. *The law and policy of the World Trade Organization: text, cases and materials*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 323-325.

¹⁶³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Acordo Geral de Tarifas e Comércio 1994*. Tradução do Ministério da Indústria, Comércio e Desenvolvimento.

¹⁶⁴ A saber, artigos I:2, III:2, III:4, VI:1, IX:1, XI:2, XIII:1, XVI:4 e XIX:1 do GATT 1994.

¹⁶⁵ A OMC tem um Órgão de Resolução de Controvérsias, para o qual os Membros podem levar suas demandas, alegando que um outro Membro desrespeitou algum dispositivo dentro das regras da OMC. Se aceita a demanda, é instaurado um painel para avaliar a questão. Caso uma das Partes fique insatisfeita com a decisão, poderá apelar para o Órgão de Apelação, que exará a decisão final do Órgão de Resolução de Controvérsias. Cf. DOMINGUES, Juliana Oliveira (org.). *OMC: funcionamento do sistema de solução de controvérsias – reflexões dos especialistas sobre os principais casos*. Curitiba: Juruá, 2017; THORSTENSEN, Vera. *O Sistema de Resolução de Controvérsias da OMC: uma primeira leitura*. São Paulo: Aduaneiras, 2014.

¹⁶⁶ Relatórios do Órgão de Apelação: *Canada-Aircraft*, para. 153; *EC – Asbestos*, para. 91-92; Relatório do Painel, *Spain – Unroasted Coffee*, para. 4.11. etc.

¹⁶⁷ VAN DEN BOSSCHE, Op. cit., p. 330. Este entendimento foi extraído do Relatório do Painel no caso *US-Poultry (China)*, que estabeleceu critérios para a similaridade (*likeness*) dos produtos.

produtos que não são considerados similares. Este fenômeno é comumente definido como discriminação *de facto*^{168/169}.

Outros artigos do GATT 1994 contêm disposições importantes no que diz respeito ao tratamento NMF. O Artigo III:7 e o XIII estipulam tratamento NMF na administração de restrições quantitativas para fonte estrangeiras de abastecimento e também quotas tarifárias de importação dos produtos¹⁷⁰. Ainda, o Artigo V¹⁷¹ determina liberdade de trânsito através do território de cada parte contratante, através das rotas mais convenientes para o trânsito internacional para ou a partir do território de outras partes contratantes e que nenhuma distinção deve ser feita em relação a navios, lugar de origem, partida, entrada, saída ou destino, etc.¹⁷².

Vemos, portanto, que nos moldes em que o tratamento NMF é trazido nos artigos do GATT 1994, que rege o funcionamento da OMC, sua aplicação deve ser feita de modo incondicional, a todos os países-Membros. Entretanto, há exceções à aplicação deste tratamento, definidas também pelo GATT 1994, e que nos interessam sobremaneira neste trabalho porque se relacionam com as exceções que exploraremos nos acordos de investimentos assinados pelo Brasil em relação à cláusula NMF, tópico a ser discutido no próximo capítulo.

O tratamento da nação mais favorecida é aplicado, no bojo da OMC, a tarifas aduaneiras e a encargos de qualquer tipo, que sejam incidentes ou em conexão com importação e/ou exportação. Há, no entanto, duas situações em que exceções específicas à regra da cláusula da nação mais favorecida são admitidas, quais sejam: (a) união aduaneira e zona livre de comércio, acordos regionais de comércio previstos no art. XXIV do GATT 1994¹⁷³; (b) concessão de benefícios por países desenvolvidos a países em desenvolvimento e mútua outorga de benefícios entre países em desenvolvimento¹⁷⁴.

Há uma outra interessante exceção que permite preferências tarifárias para ou entre países em desenvolvimento foi estabelecida por uma regra conhecida como “cláusula de habilitação” (*enabling clause*), que expressamente autoriza a conferência de tratamento

¹⁶⁸ Cf. *Ibidem.*, p. 345.

¹⁶⁹ Em *EC – Bananas III*, valendo-se da interpretação do Artigo II do Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS) que proíbe tanto discriminação *de facto* quanto *de jure*, o Órgão de Apelação entendeu que a proibição ao tratamento não-discriminatório presente no Artigo I:1 também deveria abarcar discriminação *de facto*.

¹⁷⁰ VAN DEN BOSSCHE, Op. cit., p. 322. Foi o que entendeu o Órgão de Resolução de Controvérsias nos casos *EC – Bananas III* e *EU – Poultry Meat (China)*.

¹⁷¹ Em *Colombia – Ports of Entry*, o Painel observou que apesar deste artigo não fazer uma referência explícita ao tratamento da nação mais favorecida, havia uma clara obrigação de estender essa liberdade de trânsito nos moldes do tratamento da NMF.

¹⁷² VAN DEN BOSSCHE, Op. cit., p. 322.

¹⁷³ Um exemplo da exceção à aplicação do tratamento NMF encerrada por este dispositivo foi discutido no caso *Canada- Autos*. O Órgão de Apelação entendeu ser inconsistente a exceção alegada pelo Canadá da tarifa diferenciada não configurar violação à cláusula NMF em razão do NAFTA por observar que, para que assim fosse, o Canadá deveria ter concedido as preferências tarifárias a todos os produtores do NAFTA.

¹⁷⁴ TIMM, Luciano; RIBEIRO, Rafael; ESTRELLA, Angela. *Direito do Comércio Internacional*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009, p. 126.

diferenciado e mais favorável a países em desenvolvimento, sem outorgar tal tratamento a outros membros da OMC. Os “países em desenvolvimento” são autodefinidos, pois não há uma delimitação oficial sobre quem seja país desenvolvido ou em desenvolvimento¹⁷⁵. A única regra expressa nessa área é em relação à definição de “países de menor desenvolvimento relativo” (LDC – *least developed countries*), estabelecida Organização das Nações Unidas¹⁷⁶, que diz respeito a países de baixo rendimento econômico com diversos impedimentos à sustentabilidade econômica.

Além disso, note-se que o Artigo XIII do Acordo da OMC inclui uma outra exceção à aplicação do tratamento da nação mais favorecida. Trata-se da não aplicação dos acordos multilaterais de comércio quando houver acordos mais específicos.

2.3.2 Da cláusula NMF em matéria de investimentos

A regra do tratamento da nação mais favorecida, em matéria de investimentos, determina a obrigação de o país receptor conferir ao investidor estrangeiro tratamento não menos favorável do que já concedido a qualquer outro investidor estrangeiro, assegurando a não-discriminação entre os investidores de diferentes países¹⁷⁷.

Aqui, para além da formulação clássica deste conceito no bojo do comércio internacional, em que os Estados figuram como destinatários do tratamento de maior favor, as cláusulas da nação mais favorecida em acordos de investimento indicam o termo “investidores e investimentos”, sendo estes os beneficiários do tratamento não-discriminatório. Nos acordos de investimento, portanto, a visão clássica de que a indicação de indivíduos como beneficiários não alteraria o caráter interestatal das obrigações oriundas dos tratados não deve ser aplicada, inclusive em face da possibilidade de litigar internacionalmente contra o Estado¹⁷⁸.

Antes de adentrarmos ao estudo das cláusulas NMF em acordos bilaterais, objeto deste trabalho, vale mencionar as iniciativas multilaterais que responderam à necessidade de elaboração de mecanismos multilaterais de definição para a matéria de investimentos, que já continham provisões de não-discriminação, notadamente de tratamento NMF. É o caso do

¹⁷⁵ Em relação a esta exceção, o Órgão de Apelação esclareceu, em *EC- Tariff Preferences*, que não se refere a todos os países em desenvolvimentos, mas apenas a alguns que apresentavam maiores necessidades segundo a avaliação caso a caso.

¹⁷⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Least Developed Countries (LDC). *Economic Analysis & Policy Division*.

¹⁷⁷ UNCTAD. *Key terms and concepts in IIAs: a glossary*. New York and Genève: UNCTAD, 2004, p. 119.

¹⁷⁸ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 140.

Tratado da Carta de Energia¹⁷⁹, por exemplo e do Acordo Multilateral de Investimentos¹⁸⁰ (AMI)¹⁸¹.

Além de estar associado ao tratamento nacional¹⁸², a cláusula da nação mais favorecida, em investimentos, aparece muitas vezes agregada à expressão “tratamento não menos favorável”, bem como alguns acordos adicionam “em circunstâncias similares” (*like situations, like circumstances*) o que traz dificuldades para que se estabeleça um padrão confiável de aplicação da cláusula¹⁸³.

Desta feita, avaliar o tratamento da nação mais favorecida no campo dos investimentos encontra maiores dificuldades do que no campo do comércio internacional. Enquanto para o comércio a noção de produtos similares (*like products*) indica tanto produtos com a mesma classificação aduaneira quanto produtos cuja demanda cruzada possa realizar interferência no bem comercializado, no campo dos investimentos, a multiplicidade de situações a ser avaliada é muito mais ampla¹⁸⁴.

Entre as principais funções do tratamento da nação mais favorecida no campo dos investimentos, destaca-se o objetivo de afastar a discriminação, mas cabe ainda pontuar outras funções, como a de proteção contra equívocos na elaboração dos tratados e o dinamismo necessário para promover as adaptações exigidas pelas constantes mudanças no cenário internacional¹⁸⁵. Além disso, as cláusulas que consignam este tratamento configuram um

¹⁷⁹ Trata-se de acordo inter-regional estabelecido entre países da União Europeia e do Leste Europeu em 1990 em torno de cooperação energética, mas que também demonstrou uma nova forma de negociação de acordos internacionais e de realização de investimentos. Continha exigência de tratamento não menos favorável do que o que já fora concedido a terceiros. Cf. UNIÃO EUROPEIA. *Carta Europeia de Energia*. Decisão 98/181/CE, CECA e Euratom do Conselho e da Comissão, de 23 de setembro de 1997, relativa à conclusão pelas Comunidades Europeias do Tratado da Carta da Energia e do Protocolo da Carta da Energia relativo à eficiência energética e aos aspectos ambientais associados.

¹⁸⁰ Foi elaborado no seio da Organização Econômica para Comércio e Desenvolvimento (OCDE) a fim de criar condições mais favoráveis aos investimentos. Poderia ser aderido por países em desenvolvimento que não fizessem parte da organização. No entanto, o AMI fracassou ainda dentro da OCDE. Continha disposições claras em relação ao tratamento da nação mais favorecida. Cf. RECAVARREN, Isabel. Acordo Multilateral sobre as Medidas de Investimento – AMI. In: DAL RI, Arno Jr.; OLIVEIRA, Odete Maria (org.). *Direito Internacional Econômico em Expansão: Desafios e Dilemas*. Ijuí: Editora Unijuí, 2003, p. 555-620.

¹⁸¹ RECAVARREN, Isabel. Acordo Multilateral sobre as Medidas de Investimento – AMI. In: DAL RI, Arno Jr.; OLIVEIRA, Odete Maria (org.). *Direito Internacional Econômico em Expansão: Desafios e Dilemas*. Ijuí: Editora Unijuí, 2003, p. 555-620, pp. 565-594.

¹⁸² Ver Nota de Rodapé no. 2.

¹⁸³ FATOUROS, Arghyrios. International investment agreements: recente trends in law and policy. In: *Symposium for Least Developed Countries – International Investment Agreements and their Implications for Least Developed Countries*. Genebra: UNCTAD, 1999.

¹⁸⁴ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 141.

¹⁸⁵ SCHWARZENBERGER, Georg. The Most-Favoured-Nation Standard in British State Practice. *The British Yearbook of International Law*. N. 22, 1945.

importante instrumento para favorecer os Estados de menor poder relativo, que podem se aproveitar do poder de barganha dos demais¹⁸⁶.

Aqui também verificamos o fenômeno *free rider*, ou efeito carona, que significa dizer que se um país A firma acordo de investimentos com um país B que contenha a cláusula da nação mais favorecida em que são firmadas obrigações não acordadas anteriormente em acordo com o país C, todas as obrigações e benefícios acordados pelo país A neste novo acordo se estenderão automaticamente a C¹⁸⁷.

No campo dos investimentos, nos explica Fonseca¹⁸⁸, há três questões que se revelam particularmente importantes quanto ao tratamento da nação mais favorecida: (a) o seu escopo, isto é, se aplicadas somente à fase pós-investimento ou às fases pré e pós investimento; (b) as exceções de sua aplicação; e (c) a dificuldade de determinar a nacionalidade ou outro vínculo entre um investidor e seu país de origem.

A maioria dos Acordos Bilaterais de Investimento (BIT) entende que o tratamento da nação mais favorecida somente se aplica à fase posterior à conclusão do acordo de investimento, ou seja, àqueles investimentos já admitidos no país receptor. São exemplos os BITs europeus e os acordos celebrados entre países em desenvolvimento, como aquele firmado entre Brasil e Chile¹⁸⁹.

Os acordos firmados recentemente entre os Estados Unidos e o Canadá, por sua vez, caracterizam modelos de acordos bilaterais de investimento em que foi assumida uma cláusula de nação mais favorecida com impactos tanto na fase de admissão e estabelecimento pré e pós acordo. O BIT do Canadá de 2004 assim dispõe em seu artigo 4º:

Art. 4º:

1. Cada Parte deve conceder aos investidores da outra Parte tratamento não menos favorável do que aquele que concede, nas mesmas circunstâncias, aos investidores de Estados não-Partes no que diz respeito ao estabelecimento, aquisição, expansão, gerenciamento, condução, operação e vendas ou outra disposição de investimentos em seu território.
2. Cada Parte deve conceder aos investimentos tratamento não menos favorável do que aquele que concede, nas mesmas circunstâncias, aos investimentos de investidores de Estados não-Partes no que diz respeito ao estabelecimento, aquisição, expansão, gerenciamento, condução, operação, e vendas ou outra disposição de investimentos em seu território¹⁹⁰.

¹⁸⁶ UNCTAD. *Bilateral Investment Treaties 1995-2006 – Trends in Investment Rulemaking*. Genebra: UNCTAD, 2007.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ FONSECA, Karla C. *Investimentos estrangeiros: Regulamentação Internacional e Acordos Bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 104.

¹⁸⁹ FONSECA, Karla C. *Investimentos estrangeiros: Regulamentação Internacional e Acordos Bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 104.

¹⁹⁰ CANADÁ. *Agreement between Canada and the United States for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*. (Model BIT Canada 2004).

Para além da problemática do escopo, também geram discussões as exceções quanto à aplicação do tratamento da nação mais favorecida. São poucos os BITs em que os países se valem do direito de estabelecer discriminações entre os diferentes investidores estrangeiros, a maioria aplicando apenas exceções genéricas que se estendem a todo o acordo ou a determinadas áreas, mas não especificadamente à cláusula da nação mais favorecida¹⁹¹.

Segundo a UNCTAD, as exceções à regra geral de não-discriminação são normalmente permitidas pelos BITs quando se verificam necessárias para a manutenção da ordem e da saúde pública e/ou em casos de segurança nacional¹⁹². A maioria deles, no entanto, guardam exceções com base em reciprocidade e relacionados a temáticas como (a) propriedade intelectual, (b) integração econômica e (c) tributação¹⁹³, e as exceções são assim divididas aqui para fins de estudo porque, vale lembrar, a cláusula da nação mais favorecida não tem por objetivo estender direitos decorrentes de instrumentos que tratem de matérias diversas àquela de objeto do BIT. Leiam-se exemplos abaixo:

(a) Propriedade Intelectual: para os BITs cuja aplicação da nação mais favorecida somente se dá na fase pós-investimento, a obrigação de tratamento começa depois de concedidos os direitos de propriedade intelectual;

(b) Integração econômica regional: para BITs firmados entre Membros de acordos de integração econômica e regional, normalmente se inclui uma cláusula a fim de isentar a aplicação do tratamento da nação mais favorecida para países que não façam parte do acordo. Na prática, trata-se de exceção à aplicação da cláusula da nação mais favorecida que restringe o acesso ao mercado de investidores de fora da região;

(c) Tributação: trata-se de exceção frequentes nos BITs em relação à cláusula da nação mais favorecida, não obrigando as partes a estenderem as vantagens tributárias concedidas a países terceiros.

Quanto à última problemática levantada pela aplicação do tratamento da nação mais favorecida na seara dos investimentos, sobre a dificuldade de se definir nacionalidade do investidor, as estruturas cada vez mais comuns – senão preponderantes – das empresas multinacionais escalonam o nível de dificuldade em se realizar tal avaliação, visto que nem sempre as posições de sede e filial são facilmente distinguíveis¹⁹⁴.

Observados estes pontos sensíveis, note-se que a regra do tratamento da nação mais favorecida restringe-se ao tratamento geral, e não se aplica a situações ou a casos específicos.

¹⁹¹ FONSECA, Karla C. *Investimentos estrangeiros: Regulamentação Internacional e Acordos Bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 106.

¹⁹² UNCTAD. *International investment agreements: key issues*. v. I. New York and Genève: UNCTAD, 2004, p. 196.

¹⁹³ FONSECA, Op. cit., p. 106.

¹⁹⁴ UNCTAD, Op. cit., p. 194-195.

Isso é, as vantagens concedidas por um país receptor quando da celebração de um acordo com um investidor não precisam ser estendidas a outros investidores. Isso apenas deveria ocorrer em situações ou circunstâncias similares¹⁹⁵.

Para a UNCTAD¹⁹⁶, qualificações como situações ou circunstâncias similares são parâmetros que precisam ser verificados casuisticamente. Isso pressupõe dizer que essa comparação possa ser feita e que um consenso pode ser atingido acerca do que seria, caso a caso, uma “circunstância similar”.

Não se trata, contudo, de tarefa trivial, muito pelo contrário. Está implícito que o enquadramento nestas condições será feito pelo Estado receptor com muita cautela, observando atentamente todos os fatos, respeitando o princípio da boa-fé. A OECD recomenda que se verifique se os dois acordos se referem ao mesmo setor, o impacto das finalidades daquele acordo nos diferentes setores do país receptor, e a motivação por trás do acordo¹⁹⁷.

Nesse sentido, avaliar o tratamento da nação mais favorecida no campo do comércio internacional é mais fácil. Se, como vimos, a noção de “produtos similares” (*like products*) indica tanto produtos com a mesma classificação aduaneira quando produtos cuja demanda cruzada possam resultar em alguma interferência por sucedaneidade ou complementaridade, no campo dos investimentos a gama de situações a ser analisada é bem mais ampla¹⁹⁸.

Para além da relevância da garantia de não-discriminação entre investidores estrangeiros, o tratamento da nação mais favorecida tende ainda a abolir – ou, pelo menos, minimizar – as diferenças de regime jurídicos entre os investidores¹⁹⁹. Apesar disso, muitas vezes, a regra do tratamento da nação mais favorecida fica sujeita às exceções impostas por um determinado país, de que determinadas de suas medidas ou políticas não fossem atingidas pela cláusula da nação mais favorecida²⁰⁰.

Se como vimos, o padrão deste tratamento em praticamente todos os acordos de investimento, a aplicação da cláusula da nação mais favorecida dar-se-á com mais frequência na fase pós-estabelecimento²⁰¹. Nesse sentido, sua aplicação tem enorme importância para a formulação e adoção de políticas públicas, sobretudo para os países em desenvolvimento²⁰².

¹⁹⁵ DOLZER, Rudolf; STEVENS, Margrete. *Bilateral investment treaties*. The Hague: M. Nijhoff, 1995, p. 66.

¹⁹⁶ UNCTAD. *International investment agreements: key issues*. v. I. New York and Genève: UNCTAD, 2004, p. 173.

¹⁹⁷ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *National Treatment for Foreign-Controlled Enterprises*. Paris: OECD, 1985, p. 16-17.

¹⁹⁸ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 141.

¹⁹⁹ FONSECA, Karla C. *Investimentos estrangeiros: Regulamentação Internacional e Acordos Bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 108.

²⁰⁰ UNCTAD. *Key terms and concepts in IIAs: a glossary*. New York and Genève: UNCTAD, 2004, p. 120.

²⁰¹ Idem. *Bilateral Investment Treaties 1995-2006 – Trends in Investment Rulemaking*. Geneva: UNCTAD, 2007.

²⁰² Isto porque, como vimos, a entrada de investimento estrangeiro direto é potencialmente uma grande fonte de desenvolvimento para os países emergentes, investimentos estes substancialmente facilitados quando da assinatura

Com os conceitos acumulados nos dois primeiros capítulos, acerca dos acordos de investimentos e da iniciativa pioneira representada pelos ACFIs, bem como do tratamento NMF e de suas aplicações nos contextos aqui relevantes, iniciaremos agora a análise dos impactos da inserção das CNMF nos ACFIs. Espera-se, a partir desta análise que será conduzida no próximo capítulo, confirmar ou refutar a hipótese que motivou esta investigação: de que a inclusão do tratamento NMF poderia comprometer a efetividade dos ACFIs, na medida em que, a depender de sua redação, poderia possibilitar a concessão de tratamento diferente daquele definido nesses acordos.

de um acordo. Como a cláusula da nação mais favorecida exige que os signatários daquele acordo concedam os melhores benefícios já concedidos a um terceiro, estabelecer limites para sua redação é de fundamental importância para não prejudicar os interesses dos países em desenvolvimento.

CAPÍTULO 3: MFN EM ACFI: UMA AMEAÇA?

O esforço deste trabalho é compreender a importância e os impactos da inclusão de cláusulas NMF em acordos de investimentos adotados pelo Brasil, em especial nos ACFIs. Para tanto, iniciamos o estudo analisando os acordos de investimentos e o tratamento NMF, para agora investigarmos de que forma estes se relacionam e quais as consequências oriundas desta associação.

No primeiro capítulo deste trabalho, estudamos o conceito de acordo de investimentos e tecemos considerações acerca da experiência brasileira, com os BITs na década de 1990, jamais ratificados por diversas razões que os distanciavam das prioridades do Brasil e, mais recentemente, com a elaboração dos ACFIs como acordos alternativos que melhor contemplam as necessidades do país. No segundo capítulo, o conceito do tratamento NMF foi pormenorizado, bem como foram analisadas suas aplicações no comércio internacional, contexto de origem do tratamento, e os contornos que assume em matéria de investimentos, segmento no qual as cláusulas NMF se tornam cada vez mais comuns.

Neste capítulo, analisaremos como os ACFIs incluíram a cláusula da nação mais favorecida, a fim de identificar os pontos em comum com os BITs e investigar de que maneira a inclusão de cláusula que garanta este tratamento pode levar à repetição da ineficiência observada pelos acordos assinados pelo Brasil na década de 1990.

Para isso, a investigação agora voltar-se-á para as provisões de tratamento da NMF constantes dos ACFIs, assinados pelo Brasil. A fim de otimizar a análise e a categorização desses acordos, adotaremos a classificação proposta por Badin, Luís e Oliveira²⁰³, que sugerem duas gerações de ACFIs: (i) a primeira, de acordos firmados com países africanos, quais sejam, Moçambique, Angola e Malauí; e (ii) a segunda firmada com países latino-americanos, a saber, México, Colômbia, Chile e Peru²⁰⁴. Nesta segunda geração também se inclui o Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (PCFI), firmado no âmbito do Mercosul.

²⁰³ BADIN, Michelle R. S.; LUIS, Daniel T.; OLIVEIRA, Mario A.. Uma proposta de reflexão sobre os ACFIs: Até que ponto o tratamento de nação mais favorecida pode minar a estratégia política que os embasa?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, 2017, p. 159-177, pp. 162.

²⁰⁴ Ver Nota de Rodapé no. 90.

QUADRO 3 - DIVISÃO GERACIONAL DOS ACFIs

GERAÇÕES DE ACFI	BRASIL FIRMA ACORDOS COM	EXEMPLOS DE PAÍSES
1ª geração	Países africanos	Moçambique Angola Malauí
2ª geração	Países latino-americanos	México Colômbia Chile Peru Mercosul (PCFI)

Fonte: BADIN, LUÍS, OLIVEIRA, 2017. Elaboração própria.

As cláusulas NMF normalmente indicam a temática a que se referem e o escopo de sua aplicação. O acordo também especifica se o tratamento concedido a investidores e a investimentos estrangeiros se aplicará *ex ante* ou *ex post*, isto é, antes ou depois do início do investimento. Alguns acordos de investimentos incluem ainda qualificações e esclarecimentos acerca do tratamento que deve ser aplicado.

Cumprindo com o objetivo de conferir transparência às cláusulas NMF, os acordos de investimentos têm cada vez mais buscado esclarecer, na redação dos dispositivos relacionados ao tratamento NMF, a possibilidade de importação de medidas materiais de proteção contidas em outro acordo ou de importação de previsões para mecanismos de resolução de conflitos entre Estado e investidor (ISID – *Investor-State Investment Dispute*). Apesar desta tendência, a maioria dos acordos ainda apresenta redação bastante genérica e abrangente das cláusulas NMF, de maneira que os tribunais arbitrais encontram dificuldades para compreender o funcionamento adequado do tratamento NMF e sua aplicação²⁰⁵.

Os tribunais têm decidido, como será mais bem explorado adiante, de acordo com os casos específicos, isto é, analisando as características particulares dos acordos em que cada CNMF está inserida. A possibilidade de incorporação de previsões substantivas e procedimentais através da cláusula é ainda tema bastante controverso, suscitando muitos debates e não se observando posicionamento consistente. Os tribunais têm levado em consideração a redação específica de cada cláusula, seu objetivo comum, a finalidade da proteção de investimentos proposta pelo acordo e seu contexto de negociação²⁰⁶.

Antes de analisarmos a inserção do tratamento da nação mais favorecida nos ACFIs assinados pelo Brasil, façamos uma breve apresentação da estrutura desse tratamento nos ACFIs, que recebeu contornos um pouco diferentes dos antigos BITs, identificando duas

²⁰⁵ UNCTAD. *Most-favoured-nation Treatment*. UNCTAD Series on Issues of International Investment Agreements II. New York and Geneva: UNCTAD, 2010, p. 37-38.

²⁰⁶ BADIN, Michelle R. S.; LUIS, Daniel T.; OLIVEIRA, Mario A.. Uma proposta de reflexão sobre os ACFIs: Até que ponto o tratamento de nação mais favorecida pode minar a estratégia política que os embasa?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, 2017, p. 159-177, pp. 169.

questões importantes: (a) se os acordos ACFIs serão considerados similares entre si, estendendo direitos de formas de tratamento às diferentes partes e (b) de que maneira os ACFIs dialogam com outros acordos de investimentos mais tradicionais, incluindo os BITs assinados pelo Brasil na década de 1990²⁰⁷.

Os ACFIs assinados pelo Brasil incorporaram cláusulas que garantem tratamento não discriminatório em sua estrutura básica, o que já pode ser observado nos primeiros acordos assinados pelo Brasil, com Angola e Moçambique, em 2015. Nestes acordos, observamos menções genéricas a um pano de fundo não-discriminatório que perpassa todo o documento. O tratamento não-discriminatório é mencionado nas circunstâncias de expropriação, nacionalização e indenização, nas orientações de tratamento a investidores e investimentos, para as políticas de transferência e, por fim, no anexo que trata da responsabilidade social corporativa.

O texto dos dois acordos é similar. Nesse sentido, vejamos os artigos que mencionam a obrigatoriedade do tratamento não-discriminatório no ACFI firmado pelo Brasil com a Angola, de abril de 2015²⁰⁸:

Artigo 9

Expropriação, Nacionalização e Indenização

1. Os Investimentos realizados por investidores de uma das Partes no território da outra Parte não poderão ser expropriados ou nacionalizados, exceto:

[...]

b) Em uma base não discriminatória;

Artigo 11

Tratamento aos Investidores e Investimentos

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

Artigo 14

Transferências

3. A adoção de medidas restritivas às transferências, no caso da existência de graves dificuldades da Balança de Pagamentos, deve ser não discriminatória e consistente com os artigos do Convênio Constitutivo do Fundo Monetário Internacional.

Anexo U

Os investidores e seus investimentos desenvolverão os seus melhores esforços para observar os seguintes princípios voluntários e padrões para uma conduta empresarial responsável e consistente com as leis adotadas pelo Estado Parte receptor do investimento:

x. Abster-se de ação discriminatória ou disciplinar contra os trabalhadores que fizerem relatórios graves à direção ou, quando apropriado, às autoridades públicas competentes, sobre práticas que transgridam a lei ou violem os padrões de boa gestão. (grifos nossos)

²⁰⁷ BADIN, Michelle R. S.; LUIS, Daniel T.; OLIVEIRA, Mario A.. Uma proposta de reflexão sobre os ACFIs: Até que ponto o tratamento de nação mais favorecida pode minar a estratégia política que os embasa?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, 2017, p. 159-177, pp. 169.

²⁰⁸ BRASIL. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos Brasil - Angola*. 01 de abril de 2015.

Nesse sentido, o perfil da CNMF é tema que merece destaque. Os únicos acordos a mencionarem a expressão “tratamento da nação mais favorecida” são os ACFIs assinados com o Chile (artigo 6) e com o Peru (Artigo 2.6). Nos demais, o título do artigo é “tratamento aos investidores e investimentos” ou “não discriminação”. Badin, Luís e Oliveira salientam que este modelo de inserir expressamente o tratamento NMF tem impacto nos compromissos firmados pelo acordo²⁰⁹.

Já a partir do primeiro ACFI de 2ª geração firmado²¹⁰, a cláusula NMF começa a assumir contornos mais tradicionais do tratamento nos acordos de investimentos, sobretudo se comparado aos BITs assinados pelo Brasil na década de 1990²¹¹. As cláusulas passam a abarcar, além da garantia aos investidores e aos investimentos de tratamento não menos favorável do que o concedido a Estado não-Parte, (i) os elementos essenciais para que o tratamento seja garantido e as (ii) exceções de sua aplicação.

QUADRO 4 – DIFERENÇAS ENTRE A CNMF NOS ACFIS DE 1ª A E DE 2ª GERAÇÃO

ELEMENTOS CONSTANTES DA CNMF	ACFIs 1ª geração	ACFIs 2ª geração
Garantia aos investidores e aos investimentos de tratamento NMF	Acordos garantem condições para investimentos não menos favoráveis do que aquelas já concedidas a terceiros investidores.	Acordos garantem condições para investimentos não menos favoráveis do que aquelas já concedidas a terceiros investidores.
Condições para aplicação do tratamento NMF	O tratamento NMF é garantido para acordos que se percebem em “circunstâncias similares”.	O tratamento NMF é garantido para acordos que se percebem em “circunstâncias similares”. Nos ACFIs assinados com México e Colômbia, exige-se a observação das condições de concorrência proporcionadas aos investidores, “no que se refere à expansão, administração, condução, operação, venda ou outra disposição dos investimentos em seu território”.
Exceções de aplicação	Acordos para evitar a dupla tributação e acordos regionais de comércio.	Acordos para evitar a dupla tributação e acordos regionais de comércio; acordos que contenham disposições sobre investimentos; provisões sobre mecanismos de solução de controvérsias, etc.

Elaboração própria.

Para analisarmos a inserção do tratamento da nação mais favorecida nos ACFIs assinados pelo Brasil, de 1ª e de 2ª geração, adotaremos os critérios de análise dispostos pela

²⁰⁹ BADIN, Michelle R. S.; LUIS, Daniel T.; OLIVEIRA, Mario A.. Uma proposta de reflexão sobre os ACFIs: Até que ponto o tratamento de nação mais favorecida pode minar a estratégia política que os embaixa?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, 2017, p. 159-177, pp. 169.

²¹⁰ Ver Quadro 2.

²¹¹ BADIN., et al., Op. cit., pp. 169.

UNCTAD²¹², na tentativa de estabelecer um comparativo com a estrutura das cláusulas de nação mais favorecida nos BITs e nos ACFIs, a fim de identificar evoluções e continuidades, bem como identificar potenciais problemas. Na subseção 3.1, discutiremos o escopo de aplicação do tratamento NMF e, nas subseções seguintes 3.2 e 3.3, a possibilidade de importação de conteúdo material e procedimental de outros acordos a partir da cláusula NMF.

3.1 Escopo de aplicação do tratamento da nação mais favorecida

O escopo de aplicação do tratamento da nação mais favorecida nos acordos de investimentos é geralmente definido pela cláusula de NMF, que vai identificar os beneficiários, as fases abrangidas, além de determinar condições, qualificações e exceções para o tratamento. Algumas vezes, os acordos contêm, seja no preâmbulo ou no decorrer do próprio texto, provisões específicas sobre como a cláusula de NMF deve ser interpretada²¹³.

Analisemos abaixo diferentes prismas para esta análise, definidos pela UNCTAD: (a) as fases do investimento abarcadas pelo tratamento NMF; (b) a abrangência do tratamento NMF para investimentos e/ou investidores; (c) as condições para aplicação da CNMF; e (d) as exceções ao tratamento NMF.

3.1.1 Fases do investimento abarcadas

Nos acordos internacionais de investimentos, encontramos dois tipos de abordagem no que tange à abrangência temporal da cláusula da nação mais favorecida: pré e pós a entrada de investimentos no país receptor²¹⁴. Em acordos mais tradicionais, a admissão de investidores estrangeiros se dá de acordo com a legislação e a regulação do país receptor, em provisão expressa no texto²¹⁵. A decisão de aplicar o tratamento da nação mais favorecida apenas a partir da entrada de investimentos no país ou abarcando a fase anterior à efetiva entrada destes investimentos constitui uma das decisões fundamentais quando da negociação de um acordo internacional de investimentos²¹⁶.

²¹² UNCTAD. *Most-favoured-nation Treatment*. UNCTAD Series on Issues of International Investment Agreements II. New York and Geneva: UNCTAD, 2010, p. 37-38.

²¹³ *Ibidem*, p. 38.

²¹⁴ *Idem.*, *International Investment Agreements: Key Issues*. Vol. 1. New York and Geneva: UNCTAD, 2004, p. 195.

²¹⁵ NIKIEMA, Suzy H. *The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties*. *IISD Best Practices Series*, February 2017.

²¹⁶ UNCTAD, *Op. cit.*, 2010, p. 38.

A seguir, serão apresentadas as aplicações *ex post* e *ex ante*, ocasião em que analisaremos as condições para utilização de cada modelo através do estudo de casos práticos.

3.1.1.1 Aplicação *ex post*

A maioria dos acordos internacionais, sobretudo BITs, adotam o modelo de abrangência do tratamento da nação mais favorecida a partir da entrada dos investimentos no país receptor. Este modelo se refere à operação do investimento, garantindo que os investidores estrangeiros e seus investimentos, uma vez estabelecidos ou admitidos, receberão tratamento não menos favorável do que investidores de outros países terceiros²¹⁷. Uma vez feito o investimento, o tratamento da NMF é concedido durante todo o ciclo de investimentos previsto naquele acordo, com a obrigação de não-alteração das condições vigentes no contexto em que o investimento foi feito a fim de evitar que novas medidas pudessem discriminar investidores estrangeiros²¹⁸.

Quando o tratamento NMF é limitado ao momento posterior à entrada dos investimentos no país, o país receptor pode determinar critérios específicos a serem cumpridos pelos investidores estrangeiros. Isso significa que a legislação doméstica pode impor limitações em relação à entrada e à admissão dos investimentos estrangeiros, mas uma vez admitidos no território, não poderão ser objeto de qualquer discriminação, independente de seu país de origem²¹⁹.

A escolha da abrangência atemporal do tratamento NMF é normalmente observada na cláusula de admissibilidade presente nos acordos, isto é, aquela que dispõe acerca da entrada dos investimentos sob o manto jurídico e regulatório do país receptor²²⁰. Outra opção é inserir na própria cláusula NFM esclarecimento acerca do tratamento *ex post*²²¹. Este modelo de abrangência temporal foi também assumido por alguns BITs assinados na década de 1990 pelo Brasil, como o BIT assinado com o Chile, por exemplo:

ARTIGO II - Promoção e Admissão

1. Cada Parte Contratante fomentará, na medida do possível, os investimentos a serem efetuados em seu território por investidores da outra Parte Contratante e admitirá esses investimentos de conformidade com as disposições de sua legislação.

[...]

ARTIGO III - Proteção e Tratamento

1. Cada Parte Contratante protegerá, em seu território, os investimentos efetuados, de conformidade com sua legislação, por investidores da outra Parte Contratante e não

²¹⁷ FOREIGN TRADE INFORMATION SYSTEM (SICE). *Dictionary of Trade Terms: Investment*, 2018.

²¹⁸ UNCTAD. *Most-favoured-nation Treatment*. UNCTAD Series on Issues of International Investment Agreements II. New York and Geneva: UNCTAD, 2010, p. 38.

²¹⁹ NIKIEMA, Suzy H. The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties. *IISD Best Practices Series*, February 2017, p.6.

²²⁰ UNCTAD, Op. cit., p. 39.

²²¹ UNCTAD, Op. cit., p. 40-41.

criará obstáculos, por meio de medidas injustificadas ou discriminatórias, à gestão, à manutenção, à utilização, à fruição, à extensão, à venda ou, se for o caso, à liquidação de tais investimentos.

[...]

4. O tratamento referido no segundo parágrafo deste artigo não será menos favorável do que aquele outorgado por uma Parte Contratante aos investimentos da mesma natureza realizados em seu território por investidores de um terceiro país²²². (grifos nossos)

Os ACFIs, nesse sentido, se diferem no que diz respeito à contemplação da fase pré-estabelecimento e da fase pós-estabelecimento²²³. Os acordos de 2ª geração²²⁴ parecem não abarcar, pelo texto, a fase anterior à entrada do investimento em seu território, de modo que poderiam ser enquadrados na fase pós-estabelecimento, como o antigo BIT assinado entre Brasil e Chile. Exemplo de ACFI que seguiu o modelo predominante²²⁵ de pós-estabelecimento, inserindo uma restrição temporal para evitar a abrangência da cláusula para os acordos de investimentos assinados antes de sua data de entrada em vigor, é o acordo assinado com o Chile:

Artigo 6º

Tratamento de Nação Mais Favorecida

1. Sujeito a suas leis e regulamentos vigentes no momento em que o investimento seja realizado, cada Parte outorgará aos investidores da outra Parte tratamento não menos favorável do que o outorgado, em circunstâncias similares, aos investidores de um Estado não Parte, no que se refere à expansão, administração, condução, operação, venda ou outra disposição dos investimentos em seu território.

2. Sujeito a suas leis e regulamentos vigentes no momento em que o investimento seja realizado, cada Parte outorgará aos investimentos de investidores de um Estado não Parte tratamento não menos favorável do que o outorgado, em circunstâncias similares, aos investimentos de investidores de um Estado não Parte, no que se refere à expansão, administração, condução, operação, venda ou outra disposição dos investimentos em seu território²²⁶. (grifos nossos)

Veja-se que o trecho destacado no excerto colacionado acima determina que o acordo passa a estar sujeito às regras domésticas (e, portanto, a gozar de tratamento não discriminatório) a partir da realização de investimentos no país: “sujeito a suas leis e regulamentos vigentes no momento em que o investimento seja realizado”. Dessa forma, o

²²² BRASIL. *Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Chile para a Promoção e Proteção Recíproca dos Investimentos*, de 22 de março de 1994.

²²³ BADIN, Michelle R. S.; LUIS, Daniel T.; OLIVEIRA, Mario A.. Uma proposta de reflexão sobre os ACFIs: Até que ponto o tratamento de nação mais favorecida pode minar a estratégia política que os embaixa?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, 2017, p. 159-177, pp. 171.

²²⁴ Ver Quadro 2.

²²⁵ O modelo de abrangência temporal de tratamento da nação mais favorecida pós-estabelecimento é o mais comum a ser encontrado em acordos internacionais de investimentos. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO. *Most-favoured-nation Treatment*. UNCTAD Series on Issues of International Investment Agreements II. New York and Geneva: UNCTAD, 2010, p. 38.; NIKIEMA, Suzy H. *The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties*. *IISD Best Practices Series*, February 2017, p. 6.

²²⁶ BRASIL. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos Brasil - Chile*. 23 de novembro de 2015.

investidor e/ou os investimentos somente poderão se valer do tratamento da nação mais favorecida em relação ao contexto vigente no momento da transação, a partir dessa data.

O mesmo vale para o Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (PCFI) do Mercosul²²⁷ (artigo 5º) e para o ACFI firmado com o Peru²²⁸ (art 2.6). Já os ACFI de 1ª geração, firmados com os países africanos, adotaram o modelo de abrangência temporal *ex ante* para o tratamento da nação mais favorecida. É o que será discutido na próxima subseção.

3.1.1.2 Aplicação *ex ante*

O modelo de abrangência temporal pré-estabelecimento, ainda que menos recorrente, está cada vez mais comum em acordos de facilitação de investimentos. Este movimento, segundo o relatório, pode ser explicado pelo fato de que estes acordos perseguem objetivos de liberalização e preveem compromissos de investimentos mais profundos ligados a temas de comércio, sobretudo comércio de serviços²²⁹.

A fase de pré-estabelecimento cobre o “momento de entrada” dos investimentos no país, o que significa dizer que o Estado receptor não apenas não pode aplicar medidas existentes que não sejam compatíveis com o tratamento da nação mais favorecida como também não podem criar novas medidas discriminatórias. Em contrapartida, em nome de um compromisso de maior liberalização, o Estado receptor pode abrir exceções ao direito de estabelecimento para gradualmente retirar ou reduzir práticas e/ou medidas discriminatórias. “Em outras palavras, sob este modelo, o Estado receptor admite certa limitação à sua soberania regulatória”²³⁰.

Como neste modelo o tratamento da nação mais favorecida é garantido aos investidores também em momento anterior à entrada de investimentos no país receptor, também não há qualquer óbice para que o tratamento NMF continue a ser concedido na fase pós-estabelecimento, de modo que esta abordagem abarca todas as fases do ciclo de investimento. Trata-se de abordagem minoritária, mas os ACFIs de 1ª geração²³¹ contemplavam tanto a fase pré-estabelecimento quanto a fase pós-estabelecimento.

Isto porque, estes acordos, firmados com países africanos de menor desenvolvimento relativo – Malauí, Angola e Moçambique²³² – contêm texto bastante genérico no que se refere

²²⁷ MERCOSUL. *Protocolo de Cooperação de Facilitação de Investimentos Mercosul*. 7 de abril de 2017.

²²⁸ BRASIL. *Acordo de Ampliação Econômico-Comercial Brasil e Peru*. 24 de março de 2017.

²²⁹ UNCTAD. *Most-favoured-nation Treatment*. UNCTAD Series on Issues of International Investment Agreements II. New York and Geneva: UNCTAD, 2010, p. 42.

²³⁰ *Ibidem.*, p. 42. Tradução nossa. Trecho original: “*In other words, under this model the host State accepts a certain limit on its sovereignty to regulate foreign investment*”.

²³¹ Ver Quadro 2.

²³² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. List of Least Developed Countries. *Committee for Development Policy*. March, 2018.

ao tratamento da nação mais favorecida, que acaba, na verdade, por ser englobada pelo princípio do não-discriminação, como vimos no início deste capítulo. Dessa forma, utilizaremos, para compreender a abrangência temporal fixada pelo acordo o artigo que define sua aplicação no ACFI firmado com Moçambique, no primeiro parágrafo de seu artigo 16: “O presente deverá aplicar-se a todos os investimentos, efetuados antes ou depois da sua entrada em vigor²³³” (grifos nossos).

QUADRO 5 - ABRANGÊNCIA TEMPORAL DO TRATAMENTO NMF EM ACFI

Gerações de ACFI	ACFI Brasil e	Aplicação MFN	
		Pós-estabelecimento	Pré-estabelecimento
1ª	Angola		X
	Moçambique		X
	Malauí		X
2ª	Chile	X	
	Colômbia	X	
	Peru	X	
	Mercosul (PCFI)	X	

Elaboração própria.

Outro importante critério da abrangência da CNMF está relacionado à sua aplicação para investidores e/ou investimentos, assunto a ser discutido na próxima subseção.

3.1.2 Termo investimentos e/ou investidores

O segundo critério de análise de cláusulas de NMF em acordos de investimento proposto pela UNCTAD diz respeito à delimitação do assunto de aplicação, que é determinado pelos termos “investidores” e “investimentos”²³⁴.

Neste ponto, é relevante saber se o acordo de investimentos em questão confere tratamento NMF tanto para investidores quanto para investimentos, individual ou conjuntamente, ou para apenas um deles. Pode haver medidas destinadas apenas a investimentos, outras disposições destinadas apenas a investidores. A maioria das cláusulas NMF em acordos de investimentos abarca tanto investimentos quanto investidores, porque é desta forma que os objetivos de proteção e promoção são efetivamente atingidos²³⁵.

Não obstante, há acordos que abrangem apenas investimentos, o que acaba por excluir indivíduos e companhias estrangeiras do tratamento NMF ao limitar que a pessoa jurídica esteja legalmente estabelecida no Estado receptor²³⁶, é o caso do BIT firmado entre Austrália e Uruguai em 2002 que diz, em seu artigo 4º: “cada Parte deve conferir, **aos investimentos** em

²³³ BRASIL. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos Brasil - Moçambique*. 30 de março de 2015.

²³⁴ UNCTAD. *Most-favoured-nation Treatment*. UNCTAD Series on Issues of International Investment Agreements II. New York and Geneva: UNCTAD, 2010, p. 43.

²³⁵ Ibidem., p. 45.

²³⁶ Ibidem., p. 45.

seu território, tratamento não menos favorável do que aquele concedido aos investimento provenientes de um terceiro país...”²³⁷.

Os ACFIs assinados pelo Brasil seguem a tendência majoritária, e garantem, todos eles, tratamento NMF tanto aos investimentos quanto aos investidores²³⁸. Como exemplo, leia-se o excerto relevante do ACFI Brasil-Colômbia, colacionado abaixo:

Artigo 5 – Não-discriminação

2. Cada Parte outorgará aos investidores da outra Parte e aos seus investimentos tratamento não menos favorável do que o outorgado, em circunstâncias similares, a investidores de u, no que se refere à um Estado não-Parte e aos seus investimentos expansão, administração, condução, operação, venda ou outra disposição de investimentos em seu território. Considerar-se-á que um tratamento é menos favorável se alterar as condições de concorrência em favor dos investidores de um Estado não-Parte e seus investimentos, em comparação aos investidores da outra Parte e seus investimentos²³⁹. (grifos nossos)

Para além das definições de abrangência temporal e a investidores e/ou investimentos, é ainda fundamental compreender quais são as condições e as qualificações necessárias a um acordo para que ele seja abarcado pela cláusula NMF nos ACFIs. É do que trataremos na subseção seguinte

3.1.3 Condições e qualificações para aplicação

As condições e qualificações necessárias constituem outro parâmetro de análise utilizado pela UNCTAD para compreender o escopo de aplicação das cláusulas NMF em acordos de investimentos.

A determinação de condições e qualificações necessárias para definição do escopo do tratamento da nação mais favorecida se justifica porque este não implica em aplicação indiscriminada das condições mais favoráveis já ofertadas.

Em outras palavras, não significa que aos investidores e/ou investimentos estrangeiros serão concedidas condições não menos favoráveis do que as já conferidas a terceiros de forma indiscriminada e independentemente da atividade concreta ou do contexto em que os

²³⁷ AUSTRALIA. Agreement between Australia and Uruguay for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (Australia – Uruguay BIT 2001). Tradução nossa. Trecho original: “*Article 4: Most-favoured-nation provision: Each Party shall at all times treat investments in its own territory on a basis no less favourable than that accorded to investments of investors of any third country...*”.

²³⁸ ACFI Brasil-Angola (artigo 11.3); ACFI Brasil-Chile (artigo 6); ACFI Brasil-Colômbia (artigo 5.2); ACFI Brasil-Malauí (artigo 10); PCFI- Mercosil (artigo 5); México (artigo 5); ACFI Brasil-Moçambique (artigo 11.3); AAEC – Brasil-Peru (Artigo 2.6).

²³⁹ BRASIL. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos Brasil - Colômbia*. 09 de outubro de 2015.

investimentos estão sendo realizados. Pelo contrário: tratamento diferenciado será concedido se estivermos comparando investimentos em situações distintas.

Grande parte dos acordos, neste ponto, faz referência à necessidade de se caracterizar “circunstâncias similares” em um outro acordo para que este seja abarcado pelo tratamento da nação mais favorecida, assunto que abordaremos na Subseção 3.1.4.1. Trata-se de parâmetro que aparece em todos os ACFIs assinados pelo Brasil, com exceção dos acordos assinados com México e Colômbia, que estabelecem outros critérios mais específicos. Estes critérios mais específicos designam um rol de atividades relacionadas a investimentos que ensejariam a aplicação do tratamento da NMF, como veremos na Subseção 3.1.4.2.

3.1.3.1 Condições similares

Como vimos, a maioria dos ACFIs assinados pelo Brasil indica como condição necessária para aplicação do tratamento da nação mais favorecida a constatação de que os dois acordos de investimentos estão ancorados em circunstâncias similares. Para que se aplique o tratamento da nação mais favorecida, é necessário que se esteja diante de duas situações razoavelmente comparáveis, de dois acordos de investimentos similares, comparabilidade esta que é definida pela presença de “circunstâncias similares”, ou “*like circumstances*”, ou ainda “*like situations*”²⁴⁰.

Nos ACFIs de 1ª geração, o texto menciona expressamente a exigência da constatação de circunstâncias similares para tratamento NMF, seguindo o molde do acordo firmado com Angola:

Artigo 11 – Tratamento aos Investidores e Investimentos

7. Cada Parte, no seu território, concede aos investidores da outra Parte um tratamento não menos favorável do que o concedido em circunstâncias similares aos seus próprios investidores ou aos investidores de uma Parte não contratante, com respeito ao acesso a tribunais de justiça e a agências administrativas, ou ainda à defesa de direitos de tais investidores. (grifos nossos)

Já entre os acordos de segunda geração que mencionam expressamente a exigência das circunstâncias similares para aplicação do tratamento NMF, vejamos o texto do ACFI assinado com o Chile:

Artigo 6º

Tratamento de Nação Mais Favorecida

1. Sujeito a suas leis e regulamentos vigentes no momento em que o investimento seja realizado, cada Parte outorgará aos investidores da outra Parte tratamento não menos favorável do que o outorgado, em circunstâncias similares, aos investidores de um Estado não Parte, no que se refere à expansão, administração, condução, operação, venda ou outra disposição dos investimentos em seu território.

²⁴⁰ UNCTAD. *Most-favoured-nation Treatment*. UNCTAD Series on Issues of International Investment Agreements II. New York and Geneva: UNCTAD, 2010, p. 53-54.

2. Sujeito a suas leis e regulamentos vigentes no momento em que o investimento seja realizado, cada Parte outorgará aos investimentos de investidores de um Estado não Parte tratamento não menos favorável do que o outorgado, em circunstâncias similares, aos investimentos de investidores de um Estado não Parte, no que se refere à expansão, administração, condução, operação, venda ou outra disposição dos investimentos em seu território. (grifos nossos)

A dificuldade desta definição se relaciona com a problemática de interpretar o que seriam os “*like products*” do comércio internacional (Seção 2.3.1) que, como vimos não é tarefa nada trivial, em avaliação que deve ser feita caso a caso. Uma proposta para conduzir essa investigação é seguir as recomendações da OECD de que se verifique (a) se os dois acordos se referem ao mesmo setor; (b) o impacto das finalidades daqueles acordos nos diferentes setores do país receptor; (c) e a motivação do acordo²⁴¹. Este teste de comparação para verificar se os acordos se enquadrariam nas “*like circumstances*” tem sido conduzido de modo distinto dependendo da interpretação requerida pelos demandantes quando da análise da cláusula NMF.

Quando é solicitado um tratamento mais favorável, do ponto de vista material ou procedimental, os tribunais arbitrais têm comparado o tratamento entre dois investidores estrangeiros em situações idênticas²⁴². Quando a cláusula NMF é suscitada apenas para atrair benefícios materiais presentes em outros acordos de investimentos, tema sobre o qual nos debruçaremos nas seções 3.2 e 3.3 seguintes, os tribunais têm apenas avaliado se o demandante estaria qualificado como investidor nos termos daquele outro tratado, sem conduzir efetiva comparação com investidores do país terceiro²⁴³.

Antes disso, vejamos abaixo outras condições inseridas em alguns ACFIs assinados pelo Brasil para a aplicação do tratamento NMF.

3.1.3.2 Outras condições específicas para ensejar o tratamento da nação mais favorecida

Algumas cláusulas NMF associam o tratamento NMF a um rol taxativo de atividades relacionadas a investimentos. Essas listas envolvem atividades pré e pós estabelecimento. Atividades pré-estabelecimento geralmente incluem “estabelecimento, aquisição e expansão” de investimentos, enquanto as operações de pós-estabelecimento abarcam “administração, manutenção, condução, operação, uso, fruição, venda e disposição” de investimentos²⁴⁴.

O ACFI assinado com o México não menciona expressamente “circunstâncias similares” como condição necessária para aplicação da cláusula NMF, fazendo referência às

²⁴¹ OCDE. *National Treatment for Foreign-Controlled Enterprises*. Paris: OECD, 1985, p. 16-17.

²⁴² UNCTAD. *Most-favoured-nation Treatment*. UNCTAD Series on Issues of International Investment Agreements II. New York and Geneva: UNCTAD, 2010, p. 63.

²⁴³ *Ibidem.*, p. 64.

²⁴⁴ *Ibidem.*, p. 54.

condições de concorrência proporcionadas aos investidores de diferentes países. São as condições inseridas no ACFI assinado com o México:

Artigo 5 - Não Discriminação

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

No ACFI assinado com a Colômbia, é incluída essa lista exaustiva de situações que qualificariam tratamento discriminatório ou menos favorável:

Artigo 5º - Não Discriminação

2. Cada Parte outorgará aos investidores da outra Parte e aos seus **investimentos tratamento não menos favorável** do que o outorgado, em circunstâncias similares, a investidores de um Estado não-Parte e aos seus investimentos, no que se refere à expansão, administração, condução, operação, venda ou outra disposição de investimentos em seu território. Considerar-se-á que um tratamento é menos favorável se alterar as condições de concorrência em favor dos investidores de um Estado não-Parte e seus investimentos, em comparação aos investidores da outra Parte e seus investimentos. (grifos nossos)

É rica a redação deste dispositivo. Identificamos a menção às condições similares, presentes em todos os outros ACFIs à exceção do México, o reconhecimento de tratamento menos favorável como aquele que “altera as condições de concorrência”, e ainda uma lista de situações que deveria ser avaliada para a configuração das “circunstâncias similares”. Esta última deriva dos APPIs e de sua linguagem, fazendo inclusive referência similar ao texto desses que enumera situações específicas em que essas condições são verificadas²⁴⁵.

Tal influência dos APPIs pode ser observada quando analisamos os trechos dos artigos que tratam de proteção e tratamento aos investimentos e aos investidores no escopo dos APPIs, como se vê abaixo, no BIT assinado entre Brasil e Chile:

ARTIGO III - Proteção e Tratamento

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

Ainda que o ACFI assinado com o México não incluía expressamente a observação de “*like circumstances*”, com base no posicionamento que vem sendo reiteradamente adotado pelos tribunais arbitrais, sugere-se que a exigência de que os investimentos e/ou investidores estejam em situações comparáveis constitua um elemento implícito do funcionamento da

²⁴⁵ BADIN, Michelle R. S.; LUIS, Daniel T.; OLIVEIRA, Mario A.. Uma proposta de reflexão sobre os ACFIs: Até que ponto o tratamento de nação mais favorecida pode minar a estratégia política que os embasa?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, 2017, p. 159-177, pp. 170.

cláusula NMF²⁴⁶. Este entendimento foi exarado por decisões arbitrais recentes, que consideraram a exigência das circunstâncias similares ao analisarem cláusulas NMF que não as mencionavam expressamente como condição para sua aplicabilidade.

Em *Parkerings vs. Lithuania*²⁴⁷, em que os investidores estrangeiros estavam competindo pela mesma licitação, o tribunal comparou não só os dois investidores no mesmo setor econômico como também as características da proposta que apresentaram para a licitação. Em *Bayindir vs. Pakistan*²⁴⁸, o tribunal entendeu que a similaridade e a comparabilidade entre os investidores estrangeiros deveriam ser examinadas através das circunstâncias e nos termos contratuais. Como, resalte-se, não havia, em nenhum desses casos, menção a “*like circumstances*” ou a qualquer texto similar, infere-se que essa condição tem sido compreendida como inerente à aplicação do tratamento da nação mais favorecida.

Assim, observando a redação da cláusula NMF destes ACFIs e sua similaridade com o texto presente nos APPIs assinados pelo Brasil, percebe-se uma influência cada vez maior dos critérios e parâmetros que orientaram a aplicação do tratamento da nação mais favorecida nos BITs nos ACFIs²⁴⁹. Em alguma medida, verifica-se também certa continuidade dos parâmetros presentes nos BITs assinados pelo Brasil na década de 1990 no que tange às exceções à aplicação do tratamento NMF, como será discutido abaixo.

3.1.4 Exceções de aplicação

Acordos de investimentos contêm exceções em seu escopo, último critério de avaliação sugerido pela UNCTAD que adotamos aqui. Não necessariamente essas exceções estão limitadas à aplicação da cláusula NFM.

Algumas das exceções gerais que podem ser encontradas em acordos de investimentos foram listadas por um documento da UNCTAD, de 1999²⁵⁰, e estão resumidas abaixo:

- a) Ordem/saúde/moral pública: a maioria dos BITs permite que as Partes se eximam do cumprimento de padrões não-discriminatórios caso comprovadamente necessário para manter a ordem, moral ou saúde públicas²⁵¹. Um exemplo seria um investidor

²⁴⁶ UNCTAD. *Most-favoured-nation Treatment*. UNCTAD Series on Issues of International Investment Agreements II. New York and Geneva: UNCTAD, 2010, p. 63.

²⁴⁷ ICSID. Case No. ARB/05/8, *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*. Award. 11 de setembro de 2007.

²⁴⁸ ICSID. Case No. ARB/03/29. *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v. Islamic Republic of Pakistan*. Decision on Jurisdiction. 14 de novembro 2005.

²⁴⁹ BADIN, Michelle R. S.; LUIS, Daniel T.; OLIVEIRA, Mario A.. Uma proposta de reflexão sobre os ACFIs: Até que ponto o tratamento de nação mais favorecida pode minar a estratégia política que os embasa?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, 2017, p. 159-177, pp. 170.

²⁵⁰ UNCTAD. *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*. New York and Geneva: UNCTAD, 1998, p. 15-22.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 22.

estrangeiro estar envolvido em reiteradas violações de direitos humanos, especialmente se assim for requerido por uma organização internacional. Quando à ordem pública, muitas vezes essa exceção aparece como substituta para segurança nacional;

- b) Segurança nacional: pouquíssimos BITs contêm esta exceção, mas ela se encontra muitas vezes travestida no tópico acima;
- c) Exceções recíprocas relacionadas a assuntos específicos: um elemento bastante recorrente nos acordos de investimentos é que eles contêm exceções baseadas em reciprocidade que são especificamente destinadas para o tratamento da nação mais favorecida. São frequentes as exceções recíprocas que envolvem os seguintes temas:
 - a. Tributária:

todos os acordos de investimentos que endereçam matéria tributária contêm uma exceção no que diz respeito à aplicação da cláusula NMF - a Parte não está obrigada a estender a seus parceiros de acordo, via cláusula NMF, qualquer privilégio que tenha sido concedida a um terceiro país e seus investidores a partir de um acordo bilateral contra dupla tributação. Isto porque, nesses contratos, as Partes renunciam mutuamente a seu direito de taxar investidores da contraparte a fim de evitar dupla tributação. Por ter natureza mútua, não faria sentido estender unilateralmente esta concessão a países terceiros via cláusula NMF
 - b. Propriedade intelectual:

a cláusula NMF é aplicada integralmente para propriedade intelectual na maioria dos BITs. Contudo, para os acordos de investimentos cujas obrigações NMF são aplicadas apenas de fase de pós-estabelecimento, o país receptor pode impor condições para a aquisição de direitos de propriedade intelectual, como por exemplo exigir que seus investidores recebam tratamento similar no país de origem do investidor.
 - c. Integração regional econômica:

acordos de investimentos firmados em que uma Parte é membro de um acordo de integração econômica regional também excluem essa integração do escopo da cláusula NMF. Isto porque os investimentos nestes acordos de integração econômica se dão com base em regras comuns e compromissos assumidos mutuamente. Se um terceiro se beneficiasse dessas mesmas vantagens obtidas pelos membros do acordo, estar-se-ia autorizando o fenômeno do efeito carona. O objetivo dessa exceção é permitir que os

membros avancem em seus objetivos de liberalização interna dentro do bloco.

Nos ACFI assinados pelo Brasil, há, em todos eles, exceções quanto à aplicação da cláusula NMF aos acordos que visam evitar a dupla tributação e aos acordos regionais de comércio²⁵², herança dos BITs. Nos acordos de 1ª geração²⁵³, observamos apenas exceções aos acordos de dupla tributação e aos acordos de integração econômica e comercial, em texto que assumiu forma análoga ao exibido pelo ACFI assinado com Moçambique²⁵⁴:

Artigo 11 – Tratamento aos Investidores e Investimentos

4. O presente artigo não deverá ser interpretado como uma obrigação a uma Parte para conceder a investidores da outra Parte, no que tange a seus investimentos, benefício de qualquer tratamento, preferência ou privilégio resultante de quaisquer zonas de livre comércio, uniões aduaneiras ou mercados comuns existentes ou futuros de que cada Parte seja membro ou a que venha a aderir.

5. Este artigo não deverá ser interpretado como uma obrigação a uma Parte para conceder a investidores da outra Parte, no que tange a seus investimentos, o benefício de qualquer tratamento, preferência ou privilégio ao investimento resultante de quaisquer acordos para evitar a dupla tributação existentes ou futuros de que cada Parte deste Acordo seja parte ou que venha a ser. (grifos nossos)

As exceções de ordem tributária e de integração econômica seguem os moldes dos APPIs assinados pelo Brasil na década de 1990. Veja-se trecho do BIT assinado com a Suíça:

Artigo 4 – Proteção, Tratamento

4. Se uma Parte Contratante conceder vantagens especiais a investidores de um terceiro Estado em virtude de um acordo que estabeleça uma área de livre comércio, união aduaneira, mercado comum ou organização regional semelhante, ou em virtude de um acordo para evitar dupla tributação, ela não será obrigada a conceder essas vantagens a investidores da outra Parte Contratante.

Já nos ACFIs de 2ª geração, observa-se que o rol de exceções gerais e/ou à aplicação do tratamento da nação mais favorecida foi diversificado e sofisticado. Aparecem restrições para preservar a ordem/saúde/moral públicas, para manter a segurança nacional, e para garantir direitos de propriedade intelectual. A partir do Acordo assinado com o México, estas outras exceções começaram a aparecer. Neste ACFI, além da limitação do escopo do tratamento NMF aos acordos para evitar dupla tributação e aos acordos de integração econômica e/ou comercial, podem ser identificadas exceções para salvaguardar a ordem pública e a segurança nacional, como se vê no excerto colacionado abaixo:

Artigo 12 Exceções de Segurança

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

²⁵² BRASIL. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos Brasil - Moçambique*. 30 de março de 2015. Para. 11.4-2.

²⁵³ Ver Quadro 2.

²⁵⁴ BRASIL. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos Brasil - Moçambique*. 30 de março de 2015.

Todos os ACFIs de 2ª geração contêm algum tipo de exceção dessa natureza, ou de ordem pública e/ou de segurança nacional. Nenhum deles abarca exceções em relação à proteção dos direitos de propriedade intelectual no que se refere ao escopo da cláusula NMF. Esse tipo de exceção também já fora contemplada pelos APPIs da década de 1990, como no acordo assinado com a Alemanha²⁵⁵, em que se lê, no protocolo que é parte integrante do acordo, “Não serão consideradas como tratamento "menos favorável", nos termos do Artigo 3, as medidas tomadas por razões de segurança e ordem públicas, de saúde pública ou de ordem moral”.

Constatamos, assim, que nenhuma das exceções presentes do ACFIs é inovadora, todas encontrando lastro nos BITs assinados pelo Brasil na década de 1990. Confira abaixo quadro que sintetiza a presença de exceções em cada ACFI assinado:

QUADRO 6 - EXCEÇÕES À CNMF NOS ACFI

EXCEÇÕES	1ª GERAÇÃO DE ACFIS			2ª GERAÇÃO DE ACFIS				
	Angola	Moçambique	Malauí	Chile	Colômbia	México	Mercosul (PFCI)	Peru
Ordem/saúde/ moral públicas					(12)	(12.1)	(12)	(4.3(a-b))
Segurança nacional				(14)	(12)	(12.1)	(12)	(8.2)
Dupla tributação	(11.4 (b))	(11.5)	(10.6)	(12)	(11.1)	(5.3(c))	(5.6)	(8.4)
Propriedade intelectual								(4.3 (c))
Acordos de Comércio	(11.4 (a))	(11.4)	(10.5)	(6.3(a))	(5.3(a))	(5.3(a))	Não se aplica	(2.6(4))

*O quadro faz referência aos números dos artigos do ACFI em que as exceções foram incluídas. Elaboração própria.

Passemos agora à avaliação de outros dois importantes parâmetros de análise do escopo das CNMF propostos pela UNCTAD, que dizem respeito à impossibilidade de importação de provisões materiais e procedimentais de outros acordos.

3.2 A possibilidade de importação de provisões materiais de outros acordos de investimentos

Frequentemente, a cláusula NMF tem sido suscitada nos procedimentos arbitrais em busca de tratamento mais favorável através da importação de provisões materiais de outros

²⁵⁵ BRASIL. *Acordo entre o governo da República Federativa Do Brasil e o governo da República Alemã sobre promoção e proteção recíproca de investimentos*, 27 de junho de 1998.

acordos. No entanto, essa interpretação é controversa desde os anos 2000, e quanto mais as discrepâncias de interpretação se tornam sistemáticas em razão das diferentes formulações de cláusula NMF, maiores são a incerteza e a imprevisibilidade acerca desse tratamento²⁵⁶.

São quatro as interpretações mais recorrentes: (a) substituir um dispositivo de um acordo por outro que seja mais favorável²⁵⁷; (b) importar uma provisão de outro acordo que seja inexistente no acordo-base²⁵⁸; (c) remover um dispositivo que se considere menos favorável²⁵⁹; ou (d) estender o escopo do acordo^{260,261}.

Esta investigação torna-se ainda mais necessária ao observarmos as diferenças pontuais presentes na redação dos ACFI, que favorecem o questionamento sobre a extensão e os limites de aplicação do tratamento NMF no que diz respeito à importação de direitos previstos em outros acordos, sejam eles ACFIs ou outros acordos mais tradicionais. Nesta subseção, procuraremos entender qual é a abertura dada pela redação das cláusulas NMF presentes nos diferentes ACFIs assinados pelo Brasil às importações de provisões materiais de outros acordos de investimentos.

Alguns ACFIs buscaram tratar de forma mais minuciosa da limitação da aplicação do tratamento NMF, discriminando em maior detalhe suas hipóteses de não incidência. É o caso dos ACFIs assinados pelo Brasil com Colômbia e Chile, sobre que a extensão dada para os

²⁵⁶ NIKIEMA, Suzy H. *The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties. IISD Best Practices Series*, February 2017, p. 10.

²⁵⁷ O tratamento NMF é reivindicado por investidores que pretendem importar para o acordo-base dispositivos “mais favoráveis” presentes em outros tratados. De forma geral, a jurisprudência tem sido receptiva aos pedidos de importação de provisões mais favoráveis pela cláusula NMF, como no caso *CME vs. Czech Republic*. UNCITRAL. *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic*. Final award. 14 de março de 2003.

²⁵⁸ Esta possibilidade se refere à solicitação por vezes feita por investidores de que se importe um dispositivo inexistente no acordo-base presente em outro tratado, dispositivo este que argumentam ter sido violado pelo Estado receptor. Os tribunais arbitrais têm respondido positivamente a estas demandas, como se verificou nos casos *Bayindir vs. Pakistan*, *MTD Equity vs. Chile* e *White Industries vs. India*. Cf. ICSID. Caso No. ARB/03/29. *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v. Islamic Republic of Pakistan*. Decision on Jurisdiction, 14 de novembro de 2005; ICSID. Caso ARB/01/7. *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*. Award. 25 de maio de 2004; UNCITRAL. *White Industries Australia Limited v. Republic of India*. Award. 30 de novembro de 2001.

²⁵⁹ Alguns procedimentos arbitrais foram instaurados pela demanda da remoção de um dispositivo que se considerava inerentemente “menos favorável”, suscitado o tratamento NMF. Foi o que pediu o investidor à Argentina no caso *CMS vs. Argentina*, sem sucesso. Até o momento, não há registros de tribunais que tenham aceitado o tratamento NMF como única justificativa para excluir uma cláusula de um acordo de investimentos. Cf. ICSID. Caso ARB/01/8. *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*. Award. 12 de maio de 2005.

²⁶⁰ O tratamento NMF também já foi suscitado para subsidiar um pedido de extensão no escopo do acordo-base, que pode fazer referência à uma extensão temporal (*ratione temporis*), relacionada à aplicação da CNMF às fases de pré e/ou pós-estabelecimento, ou à uma extensão material (*ratione materiae*) como, por exemplo, importar a definição do termo “investimento”. Os tribunais têm rejeitado os pedidos de extensão no escopo do acordo-base sob a justificativa de tratamento NMF, como nos casos *Tecmed vs. Argentina*, em que foi solicitada extensão temporal, e *Société Générale vs. Dominican Republic*, cujo objeto foi um pedido de extensão material. Cf. ICSID. Caso ARB (AF)/00/02. *Tecnicas Mediambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States*. Sentence. 29 de maio de 2003.; UNCITRAL. *Société Générale In respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. v. Dominican Republic*. Award on preliminary objections to jurisdiction. 19 de setembro de 2018.

²⁶¹ NIKIEMA, Suzy H. *The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties. IISD Best Practices Series*, February 2017, p. 10.

“padrões de tratamento”, que constitui aspecto material dos acordos de investimento. Nestes casos, nota-se uma espécie de “fechamento estrutural”²⁶² dos ACFIs em relação ao que estabelecido por outros acordos internacionais de investimentos. Vejamos abaixo a redação dessas cláusulas nos ACFIs firmados com o Chile e a Colômbia, respectivamente:

Artigo 6º - Tratamento de Nação Mais Favorecida

3. Este Artigo não se interpretará como:

(b) a possibilidade de invocar, em qualquer mecanismo de solução de controvérsias, padrões de tratamento contidos em um acordo internacional de investimentos ou em um acordo que contenha um capítulo de investimentos do qual uma das Partes seja parte antes da entrada em vigor deste Acordo. (grifos nossos)

Artigo 5º - Não Discriminação

3. Este artigo não deve ser interpretado como:

b) a possibilidade de invocar, na solução de controvérsias, padrões de tratamento contidos em um acordo internacional de investimentos com um terceiro. (grifos nossos)

Apesar disso, é preciso observar com cautela a redação do dispositivo no acordo assinado com o Chile, que parece impor esta restrição apenas para o período anterior à data de entrada em vigor do ACFI. Pela leitura do texto, que ainda que tenha buscado se atentar à necessidade de maior esclarecimento sobre a problemática da importação de provisões materiais de outros acordos permanece nebuloso, se infere que não há, no ACFI do Chile, limitações à aplicação da cláusula NMF após a entrada em vigor do acordo, seguindo o padrão pós-estabelecimento.

Esta restrição temporal foi inserida de modo similar no PCFI do Mercosul, que também estende sua limitação a quaisquer acordos de investimentos estabelecidos antes da entrada em vigor do acordo. Vejamos:

Artigo 5º - Não Discriminação

As disposições deste Artigo não se aplicarão para invocar tratamento mais favorável outorgado por um Estado Parte em virtude de tratados de investimentos, acordos em matéria de dupla-tributação, ou outros acordos que contenham disposições em matéria de investimentos assinados antes do presente Protocolo.

Vê-se que o PCFI do Mercosul é ainda mais claro em relação à impossibilidade de incorporação de conteúdo material proveniente de outros acordos de investimentos. Neste mesmo dispositivo, temos que “as disposições deste Artigo não se aplicarão para incorporar disposições substantivas ou afetas à solução de controvérsias não contidas no presente Protocolo”. Trata-se de redação que aduz ao princípio do *ejusdem generis* na aplicação da

²⁶² BADIN, Michelle R. S.; LUIS, Daniel T.; OLIVEIRA, Mario A.. Uma proposta de reflexão sobre os ACFIs: Até que ponto o tratamento de nação mais favorecida pode minar a estratégia política que os embasa?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, 2017, p. 159-177, pp. 170.

cláusula NMF, que indica que o tratamento NMF só pode ser concedido a questões referentes ao mesmo assunto ou a mesma categoria de assuntos a que se refere a cláusula no acordo-base.

Considerando estes ACFIs, assinados com Chile, Colômbia e o PCFI do Mercosul, a melhor interpretação da redação da cláusula NMF é no sentido de uma limitação das importações de conteúdo material de outros acordos de investimentos. Contudo, é preciso observar que os demais acordos, firmados com o México, Peru e os ACFIs de 1ª geração, não contêm restrição explícita à importação de direitos materiais. Como ficaria a interpretação diante de eventual demanda, nesses casos?

Eis um problema majoritariamente hermenêutico. Muitos acordos de investimentos não contêm dispositivos expressamente relacionados à importação de regras materiais ou procedimentais²⁶³, como é o caso da maioria dos ACFIs brasileiros. Nesse sentido, ainda que as cláusulas NMF sejam recorrentes no direito internacional de investimentos, a linguagem em que o tratamento é expresso pode variar sobremaneira, promovendo diferenças que impactam sua aplicação²⁶⁴. Isto ocorre porque as cláusulas NMF são geralmente elaboradas em termos genéricos para atrair o tratamento mais benéfico que não tenha sido concedido no acordo-base, sem delimitar um escopo preciso, o que aumenta as possibilidades de interpretação favorável à importações de padrões de proteção ao investimento mais favoráveis²⁶⁵. Apesar de muitos já terem se debruçado a examinar a interpretação das cláusulas NMF, o tópico está longe de ser encerrado, gerando sempre discussões por seu caráter, na maioria das vezes, incondicional, recíproco e indeterminado²⁶⁶. No entanto, ainda que muita atenção deva ser destinada à análise *in casu* da linguagem de cada cláusula NMF, também é contraproducente afirmar que não se pode inferir nada da operação de cláusulas que guardam um texto mais genérico²⁶⁷.

Para tanto, podemos recorrer à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que endereça a problemática da interpretação na Seção 3. Analisemos a redação do artigo 31, da regra geral de interpretação:

1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.
2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos:
 - a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado;
 - b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado.

²⁶³ SALOMON, Claudia; FRIEDRICH, Sandra. How Most Favoured Nation Clause in Bilateral Investment Treaties Affect Arbitration. *Practical Law Arbitration*, 2013, p. 2.

²⁶⁴ COLE, Tony. The Boundaries of Most Favored Nation Treatment in International Investment Law. *Michigan Journal of International Law*, vol. 33, no. 3, 2012, p. 537-586, pp. 541.

²⁶⁵ THULASIDHASS, P.R.. Most-Favoured-Nation Treatment in International Invest Law: Ascertaining the Limits through Interpretative Principles. *Amsterdam Law Forum*, Summer Edition, 2015, p. 4.

²⁶⁶ SALOMON, Op. cit., p. 2.

²⁶⁷ COLE, Op. cit. p. 541.

3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:
 - a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições;
 - b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação;
 - c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.
4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.

A discussão sobre abordagens presumidas, sopesando a evolução contextual e as orientações de interpretação textual, e reconhecendo relativa autonomia dos componentes, mostra que mesmo diante da ausência de um texto mais claro e uniforme, é possível impor limitações à interpretação discricionária daqueles que aplicam os tratados²⁶⁸. Além disso, como extraímos do artigo colacionado acima, os acordos podem ser interpretados observando (i) a linguagem específica das cláusulas e seu sentido comumente atribuído, (ii) o contexto e a finalidade do acordo, e (iii) os objetivos gerais de proteção de investimento à medida em que se consideram outras regras pertinentes ao Direito Internacional aplicáveis.

Nesse sentido, pode-se argumentar que, resgatando os objetivos que motivaram a elaboração dos ACFIs, também não seria possível a importação de conteúdo material de outros acordos de investimentos para os demais ACFIs além daqueles assinados com México, Colômbia e além do PCFI. Esta tese, no entanto, só poderá ser confirmada quando os ACFIs entrarem em vigor e observarmos a interpretação da CNMF diante das eventuais controvérsias que possam surgir de sua aplicação.

Por fim, cumpre analisar, sob ótica semelhante, as possibilidades de importação de conteúdo procedimental a partir de outros acordos de investimentos para o acordo-base sob o manto do tratamento NMF, tópico discutido na subseção abaixo.

3.3 A possibilidade de importação de provisões procedimentais de outros acordos de investimentos

Antes de adentrarmos neste que é o último parâmetro de análise proposto pela UNCTAD, cabe lembrar que há uma diferença fundamental entre as obrigações de cunho material e as obrigações de cunho procedimental de um acordo de investimentos. As disposições materiais são endereçadas às partes, enquanto às provisões procedimentais são endereçadas ao tribunal²⁶⁹.

²⁶⁸ THULASIDHASS, P.R.. Most-Favoured-Nation Treatment in International Invest Law: Ascertainning the Limits through Interpretative Principles. *Amsterdam Law Forum*, Summer Edition, 2015, p. 24.

²⁶⁹ *Ibidem.*, p. 20.

A possibilidade de importar disposições procedimentais de outro acordo para o acordo-base é um dos efeitos mais controversos gerados pelo tratamento NMF diante dos tribunais. O tratamento NMF é frequentemente invocado em procedimentos de solução de controvérsias na tentativa de (i) desconsiderar a necessidade de existirem precondições no acordo para que seja instaurado um procedimento arbitral²⁷⁰ e de (ii) evitar a litigância nas cortes locais do Estado receptor antes de acionar arbitragem internacional²⁷¹.

De fato, sem a análise da cláusula NMF e a interpretação dela extraída, não seria possível que um tribunal declarasse se tem ou não jurisdição sobre o acordo²⁷². Como então justificar a importação de disposições procedimentais e interpretar a redação da cláusula NMF para afirmar que exerce jurisdição? Este é um desafio que segue motivando respostas distintas pelos tribunais.

Considerando a redação muitas vezes genérica e abrangente das cláusulas NMF, sobretudo no que se refere à problemática de se estender o tratamento NMF ou não a disposições procedimentais, os ACFIs, em especial os ACFIs de 2ª geração, trouxeram uma importante inovação. A partir do ACFI Brasil-México, os acordos contêm menção expressa de que o tratamento NMF não deve ser estendido às disposições de solução de controvérsias presentes em outros acordos de investimentos. Essa inserção nos ACFIs busca salvaguardar o Brasil de enfrentar os procedimentos de uma arbitragem investidor-Estado, em consonância com os objetivos que motivaram a elaboração de um modelo de acordo de investimentos alternativo aos BITs. Vejamos o texto das cláusulas NMF a este respeito nos ACFIs firmados com o México, Colômbia, Chile e Peru:

Artigo 5º - Não Discriminação

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

- a) qualquer tratamento, preferência ou privilégio decorrente de:
 - (1) disposições relativas à solução de controvérsias de investimentos, constantes de um acordo de investimento ou acordo que contenha capítulo sobre o investimento; (grifos nossos) (ACFI Brasil-México)

Artigo 5º - Não Discriminação

3. Este Artigo não deve ser interpretado como:

- a) uma obrigação de uma Parte para dar ao investidor da outra Parte ou a seus investimentos o benefício de qualquer tratamento, preferência ou privilégio decorrente de:
 - (i) disposições relativas à solução de controvérsias em matéria de investimentos constantes de um acordo internacional de investimentos; (grifos nossos) (ACFI Brasil – Colômbia)

²⁷⁰ *Maffezini vs Spain* (ICSID Case No ARB/97/7), *Siemens vs. Argentina* (ICSID Case No ARB/02/8), *Hochtief AG vs. Argentina* (ICSID Case No ARB/07/31), e *Gas Natural SDG vs. Argentina* (ICSID Case No ARB/03/10).

²⁷¹ *AWG Group Ltd vs Argentina* (UNCITRAL, Decision on Jurisdiction, 3 August 2006); *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal SA sv Argentina* (ICSID Case No ARB/03/19) e *Teinver SA vs Argentina* (ICSID Case No ARB/09/1).

²⁷² NIKIEMA, Suzy H. The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties. *IISD Best Practices Series*, February 2017, p. 13.

Artigo 6º - Tratamento da Nação Mais Favorecida

2. Este Artigo não se interpretará como:

(a) uma obrigação de uma Parte para dar ao investidor da outra Parte ou a seus investimentos o benefício de qualquer tratamento, preferência ou privilégio decorrente de:

(i) disposições relativas à solução de controvérsias em matéria de investimentos constantes de um acordo internacional de investimentos, incluindo um acordo que contenha um capítulo de investimentos; (grifos nossos) (ACFI Brasil – Chile)

Artigo 2.6 – Tratamento da Nação Mais Favorecida

3. Para maior certeza, o tratamento referido neste artigo não inclui os mecanismos ou procedimentos para a solução de controvérsias investidor-Estado ou qualquer outro mecanismo de solução de controvérsias em matéria de investimentos que estejam estipulados em acordos internacionais comerciais ou de investimento. (grifos nossos) (ACFI Brasil – Peru)

Interessante observar que alguns destes ACFIs já fazem referência não só aos acordos de investimento em si, mas também a acordos que contenham capítulos de investimento, em uma tentativa de abarcar acordos como o do Brasil-Peru, que vai muito além de um ACFI, que fica limitado a apenas um capítulo de todo o acordo²⁷³. Ressalte-se que, ainda que o ACFI Brasil – Chile tenha buscado limitar o escopo da cláusula NMF, a menção genérica à “ou outra disposição de investimentos” poderia abrir espaço para interpretações que compreendessem também disposições procedimentais. Badin, Luís e Oliveira²⁷⁴, no entanto, argumentam que esta expressão não seria suficiente para permitir que um investidor pudesse se valer de um procedimento investidor-Estado, simplesmente porque não há, no ACFI, qualquer tipo de consentimento à arbitragem investidor-Estado.

Entendemos, portanto, que o debate acerca da possibilidade de importação de disposições procedimentais, sobretudo no que tange ao mecanismo de solução de controvérsias, fica encerrado para os ACFIs de 2ª geração, que estabelecem essa restrição de forma bastante clara. A dificuldade persiste, contudo, para a interpretação dos ACFIs de 1ª geração, Angola, Moçambique e Malauí, que não contêm esta previsão. Trata-se de discussão interpretativa da mesma ordem da exposta na subseção anterior. Se, segundo a Convenção de Viena, devemos interpretar os acordos à luz da análise de seus termos mas também dos objetivos e finalidades que motivaram a elaboração daquele tratado, há de se invocar o debate política interno no Brasil que precedeu a elaboração dos ACFIs enquanto acordos de investimentos alternativos aos BITs.

Como vimos na Seção 1.2.2.1, uma das principais razões do fracasso dos BITs no Brasil está relacionada à presença do mecanismo de solução de controvérsias como uma arbitragem

²⁷³ Ver Nota de Rodapé no. 90.

²⁷⁴ BADIN, Michelle R. S.; LUIS, Daniel T.; OLIVEIRA, Mario A.. Uma proposta de reflexão sobre os ACFIs: Até que ponto o tratamento de nação mais favorecida pode minar a estratégia política que os embasa?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, 2017, p. 159-177, pp. 170.

investidor-Estado que, segundo o Brasil, fragilizava o Estado e reduzia sua capacidade regulatória. Ao compreendermos, assim, que os ACFIs surgiram, também, para evitar a continuidade de um mecanismo de solução de controvérsias que se considerava prejudicial para o Brasil, entendemos que a melhor interpretação dos ACFIs de 1ª geração, mesmo que ausentes dispositivos claros acerca da possibilidade de importação procedimental, seria por sua impossibilidade, pelo menos no que tange aos procedimentos de solução de controvérsias.

3.4 Inovações do ACFI não traduzidas na cláusula NMF

O ACFI foi recebido pela positivamente pela comunidade internacional como um modelo inovador de acordo de investimentos²⁷⁵. Entre suas principais inovações, como vimos, estar ancorado em um ideal de “facilitação de investimentos”, ao invés de “proteção de investimentos”. Além disso, foi muito bem recebida a proposta das agendas temáticas. Estas inovações não foram, contudo, traduzidas nas cláusulas NMF ou de não discriminação inseridas nos ACFIs.

Todas as disposições de tratamento NMF presente nos ACFIs pressupõem um interesse em proteger o investidor e/ou o investimento, que é tradicionalmente o eixo de sustentação dos acordos de investimentos, sobretudo os BITs²⁷⁶. Essa redação marginaliza a perspectiva da condução das políticas pelo Estados receptores, porque permanece de forma significativa atrelada às necessidades do investidor. Por isso, Badin²⁷⁷ considera que o título “tratamento aos investidores e investimentos”, é, realmente, mais apropriado para indicar o conteúdo da cláusula NMF nos ACFIs assinados até o momento.

É preciso pensar em alternativas para fugir a esta tendência e recuperar os objetivos que motivaram a elaboração dos ACFIs. O ACFI Brasil – Peru, por exemplo, avançou na tentativa de garantir a independência e a autonomia do Estado receptor, ao incluir uma série de exceções à aplicação da cláusula NMF. Estas exceções estão relacionadas a políticas públicas de interesse do Estado receptor:

Artigo 2.6 Tratamento da Nação Mais Favorecida
As Partes reservam-se o direito de adotar ou manter qualquer medida futura desconforme com este Artigo:
(a) que conceda tratamento diferenciado a países de acordo com qualquer tratado internacional bilateral ou multilateral em vigor ou assinado após a data de entrada em vigor deste Acordo em matéria de:

²⁷⁵ Ver Nota de Rodapé no. 110.

²⁷⁶ Esta é a noção básica que pauta o tratamento NMF nos acordos tradicionais de investimento. “*The normal effect on an MFN clause in a BIT is to widen the rights of the investor*”. DOLZER, R.; SCHREUER, C. *Principles of international investment law*. Second ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p.206.

²⁷⁷ BADIN, Michelle R. S.; LUIS, Daniel T.; OLIVEIRA, Mario A.. Uma proposta de reflexão sobre os ACFIs: Até que ponto o tratamento de nação mais favorecida pode minar a estratégia política que os embaixa?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, 2017, p. 159-177, pp. 171.

aviação; pesca; ou assuntos marítimos, inclusive salvamento. Para maior certeza, assuntos marítimos incluem o transporte por lagos e rios;

- (b) que seja relacionada com a pesca artesanal;
- (c) que conceda tratamento preferencial às pessoas de outros países de acordo com qualquer tratado internacional bilateral ou multilateral em matéria de indústrias culturais, existente ou futuro, inclusive acordos de cooperação audiovisual.
- (d) que conceda a uma pessoa de uma terceira Parte o mesmo tratamento concedido por essa Parte a seu nacional no setor audiovisual, editorial e musical.
- (e) no que diz respeito à execução de leis e à prestação de serviços de reabilitação social;
- (f) no que diz respeito à prestação dos seguintes serviços, na medida em que sejam serviços sociais estabelecidos ou mantidos por razões de interesse público: seguro e sustentação de renda, serviços de seguridade social, bem-estar social, educação pública, capacitação pública, saúde e cuidados infantis;

O segundo ponto de inovação que não foi incorporado à redação das cláusulas NMF diz respeito às agendas temáticas. É curioso observar que, em verdade, grande parte dos temas contemplados nas agendas endereça precisamente a facilitação de investimentos entre as Partes, de modo que deveriam ter sido incluídos nas cláusulas NMF.

É fato que ausência de mecanismos de solução de conflitos do tipo investidor-Estado agudiza a incerteza e a imprevisão sobre os debates que poderão surgir da aplicação da cláusula NMF nos ACFIs. Os debates estão, neste caso, sujeitos a ocorrer no seio dos Comitês Conjuntos, criados pelos ACFIs.

Neste capítulo, buscamos analisar (a) de que forma os ACFIs incluíram o tratamento NMF, (b) as similaridades e diferenças deste tratamento com aquele concedido nos BITS assinados pelo Brasil na década de 1990 e (c) se a inclusão da CNMF trouxe ineficiência aos ACFIs, isto é, comprometeu seu propósito de criação.

Primeiramente, observamos significativas diferenças entre as provisões NMF incluídas nos ACFIs de 1ª e de 2ª geração. A cláusula assumiu contornos mais especializados a cada novo acordo, e o tratamento NMF que foi concedido sob o título de “não discriminação” nos primeiros acordos evoluiu para destinar uma cláusula específica ao “tratamento da nação mais favorecida”. Em relação às condições para aplicação deste tratamento, a maioria dos ACFIs se refere à presença de circunstâncias similares. Nos acordos firmados com México e Colômbia, no entanto, foi incluída uma avaliação das condições de concorrência proporcionadas aos investidores.

As exceções à abrangência da cláusula NMF também diferem entre os ACFIs de 1ª e de 2ª geração. Os acordos de 1ª geração excetuam a aplicação do tratamento NMF para tratados que evitem a dupla tributação e para acordos regionais de comércio. Essas hipóteses são mantidas e ampliadas nos ACFIs de 2ª geração, que passam a admitir outras exceções, como

acordos que contenham disposições sobre investimentos, e provisões sobre mecanismos de solução de controvérsias.

Quanto às semelhanças entre ACFIs e BITs, identificamos, de fato, ainda muita influência e uma certa continuidade nos ACFIs em manter provisões presentes nos BITs, como no que tange à predominância da abrangência temporal pós-estabelecimento, as condições para aplicação da cláusula NMF e as exceções a este tratamento - tratados para evitar dupla tributação e os acordos regionais de comércio. No entanto, verificamos também importantes diferenças – ou avanços – do tratamento NMF nos ACFIs em relação aos BITs. Essas se relacionam sobretudo às exceções à sua aplicação, com significativa ampliação dessas hipóteses. Entre as mais importantes estão excetar a abrangência do tratamento NMF para acordos que contenham disposições sobre investimentos e também as provisões sobre mecanismos de solução de controvérsias.

Por fim, uma das maiores preocupações deste terceiro capítulo disse respeito à tentativa de identificar se a inclusão do tratamento NMF nos ACFIs, nos moldes em que foi feita, estaria alinhada com os propósitos que ancoraram sua criação ou se, ao contrário, se afastavam dos objetivos iniciais da elaboração destes acordos como uma melhor alternativa em relação aos BITs assinados pelo Brasil na década de 1990.

Retomando os problemas do tratamento NMF nos BITs, observamos a excessiva simplicidade na redação das cláusulas, que poderia fragilizar a posição do Brasil como país crescentemente exportador de capital, mas ainda predominantemente receptor de investimentos. Se um dos principais elementos motivadores da elaboração dos ACFIs como acordos de investimentos alternativos está relacionado à necessidade de se criar um modelo que atendesse às demandas de um país em desenvolvimento, isto é, promover progresso econômico e facilitação de investimentos, ao invés da clássica proteção aos investidores, entendemos que a redação mais sofisticada e cada vez mais clara das CNMF representa avanço importante aos ACFIs em relação aos BITs.

A maior riqueza da cláusula NMF nos ACFIs permite mais transparência na sua aplicação, precisando com mais clareza suas hipóteses de aplicação (não apenas condições similares, mas também oportunidades de concorrência oferecidas aos investidores), e sobretudo as exceções à abrangência do tratamento NMF. Estes esclarecimentos têm grande potencial de beneficiar a estratégia de defender os interesses do Estado brasileiro enquanto país em desenvolvimento. Além disso, uma das maiores diferenças do tratamento NMF em ACFIs diz respeito à impossibilidade expressa de importação de mecanismos de solução de controvérsias. A exclusão dessa possibilidade está relacionada à exclusão, nos ACFIs, dos procedimentos

arbitrais com plataforma de solução de conflitos investidor-Estado, uma das maiores preocupações quando da redação dos ACFIs.

Nesse sentido, entendemos que o tratamento da NMF nos ACFIs está alinhado com os objetivos de criação deste modelo de acordo de investimentos, e a clareza cada vez maior de sua redação tende a corroborar com os interesses do Estado brasileiro de facilitar investimentos e promover desenvolvimento para o país. Houve, na verdade, um avanço em termos de *policy-making* de investimentos em relação aos BITs da década de 1990.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao contrário do que se verifica no comércio internacional, não há um acordo multilateral para matéria de investimentos, e sua regulamentação internacional fica à cargo de acordos regionais e bilaterais. Como demonstrado no início deste trabalho, os BITs despontaram como soluções bilaterais para regulamentar o fluxo internacional de investimentos, inicialmente firmados entre países em desenvolvimento e países desenvolvidos. Ao longo do tempo, no entanto, foram adquirindo contornos complexos para abarcar uma variedade de relações, à medida em que o fluxo de investimentos internacionais foi diversificado.

A importância da conclusão de iniciativas de regulamentação desses investimentos se justifica pelo potencial de desenvolvimento oriundo da recepção de IED, sobretudo para os países em desenvolvimento, ainda predominantemente receptores de capital. O IED, no entanto, não é suficiente para garantir a promoção do desenvolvimento aos países a que se destina. É tarefa árdua atrair investimentos de qualidade que promovam os interesses locais, além da necessidade de um conjunto de fatores que possam não só atrair os investimentos, mas adequadamente aproveitá-los. São estes a qualidade da infraestrutura, a abertura do mercado, a estabilidade econômica e política, etc.

A partir de nosso estudo sobre o conceito dos BITs, no entanto, modelo de acordo de investimentos mais tradicional e ainda mais comum, observamos que se trata de um acordo ancorado na proteção aos investimentos e aos investidores. Esta proteção surgiu como resposta à demanda dos países desenvolvidos tradicionalmente exportadores de capital, com provisões problemáticas do ponto de vista dos países em desenvolvimento. Fazia-se necessário, portanto, pensar em iniciativas de regulamentação do fluxo internacional de investimentos que atendessem às necessidades e aos interesses dos países em desenvolvimento.

É neste cenário que, motivado pela crescente presença de seu capital no exterior, o Brasil dedicou-se à tentativa de se inserir no meio internacional no que diz respeito à regulamentação dos investimentos, tendo assinado diversos BITs na década de 1990. Estes nunca foram, no entanto, ratificados, e o Brasil encampou, recentemente, um esforço considerado pioneiro ao elaborar um novo modelo de acordo de investimentos que servisse aos seus interesses: o ACFI.

Ao analisarmos o que conduziu ao fracasso dos BITs no Brasil, encontramos diversas razões, entre as quais destacam-se a proteção dos investimentos estrangeiros no Brasil, em detrimento da observação das necessidades específicas domésticas e a realidade brasileira, cerceando sua autonomia regulatória e deixando à discricionariedade do investidor a instauração de um procedimento arbitral para solucionar controvérsias investidor-Estado. Estes problemas eram agudizados pela redação genérica e abrangente dos acordos, que acabavam deixando muita margem para uma interpretação eventualmente desfavorável dos tribunais

arbitrais. Esta experiência revelou que o Brasil não poderia assumir um modelo de acordo de investimentos pró-investidor, e o país tornou-se conhecido como uma das únicas dentre as maiores economias do mundo a não ratificar qualquer tratado de investimentos.

A despeito desse isolamento internacional, o Brasil permaneceu como um dos polos mais atrativos para investimentos, ganhando cada vez mais espaço no cenário internacional também por se tornar importante exportador de capital, com uma presença cada vez maior de suas empresas no exterior. Nesse sentido, a maior participação de investimentos brasileiros no exterior inverteu a lógica de análise da proteção de investimentos. Era preciso elaborar um modelo que protegesse os interesses dos investidores nacionais, mas também resguardasse as demandas do Estado brasileiro como um país ainda predominantemente receptor de capital.

Um esforço interministerial culminou na elaboração, em 2015, dos ACFIs, como modelo alternativo aos BITs. O novo modelo foi bem recebido pela comunidade internacional, que o considerou como alternativa pioneira. A proposta trazida pelos ACFIs está pautada em esforços pela mitigação de riscos, pela promoção da governança institucional e pela criação de agendas temáticas voltadas a cooperação e facilitação de investimentos. Há ainda elementos bastante inovadores, como a criação de um *Ombudsmen* de investimentos, plataforma central para investidores, e a criação de um Comitê Conjunto, para reforçar a finalidade de promover diálogo, cooperação e soluções via negociação apresentada por este modelo de acordo de investimentos. Além disso, os ACFIs descartam um dos dispositivos mais controversos dos BITs, um dos maiores responsáveis por sua não-ratificação: a arbitragem como mecanismo de solução de conflitos investidor-Estado.

Até agora, observamos duas gerações de ACFIs que compreendem a assinatura de sete acordos: a 1ª geração, de acordos firmados com países africanos, a saber, Moçambique, Angola e Malauí; e a 2ª geração, de acordos firmados com países latino-americanos, México, Colômbia, Chile e Peru. O Brasil também assinou o PCFI, com o Mercosul, elaborado nos mesmos moldes do ACFI. A escolha destes parceiros para os acordos responde à uma agenda de cooperação Sul-Sul que predominou na política externa brasileira até o momento de elaboração dos acordos, além de observar o destino da internacionalização de empresas brasileiras. Os ACFIs firmados até o presente momento abarcam sete dos dez principais países receptores de capital brasileiro.

A fim de promover os interesses de um país em desenvolvimento, mas abarcar a proteção a seus investidores nacionais, os ACFIs adotaram medidas para minimizar os riscos e reduzir a exposição do investidor brasileiro, incorporando formas expressas de garantia de não discriminação, como o tratamento nacional e o tratamento NMF, além de cláusulas de transparência. Se considerarmos que através da CNMF os países signatários de um acordo estão

obrigados a conceder as melhores condições já oferecidas a um parceiro, o que pode significar, inclusive, a importação de provisões mais favoráveis de outras iniciativas bilaterais já firmadas, era fundamental compreender se a introdução desta cláusula nos ACFIs representava óbice às suas finalidades. Para tanto, necessária avaliação da existência de efetiva evolução e aprimoramento em relação à redação dessas cláusulas no texto dos BITs da década de 1990.

Para avaliar o impacto da inclusão do tratamento NMF nos ACFIs, estudamos o seu conceito e suas aplicações no comércio internacional, contexto de seu surgimento, e em investimentos. Observamos que o conceito do tratamento NMF abarca quatro funções, extraídas a partir das condições que as Partes contratantes devem aceitar para que este tratamento seja positivado: (a) função informacional, relacionada à clareza do escopo e de sua abrangência material; (b) função positiva, de obrigação contínuo de cooperação; (c) função negativa, relacionada à exigência de tratamento não-discriminatório; e, por fim, (d) função estabilizadora, exigindo o monitoramento constante do cumprimento da provisão encerrada pela cláusula. A aplicação da CNMF se dá de forma contingente e relativa, porque depende sempre da observação e da comparação com o tratamento concedido a terceiros, ensejando por vezes o fenômeno do efeito carona.

Como visto, o tratamento NMF é um dos pilares do comércio internacional, de fundamental importância para a criação e o funcionamento da OMC. Sua importância não se traduz, contudo, em previsibilidade e homogeneidade das cláusulas, cuja redação assume contornos bastante diversos, abrindo margem para uma série de discussões interpretativas no seio dos tribunais arbitrais. Algumas das discussões importantes estão relacionadas à interpretação do termo *like products* como condição para aplicação do tratamento NMF, que os tribunais têm decidido a partir da observação das características dos produtos, sua finalidade, e o regime tarifário em que estão inseridos. Outro tópico interessante diz respeito às exceções à abrangência da CNMF, como para união aduaneira e zona livre de comércio, exceções que vimos replicadas em matéria de investimentos, e para países de menor desenvolvimento relativo.

Ainda no segundo capítulo, analisamos a inclusão do tratamento NMF em investimentos, que consiste na obrigação de o país receptor de investimentos conferir ao investidor estrangeiro tratamento não menos favorável do que as melhores condições já disponibilizadas a qualquer outro investidor estrangeiro. Uma alteração importante em relação à CNMF no bojo do comércio internacional é que, ali, a CNMF encerra obrigações apenas entre Estados, enquanto em matéria de investimentos, ainda que os acordos sejam celebrados entre Estados, o beneficiário do tratamento NMF são os investidores, que podem, inclusive, litigar internacionalmente contra o Estado receptor.

Em matéria de investimentos, a interpretação da CNMF é ainda mais controversa, tendo em vista a variedade ainda maior de textos que positivam o tratamento NMF. Sua aplicação aparece frequentemente associada à presença de “circunstâncias similares”, *like circumstances*, que se relacionam com a condição dos *like products* do comércio internacional. A OCDE sugere como critérios para determinar as circunstâncias similares a verificação do setor a que os acordos se referem, o impacto de suas finalidades no país receptor e a motivação de sua assinatura. Também aqui verificamos a ocorrência do fenômeno efeito carona.

Pilares fundamentais da correta interpretação das CNMF em acordos de investimentos consistem em determinar o seu escopo de aplicação, bem como a abrangência temporal do tratamento, pré e/ou pós-investimento, além de compreender as exceções de sua aplicação. A maioria das exceções está relacionada à propriedade intelectual, à integração econômica e à matéria tributária.

De posse dos resultados de nossa investigação acerca da experiência brasileira com acordos de investimentos e retomando os conceitos e as aplicações para tratamento NMF observados, dedicamos o terceiro capítulo à análise da inclusão das CNMF nos ACFIs. O propósito foi de identificar de que forma se deu essa inserção, suas similaridades e diferenças em relação ao tratamento NMF nos BITs assinados pelo Brasil na década de 1990, e compreender se incluir CNMF nos ACFIs comprometeu os objetivos de sua elaboração, reduzindo sua eficácia.

Em relação à redação da cláusula, observamos uma evolução substancial na clareza e na complexidade de seu texto a cada novo ACFI assinado, com diferenças significativas de transparência e de detalhamento entre os acordos de 1ª e de 2ª geração. A fim de analisar em minúcia a forma com que o tratamento NMF foi incluída nos ACFI e as implicações decorrentes desta inserção, adotamos os critérios de análise de estrutura das CNMF sugeridos pela UNCTAD, para investigar o escopo de aplicação do tratamento NMF e a possibilidade de importação de conteúdo material e procedimental de outros acordos de investimentos. Ao analisarmos o escopo de aplicação das CNMF nos ACFIs, observamos a abrangência temporal do tratamento NMF, sua extensão a investidores e/ou a investimentos, as condições e as exceções de sua aplicação.

A abrangência temporal do tratamento NMF pode ser determinada por uma cláusula de admissibilidade presente nos acordos de investimentos ou pela inserção de disposições específicas na redação da própria CNMF. Vimos que a maioria dos BITs adota o modelo de abrangência temporal pós-investimentos, isto é, o tratamento NMF somente se aplica após a entrada de investimentos no território. Isso significa que, até aquele momento, a legislação doméstica pode impor limitações à entrada e à admissão de investimentos estrangeiros, mas,

uma vez que sejam admitidos no território, não poderão sofrer qualquer tipo de discriminação. Já o modelo de proteção pré-investimento garante aos investidores tratamento NMF também anterior à entrada de investimentos no país receptor que, ao aceitar esta abrangência temporal, renuncia à parte de sua soberania regulatória. A partir da análise da redação dos ACFIs, observamos que os acordos de 1ª geração garantem tratamento NMF pré-investimentos – que também significa dizer que este tratamento será concedido pós-investimentos, enquanto os de 2ª geração seguem o modelo majoritário e conferem tratamento NMF somente na fase pós-investimentos.

O tratamento NMF pode ser conferido a investimentos e a investidores, ou somente a um deles. Pode ainda haver medidas destinadas apenas a investimentos ou apenas a investidores. A maioria das CNMF abarca tanto investimentos quanto investidores, a fim de garantir que os objetivos de proteção e promoção de investimentos sejam efetivamente atingidos. Analisando o texto das CNMF presentes nos ACFIs, constatamos que todos seguem a tendência majoritária, garantindo tratamento NMF tanto a investimentos quanto a investidores.

Ao investigarmos as condições e as qualificações necessárias aos acordos para que sejam abarcados pelo tratamento NMF, encontramos a exigência da verificação de condições similares. Tal exigência se faz presente em todos os ACFIs, com exceção do acordo firmado com o México, mas também há um outro tipo de exigência, de condições de concorrência similares conferidas aos investidores, inclusive com um rol de atividades que ensejariam a aplicação da CNMF, presente nos ACFIs assinados com o México e com a Colômbia. Interessante conclusão que pudemos observar diz respeito ao fato de que a exigência de circunstâncias similares tem sido entendida pelos tribunais arbitrais como inerente à aplicação do tratamento NMF, ainda que não esteja expressamente na cláusula. Isto sugere que, ainda que o México não a tenha incluído no texto de sua CNMF, a exigência da verificação de circunstâncias similares também se aplicaria para este acordo.

O último critério que avaliamos para determinar o escopo de aplicação das CNMF nos ACFIs consistiu em determinar as exceções à sua aplicação. Observamos a existência de exceções, nos acordos de investimentos, relacionadas a ordem/saúde/moral públicas, segurança nacional, e exceções recíprocas envolvendo matéria tributária, propriedade intelectual e acordos de integração regional econômica. Todos os ACFIs assinados pelo Brasil preveem exceção ao tratamento NMF para acordos que visam evitar a dupla tributação e acordos de integração econômica e comercial, já presentes também nos BITs na década de 1990. Além disso, a partir dos acordos de 2ª geração, todos os ACFIs passaram a incluir alguma outra exceção de

ordem/saúde/moral públicas e/ou segurança nacional. Isto corrobora a impressão de que, a cada novo acordo, a CNMF vai se tornando mais complexa e mais específica.

Depois de avaliarmos o escopo da CNMF nos ACFIs, investigamos a possibilidade de importação de provisões materiais de outros acordos de investimentos. Vimos que a CNMF é frequentemente suscitada nos tribunais arbitrais para solicitar a substituição de um dispositivo de um acordo por outro que seja mais favorável. São outras duas frequentes demandas a importação de uma provisão de outro acordo que seja inexistente no acordo-base e a remoção de um dispositivo desfavorável e a extensão do escopo do acordo.

Alguns ACFIs tentaram limitar com mais clareza o escopo de aplicação do tratamento NMF, como é o caso dos acordos assinados com Colômbia e Chile, e também do PCFI do Mercosul, que impedem a importação material de outros acordos. Para os demais ACFIs, apesar de não estar clara eventual limitação a esta importação, recorreremos às diretrizes da Convenção de Viena para interpretação de tratados. A partir dessas orientações, constatamos que também não deveria ser possível a importação de conteúdo material de outros acordos para os demais ACFIs, tese que permanece, contudo, carente de comprovação no momento de entrada em vigor destes acordos.

Quanto à possibilidade de importação de provisões procedimentais a partir de outros acordos de investimento, encontramos uma celeuma parecida com a descrita acima. Os ACFIs de 2ª geração contêm proibição expressa à importação de mecanismos de solução de controvérsias de outros acordos, em consonância a um dos principais objetivos de elaboração deste novo modelo de acordo de investimentos. Este objetivo foi o de afastar-se do modelo de solução de conflitos através de procedimento arbitral investidor-Estado que se considerava prejudicial para os países em desenvolvimento, restringindo sua autonomia regulatória. Tal proibição, no entanto, não está clara nos ACFIs de 1ª geração. Também assumindo as diretrizes dispostas na Convenção de Viena para a interpretação dos tratados, se entendemos que os mecanismos de solução de controvérsias representaram um dos maiores óbices à ratificação dos BITs na década de 1990, concluímos que não estaria correta a interpretação pela possibilidade de importação de provisões procedimentais, visto que o ACFI buscou determinar um modelo de solução de controvérsias que atendesse às necessidades e interesses brasileiros.

Através desta investigação conduzida ao longo do terceiro capítulo, buscamos responder à nossa hipótese de pesquisa de que a inserção das CNMF em ACFIs resultaria em sua ineficácia. Primeiramente, identificamos de que modo o tratamento NMF foi inserido nos ACFIs, apontando as diferenças das CNMF nos acordos de 1ª e de 2ª geração e sinalizamos alguma continuidade em relação à forma como foi incluído o tratamento NMF nos ACFIs em comparação com sua inserção nos BITs assinados pelo Brasil, a despeito de inegáveis avanços

e inovações. Por fim, pudemos constatar que a inclusão dessas cláusulas não comprometeu a eficácia dos ACFIs enquanto modelos de acordo alternativos aos BITs, tendo refutada nossa hipótese de pesquisa. Pelo contrário, fortaleceu os objetivos de sua criação, ao incluir provisões que garantem a proteção aos investidores brasileiros sem se distanciar de resguardar as demandas do Brasil enquanto país em desenvolvimento ainda majoritariamente receptor de capital.

Entretanto, enquanto alternativas de *policy-making* que ainda não entraram em vigor, entendemos que os ACFIs representaram avanço importante para a regulamentação brasileira do fluxo internacional de investimentos, mas ainda precisam ser muito aprimorados, em detalhes e pontos que só poderão ser corretamente identificados após sua entrada em vigor e aparecimento das primeiras controvérsias.

REFERÊNCIAS

- AMAL, Mohamed; KEGEL, Patrícia Luíza. Investimento Direito Externo, Comércio Internacional e Desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *Comércio Internacional e Desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- ATHAYDE, Amanda. *Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica*. São Paulo: Singular, 2017.
- AZEVEDO, Débora Bithiah de. *Os Acordos para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos Assinados pelo Brasil*. Brasília. Câmara dos Deputados, 2001. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/arquivos-pdf/pdf/102080.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2018.
- BADIN, Michelle R. S.; LUIS, Daniel T.; OLIVEIRA, Mario A.. Uma proposta de reflexão sobre os ACFIs: Até que ponto o tratamento de nação mais favorecida pode minar a estratégia política que os embasa?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, 2017, p. 159-177.
- BAILEY, S. H. Reciprocity and the Most-Favoured-Nation Clause. *Economica*, [s.l.], n. 42, 1933.
- BARAKAT, L. L.; et. al. *Ranking FDC das Multinacionais Brasileiras 2017*. 12a edição. Fundação Dom Cabral, 2017. Disponível em: < <http://acervo.ci.fdc.org.br/>>. Acesso em: 17 out. 2018.
- BARAKAT, L. L.; et. al. *Ranking FDC das Multinacionais Brasileiras 2016*. 11a edição. Fundação Dom Cabral, 2016. Disponível em: < https://www.fdc.org.br/conhecimento-site/nucleos-de-pesquisa-site/centro-de-referencia-site/Materiais/Ranking_FDC_Multinacionais_Brasileiras_2016.pdf>. Acesso em: 17 out. 2018.
- BARBOSA, Rubens. Proteção de Investimentos no exterior. *O Estadão*. São Paulo, 24 fev. 2009. Disponível em: < <https://opinio.estadao.com.br/noticias/geral/protecao-de-investimentos-no-externo,329041>>. Acesso em: 06 out. 2018.
- BARRETO FILHO, Fernando Paulo de Mello. *O tratamento nacional de investimentos estrangeiros*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 1999.
- BHAGWATI, Jagdish; PANAGARIYA, Arvind. The Theory of Preferential Trade Agreements: Historical Evolution and Current Trends. *The American Economic Review*, [s.l.], v. 86, n. 2, 1996.
- BRASIL. *Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior do Governo Federal*. Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI). Brasília: 2006.
- BRASIL. *Relatório de Acompanhamento das Agendas Estratégicas Setoriais*. Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI). Brasília: 2014.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. *O esgotamento de recursos internos no direito internacional*. 2ª ed. atualizada. Brasília: Editora UnB, 1997.
- CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. *Droit international économique*. 4a ed. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998.
- CARREAU, Dominique. *Le droit international des investissements*. Paris, Université Pantheon-Assas, 2017. Entrevista concedida à TVDMA, projeto dos alunos do mestrado em Direito Empresarial e Administração. Disponível em: < <https://tvdma.org/video/le-droit-international-des-investissements>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

CHANTILLON, S. *Droit des affaires internationales*. Paris: Univert, 1994.

CINTRA, Marcos A. (org). *Cooperação Brasileira para o Desenvolvimento Internacional 2005-2009*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Agência Brasileira de Cooperação, 2010. Disponível em:

<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_cooperacao_brasileira.pdf>. Acesso em: 19 out. 2018.

COLE, Tony. The Boundaries of Most Favored Nation Treatment in International Investment Law. *Michigan Journal of International Law*, vol. 33, no. 3, 2012, p. 537-586. Disponível em: <<http://repository.law.umich.edu/mjil/vol33/iss3/3>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD). *Key Terms and Concepts in International Investments Agreements: a glossary*. Nova Iorque e Genebra: 2004. Disponível em: <http://www.sice.oas.org/Glossary/iteiit20042_e.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. *World Investment Report 2018: investments and new industrial policies*. Nova Iorque e Genebra: 2018. Disponível em: <<https://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=2130>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. *International Investment Agreements: search tool*. Investment Policy Hub. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/AdvancedSearchBITResults>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

_____. *Trends in international investment agreements: an overview*. New York and Geneve: UNCTAD, 1999. Disponível em: <www.unctad.org>. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. *South-south cooperatioin international investment agreements*. New York and Geneve: UNCTAD, 2005, p. 13. Disponível em: <www.unctad.org>. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. *Most-favoured-nation Treatment*. UNCTAD Series on Issues of International Investment Agreements II. New York and Geneva: UNCTAD, 2010. Disponível em: <https://unctad.org/en/Docs/diaeia20101_en.pdf>. Acesso em: 27 out. 2018.

_____. *Bilateral Investment Treaties 1995-2006 – Trends in Investment Rulemaking*. Genebra: UNCTAD, 2007. Disponível em: <https://unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. *International investment agreements: key issues*. v. I. New York and Genève: UNCTAD, 2004.

_____. Reform of investor-state dispute settlement: in search of a roadmap. *IIA Issues*, June, 2013, Note no. 2. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.

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

COSTA, José Augusto Fontoura. Proteção e promoção do investimento estrangeiro no Mercosul—uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos?. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 49, n. 2, p. 60-77, 2006.

COSTA, José. A. F.; LUÍS, Daniel T.; GABRIEL, Vivian. D. R. Aplicabilidade dos Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos no Brasil. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, Brasília, v. 11, no. 2, p. 92-118, 2016.

COZENDEY, Carlos M. B.; CAVALCANTE, Pedro M. Novas Perspectivas para Acordos Internacionais de Investimentos – O Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI). *Cadernos de Política Exterior*, ano I, número 2, 2015, p. 87-110. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/Cadernos_de_Politica_Exterior_Ano1_Num2_Segundo_Semestre_2015.pdf#page=87>. Acesso em: 19 out. 2018.

COZENDEY, Carlos; NETO, Abrão Árabe. *Um balanço até aqui dos acordos de investimentos*. Valor Econômico, São Paulo, 29 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www1.valor.com.br/opiniao/4984022/um-balanco-ate-aqui-dos-acordos-de-investimentos>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

DOLZER, R.; SCHREUER, C. *Principles of international investment law*. Second ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

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

DOMINGUES, Juliana Oliveira (org.). *OMC: funcionamento do sistema de solução de controvérsias – reflexões dos especialistas sobre os principais casos*. Curitiba: Juruá, 2017.

FATOUROS, Arghyrios. International investment agreements: recente trends in law and policy. In: *Symposium for Least Developed Countries – International Investment Agreements and their Implications for Least Developed Countries*. Genebra: UNCTAD, 1999.

FERNANDES, Érika C.; FIORATE, Jete. J. Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil: uma análise comparada. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 52. No. 208. out./dez. 2015, p. 247-276. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/517706>>. Acesso em: 17 out. 2018.

FONSECA, Karla C. *Investimentos estrangeiros: Regulamentação Internacional e Acordos Bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008.

FOREIGN TRADE INFORMATION SYSTEM (SICE). *Dictionary of Trade Terms: Investment*, 2018. Disponível em: <http://www.sice.oas.org/dictionary/IN_e.asp>. Acesso em 22 out. 2018.

GARCÍA-BOLÍVAR, Omar. E. The teleology of international investment law: the role of purpose in the interpretation of international investment agreements. *The Journal of World Investment and Trade*. Genebra, v. 6, n. 5, oct. 2015, p. 751-722. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jworldit6&div=44&g_sent=1&casa_token=>>. Acesso em: 09 out. 2018.

GILABERTE, Kátia Godinho. *Acordos sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos: a evolução da política brasileira e perspectivas*. Ministério das Relações Exteriores – CAE, 1995.

GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano D. C. As arbitragens internacionais relacionadas a investimentos: a convenção de Washington, o ICSID e a posição do Brasil. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, vol. 2, no. 7, out/nov 2005.

HALLWARD-DRIEMER, Mary. Do bilateral Investment treaties attract FDI? Only a bit, and they could bite. World Bank, *Policy Research Working Paper 3121*, June 2003. Disponível em: <www.worldbank.org>. Acesso em: 19 out. 2018.

HOEKMAN, Bernard M.; KOSTECKI, Michel M. *The Political Economy of the World Trading System: The WTO and Beyond*. 2a ed. Oxford: Oxford University Press, 2001.

HOSCHEIDT, Matheus M. *Análise da assinatura de Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) pelo Brasil*. 2015. 72 f. Trabalho de conclusão de Curso (Bacharelado) – Curso de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2015.

INTERNATIONAL CENTRE FOR TRADE AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT. *Brasil e Peru assinam Acordo de Ampliação Econômico-Comercial*. Latin America, Pontes, 6 mai. 2016. Disponível em: < <https://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/brasil-e-peru-assinam-acordo-de-amplia%C3%A7%C3%A3o-econ%C3%B4mico-comercial> >. Acesso em: 30 out. 2018.

JACQUET, Jean-Michel; Delebecque, Philippe. *Droit du commerce international*. Paris: Dalloz, 1997.

LAFER, Celso. O GATT, a cláusula da nação mais favorecida e a América Latina. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 10, n. 3, p. 41-56, 1971.

MACKAY, Donald. The Ejusdem Generis Principle of Interpretation. *Central Law Journal*, v. 90, 1920.

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

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

MOROSINI, Fábio; BADIN, Michelle R. S. The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): A New Formula for International Investment Agreements? *Investment Treaty News Quarterly*, Issue 3, Vol. 6, August 2015, p. 3-5. Disponível em: < <https://www.iisd.org/itn/2015/08/04/the-brazilian-agreement-on-cooperation-and-facilitation-of-investments-acfi-a-new-formula-for-international-investment-agreements/> >. Acesso em: 10 set. 2018.

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

NIKIEMA, Suzy H. The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties. *IISD Best Practices Series*, February 2017. Disponível em: < <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/mfn-most-favoured-nation-clause-best-practices-en.pdf> >. Acesso em: 18 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Least Developed Countries (LDC). *Economic Analysis & Policy Division*. Disponível em: < <https://www.un.org/development/desa/dpad/least-developed-country-category.html> >. Acesso em: 02 nov. 2018.

_____. List of Least Developed Countries. *Committee for Development Policy*. March, 2018. Disponível em: < https://www.un.org/development/desa/dpad/wp-content/uploads/sites/45/publication/ldc_list.pdf >. Acesso em: 09 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*. Paris, 2008. Disponível em: < <http://www.oecd.org/investment/mne/1922428.pdf> >. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. *National Treatment for Foreign-Controlled Enterprises*. Paris: OECD, 1985.

_____. *National Treatment for Foreign-Controlled Enterprises*. Paris: OECD, 1985. Disponível em: < <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/national-treatment-instrument-english.pdf> >. Acesso em: 10 out. 2018.

RECAVARREN, Isabel. Acordo Multilateral sobre as Medidas de Investimento – AMI. In: DAL RI, Arno Jr.; OLIVEIRA, Odete Maria (org.). *Direito Internacional Econômico em Expansão: Desafios e Dilemas*. Ijuí: Editora Unijuí, 2003.

SAKR, Rafael Lima. *A cláusula da nação mais favorecida na ordem econômica internacional: uma investigação sobre o discurso jurídico do artigo I: 1 do GATT*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2010.

SALOMON, Claudia; FRIEDRICH, Sandra. How Most Favoured Nation Clause in Bilateral Investment Treaties Affect Arbitration. *Practical Law Arbitration*, 2013. Disponível em: <<https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

SCHWARZENBERGER, Georg. *International law and order*. Londres: Stevens & Sons, 1971. _____ . The Most-Favoured-Nation Standard in British State Practice. *The British Yearbook of International Law*. N. 22, 1945.

SCHWARZENBERGER, Georg. The principles and standards of international economic. *Recueil des Cours*, Leiden, v. 117, n. 1, p. 1-96, 1966.

SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. 2. Ed. United Kingdom: Cambridge University Press, 2004.

THORSTENSEN, Vera. *O Sistema de Resolução de Controvérsias da OMC: uma primeira leitura*. São Paulo: Aduaneiras, 2014.

THULASIDHASS, P.R.. Most-Favoured-Nation Treatment in International Invest Law: Ascertaining the Limits through Interpretative Principles. *Amsterdam Law Forum*, Summer Edition, 2015.

TIMM, Luciano; RIBEIRO, Rafael; ESTRELLA, Angela. *Direito do Comércio Internacional*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

TREBILCOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. *The Regulation of International Trade*. 2a ed. London and New York: Routledge, 1999.

USTOR, Endre. Fifth Report of the Special Rapporteur. *Yearbook of the International Law*, [s.l.], v. II, 1974.

_____. Third Report of the Special Rapporteur. *Yearbook of the International Law*, [s.l.], v. II, 1972. Disponível em <<http://www.un.org/law/ilc/index.htm>>.

VAN DEN BOSSCHE, Peter. *The law and policy of the World Trade Organization: text, cases and materials*. New York: Cambridge University Press, 2008.

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

WILCOX, Clair. *A Charter for World Trade*. Nova York: Macmillan, 1949.

WOLFE, Robert. The WTO single undertaking as negotiating technique and constitutive metaphor. *Journal of International Economic Law*, v. 12, n. 4, 2009, p. 835-858.

Jurisprudência

CENTRO INTERNACIONAL PARA RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). Case No. ARB 03/19. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal SA sv Argentina*. Award. 09 de abril de 2015. Disponível em: < <https://www.italaw.com/cases/1057>>. Acesso em 20 de out. 2018.

_____. Caso No ARB/09/1. *Teinver SA vs Argentina*. Award. 21 de julho de 2017. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/1648>>. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. Caso No. ARB/03/29. *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v. Islamic Republic of Pakistan*. Decision on Jurisdiction, 14 de novembro de 2005. Disponível em:<<https://www.italaw.com/cases/131>>. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. Caso No. ARB/05/8. *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*. Award. 11 de setembro de 2007. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/813>>. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. Caso No. ARB/97/7. *Emilio Agustín Maffezzini versus Kingdom of Spain*. Award. 7 de janeiro de 2000. Disponível em: < <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0479.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. Caso No. Arb/02/6. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. versus Republic of the Philippines*. Decision of the Tribunal. 29 de janeiro de 2004. Disponível em: < <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. Caso No. ARB/03/24. *Plama Consortium Limited versus Republic of Bulgaria*. Decision on Jurisdiction. 8 de fevereiro de 2005. Disponível em: < <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. Caso No. ARB/02/13. *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. versus The Hashemite Kingdom of Jordan*. Decision on Jurisdiction. 9 de novembro de 2004. Disponível em: < <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0735.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. Caso ARB/01/7. *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*. Award. 25 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0544.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

_____. Caso ARB/01/8. *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*. Award. 12 de maio de 2005. Disponível em:<<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

_____. Caso ARB (AF)/00/02. *Tecnicas Mediambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States*. Sentence. 29 de maio de 2003. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

_____. Caso No ARB/02/8. *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*. Award. 17 de janeiro de 2007. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/1026>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

_____. Caso No ARB/03/10. *Gas Natural SDG vs. Argentina*. Decision on Jurisdiction. 17 de junho de 2005. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/477>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

_____. Caso No ARB/07/31. *Hochtief AG v. The Argentine Republic*. Award. 19 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/538>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC). DS139. *Canada- Autos*. Decisão do Órgão de Apelação. 31 de maio de 2000. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds139_e.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.

_____. DS135. *EC – Asbestos*. Decisão do Órgão de Apelação. 12 de março de 2001. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds135_e.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.

_____. DS27. *EC – Bananas III*. Decisão do Órgão de Apelação. 9 de setembro de 1997. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/1pagesum_e/ds27sum_e.pdf>. Acesso em: 12 set. 2018.

_____. DS366. *Colombia – Ports of Entry*. Decisão do Painel. 27 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds366_e.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.

_____. DS400/DS401. *EC – Seal Products*. Decisão do Órgão de Apelação. 22 de maio de 2014. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds400_e.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.

_____. DS492. *EU- Poultry Meat (China)*. Decisão do Painel. 28 de março de 2017. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds492_e.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.

_____. DS246. *EC- Tariff Preferences*. Decisão do Órgão de Apelação. 7 de abril de 2004. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds246_e.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.

_____. L/5135 – 28S/102. *Spain – Unroasted Coffee*. Decisão do Painel. 11 de junho de 1981. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/80coffee.pdf>. Acesso em: 12 set. 2018.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). *White Industries Australia Limited v. Republic of India*. Award. 30 de novembro de 2001. Disponível em: < <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0906.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

_____. *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic*. Final award. 14 de março de 2003. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0180.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

_____. *AWG Group Ltd vs Argentina*. Decision on Jurisdiction. 3 de agosto de 2006. Disponível em: < <https://www.italaw.com/cases/106>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

_____. *Société Générale In respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. v. Dominican Republic*. Award on preliminary objections to jurisdiction. 19 de setembro de 2018. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0798.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

Documentos oficiais brasileiros

BRASIL. *Acordo de Ampliação Econômico-Comercial Brasil e Peru*. 24 de março de 2017. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2017/decretolegislativo-42-24-marco-2017-784522-acordo-152213-pl.html>>. Acesso em: 30 out. 2018.

BRASIL. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos Brasil - Angola*. 01 de abril de 2015. Disponível em: <[http://www.mdic.gov.br/arquivos/Angola-Acordo-Cooperacao-e-Facilitacao-de-Investimentos-ass-\(002\).pdf](http://www.mdic.gov.br/arquivos/Angola-Acordo-Cooperacao-e-Facilitacao-de-Investimentos-ass-(002).pdf)>. Acesso em: 25 out. 2018.

BRASIL. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos Brasil - Moçambique*. 30 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.mdic.gov.br/arquivos/Mocambique-AC-Coop-e-Facilit-de-Investimentos-ass-\(002\).pdf](http://www.mdic.gov.br/arquivos/Mocambique-AC-Coop-e-Facilit-de-Investimentos-ass-(002).pdf)>. Acesso em: 25 out. 2018.

BRASIL. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos Brasil - Malauí*. 25 de junho de 2015. Disponível em: <[http://www.mdic.gov.br/arquivos/Malauí-AC-Coop-fac-Investimentos-ass-\(002\).pdf](http://www.mdic.gov.br/arquivos/Malauí-AC-Coop-fac-Investimentos-ass-(002).pdf)>. Acesso em: 25 out. 2018.

BRASIL. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos Brasil - México*. 26 de maio de 2015. Disponível em: <[http://www.mdic.gov.br/arquivos/Mexico-ACFI-Investimentos-ass-\(002\).pdf](http://www.mdic.gov.br/arquivos/Mexico-ACFI-Investimentos-ass-(002).pdf)>. Acesso em: 25 out. 2018.

BRASIL. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos Brasil - Colômbia*. 09 de outubro de 2015. Disponível em: <[http://www.mdic.gov.br/arquivos/ACFI-Colombia-texto-assinado-espanhol-\(002\).pdf](http://www.mdic.gov.br/arquivos/ACFI-Colombia-texto-assinado-espanhol-(002).pdf)>. Acesso em: 25 out. 2018.

BRASIL. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos Brasil - Chile*. 23 de novembro de 2015. Disponível em: <[http://www.mdic.gov.br/arquivos/Chile-Coop-e-Facilitacao-de-Investimentos-port-ass-\(002\).pdf](http://www.mdic.gov.br/arquivos/Chile-Coop-e-Facilitacao-de-Investimentos-port-ass-(002).pdf)>. Acesso em: 25 out. 2018.

BRASIL. *Acordo entre o governo da República Federativa Do Brasil e o governo da República Francesa sobre promoção e proteção recíproca de investimentos*, 21 de março de 1995. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4900>>. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. *Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Chile para a Promoção e Proteção Recíproca dos Investimentos*, de 22 de março de 1994. Disponível em: <<http://www.unctad.org>>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. *Acordo entre o governo da República Federativa Do Brasil e o governo da República Alemã sobre promoção e proteção recíproca de investimentos*, 27 de junho de 1998. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org>>. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. *Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos*. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/index.php/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/218-negociacoes-internacionais-de-investimentos/1949-nii-acfi>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. *Cooperação internacional em inovação*. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços, 2015, p. 7. Disponível em:

<<http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=3&menu=4606>>. Acesso em: 13 out. 2018.

BRASIL. Decreto n. 1.355, 30 dez. 1994. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 1994.

BRASIL. *Decreto no. 8.863*: Dispõe sobre a criação, a estrutura e as atribuições do Ombudsman de Investimentos Diretos e dá outras providências. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. 28 set. 2016. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8863.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Lei n. 313, 30 jul. 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 União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 ago. 1948.

BRASIL. *Mercosul assina acordo inédito para incentivar investimentos dentro do bloco*. Ministério da Indústria Comércio Exterior e Serviços, abril 2017. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/noticias/2427-mercosul-assina-acordo-inedito-para-incentivar-investimentos-dentro-do-bloco>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. *Ombudsman de Investimentos Diretos – OID*. Secretaria-Executiva da Câmara de Comércio Exterior: Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços. Disponível em: <<http://www.camex.gov.br/ombudsman-de-investimentos-diretos-oid>>. Acesso em: 18 out. 2018.

CONGRESSO NACIONAL. Mensagem nº 230, de 1965 Diário do Congresso Nacional (seção i), 18-5-1965, nº 2.776-65, do sr. pedro braga, apud *Revista Brasileira de Política Internacional*, No 33-34 1966, p. 13.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos*. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15554-acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos>>. Acesso em: 19 out. 2018.

Documentos oficiais estrangeiros

AUSTRÁLIA. *Agreement between Australia and Uruguay for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments* (Australia – Uruguay BIT 2001). Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent/treaty/223>>. Acesso em: 20 out. 2018.

CANADÁ. *Agreement between Canada and the United States for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*. (Model BIT Canada 2004). Disponível em: <<https://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>>. Acesso em 08 set. 2018.

MERCOSUL. *Protocolo de Cooperação de Facilitação de Investimentos Mercosul*. 7 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSRS/Decisions/DEC_003_2017_p.pdf>. Acesso em: 19 out. 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Acordo Geral de Tarifas e Comércio 1994*. Tradução do Ministério da Indústria, Comércio e Desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/1885-omc-acordos-da-omc>>. Acesso em 09 set. 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Carta de Havana*, abril de 1948. Disponível em: < https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf>. Acesso em: 09 set. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta Europeia de Energia*. Decisão 98/181/CE, CEECA e Euratom do Conselho e da Comissão, de 23 de setembro de 1997, relativa à conclusão pelas Comunidades Europeias do Tratado da Carta da Energia e do Protocolo da Carta da Energia relativo à eficiência energética e aos aspectos ambientais associados. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3A127028>>. Acesso em: 09 nov. 2018.