

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA  
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

**DIEGO BORGES GOMES SILVA**

**A UTILIZAÇÃO DOS BITS E DO SISTEMA ICSID NO BRASIL DA  
ATUALIDADE**

**CURITIBA**

**2018**

**DIEGO BORGES GOMES SILVA**

**A UTILIZAÇÃO DE BITS E DO SISTEMA ICSID NO BRASIL DA  
ATUALIDADE**

**Monografia apresentada como requisito  
parcial à obtenção do grau de Bacharel em  
Direito, do Centro Universitário Curitiba.**

**Orientador: Rodrigo César Nassar Vidal**

**CURITIBA**

**2018**

**DIEGO BORGES GOMES SILVA**

**A UTILIZAÇÃO DOS BITS E DO SISTEMA ICSID NO BRASIL DA  
ATUALIDADE**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel  
em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora  
formada pelos professores:

Orientador: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
Prof. Membro da Banca

Curitiba, de 2018.

## RESUMO

Este trabalho visa aferir a necessidade e efetividade da implementação de uma rede de BITs e da adesão ao sistema ICSID no ordenamento jurídico brasileiro. Se realiza esse trabalho pela peculiaridade do caso brasileiro, em que não se utiliza desses institutos, apesar de terem sido adotados por centenas de outros países ao redor do todo o mundo. Com esse objetivo, a evolução histórica da legislação sobre investimento estrangeiro, desde o início do século 19 até a contemporaneidade, será explorada, e serão listadas e explicadas as principais cláusulas dos BITs. Em seguida se apresentará os motivos para a não adoção do tratado no Brasil na década de 90 e começo dos anos 2000, quando se discutiu no âmbito do Poder Legislativo a assinatura desses tratados. Por fim, se verificará se existem esses motivos na atualidade, além de se expor as principais tentativas em tempos recentes pelo governo brasileiro de regulamentação do investimento direto estrangeiro, tanto de maneira independente quanto dentro de seu bloco econômico, o Mercosul.

**Palavras-chave:** Tratado Bilateral de Investimento, investimento estrangeiro direto, Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimento, investimento estrangeiro no Brasil.

## ABSTRACT

This paper has the objective to determine the necessity and effectiveness of the inclusion of a BIT network, as well as the adoption of the ICSID system, into brazilian legislation. This paper is written due to the peculiarity of the brazilian case, which does not make use of these mechanisms, despite of their usage by hundreds of other countries throughout the world. To achieve this objective, the historical evolution of the legislation on foreign investment, since the beginning of the 19th century until modern days, will be explored, and the main clauses of the BITs will be listed and explained. After that, the reasons for the non-adoption of the treaty in Brazil in the 1990s and beginning of 2000s, when their signing was discussed in the Legislative Power, will be presented. Finally, whether or not these treaties exist in current times will be checked and the main attempts by the brazilian government in recent years, both independently and in its economic bloc, the Mercosul, to regulate foreign investment will be shown.

**Keywords:** Bilateral Investment Treaty, foreign direct investment, Cooperation and Facilitation of Investment Accord, foreign investment in Brazil.

## LISTA DE SIGLAS

- ACFIS - Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimento
- APPRI - Acordos para Promoção e Proteção de Investimento
- BIT - *Bilateral Investment Treaty*
- CISDI - Centro internacional para Solução de Controvérsias de Investimento
- GATS - *General Agreement on the Trade of Services*
- GATT - *General Agreement on Tariffs and Trade*
- FCN - *Friendship, Commerce and Navigation*
- ICSID - *International Center for Settlement of Investment Disputes*
- IDE - Investimento Direto Estrangeiro
- MAI - *Multilateral Agreement on Investment*
- OCDE - Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico
- OIC - Organização Internacional do Comércio
- TRIMs - *Trade Related Investment Measures*
- TDT - Tratados de Dupla Tributação

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>2 BITs NO INVESTIMENTO INTERNACIONAL</b> .....	8
2.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS BITs .....	9
2.1.1 O Investimento Estrangeiro no Mundo Pré-guerra .....	9
2.1.2 O Investimento Estrangeiro no Mundo Pós-guerra.....	13
2.2 OS BITs NA ATUALIDADE .....	19
2.2.1 Escopo .....	20
2.2.2 Tratamento .....	21
2.2.3 Expropriação .....	23
2.2.4 Transferência de Capitais .....	26
2.2.5 Solução de Controvérsias Investidor-Estado .....	28
<b>3 A NÃO OPÇÃO PELOS BITs NO BRASIL</b> .....	31
3.1 OS CUSTOS DOS BITs.....	32
3.1.1 A Expropriação no Brasil e nos BITs.....	34
3.1.2 Arbitragem Internacional .....	36
3.2 OS BENEFÍCIOS DOS BITs .....	40
3.2.1 O Investimento Brasileiro no Exterior.....	41
3.2.2 O Investimento Estrangeiro no Brasil.....	42
3.3 O PROCESSO LEGISLATIVO .....	46
<b>4 A REGULAMENTAÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NO BRASIL</b> .....	49
4.1 A INICIATIVA DE REGULAMENTAÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO..	50
4.2 TENTATIVAS DE REGULAMENTAÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO ..	53
4.2.1 Regulamentação do Investimento Estrangeiro no Brasil .....	54
4.2.2 Regulamentação do Investimento Estrangeiro no Mercosul .....	60
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	64
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	68

## 1 INTRODUÇÃO

Esse trabalho visa determinar a necessidade e efetividade dos BITs (*Bilateral Investment Treaties*) e do sistema ICSID (*International Center for Settlement of Investment Disputes*) no Brasil. O estudo se justifica pela ampla utilização desses institutos mundialmente, se destacando o Brasil como um dos poucos países que não se valem deles para obter os benefícios à eles inerentes.

Para alcançar esse objetivo, se recorre à análise da bibliografia doutrinária sobre o tema desde o surgimento e popularização dos referenciados institutos. Ademais, se fará a análise da legislação pertinente ao assunto, tanto nacional como internacional.

O trabalho partirá da compreensão dos BITs, estudando sua evolução histórica e determinando o estado em que se encontra nos dias atuais. Em seguida veremos os motivos pelos quais o Brasil não adotou esses tratados durante o início da popularização desses e nos anos subsequentes. Por fim, verificaremos se esses motivos subsistem na atualidade, e as medidas tomadas na atualidade para a regulamentação do investimento brasileiro no Brasil.



## 2 BITs NO INVESTIMENTO INTERNACIONAL

BIT é uma sigla com origem na língua inglesa, cuja tradução é “Tratado Bilateral de Investimento”. É um tratado realizado entre dois países que os vinculam a uma série de normas que versam sobre investimentos realizados por pessoas de um país no outro.

Segundo Vandevelde:

BITs são redigidos para tratar de uma circunstância específica: a de um investidor em um estado (o estado natal) inserir ativos no território de outro estado (o estado anfitrião). A história demonstrou a vulnerabilidade do investidor estrangeiro nessa circunstância e assim BITs são documentos medicinais, redigidos para melhorar a situação desses investidores e seus investimentos. O remédio providenciado pelos BITs é que eles asseguram que o tratamento do investimento estrangeiro é sujeito à lei.<sup>1</sup>

Devido a sua natureza de tratado internacional, portanto, o BIT está inserido em um contexto político e histórico que não pode ser ignorado se uma compreensão completa é almejada. A análise desse contexto é de nosso interesse em particular visto que em um momento posterior nos será necessária a compreensão dessas circunstâncias para compreendermos a opção brasileira pela não adoção dos BITs em nosso ordenamento jurídico.

Assim sendo, em seguida veremos a evolução histórica do BIT, para que depois possamos nos aprofundar nas disposições e redações dos BITs na atualidade.

---

<sup>1</sup> VANDEVELDE, Kenneth J. *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*. 1. ed. Oxford: Oxford University Express, 2010 (tradução nossa).

## 2.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS BITs

O BIT é um instrumento legal relativamente recente; o primeiro foi conduzido entre a Alemanha e o Paquistão em 1959.<sup>2</sup> Não obstante, há um amplo desenvolvimento histórico quanto a esse assunto. Isto porque, enquanto sua substância formal como tratado, sua forma e denominação atual são recentes, o mesmo não pode ser dito sobre seu conteúdo.

Os princípios basilares dos BITs, definidos por Vandeveldelde como o princípio do “acesso, razoabilidade, segurança, não-discriminação, transparência e devido processo”<sup>3</sup>, cujos significados trataremos adiante, são antigos, e vêm sendo abordados pela comunidade internacional e servido de base para tratados desde o começo do século XIX.

Ademais, disposições comuns em BITs nos dias de hoje, como a devida restituição pela expropriação de bens, são ainda mais antigas. A utilização da disposição de restituição pela expropriação transcende inclusive abordagem em tratados relacionados a investimento. Conforme expõe Vandeveldelde: “por exemplo, o Artigo 24 do Tratado de Munster (...), requeria a restituição de todos os bens tomados ou confiscados durante a guerra.”<sup>4</sup> Cumpre apontar que o Tratado de Munster foi assinado em 1648.

A aplicação desses princípios e disposições no âmbito de legislação internacional regulando investimentos, contudo, só se deu início no começo do século XIX, conforme afirmado anteriormente. É desse momento histórico que trataremos agora.

### 2.1.1 O Investimento Estrangeiro no Mundo Pré-guerra

O motivo para a escassez de legislação quanto a investimento estrangeiro anterior ao século XIX é a diminuta quantidade de investimento

---

<sup>2</sup> ALEMANHA. *Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments, de 25 de novembro de 1959*. Disponível em <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1387>>. Acesso em: 4 set. 2017.

<sup>3</sup> VANDEVELDELDE, 2010, p. 2 (tradução nossa).

<sup>4</sup> Ibid., p. 22 (tradução nossa).

estrangeiro nessa época. Segundo Vandeveld: “em 1820, apenas 1 por cento dos bens do mundo transitavam no comércio internacional”<sup>5</sup>.

A mudança dessa situação se deu, segundo o mesmo autor, pelo processo de globalização pelo qual o mundo começou a passar nesse período, alavancado por três principais fatores: o fim das Guerras Napoleônicas em 1815, a Revolução Industrial e a sobreposição de uma ideologia econômica liberal em relação ao antes imperante mercantilismo.<sup>6</sup>

O fim das Guerras Napoleônicas teria criado relativa paz na Europa que duraria até a Primeira Guerra Mundial. A Revolução Industrial elevou consideravelmente a velocidade da confecção de produtos, de maneira que a quantidade de excedentes era enorme e, com o desenvolvimento tecnológico, também se tornou muito mais fácil seu transporte para alcançar mercados distantes. Quanto à contribuição da teoria econômica liberal, essa se deu pelo fato de representar uma mudança de visão quanto ao comércio internacional; enquanto que para o mercantilismo ele propiciava uma perda na riqueza de um país, para o liberalismo econômico fomentava a produtividade e, portanto, atraía riqueza.

Para Vandeveld, em um segundo momento no período em questão se observou uma expansão no investimento estrangeiro, ao redor da metade do século XIX. Nessa oportunidade, essa expansão ocorreu direcionada principalmente ao Novo Mundo e em decorrência de dois fatores, o primeiro tecnológico e o segundo legal: a invenção do telégrafo e o advento do que hoje é a sociedade limitada.<sup>7</sup>

O telégrafo contribuiu na medida que facilitou o contato entre a Europa e locais distantes em todo o mundo; afirma Vandeveld: “um cabo transatlântico já estava em operação em 1866.”<sup>8</sup> Quanto ao avanço legal, consistia na redação por países do oeste europeu e pelos Estados Unidos de leis que permitiam que indivíduos juntassem seus bens em uma corporação que respondia separadamente por seus empreendimentos. Naturalmente, com a possibilidade de limitar suas perdas, muitos foram atraídos para os investimentos emergentes.

---

<sup>5</sup> VANDEVELDE, 2010, p. 2 (tradução nossa).

<sup>6</sup> VANDEVELDE, 2010 (tradução nossa).

<sup>7</sup> Ibid., p. 29 (tradução nossa).

<sup>8</sup> VANDEVELDE, loc. cit.

Com o advento dessa nova escala de comércio internacional, surgiu a necessidade também de regulamentação desse fenômeno. O instrumento utilizado para esse propósito foi o FCN (*Friendship, Commerce and Navigation*), ou, tratado de Amizade, Comércio e Navegação. O conceito de Dolzer e Stevens:

Os precursores dos acordos de investimento bilaterais, os FCNs, continham disposições relacionadas a propriedade estrangeira mas esses acordos estavam principalmente preocupados com facilitar o comércio ao invés de regular o investimento estrangeiro. Uma ampla variedade de assuntos foram de fato contemplados pelos FCNs, desde o direito à entrada, acesso a cortes locais, executividade de sentenças arbitrais, o direito de contratar experts técnicos, questões concernentes à concessão de terras, questões fiscais, tratamento alfandegário de viajantes comerciais, tratamento de produtos e consultas com relação a práticas negociais restritivas.<sup>9</sup>

Conforme exposto acima, os FCNs tinham uma maior amplitude que os BITs e possuíam uma razão de ser diversa. O investimento, portanto, ficava em segundo plano, mas não por isso deixando de ser abordado por esses tratados. Alguns dos princípios basilares dos BITs supra mencionados tinham previsão, a saber: “os princípios do acesso, não-discriminação, segurança e devido processo poderiam ser achados na prática dos tratados de FCN a essa época.”<sup>10</sup>

O princípio do acesso era previsto na permissão de pessoas de um dos países morar e fazer comércio noutro; o da não-discriminação era previsto pelo tratamento, no âmbito fiscal, de “nação mais favorecida”, disposição que trabalharemos mais adiante, mas que, em suma, compreende conceder a investidores de uma nação benefícios não inferiores aos concedidos aos de qualquer outra; o do devido processo era garantido pelo direito concedido aos cidadãos de um país terem acesso às cortes legais do outro; e por fim, o princípio da segurança era garantido pelo compromisso de proteção de patrimônio da outra nação e de restituição por expropriações.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> DOLZER, Rudolf; STEVENS, Margrete. *Bilateral Investment Treaties*. 1. ed. Haia. Kluwer Law International, 1995. p. 10 (tradução nossa).

<sup>10</sup> VANDELDE, 2010, p. 24 (tradução nossa).

<sup>11</sup> VANDELDE, 2010 (tradução nossa).

O princípio da segurança, contudo, não era absoluto. Havia discordância quanto a sua legitimidade, liderada pelo que ficou conhecido como a Doutrina Calvo, baseada nas ideias de Carlos Calvo, jurista argentino. Segundo essa Doutrina, não era devida reparação especial no caso de expropriação diversa daquela concedida pelos tribunais nacionais a cidadãos do seu próprio país. Estabelecia uma paridade de tratamento jurídico, se tratando de expropriação e de uma série de outras áreas, entre naturais de um país e estrangeiros.<sup>12</sup>

No mesmo sentido de oposição a esse princípio, foi redigida a Doutrina Drago, do ministro de relações exteriores argentino, Luis Drago. Essa Doutrina surgiu em resposta a um momento de crise em 1902, quando Alemanha, Itália e o Reino Unido bloquearam os portos da Venezuela e exigiram pagamento do governo Venezuelano das dívidas devidas aos cidadãos dessas três nações. Segundo essa doutrina, essa conduta, isto é, o emprego de força militar para coibir o pagamento de dívidas, era uma afronta a lei internacional.<sup>13</sup>

A situação política relativamente estável do investimento internacional contudo teve fim nas primeiras décadas do século XX. Vandevle atribui esse acontecimento a três fatores: a Primeira Guerra Mundial, a Grande Depressão e a Revolução Russa.<sup>14</sup>

Durante a Primeira Guerra Mundial se observou uma quantidade sem precedentes de expropriações de propriedade dos inimigos, ferindo diretamente o princípio da segurança. Ademais, a Guerra contribuiu para a construção de um clima de animosidade na Europa e portanto a destruição do antes presente espírito de cooperação e comércio internacional.<sup>15</sup> A Grande Depressão, por sua vez, afetou consideravelmente a habilidade de compra dos Estados Unidos, um dos maiores receptores de investimento proveniente dos países europeus.<sup>16</sup> Por fim, a Revolução Russa transformou o maior país do mundo em uma república socialista. Por ideologia, expropriações em massa eram necessárias à época do novo regime, vez que o conceito de propriedade

---

<sup>12</sup> KIFFER, Laurence. *BITs, ICSID Convention in Latin America: The Rebirth of Hostile Policies*. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 32, n. 1, p. 15-30, março, 2012 (tradução nossa).

<sup>13</sup> VANDELDE, 2010, p. 32 (tradução nossa).

<sup>14</sup> VANDELDE, 2010 (tradução nossa).

<sup>15</sup> *Ibid.* p. 35 (tradução nossa).

<sup>16</sup> *Ibid.* p. 36 (tradução nossa).

privada em si foi abolido, tendo todos os meios de produção sido passados para o controle estatal, incluindo os de propriedade estrangeira.<sup>17</sup>

Essas condições paralisaram o progresso do investimento internacional e sua regulamentação no mundo por algumas décadas. Segundo Vandevelde, quanto aos FNCs, “o período entre guerras foi mais um período de consolidação do que de inovação.”<sup>18</sup>

### 2.1.2 O Investimento Estrangeiro no Mundo Pós-guerra

O cenário político mundial após as duas Grande Guerras ficou dividido em três grandes partes, o que ficou conhecido na história como primeiro, segundo e terceiro mundos. Vandevelde define e discorre sobre a origem desses grupos.

O primeiro mundo teria sua origem na iniciativa das Forças Aliadas de não repetir o erro do Tratado de Versalhes na primeira Guerra e promover uma relação de comércio amigável na Europa, substituindo a antiga política econômica nacionalista para uma de cooperação internacional. Essa iniciativa foi encabeçada pelos Estados Unidos, já que “exportações tinham o dobro de importância para a economia americana no fim da guerra com relação a antes”.<sup>19</sup>

A ideologia econômica desse grupo político era a do liberalismo econômico. Assim sendo, entendiam um mercado livre como o caminho para a prosperidade e a paz na comunidade internacional. Defendiam, portanto, a expansão do investimento estrangeiro.

O segundo mundo foi fruto da expansão do comunismo para a China e a Europa Oriental. Assim como na Rússia, a troca para um regime comunista nesses países significou expropriação em massa, na forma da estatização de todos os meios de produção, incluindo aqueles de propriedade de estrangeiros.

---

<sup>17</sup> VANDELDELDE, 2010, p. 37 (tradução nossa).

<sup>18</sup> VANDELDELDE, 2010, p. 39 (tradução nossa).

<sup>19</sup> Ibid. p. 41 (tradução nossa).

A posição desse grupo era de direta oposição ao liberalismo econômico, sustentado pelo primeiro mundo. Criticavam essa ideologia veementemente, inclusive defendendo perante países em desenvolvimento que não era de seu interesse a manutenção de relações comerciais com países desenvolvidos, em especial da Europa Ocidental e dos Estados Unidos. Seu argumento era de que essas relações eram “inerentemente exploratórias, e que o melhor caminho para o desenvolvimento econômico estava na extensa regulamentação estatal da economia, e não através do mercado livre.”<sup>20</sup>

O terceiro mundo surgiu do fim do colonialismo. O enfraquecimento dos países colonialistas pela guerra permitiu “a criação de uma série de países recentemente independentes mas economicamente subdesenvolvidos.”<sup>21</sup>

Tendo acabado de se libertar de ligações colonialistas, esses novos países viam com suspeita o investimento estrangeiro de países desenvolvidos. Temiam que essas relações econômicas se desenvolvessem de maneira a se tornar neocolonialismo, os retornando a condição em que se encontravam antes da independência. Assim, medidas como a estatização de recursos naturais, no Oriente Médio, e o aumento de impostos sobre importação, na América Latina, foram tomadas por esses países de forma a repudiar o investimento estrangeiro e valorizar o desenvolvimento econômico nacional.<sup>22</sup>

Nesse contexto, não muito tempo após a Segunda Guerra, diversos membros da comunidade internacional, em particular do primeiro mundo, se empenharam na elaboração de instrumentos multilaterais de proteção ao investimento. Esses seriam adotados por vários países e confeririam direitos e obrigações a todos eles, diferindo dos acordos bilaterais que vinculavam apenas duas partes.

Merece destaque o documento proposto pela OCDE (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico) em 1967: o Esboço da Convenção sobre a Proteção da Propriedade Estrangeira. Esse documento se diferencia porque, apesar de ter restado infrutífero como os outros, influenciou os estados participantes da organização a levarem em consideração os

---

<sup>20</sup> VANDELDE, 2010 p. 42 (tradução nossa).

<sup>21</sup> Ibid. p. 43 (tradução nossa).

<sup>22</sup> Ibid. p. 44 (tradução nossa).

princípios na Convenção dispostos na realização de posteriores tratados.<sup>23</sup> Tamanha foi essa influência que teria servido de base para a formulação de BITs em geral, conforme Dolzer e Stevens: “esse desenvolvimento explica em grande parte a homogeneidade na forma e na substância da maioria dos BITs.”<sup>24</sup>

Antes disso, contudo, o que pode ser considerado a primeira tentativa da regulamentação multilateral do investimento estrangeiro com relevante significância foi a da criação da OIC (Organização Internacional do Comércio) através da Carta de Havana, em 1948. Esse documento abordava questões relativas a proteção de investimentos, como por exemplo a proibição de um Estado membro de tomar medidas injustificadas que prejudicassem os interesses de investidores de outro Estado.<sup>25</sup> Essa tentativa revelou-se muito precoce, contudo, vez que, em decorrência de divergências quanto à matéria do investimento que culminaram com a rejeição do documento pelo Senado norte-americano, a Carta de Havana não teve sucesso.<sup>26</sup>

Todavia, passou a vigorar no mesmo ano outro instrumento multilateral, o GATT (*General Agreement of Tariffs and Trade*), ou, Acordo Geral de Tarifas e Comércio. De início esse tratado não abordava o investimento estrangeiro, mas “alguns países desenvolvidos exportadores de capital, especialmente os EUA, buscaram incluir entre os pontos a serem negociados a questão relativa às medidas de investimento relacionadas ao comércio”.<sup>27</sup> Importante destacar que se denomina como país exportador de capital aquele que originará o investimento internacional, e país receptor de capital aquele que o receberá. Após discussões no âmbito do GATT, como a Rodada Tóquio e a Rodada Uruguai de negociações, foram emitidos dois documentos que de fato tratavam de investimentos, um com atenção particular ao comércio de bens, os TRIMs, e um relacionado ao comércio de serviços, o GATS.<sup>28</sup>

---

<sup>23</sup> DOLZER; STEVENS, 1995, p. 2 (tradução nossa).

<sup>24</sup> DOLZER; STEVENS, loc. cit. (tradução nossa).

<sup>25</sup> FONSECA, Karla Closs. **Investimentos Estrangeiros: Regulamentação Internacional e Acordos Bilaterais**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

<sup>26</sup> COSTA, José Augusto Fontoura. **Direito Internacional do Investimento Estrangeiro**. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

<sup>27</sup> FONSECA, 2010, p. 38.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 42.



O Acordo TRIMs (*Trade Related Investment Measures*), ou Acordo sobre Medidas de Investimentos Relacionadas ao Comércio, “não chega propriamente a inovar o Direito, servido como instrumento de esclarecimento”<sup>29</sup>, ou seja, ele aponta, baseado no GATT, as regras a serem seguidas pelos signatários deste Acordo quando se tratando de comércio de bens no investimento estrangeiro.

A função do TRIMs é a descrição das medidas que se entendem, no âmbito do GATT, como restritivas ao investimento e, portanto, prejudiciais ao comércio internacional. Segundo Eduardo Teixeira Silveira, essas medidas incluem:

(i) a importação de insumos utilizados na produção local a uma proporção vinculada às exportações realizadas; (ii) a importação de insumos usados na produção local mediante a limitação de acesso a divisas estrangeiras em valor equivalente à entrada de recursos realizada pela empresa; e (iii), a exportação de bens produzidos localmente.<sup>30</sup>

Para Karla Closs Fonseca, embora não possa ser considerado um código sobre investimentos estrangeiros, esse Acordo já pode ser considerado um avanço para os países desenvolvidos, na medida em que trata do assunto à nível multilateral.<sup>31</sup>

Como acima disposto, o outro tratado importante multilateralmente acordado no campo do investimento foi o GATS (*General Agreement on the Trade of Services*), ou Acordo Geral sobre Comércio de Serviços.

Como o próprio nome já elucida, esse Acordo versa sobre o comércio de serviços, matéria mais sensível do que o comércio de bens. Evidência disso é a postura de governos de enfatizar o TRIMs em detrimento do GATS. Isso porque o comércio de serviços denota maior presença de investidores estrangeiros do que o comércio de bens, e estes nem sempre estarão em comum acordo com os governos dos países que adentraram, segundo

---

<sup>29</sup> COSTA, op. cit., p. 98.

<sup>30</sup> SILVEIRA, Eduardo Teixeira. **A Disciplina Jurídica do Investimento Estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional**. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

<sup>31</sup> FONSECA, 2010, p. 44.

Bustamante.<sup>32</sup> No mesmo texto de Bustamante, se aponta: “(...) que não há no TRIMs nenhum dispositivo regulamentando a conduta de empresas transnacionais, cujas atividades podem muitas vezes ferir interesses econômicos locais”.<sup>33</sup>

O GATS pode ser entendido, portanto, como um marco no direito internacional e uma vitória dos países desenvolvidos, considerando inclusive a insuficiência dos TRIMs. Isso porque o GATS “liberaliza setor altamente protegido”.<sup>34</sup>

O GATS lista, logo em seu primeiro artigo, quatro formas possíveis de comércio de serviços internacionais, a saber: a prestação de serviço, dentro do território de um membro, ao território de qualquer outro membro; dentro do território de um membro para o consumidor de serviço de qualquer outro membro; pelo prestador de serviço de um membro, através de presença comercial no território de qualquer outro membro; e pelo prestador de serviço de um membro, através de presença de pessoa natural desse membro no território de qualquer outro membro.<sup>35</sup>

O GATS impõe, quanto ao comércio de serviços, o tratamento de nação mais favorecida, trabalhado brevemente acima, e também o tratamento nacional, que será aprofundado adiante, mas que implica numa igualdade de direitos entre o investidor estrangeiro e o nacional.<sup>36</sup> Fonseca aponta, entretanto, a possibilidade dos membros de apresentarem uma lista de exceções a essa cláusula: setores da economia que não estarão sujeitos a essa proteção.<sup>37</sup>

Por fim, quanto à regulamentação multilateral do investimento estrangeiro, cumpre-se abordar o MAI (*Multilateral Agreement on Investment*), ou Acordo Multilateral de Investimento, considerando sua importância. Sua

---

<sup>32</sup> BUSTAMANTE, João Francisco Cortes. Os Acordos Bilaterais de Comércio e Investimento. **Revista de Economia e Relações Internacionais**, São Paulo, v. 6, n. 12, p. 5-20, janeiro, 2008.

<sup>33</sup> JUNIOR, U.C. Os Acordos de Serviço (Gats) e de Investimentos (Trims) na OMC: Espaço para Políticas de Desenvolvimento. **Cebri Artigos**: Rio de Janeiro, v. 1, ano 1, janeiro/março 2007. apud BUSTAMANTE, 2008, p. 12.

<sup>34</sup> BARRETO FILHO, Fernando Paulo de. **O Tratamento Nacional de Investimentos Estrangeiros**. 1. ed., Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre Gusmão; Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

<sup>35</sup> BUSTAMANTE, 2008, p. 11.

<sup>36</sup> COSTA, 2010, p. 100.

<sup>37</sup> FONSECA, 2010, p. 45.

elaboração teve início em 1995 pela OCDE e, segundo Leonardi, “a melhor tentativa de criar, multilateralmente, um marco regulatório de investimentos deu-se com a rodada de negociações do MAI”.<sup>38</sup>

O MAI visava uma liberalização dos investimentos à nível multilateral sem precedentes. Incluía a obrigação de tratamento de nação mais favorecida quanto ao estabelecimento de empresas estrangeiras, bem como tratamento justo e equitativo quanto a elas mesmo após seu estabelecimento.<sup>39</sup> Ademais, objetivava “estimular a conciliação e prover solução efetiva de controvérsias através dos mecanismos existentes”<sup>40</sup>, isto é, a arbitragem internacional.

Enquanto que se originou em 1995, somente em 1997 veio a público, um dos motivos pelos quais, nesse momento, recebeu severas críticas de grupos ativistas, como ambientalistas e defensores dos direitos humanos.<sup>41</sup> A ação desses grupos, que amplamente difundiram sua oposição ao acordo pela internet, em muito contribuiu para o fracasso das negociações, vez que, devido a sua estrutura política democrática, os países da OCDE eram obrigados a levar em consideração a posição das ONGs.<sup>42</sup> Além do caráter secreto das negociações, os referidos grupos também criticavam, entre outros pontos “a falta de estabelecimento de direitos para cidadãos e comunidades; e a contradição com as necessidades do Direito Internacional Ambiental”.<sup>43</sup>

Outro principal fator que contribuiu para o não sucesso do MAI foi a divergência entre países desenvolvidos. O propósito de seu início ter sido como negociação fechada era obter um consenso entre países desenvolvidos e após propor essas ideias acordadas aos países em desenvolvimento<sup>44</sup>, todavia, “a estratégia fracassou rotundamente, uma vez que, ao invés de consolidar um pressuposto consenso entre os países desenvolvidos, revelou fissuras entre os próprios membros da OCDE”.<sup>45</sup> A principal divergência a ser apontada reside na preocupação quanto ao setor cultural por parte do Canadá e da França, que,

---

<sup>38</sup> LEONARDI, Renato Barros de Aguiar. A Evolução do Regime Internacional de Investimentos e os países em desenvolvimento: Desafios e Oportunidades. **Revista de Economia e Relações Internacionais**, São Paulo, v. 4, n. 7, p. 43-56, julho, 2005.

<sup>39</sup> COSTA, op. cit., p. 250.

<sup>40</sup> FONSECA, 2010, p. 48.

<sup>41</sup> FONSECA, 2010, p. 47.

<sup>42</sup> COSTA, 2010, p. 252.

<sup>43</sup> Ibid., p. 251.

<sup>44</sup> FONSECA, op. cit., p. 47.

<sup>45</sup> COSTA, op. cit., p. 253.

com a liberalização proposta pelo MAI, seria invadido pela indústria cinematográfica norte-americana.<sup>46</sup>

Por fim, destaca-se os temores gerados, principalmente nos países em desenvolvimento, pelas excessivas vantagens concedidas às empresas estrangeiras e as restrições a medidas estatais. Nas palavras de Leonardi:

Considerado excessivamente unilateral, o MAI propunha extensa lista de proibições a medidas de desempenho, não contemplando os diferentes níveis de desenvolvimento entre os países participantes e tolhendo as economias menos desenvolvidas, em maior ou menor grau, de possuírem instrumentos de seleção de qualidade do IDE, ou seja, do tipo de investimento que se quer liberalizar.<sup>47</sup>

Analisada essa tentativa sem sucesso de estabelecer um acordo multilateral, passemos a analisar a alternativa adotada por centenas de países, isto é, o meio bilateral, em particular o BIT, vez que um acordo naqueles moldes “pode não ser de interesse dos países que possuem alta sensibilidade em relação ao assunto, como a maioria dos países em desenvolvimento”.<sup>48</sup>

## 2.2 OS BITs NA ATUALIDADE

Conforme trabalhado anteriormente, as tentativas de realizar acordos multilaterais que regulamentassem o investimento não obtiveram sucesso, salvo poucas exceções. As tentativas que obtiveram êxito, contudo, foram insuficientes, vez que “durante a década de 1990, houve uma massiva proliferação de BITs”,<sup>49</sup> provando a continuidade da necessidade da regulamentação.

Esclarece Bustamante:

---

<sup>46</sup> COSTA, 2010, p. 251.

<sup>47</sup> LEONARDI, 2005, p. 54.

<sup>48</sup> LEONARDI, 2005, p. 54.

<sup>49</sup> FONSECA, 2010, p. 59.

Os países desenvolvidos e em desenvolvimento tendem, na sua maioria, a atuar dentro do jogo estratégico nas duas vias, multilateral e bilateral. Todavia, para decisões econômicas e comerciais, bem como políticas diplomáticas, os países buscam na via bilateral a manutenção e a ampliação da dinâmica interna e da atuação externa no espaço global, principalmente quando as vias multilaterais encontram-se em empasse ou com avanços marginais.<sup>50</sup>

Assim, passamos a analisar a opção predominante dos países nessa matéria, os BITs, destrinchando as principais cláusulas deste acordo.

### 2.2.1 Escopo

A principal ferramenta para restringir a proteção das regras contidas no Tratado, e portanto proteger interesses nacionais, é a definição de investidor e investimento, ou seja, a delimitação daqueles que podem se valer dos benefícios do acordo.

Existem 3 métodos principais de definição de investimento nos BITs atuais. Definição baseada em ativos, que inclui praticamente todo tipo de propriedade, incluindo bens e fluxos de capitais; baseada em transações, que se atém às transações em que o investidor cria ou adquire os ativos; e baseada em empresa, que engloba a criação de novas sociedades ou a aquisição de ações ou quotas de sociedades já existentes.<sup>51</sup>

Para Fontoura Costa, clara é a predominância da definição baseada em ativos, a mais ampla definição, sendo esta fórmula “adotada por acordos como o capítulo 11 do Nafta(...) bem como por exemplo, em todos os APPRIs entre a Espanha e países latino-americanos”.<sup>52</sup> APPRIs são Acordos para Promoção e Proteção de Investimento, termo com o que trabalha esse autor, e são gênero do qual os BITs são a espécie de maior importância.

Pode-se apontar como exemplo desse tipo de definição de investimento também o atual modelo de BIT americano, que abrange empréstimos, direitos

---

<sup>50</sup> BUSTAMANTE, 2008, p. 17.

<sup>51</sup> FONSECA, 2010, p. 80.

<sup>52</sup> COSTA, 2010, p. 132.

de propriedade intelectual, outros tipos de propriedade intangível, entre outros.<sup>53</sup>

Quanto ao investidor, se tratando de pessoa física, o mais comum é o critério da nacionalidade, segundo a legislação da outra parte. Isto significa dizer que estaria protegida pelo Tratado pessoa física nacional de um país, segundo o ordenamento jurídico deste, investindo noutro. Também é adotado, contudo, o critério do domicílio ou alguma combinação desse critério com o outro, embora seja mais raro.<sup>54</sup>

Existe ainda outro instrumento que os países acordantes podem usar para delimitar o escopo do acordo, isto é, a abrangência quanto ao pré-estabelecimento. Em regra, é permitido o controle da entrada do investimento estrangeiro pela legislação do país receptor, ou seja, as proteções do tratado incidem somente após a entrada do investidor.<sup>55</sup>

São comumente utilizadas, inclusive, certas medidas de controle de acesso ao país receptor do investimento, como “restrições quantitativas ao número de investidores estrangeiros admitidos em determinados setores, indústrias ou atividades econômicas.”<sup>56</sup>

### 2.2.2 Tratamento

Nos BITs da atualidade, existem três cláusulas básicas que impõe às partes contratantes padrões de tratamento em relação aos investidores das outras partes, geralmente após o estabelecimento desses, a saber: cláusula de tratamento nacional, de tratamento de nação mais favorecida e de tratamento justo e equitativo.<sup>57</sup>

As duas primeiras cláusulas são de natureza relativa, vez que vinculam o tratamento concedido ao investidor a outro concedido a pessoa diversa,

---

<sup>53</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty.**

Disponível em

<<http://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEPT%20Meeting.pdf>>. Acesso em 11 nov. 2017.

<sup>54</sup> COSTA, op. cit., p. 135.

<sup>55</sup> COSTA, 2010, p. 137.

<sup>56</sup> FONSECA, 2010, p. 92.

<sup>57</sup> SILVEIRA, 2002, p. 180.

enquanto que o último é absoluto, independe de outros tratamentos da parte contratante.<sup>58</sup>

O tratamento nacional impõe a obrigação de um dos Estados de tratar o investidor estrangeiro da mesma maneira que trata seus próprios investidores. Fonseca aponta o perigo que isso pode apresentar para países em desenvolvimento, cujos investidores nacionais muitas vezes não podem competir com os estrangeiros em pé de igualdade, o que pode acarretar em prejuízo para o desenvolvimento industrial desses países.<sup>59</sup>

Já o tratamento de nação mais favorecida significa a obrigatoriedade, em relação ao investidor nacional do outro Estado do tratado, de tratamento não menos favorável ao concedido a qualquer outro investidor por aquele Estado.<sup>60</sup>

É comum em BITs a adoção de exceções a esse tratamento. Como exemplo podemos citar a área tributária, quando o Estado exclui, para a outra parte, a concessão de benefício fiscal que concedeu anteriormente a terceiro. Também se adota a exclusão de benefício em matéria de propriedade intelectual, condicionando a concessão desse direito ao cumprimento de requisitos não impostos a terceiros.<sup>61</sup>

O tratamento justo e equitativo é o mais complexo dos três. Barreto Filho aponta: “muitos acordos bilaterais dispõem que o país receptor deve conceder tratamento justo e equitativo aos investimentos e aos investidores, expressão de significado impreciso e sujeito a interpretações”.<sup>62</sup>

A interpretação desses termos pode levar ao entendimento de que o investidor estrangeiro deve ser simplesmente tratado com justiça e igualdade ou que este goza do benefício de um tratamento mínimo concedido costumeiramente no direito internacional. Para Fonseca, esta última interpretação deve ser utilizada somente se estabelecida expressamente no tratado, visando a menor lesividade ao país receptor do capital, que, se

---

<sup>58</sup> COSTA, op. cit., p. 139-143.

<sup>59</sup> FONSECA, op. cit., p. 102.

<sup>60</sup> FONSECA, 2010, p. 103.

<sup>61</sup> FONSECA, 2010, p. 103.

<sup>62</sup> BARRETO FILHO, 1999, p. 50.

submetido a essa regra, pode se ver obrigado a tratar os investidores estrangeiros de maneira mais benéfica que os seus próprios nacionais.<sup>63</sup>

Costa atenta para o fato de que existe desenvolvimento jurisprudencial em arbitragens internacionais, mormente no contexto do Nafta (o acordo também contém a cláusula de tratamento justo e equitativo), favorável à concessão do tratamento conforme o direito internacional costumeiro. Embora os BITs não estejam vinculados a essas decisões, uma vez que não estabelecem explicitamente o padrão, podem vir a ser afetados por esses entendimentos numa situação de litígio relacionado a esses acordos.<sup>64</sup>

Essa cláusula naturalmente é uma das mais polêmicas nos BITs, por seu caráter subjetivo e vago, além da possibilidade de tratamento superior ao estrangeiro em relação ao nacional, conduta diretamente contrária à anteriormente citada Doutrina Calvo, adotada por vários países em desenvolvimento.<sup>65</sup>

### 2.2.3 Expropriação

Como um ato governamental de grande impacto no investimento, tanto estrangeiro como nacional, a expropriação é um dos temas basilares do BITs. Segundo Vandeveld: “a expropriação é o maior prejuízo à segurança de um investimento. É um ato que elimina todo o valor de um investimento para um investidor. A ameaça da expropriação era um dos principais fatores motivadores na origem dos BITs”.<sup>66</sup>

Dessa forma, uma proteção contra essa ameaça é vital nos BITs, e comumente eles a garantem pela imposição de requisitos para que os Estados exercitem seu direito de expropriar, a saber: deve ser exercitado fundamentado no interesse público, de maneira não-discriminatória, de acordo com o devido processo legal e mediante pagamento de compensação.<sup>67</sup>

---

<sup>63</sup> FONSECA, op. cit., p. 108-114.

<sup>64</sup> COSTA, 2010, p. 148.

<sup>65</sup> DOLZER; STEVENS, 1995, p. 8 (tradução nossa).

<sup>66</sup> VANDELDE, 2010. p. 146 (tradução nossa).

<sup>67</sup> FONSECA, 2010, p. 115.



BITs na atualidade incluem, sem embargo, proteção não só contra a tradicional expropriação, em que se retira formalmente o domínio sobre determinado bem de particular, mas contra a indireta também. Essa pode se dar por uma série de atos concatenados que progressivamente retiram o direito de fruição de um bem até que possa ser considerado expropriado (denominado *creeping*) ou por meras medidas regulatórias de governos que, da mesma forma, limitam o uso do bem.<sup>68</sup>

Esta segunda hipótese é problemática pelo perigo de restringir de maneira demasiada a capacidade regulatória de um país. Se qualquer medida regulatória pudesse ser considerada expropriação, o Estado não poderia tomar qualquer medida. Os critérios para avaliação de uma medida regulatória para classificá-la como expropriatória ou não são raramente fixados pelos BITs e são alvo de discussão doutrinária. Pode-se citar como exceção o modelo americano de BIT de 2004, que determinava que as medidas deveriam ser analisadas caso a caso, considerando seu impacto econômico, a extensão de sua interferência e o caráter dessa ação.<sup>69</sup>

O primeiro dos requisitos anteriormente citados para o exercício do direito de expropriação, o do interesse público, também é de difícil definição. Para Dolzer e Stevens, a definição de interesse público é muitas vezes realizada pelo próprio Estado, então a acusação de que uma medida estatal não está imbuída de interesse público é temerária, apesar de não impossível.<sup>70</sup>

O requisito do devido processo legal é amplamente aceito como o direito de notificação prévia e possibilidade de defesa. Em alguns poucos casos o BIT determina simplesmente a conformidade da expropriação com a legislação do Estado expropriante. A ausência dessa disposição nessa cláusula, contudo, seria indício da necessidade de um devido processo legal não vinculado ao ordenamento jurídico local mas ao direito internacional. O BIT entre a Tunísia e os Estados Unidos de 1990 explicita que a expropriação e qualquer compensação subsequente deve estar sujeita a análise de legalidade segundo o direito internacional.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> VANDELDELDE, op. cit., p. 151-153 (tradução nossa).

<sup>69</sup> FONSECA, 2010, p. 119-121.

<sup>70</sup> DOLZER; STEVENS, 1995, p. 104 (tradução nossa).

<sup>71</sup> Ibid., p. 106-107 (tradução nossa).

O requisito da não-discriminação diz respeito à proibição da seleção de um investimento por motivos que fujam os das medidas regulatórias do Estado-parte. Um exemplo de medida discriminatória seria uma “expropriação realizada por causa de animosidade entre funcionários do governo do estado receptor e o investidor”.<sup>72</sup>

O último requisito, o da compensação pela expropriação, é o mais detalhado, possuindo condições próprias, que veremos adiante. A série de características necessárias à compensação na maioria dos acordos é denominada como a “fórmula Hull”. Conforme Vandeveld: “Porque o requisito da compensação é tão importante, a maioria dos BITs o desenvolvem de algum modo”.<sup>73</sup>

O primeiro dos requisitos é o pagamento sem demora. Não há consenso quanto ao tempo exato em que deve ser realizado o pagamento, sendo que muitos BITs não estabelecem lapso temporal fixo. Também não há consenso quanto à incidência de juros, embora alguns BITs estabeleçam que devem ser contabilizados desde a expropriação.<sup>74</sup>

O segundo exige que o pagamento seja adequado, ou ainda os termos “justo” ou “completo” (em referência a totalidade do investimento) são utilizados. Alguns BITs explicitam a necessidade do pagamento do valor justo de mercado, embora não raro se verifique a ausência de mercado na área do investimento para ser analisado. Frequentemente BITs se reportam ao tempo em que a avaliação do valor do investimento para fins de compensação deve ser realizado. Em regra a determinação desse tempo se calca no princípio de que a avaliação deve ser feita como se não houvesse ocorrido expropriação, desconsiderando uma possível desvalorização do bem decorrente deste ato, seja observando o investimento antes da expropriação, antes da publicidade da ocorrência da expropriação, entre outros métodos.<sup>75</sup>

O último requisito, o da efetividade da compensação, diz respeito à possibilidade de fazer proveito do valor pago. Geralmente isso é garantido pela determinação de que o pagamento seja realizado em moeda livremente conversível, isto é, em moedas amplamente utilizadas nos mercados de

---

<sup>72</sup> VANDELDELDE, 2010. p. 151-153 (tradução nossa).

<sup>73</sup> Ibid., 148 (tradução nossa).

<sup>74</sup> DOLZER; STEVENS, 1995, p. 112-113 (tradução nossa).

<sup>75</sup> VANDELDELDE, 2010, 150 (tradução nossa).

câmbio do mundo. Atualmente são consideradas quatro, quais sejam: o dólar americano, o euro, a libra esterlina e o iene. Alguns tratados falam ainda em moedas específicas ou em moeda que possa ser convertida em uma das moedas acima listadas. Não raro as disposições quanto à moeda não são abordadas na cláusula de compensação dos BITs, mas na cláusula de transferência de fundos, que abordaremos a seguir. A maioria dos BITs, quando abordam esse assunto, determinam que a taxa de câmbio a ser utilizada quando do pagamento pela expropriação deve ser a da época da expropriação.<sup>76</sup>

#### 2.2.4 Transferência de Capitais

A cláusula de transferência de capitais, ou fundos, assim como a referente à expropriação, é essencial ao BIT, vez que, conforme Fonseca: “o investidor estrangeiro dificilmente pode se dizer protegido se o país receptor de investimentos não lhe permitir o pagamento, a conversão e a repatriação do capital relacionado ao investimento realizado”.<sup>77</sup>

Na abordagem desse assunto, BITs normalmente o tratam quanto a três aspectos: os tipos de transferências cobertas, a conversibilidade e taxas de câmbio, e as hipóteses em que a transferência está vedada.<sup>78</sup>

Quanto às transferências, alguns países optam por uma cláusula genérica que abrange transferências de um modo geral e alguns listam as transferências cobertas pelo acordo, como se verifica no modelo de BIT canadense. Os capitais normalmente cobertos pela proteção são: aqueles derivados ou associados ao investimento estrangeiro, como os lucros e ganhos de capital a este associado; pagos pelo país receptor decorrente de obrigação por ele contraída, como a expropriação e pagamentos decorrentes de disputas de litígios; e capitais a serem investidos, como aquele utilizado na manutenção de investimento já iniciado.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> VANDEVELDE, 2010, 150-151 (tradução nossa).

<sup>77</sup> FONSECA, 2010, p. 122.

<sup>78</sup> FONSECA, loc. cit.

<sup>79</sup> FONSECA, 2010, p. 123-124.

Se tratando da conversibilidade, ensina Costa: “Quanto às moedas, o dispositivo mais comum fala em ‘moedas livremente conversíveis’, mas há também casos em que se especifica que as operações cobertas são aquelas realizadas na moeda em que se efetivou o investimento”.<sup>80</sup> A taxa de câmbio é normalmente atribuída à legislação interna. Sem embargo, alguns BITs optam por apontar a taxa da data da transferência como a devida.<sup>81</sup>

Por fim, vejamos as restrições abordadas a essa cláusula. Ensina Silveira:

O investidor tem o direito à livre transferência e repatriação do capital aplicado e dos respectivos rendimentos obtidos com ele. Esta garantia não impede o Estado receptor de delimitar a forma procedimental pela qual deverá se realizar a transferência, nem de vedar excepcionalmente a remessa em épocas de dificuldades com o balanço de pagamentos.<sup>82</sup>

Costa também entende possível a vedação da remessa em momento de dificuldade financeira.<sup>83</sup> Fonseca esclarece, entretanto, que embora permitida inclusive pelas regras do FMI, a prática acima descrita não é autorizada pelos BITs mais recentes.<sup>84</sup> A autora aponta, contudo, que certas vedações são aceitas, “mediante tratamento equitativo, não discriminatório e mediante aplicação de boa-fé da legislação nacional”.<sup>85</sup>

Cumpridos esses requisitos, as restrições às transferências são possíveis em certas hipóteses. Costa explica que vários BITs “estabelecem listas de exceções, algumas em razão de ordem pública, como a que afasta a cobertura para casos em que há falências ou concordatas, investigações criminais ou outros tipos de pendências judiciais que justifiquem a penhora”.<sup>86</sup>

---

<sup>80</sup> COSTA, 2010, p. 152.

<sup>81</sup> Ibid., p. 153.

<sup>82</sup> SILVEIRA, 2002, p. 180.

<sup>83</sup> COSTA, 2010, p. 153

<sup>84</sup> FONSECA, 2010, p. 127.

<sup>85</sup> Ibid., p. 125.

<sup>86</sup> COSTA, loc. cit.

### 2.2.5 Solução de Controvérsias Investidor-Estado

O último tópico abordado com relação aos dispositivos dos BITs da atualidade, os métodos de solução de controvérsias entre o investidor e o estado receptor, é talvez o mais importante de todos, tendo em vista que “as proteções acordadas pelos BITs só são efetivas na extensão em que são exequíveis através dos mecanismos de solução de controvérsias dos BITs”.<sup>87</sup>

Um dos possíveis métodos era a intervenção do Estado de origem do investidor, que defenderia os direitos de seu cidadão através de litígio judiciário, normalmente na forma da arbitragem *ad hoc*, denominada de *espousal*, ou casamento, da causa do investidor.<sup>88</sup>

Esse método não é muito confiável, entretanto, como aponta Vandevelde, por uma série de motivos. Entre eles a possibilidade do Estado do investidor optar por não tomar parte na controvérsia, situação perfeitamente possível vez que é seu direito e não obrigação fazê-lo, bem como a exigência do esgotamento das instâncias no país receptor para que tome iniciativa.<sup>89</sup>

O método mais utilizado na atualidade como solução dessas controvérsias é a arbitragem internacional perante o ICSID ou Centro Internacional para Solução de Disputas de Investimento. Sua popularidade para o tema se deve pelo fato de, conforme Fonseca, ser “o único sistema institucional de solução de controvérsias especializado em disputas sobre investimentos”.<sup>90</sup> Desde já importante é ressaltar que “O ICSID não é de fato um tribunal arbitral, mas apenas uma instituição destinada a ‘fornecer instrumentos’ (art. 1º) para a arbitragem entre Estados e investidores privados”.<sup>91</sup>

A jurisdição do Centro é definida em seu artigo 25, que estabelece que ele é competente para julgar qualquer controvérsia de caráter jurídico entre um Estado contratante da convenção que o criou, isto é, da Convenção de Washington de 1965, ou agência a esse vinculada, e nacional de outro Estado

---

<sup>87</sup> VANDELDE, 2010, 315 (tradução nossa).

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 316.

<sup>89</sup> VANDELDE, 2010, 316 (tradução nossa).

<sup>90</sup> FONSECA, 2010, p. 139.

<sup>91</sup> STERN, Brigitte. **O Contencioso dos Investimentos Internacionais**. 1. ed., Barueri: Manole, 2003. apud FONSECA, 2010.

contratante, desde que acordada a competência do centro pelas partes por escrito.<sup>92</sup>

Se trabalha, contudo, com a ideia de consentimento presumido do Estado contratante que opta por incluir no BIT a cláusula de submissão de controvérsias investidor-Estado ao ICSID, bastando ao investidor a submissão do caso ao Centro com a demonstração do seu consentimento, sem possibilidade de recusa pelo Estado receptor.<sup>93</sup> Existem, ainda, cláusulas que obrigam as partes a concordarem com a submissão perante o ICSID para arbitragem depois do surgimento do conflito, como é o caso do acordo entre Suécia e Malásia, situação em que a regra da impossibilidade da recusa seria excepcionada.<sup>94</sup>

É impossível um procedimento arbitral perante o Centro se nem o Estado litigioso nem o Estado de origem do investidor forem contratantes da Convenção de Washington, conforme visto no artigo 25 da Convenção. Não obstante, é possível a instituição do procedimento pelo Mecanismo Complementar do ICSID, instituição com regulamentos próprios diversos da Convenção, se somente o Estado litigioso ou o de origem do investidor for contratante desta.<sup>95</sup>

O procedimento se dá início pela requisição, junto com o seu consentimento, da instauração da arbitragem, direcionada ao secretário-geral do Centro, que enviará cópia desta à parte adversa. Passa-se então à formação do tribunal arbitral, que deverá obrigatoriamente ser composto de número ímpar de árbitros, nomeados pelas partes. Na inércia de uma das partes, cabe ao secretário-geral a nomeação dos árbitros faltantes, que deverão ser escolhidos dentre a lista de árbitros da ICSID.<sup>96</sup>

Os árbitros que possuírem a mesma nacionalidade de alguma das partes deverão ser minoria no tribunal, e é proibido à parte, em tribunais de 3 membros, nomear alguém de sua nacionalidade, vez que isso impediria a outra parte de fazer o mesmo tipo de nomeação. Essa regra poderá ser afastada

---

<sup>92</sup> FONSECA, 2010, p. 140.

<sup>93</sup> BORN, Gary. Traduzido por HENRIQUES, Paulo Costa e Silva Duarte Gorjão. Ensaio "BIT's", "BATs" e "BUTs": Reflexões sobre a Resolução de Litígios Internacionais. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 42, n. 7, p. 191-211, julho, 2014.

<sup>94</sup> FONSECA, 2010, p. 142.

<sup>95</sup> COSTA, 2010, p. 210.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 217-218.

mediante acordo entre ambas as partes quanto aos árbitros e suas nacionalidades. Ademais, os árbitros deverão, possuir “elevado caráter moral e reconhecida competência nos campos do Direito, comércio, indústria ou finanças, bem como condições para realizar um julgamento isento”.<sup>97</sup>

Cumpre-se ressaltar que o próprio tribunal será competente para decidir sobre sua própria competência para o caso, que “o poderá o fazer preliminarmente ou ao tempo da decisão de fundo”.<sup>98</sup>

O Mecanismo Complementar difere quanto à constituição do tribunal na medida em que exige, para a requisição da instauração, a aprovação prévia do secretário-geral do consentimento de submissão ao Mecanismo, além da proibição da nomeação de árbitro que tenha participado de procedimento anterior de produção de provas ou conciliação.<sup>99</sup>

A lei a ser aplicada pelo tribunal, tanto em âmbito processual quanto material, deverá ser aquela acordada entre as partes. Na ausência de acordo quanto a essa matéria, o tribunal deverá adotar a lei do Estado parte na disputa, combinada com as regras de direito internacional aplicáveis.<sup>100</sup>

A sentença do tribunal arbitral, denominada aqui como laudo, é final e não comporta recurso a outros órgãos nacionais ou internacionais, sendo de execução obrigatória para qualquer Estado contratante da Convenção de Washington. Os laudos emitidos no âmbito do Mecanismo Complementar se sujeitam às leis do local da execução, visto que inclui não contratante à Convenção.<sup>101</sup>

Não obstante, o sistema ICSID comporta algumas figuras com caráter recursal referentes ao laudo. A primeira delas é a retificação que deverá ser pedida em até 45 dias do recebimento pelo secretário-geral do laudo e “de modo assemelhado aos embargos declaratórios, o pedido é analisado pelo próprio tribunal e destina-se à correção de erros materiais e omissões inadvertidas, não se prestando à devolução do mérito”.<sup>102</sup>

---

<sup>97</sup> COSTA, 2010, p. 219.

<sup>98</sup> Ibid., p. 221.

<sup>99</sup> Ibid., p. 217-219.

<sup>100</sup> FONSECA, 2010, p. 142.

<sup>101</sup> COSTA, 2010, p. 235.

<sup>102</sup> Ibid., p. 231.

A segunda é a interpretação, que não possui prazo para interposição e discute tão somente o significado do laudo, devendo ser julgado preferencialmente pelo mesmo tribunal que o emitiu, podendo ser composto tribunal novo, se necessário.<sup>103</sup>

A terceira é a revisão. Objetiva a submissão de fato anteriormente desconhecido para a parte peticionante e o tribunal a este para que o aprecie e corrija seu laudo, se necessário. Pode ser interposta em até 90 dias do conhecimento do fato e não após 3 anos da edição do laudo.<sup>104</sup>

Por fim, temos a figura da anulação do laudo. Esta pode ser pedida em até 120 dias do laudo ou da descoberta de corrupção do árbitro, se for este o fundamento. Suas hipóteses de cabimento são graves, como a agora mencionada, e taxativas, contidas no artigo 52 da Convenção. Deve ser julgada por um Comitê *ad hoc*, nomeado pelo Presidente do Conselho Administrativo do Centro, a partir da lista de árbitros deste órgão.<sup>105</sup>

### **3 A NÃO OPÇÃO PELOS BITs NO BRASIL**

Possuindo uma considerável compreensão dos BITs da atualidade, podemos agora procurar entender a não opção do governo brasileiro de se utilizar desses tratados.

Essa posição merece análise vez que destoa da dos países em situação econômica e política semelhante ao Brasil. Enquanto que inicialmente temerosos quanto aos tratados, devido ao apego tradicional à Doutrina Calvo, os países latino americanos começaram a firmar BITs na década de 60, prática que se intensificou na década de 90.<sup>106</sup>

De fato, até o ano 2000, 10 países da América do Sul haviam assinado e ratificado a Convenção de Washington, incluindo Argentina, Uruguai, Chile e Colômbia.<sup>107</sup>

---

<sup>103</sup> COSTA, 2010, p. 232.

<sup>104</sup> COSTA, loc. cit.

<sup>105</sup> COSTA, 2010, p. 233.

<sup>106</sup> KIFFER, 2012, p. 17 (tradução nossa).

<sup>107</sup> COSTA, 2010, p. 265.



O Brasil inclusive passava na época por um momento de dedicação ao modelo econômico neoliberal, desde o governo Collor até o governo Fernando Henrique Cardoso. Esse período foi marcado pela privatização de quase todas as empresas estatais, bem como a abertura do mercado brasileiro, através de, por exemplo, reduções nas alíquotas de importações ao capital estrangeiro.<sup>108</sup> Nesse contexto, o governo brasileiro inclusive negociava BITs nos anos 90 com vários países. Dentre eles, Chile, Alemanha e Itália.<sup>109</sup>

Cumprir apontar ainda que o poder Executivo brasileiro (responsável pela negociação de tratados internacionais) possuía um histórico de êxito na aprovação de leis e ratificação de tratados internacionais. Ademais, na mesma época de discussão dos BITs, foram passadas leis favoráveis a investidores com requisitos mais difíceis para aprovação.<sup>110</sup>

Todavia, após um longo trâmite no Congresso Nacional, recheado de debates e oposição política, que será estudado com mais detalhe em momento posterior, a proposta para aprovação foi retirada do Congresso pelo governo Fernando Henrique, sendo que desde então nunca mais foi discutido o tratado no Poder Legislativo.<sup>111</sup>

Campello e Lemos sustentam em seu artigo que o motivo para tal foi que tanto Executivo como Legislativo não viam um favorável custo-benefício nos BITs, isto é, seus riscos eram superiores aos seus benefícios.<sup>112</sup> Serão vistos a seguir, portanto, os motivos pelos quais foi, e continua sendo na atualidade, evitada a integração desses tratados na legislação brasileira, começando pelos riscos que apresentam.

### 3.1 OS CUSTOS DOS BITs

---

<sup>108</sup> PALADINO, Viviane. A Disciplina do Capital Estrangeiro no Brasil – Investimentos Diretos. **Revista de Direito Internacional e Econômico**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 118-141, jul./set., 2003.

<sup>109</sup> BARRETO FILHO, 1999, p. 49.

<sup>110</sup> CAMPELLO, Daniela; LEMOS, Leany. The non-ratification of bilateral investment treaties in Brazil: a story of conflict in a land of cooperation. **Review of International Political Economy**, Londres, v. 22, n. 5, p. 1055-1086, jan. 2016. Disponível em: <<http://www.fgv.br/professor/daniela.campello/files/CampelloLemos-RIPE.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

<sup>111</sup> CAMPELLO; LEMOS, 2015, p. 2 (tradução nossa).

<sup>112</sup> CAMPELLO; LEMOS, loc. cit. (tradução nossa).

Os riscos contidos nas cláusulas dos BITs para o Brasil serão inseridos em dois principais grupos: as expropriações e a arbitragem internacional. Antes de estudá-los abordaremos outros possíveis impedimentos de caráter secundário contidos nos BITs.

O primeiro ponto a ser analisado é a dificuldade de compatibilizar os BITs com as políticas econômicas no que tange às cláusulas de tratamento nacional e tratamento de nação mais favorável.

A cláusula de nação mais favorável implica, como visto, no tratamento do investidor proveniente do outro Estado contratante não inferior ao concedido a qualquer outro país. Estados com quem o Brasil realizasse BITs poderiam se aproveitar dessa situação para receber benefícios que a eles não eram pretendidos, concedidos para outros países em futuros tratados sobre investimentos. Esse fenômeno é conhecido como “*free rider*” e é definido por Fonseca nos seguintes termos:

Ou seja, se o Brasil, por exemplo, firma com um país X um acordo de investimentos que contém a cláusula de nação mais favorecida, em que se estabelecem obrigações ou benefícios não incluídos em um acordo anteriormente firmado com o país Y, todas obrigações e benefícios acordados pelo Brasil com X se estenderão automaticamente a Y.<sup>113</sup>

Naturalmente, essa cláusula seria um fator a ser considerado em situações de negociações de investimentos com outros países e até em possíveis ratificações de acordos regionais.

A cláusula de tratamento nacional implica no tratamento de investidores estrangeiros igual ao dado aos nacionais. Existem no ordenamento jurídico brasileiro contudo, incluindo a Carta Magna, situações de privilégio da empresa nacional em relação a estrangeira. Na Constituição podemos citar o favorecimento da iniciativa brasileira na forma das restrições do capital estrangeiro para mineração e energia hidráulica, pesca, mercado financeiro, de

---

<sup>113</sup> FONSECA, 2010, p. 103-104.

capitais e de seguros, transporte marítimo e terrestre e compra de propriedade rural.<sup>114</sup>

Ademais se verifica na lei geral de licitação brasileira, em seu artigo 3º, possibilidade de margem de preferência de produto ou serviço nacional resultante de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País.<sup>115</sup> É possível se afirmar então que, com a obrigação de tratamento nacional dos BITs, a faculdade de preferência disposta na lei estaria no mínimo prejudicada.

Antes de prosseguir para a análise das principais causas de resistência aos BITs, cumpre-se ressaltar a crítica que Fontoura Costa traz em sua obra com relação a cláusula de transferência de capitais. Se baseia em artigo de José Gilberto Scandiucci Filho que defende a não ratificação do Brasil dos BITs por uma série de motivos, alguns dos quais ainda serão expostos. Quanto a cláusula de transferência:

(...) defende a estratégia brasileira de não ratificar os APPRIs assinados, tomando em conta os riscos de adesão a uma cláusula de livre transferência de capital mais ampla que a do art. VIII do FMI, com a respectiva perda da autonomia em políticas cambiais e aumento da exposição a crises de mercados internacionais.<sup>116</sup>

Complementando esse argumento está a informação trazida por Fonseca, já mencionada na seção própria de transferência de capitais, de que os BITs atuais não comportam autorização para a recusa de transferência baseada na “deterioração da posição financeira do país ou à mudança de sua política financeira externa”.<sup>117</sup>

### 3.1.1 A Expropriação no Brasil e nos BITs

<sup>114</sup> MORAES, Orozimbo José de. **Investimento Direto Estrangeiro no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

<sup>115</sup> BRASIL. **Lei n. 8666, de 21 de Junho de 1993**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 6 nov. 2017.

<sup>116</sup> SCANDIUCCI FILHO, José G. O Brasil e os acordos bilaterais de investimentos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; SANCHEZ Michelle R. (Orgs.) **Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil**. São Paulo: Aduaneiras, 2007. apud COSTA, 2010, p. 263.

<sup>117</sup> FONSECA, 2010, p. 126.

Conforme visto anteriormente, a expropriação nos BITs possui uma lógica própria e, por não ser totalmente compatível com o nosso sistema jurídico, como será exposto a seguir, poderia ser preocupante para o governo brasileiro.

Em primeiro lugar, esse temor se deve ao fato de que a maioria das cláusulas a seu respeito englobam as expropriações indiretas, protegendo os investidores estrangeiros contra elas. Explicam Morosini e Badin:

A inclusão dessas cláusulas arriscava a limitação do espaço regulatório do país receptor, dada a sua natureza aberta. O Brasil não estava disposto a restringir seu espaço para políticas e submeter a avaliação da legitimidade de suas políticas públicas à competência de árbitros privados.<sup>118</sup>

A parte final da frase citada se refere aos mecanismos de arbitragem internacional dos BITs, que foram tratados e serão novamente no tópico seguinte.

A segunda razão do problema que viria com a inclusão de uma cláusula de proteção contra expropriação é a forma da compensação. Sem dúvida, a forma de compensação trazida pela fórmula Hull em muito diverge da forma em que é tratada no Brasil: enquanto que aquela exige, dentre seus componentes, um pagamento em lapso temporal razoável, a Constituição Federal brasileira, no seu artigo 184,<sup>119</sup> prevê a compensação por desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária em títulos da dívida agrária resgatáveis em até vinte anos. Permitir esse tipo de tratamento para os investidores

---

<sup>118</sup> MOROSINI, Fabio; BADIN, Michel Raton Sanchez. The New Brazilian Agreements on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFIs): Navigating between resistance and conformity with the global investment regime. **Investment Treaty News** Quarterly, Genebra, v. 6, n. 1, p. 3-5, ago. 2015. Disponível em:

<[http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload\\_documents/Morosini%20-%20Global%20Fellows%20Forum.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Morosini%20-%20Global%20Fellows%20Forum.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2017.

<sup>119</sup> BRASIL. **Constituição Federal da República**. 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 6 nov. 2017.

estrangeiros seria, portanto, os colocar em situação mais favorável que os brasileiros, que teriam forma de compensação muito inferior.<sup>120</sup>

### 3.1.2 Arbitragem Internacional

O segundo dos principais motivos pela resistência do governo brasileiro à adoção dos BITs é a disposição sobre mecanismos de solução de controvérsias envolvendo a arbitragem internacional.

Talvez possa se dizer que este é o mais importante motivo da negação dos BITs, vez que o Brasil é o único país da América Latina que nunca assinou a Convenção de Washington.<sup>121</sup>

Campello e Lemos acreditam que essa cláusula não pode ser responsabilizada pela não aprovação dos BITs pelo Congresso Nacional. Argumentam que na mesma época em que os tratados estavam em trâmite, o Brasil progredia em regulamentar a arbitragem, nacional e internacionalmente. Chama atenção para a aprovação da lei 9307 em 1996 e também a ratificação em 2002 da Convenção de Nova Iorque, inserindo o Brasil num contexto internacional de respeito da arbitragem internacional e sentenças proferidas por tribunais arbitrais.<sup>122</sup>

Há controvérsias quanto a esse argumento. Morosini e Badin não são da opinião de que o Brasil possuía um clima favorável a arbitragem àquela época, afirmando que houve forte oposição à lei de arbitragem até que fosse julgada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Os autores acrescentam: “arbitragem investidor-Estado não era, então, uma opção para o Brasil, dada a confiança do país em seu judiciário neutro e eficiente e sua desconfiança com mecanismos de arbitragem em geral naquele período”.<sup>123</sup>

Pode-se afirmar ainda que essa desconfiança não era sem motivo. Naquela época e até tempos recentes, países latino-americanos têm sido alvos

---

<sup>120</sup> SCANDIUCCI FILHO, José G. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; SANCHEZ Michelle R. (Orgs.) apud COSTA, 2010, p. 263.

<sup>121</sup> CAMPELLO; LEMOS, 2015, p. 24 (tradução nossa).

<sup>122</sup> CAMPELLO; LEMOS, 2015, p. 24 (tradução nossa).

<sup>123</sup> MOROSINI; BADIN, 2010, p. 9, (tradução nossa).

de reclamações de investidores estrangeiros perante tribunais arbitrais e têm sofrido pesadas consequências. Entre 1997 e 2000, por exemplo, 7 arbitragens foram iniciadas contra o México, em discussão de casos relacionados ao Nafta.<sup>124</sup>

A maior concentração de arbitragens de investimento, contudo, em verdade se encontra na América do Sul, sob a égide dos BITs. O país com o maior número de reclamações é a Argentina, com aproximadamente 50, até 2012. Entretanto, essas arbitragens não são um fenômeno recente: já à época das discussões dos BITs no Brasil, várias dessas arbitragens já haviam sido iniciadas, vez que, das 50, 30 se deram em decorrência da crise econômica argentina em 2001-2002. O valor aproximado de prejuízo do país era, em 2012, de 430 milhões de dólares.<sup>125</sup>

Outros países também sofreram o impacto da arbitragem internacional em tempos recentes, em particular a Venezuela e o Equador. Este país promulgou lei em 2006 que, após complemento no ano seguinte por um decreto, previa o recebimento pelo Equador de 99% da receita proveniente da venda de petróleo acima de certos valores de referência. Em decorrência dessa determinação, “segundo alguns especialistas, no começo de 2010 a soma cumulativa dos processos pendentes contra o Equador seriam quase equivalentes a metade do orçamento anual do país (mais de 6,5 bilhões de dólares)”<sup>126</sup>.

Tão graves foram os prejuízos percebidos pelos países sul-americanos que estes demonstram um retorno ao apego à Doutrina Calvo. Medidas já foram tomadas por esses países na tentativa de se afastar do contexto da arbitragem internacional. Dentre essas medidas estão a saída de alguns países da ICSID, como a Bolívia e o Equador. Além disso, alguns países optaram por encerrar seus acordos bilaterais, como é o exemplo da Venezuela, que encerrou seu BIT com a Holanda, e do Equador, que até 2010 concluiu encerrou BITs seus com aproximadamente 20 países.<sup>127</sup>

Outro sinal de risco para o Brasil nesse sentido é o fato de que alguns BITs contêm cláusulas prevendo um período de graça, ou seja, uma certa

---

<sup>124</sup> COSTA, 2010, p. 264.

<sup>125</sup> KIFFER, 2012, p. 22 (tradução nossa).

<sup>126</sup> KIFFER, 2012, p. 24 (tradução nossa).

<sup>127</sup> KIFFER, 2012, p. 25-28 (tradução nossa).

quantidade de tempo após o término do acordo em que a proteção nele contida deve continuar a ser estendida aos investidores estrangeiros. É o exemplo do BIT entre a Venezuela e a Holanda que, embora encerrado em 2008, continuará a vigorar até 2023, por possuir um período de graça de 15 anos. A Venezuela também notificou a saída do ICSID em 2012, então, seis meses após essa notificação, não está mais sob jurisdição desse órgão.<sup>128</sup> Importante lembrar, contudo, da existência do Mecanismo Complementar do ICSID, pelo qual poderiam seguir arbitragens envolvendo a Venezuela e investidores de países ainda signatários da Convenção de Washington, como a própria Holanda.

Ainda quanto à questão financeira das arbitragens internacionais, Fonseca aponta que é preocupação de países receptores a “existência de disputas frívolas e vexatórias, que fazem com que o Estado gaste grandes somas na defesa de casos totalmente sem fundamento”.<sup>129</sup> Complementando o argumento, traz informação de Luke Eric Peterson:

Enquanto que estimas variam, o custo de se contratar três árbitros para uma arbitragem do ICSID pode ser próximo à 500 mil de dólares. Arbitragens sob outras regras tendem a ser ainda mais caras. Enquanto isso, taxas para assistência legal podem ser muito maiores – por exemplo, se sabe que a *Metalclad Corporation* gastou cerca de 4 milhões de dólares em advogados e honorários de árbitros em uma arbitragem sob a Nafta, e uma subsequente disputa no judiciário da sentença arbitral.<sup>130</sup>

Como último desafio à aceitação do ICSID pelo Brasil, se expõe o raciocínio construído por Fontoura Costa como crítica da dinâmica do sistema, que, pelos motivos demonstrados a seguir, não estaria totalmente isento de acusações de parcialidade.<sup>131</sup>

O autor trabalha primeiro com a possível crítica de que, por terem, em sua maioria, desenvolvimento de carreira no Direito Privado, os árbitros seriam

---

<sup>128</sup> RODNER, James-Otis; ESTÉVEZ, Jaime Martínez. *Bilateral Investment Treaties and ICSID Jurisdiction*. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 33, n. 1, p. 25-30, junho, 2012 (tradução nossa).

<sup>129</sup> FONSECA, 2010, p. 143.

<sup>130</sup> PETERSON; Luke Eric. *Bilateral investment treaties and development policy-making*. *International Institute for Sustainable development*, November, 2004. Disponível em: <<http://www.iisd.org>>. Acesso: 13 jan. 2007. apud FONSECA, 2010, p. 143 (tradução nossa).

<sup>131</sup> COSTA, 2010, p. 245.

dotados de uma lógica primordialmente contratualista, e não realizariam as ponderações necessárias referentes aos interesses estatais, gerando uma tendência a favorecer os investidores.<sup>132</sup>

Todavia, essa ideia não é completamente condizente com a realidade do órgão do ICSID, vez que dos 10 árbitros mais nomeados, apenas dois se definem claramente no campo do Direito Privado. O que de fato se verifica é uma identificação desses árbitros com o campo da arbitragem, uma vez que dois daqueles 10 lecionam nessa área e outros 5 tem suas principais publicações nessa área. Também pode-se dizer que está equivocada em boa parte a crítica antes levantada pela sua falha em considerar que “difícilmente qualquer desses profissionais seja alheio às questões referentes ao impacto da regulação pública sobre a atividade privada e não tenha lidado com temas correlatos, inclusive em seus países de origem”.<sup>133</sup>

É possível se falar em tendência para o lado dos investidores, contudo, mas por argumento diverso. O dilema reside na forma com que opera o sistema. Em primeiro lugar é necessário destacar que os árbitros têm ampla liberdade de decisão, não estando submetidos ao controle e responsabilização pelas decisões a que estão um membro do judiciário de um país. Não obstante, “as arbitragens podem passar, antes de seu cumprimento forçado, pelo crivo de instituições jurisdicionais estatais e, além disso, o Cisdí dispõe de um mecanismo para a anulação de laudos viciados”.<sup>134</sup>

A segunda motivação para a imparcialidade se constitui no fato de que, por óbvio, os árbitros vinculados ao ICSID só são convocados a participar em arbitragens se essas são iniciadas, e são iniciadas em sua grande maioria pelos investidores. Dessa maneira, mais atraente para os árbitros em geral seria uma interpretação que pendesse ao investidor, e de fato, se verifica isso na jurisprudência, como no exemplo do caso *Loewen*, em que se analisou o mérito antes de concluir pela falta de jurisdição, e nos *Metalclad* e *S.D. Myers*, em que os laudos apresentaram padrões intrusivos. Sem óbice, pode-se afirmar que casos como esses demonstram uma tendência em interpretar extensivamente o tratamento equitativo e de, quanto ao tratamento nacional,

---

<sup>132</sup> Ibid., p. 242.

<sup>133</sup> Ibid., p. 243.

<sup>134</sup> COSTA, 2010, p. 243.



atribuir ao Estado o ônus da prova da razoabilidade e indiscriminabilidade de sua conduta. O autor conclui, “Embora não seja razoável pressupor que os árbitros de elevada qualidade e reputação internacionais atuem maliciosamente com o objetivo de favorecer investidores, tampouco se pode negar a existência de incentivos neste sentido”.<sup>135</sup>

Para a conclusão dessa seção, se expõe a posição de Fontoura Costa quanto a adoção do sistema pelo nosso país. O doutrinador afirma ser de longa data a posição nas relações diplomáticas brasileiras da resistência à regulamentação de investimentos estrangeiros, e entende que:

[...] a oposição brasileira ao sistema de arbitragem entre investidor e Estado é bastante clara, havendo tanto o entendimento de que o sistema interno é justo e suficiente quanto o de que esse sistema internacional pode levar a situações em que as instituições estatais ficariam muito vulneráveis, inclusive em face das eventuais tendências pró-investidores.<sup>136</sup>

Encerrados os principais motivos desmotivadores da adoção dos BITs pelo Brasil, passemos a observar as potenciais vantagens que estes tratados poderiam promover.

### 3.2 OS BENEFÍCIOS DOS BITs

Conforme mencionado anteriormente, defendem Campello e Lemos que a oposição do governo brasileiro aos BITs se deve tanto aos riscos que os tratados apresentam como a precariedade dos benefícios. As autoras afirmam que a posição na época pelos legisladores era a de que os acordos não eram instrumentos necessários ou suficientes aos objetivos que visavam.<sup>137</sup> Os motivos para essa opinião serão demonstrados nesse momento.

---

<sup>135</sup> Ibid., p. 245.

<sup>136</sup> COSTA, 2010, p. 266.

<sup>137</sup> CAMPELLO; LEMOS, 2015, p. 3 (tradução nossa).

### 3.2.1 O Investimento Brasileiro no Exterior

Como já sabemos, a razão de ser do BIT é a proteção aos investimentos realizados internacionalmente. Como o próprio nome já indica, trata-se de um acordo bilateral, o que implica na proteção mútua dos investidores de ambos os países contratantes. Entretanto se verifica que, na prática, essa benesse é aproveitada por investidores de um único país. O que se verifica nos BITs é a já antes aludida relação país exportador de capital - país receptor de capital. Essa dinâmica teve início nos tratados países desenvolvidos e em desenvolvimento, mas na atualidade é presente inclusive entre países em desenvolvimento, como é o caso de Cingapura e Sri Lanka. No acordo entre os dois, apesar de classificação econômica similar desses países, se nota que Cingapura é a parte exportadora de capital enquanto que Sri Lanka é a parte receptora, ou importadora.<sup>138</sup>

Para se beneficiar da proteção do investimento estrangeiro, o Brasil deveria ter uma posição clara como exportador de capital, o que não se observava na época de discussão desses tratados. Até a metade da década de 90, o investimento no estrangeiro do país era limitado a poucas empresas, como a Petrobrás e companhias na área de construção civil. A maioria dos escassos investimentos brasileiros da época se dava em países desenvolvidos, onde os riscos aos investidores eram baixos.<sup>139</sup>

Deve ser considerado também que não havia pressão por parte da comunidade empresária brasileira para a aprovação dos BITs, ou mesmo um foco no investimento para fora do país. Várias das empresas domésticas que investiam no estrangeiro à época foram compradas pelos investidores estrangeiros durante a abertura comercial brasileira, e assim “nos anos 90, o processo de privatização chamou a atenção das companhias brasileiras para o mercado doméstico, que também estava aberto à competição estrangeira”.<sup>140</sup>

A demanda existente entre os empresários brasileiros para regulamentação do investimento em seu benefício priorizava outros

---

<sup>138</sup> FONSECA, 2010, p. 57-60.

<sup>139</sup> MOROSINI; BADIN, 2010, p. 11 (tradução nossa).

<sup>140</sup> MOROSINI; BADIN, loc. cit. (tradução nossa).

instrumentos, como os TDT (Tratados de Dupla Tributação), que foram aprovados com facilidade naquela época.<sup>141</sup> Esses tratados visam evitar a dupla tributação e a evasão fiscal e são acordados até na atualidade. No momento o Brasil concluiu o acordo com mais de 30 países.<sup>142</sup> Com a preferência pela defesa de outros instrumentos como os TDTs, os BITs foram deixados em segundo plano.

### 3.2.2 O Investimento Estrangeiro no Brasil

O outro possível benefício que os BITs poderiam trazer seria, através da regulamentação do investimento estrangeiro no Brasil, a abertura dos mercados nacionais e a liberalização econômica. Fonseca elucida:

A intensa atividade de conclusão de BITs resulta de uma série de fatores, dentre eles destacam-se: o interesse tanto dos países em desenvolvimento, que vêm nesse tipo de acordo uma forma de atrair recursos visando à promoção do seu desenvolvimento[...].<sup>143</sup>

Para a realização desse fenômeno, contudo, também não se demonstrou necessária a adoção dos referidos tratados.

O primeiro motivo para tanto é o fato de que na época já haviam iniciativas para a liberalização da economia brasileira. A mudança do tratamento ao capital estrangeiro no Brasil teria vindo a partir de nova lei do *Software* em 1987, que “alinhou-se com o disposto no *Trade Act* norte-americano de 1974, que estabelecia sanções comerciais aos países que não protegessem o direito autoral em suas legislações de *software*”.<sup>144</sup>

---

<sup>141</sup> CAMPELLO; LEMOS, 2015, p. 2 (tradução nossa).

<sup>142</sup> BRASIL. **Acordos para Evitar a Dupla Tributação e a Prevenir a Evasão Fiscal.** Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/aceso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao>>. Acesso em: 7 nov. 2017.

<sup>143</sup> FONSECA, 2010, p. 59.

<sup>144</sup> SILVEIRA, 2002, p. 102.

Esta lei teria sido apenas o início de uma série de normas receptivas ao capital estrangeiro. Nessa lógica foram criadas as ZPE's (Zonas de Processamento de Exportação), em que o registro do capital estrangeiro era facilitado por prescindir de autorização do Banco Central, que, por força da lei 4131/62, permitia ou denegava a entrada do capital. Outro exemplo está relacionado com o imposto de renda retido na fonte sobre remessas de lucros ao exterior, que em 1991 foi reduzido de 25% para 15% e foi totalmente extinto através da lei 9249/95.<sup>145</sup>

Em 96, contribuindo para a liberalização, houve a facilitação do sistema de registro do capital estrangeiro no Brasil, através da implementação do sistema computadorizado do SISBACEN, que atribui um número de registro eletronicamente ao investidor externo. Anteriormente, o investidor deveria obter um documento físico, denominado CR (Certificado de Registro), após o encaminhamento do pedido para a regular entrada do capital no país.<sup>146</sup> Com a implantação do sistema, também foi abolida a necessidade de autorização pelo Banco Central para a repatriação do dinheiro investido no Brasil.<sup>147</sup>

Enquanto que, na sua promulgação, a Constituição continha disposições intervencionistas e com tendência a favorecer a empresa brasileira, esse quadro também foi, de certa forma, revertido. Segundo Silveira:

[...]muitas das disposições constitucionais que estabeleciam restrições de acesso do investimento estrangeiro a determinados setores da economia foram eliminadas da Carta Magna. Neste sentido, a Emenda Constitucional n. 5, extinguiu o monopólio dos Estados-Membros de exploração do gás canalizado. A de n. 6, revogou as definições e distinções de tratamento entre empresas brasileiras e estrangeiras. A de n. 7, extinguiu o monopólio das embarcações nacionais para a navegação de cabotagem. A de n. 8, extinguiu a reserva do controle estatal sobre serviços de telecomunicações. E finalmente, a de n. 9, extinguiu o monopólio estatal da exploração do petróleo, deixando a regulamentação definitiva a cargo da lei ordinária.<sup>148</sup>

Para Campello e Lemos, essas mudanças no ordenamento jurídico já encampavam várias das cláusulas dos BITs em certa medida, como a do

---

<sup>145</sup> Ibid., p. 102-104.

<sup>146</sup> PALADINO, 2003, p. 127.

<sup>147</sup> CAMPELLO; LEMOS, 2015, p. 22 (tradução nossa).

<sup>148</sup> SILVEIRA, 2002, p. 104-105.

tratamento nacional, na medida em que se abriu o mercado para os estrangeiros, e a de transferência de capitais, pela permissão da repatriação dos lucros sem necessidade de autorização ou cobrança de taxa.<sup>149</sup>

Em parte por essa já presente regularização do investimento estrangeiro, se verificou, na década de 90, um considerável volume de importação do capital estrangeiro para o Brasil. Segundo Barreto Filho, a legislação teve influência, embora marginal, para a atração do investimento nessa época. Para esse autor, o principal fator para essa atração foi o tamanho do mercado brasileiro: este estaria entre os 10 maiores do mundo, utilizando-se de critérios para a classificação como a população, a urbanização, o consumo caseiro e industrial e o grau de concentração do poder aquisitivo.<sup>150</sup>

Campello e Lemos atribuem o crescimento a causa diversa, tendo afirmado que

[...]é importante notar que o fim da inflação e o lançamento de um amplo programa de privatização iniciou um dramático aumento de investimento estrangeiro direto para o Brasil, que cresceu mais rápido do que a maioria da região, apesar do fato de que nenhum BIT foi ratificado.<sup>151</sup>

De fato, apesar da ausência dos BITs, o Brasil demonstrou excepcional atração de investimento estrangeiro nos anos 90. Embora o maior receptor de investimento estrangeiro no começo da década tenha sido o México, em 1996 esse país foi superado pelo Brasil. Outrossim, em 1997 era a oitava maior economia do mundo e possuía o nono maior estoque de investimento estrangeiro. Entre 1995 e 1998 essas entradas teriam acumulado montante maior do que comparado com todo o resto da história da economia brasileira.<sup>152</sup>

Esse fenômeno na economia brasileira, portanto, reforçava a ideia de que BITs eram desnecessários. Afirmam Morosini e Badin:

---

<sup>149</sup> CAMPELLO; LEMOS, 2015, p. 22 (tradução nossa).

<sup>150</sup> BARRETO FILHO, 1999, p. 28-30.

<sup>151</sup> CAMPELLO; LEMOS, 2015, p. 21 (tradução nossa).

<sup>152</sup> MORAES, 2003, p. 77-78.

A lógica de competição que pode fazer sentido para países pequenos que se apoiam em mercados estrangeiros como um importante componente de sua estratégia de desenvolvimento não explicou o caso do Brasil, desafiando a narrativa dominante que acordos de investimentos atraem investimento estrangeiro direto.<sup>153</sup>

Por fim, se faz mister ressaltar que mesmo que não houvesse sucesso na atração do investimento, os BITs talvez não fossem a melhor alternativa para alcançar esse objetivo. Fonseca aponta:

Curiosamente, apesar do constante incremento no número de BITs, ainda não ficou comprovada a relação entre a assinatura desses acordos e sua capacidade de atrair mais investimentos. Ao invés disso, um estudo realizado pelo Banco Mundial em 2003 concluiu que os BITs não são considerados substitutos de instituições nacionais frágeis, mas complementos na atração de investimentos em países que já contam com instituições razoavelmente sólidas.<sup>154</sup>

Corroborando com essa ideia está a justificativa do Equador para encerrar seus BITs com 8 países em 2008: o governo do país alegava que os tratados não atraíam investimento o suficiente.<sup>155</sup>

Quanto a este assunto, cumpre-se, por fim, trazer a opinião de Silveira. Para ele também o BIT não é um método efetivo de atração de investimento, vez que considera esse instrumento uma ferramenta de proteção do investidor contra os riscos no exterior, sendo o fator preponderante para a sua celebração. Os objetivos de atração e promoção de investimento seriam considerados apenas marginalmente.<sup>156</sup> O autor traz a seguinte reflexão:

Finalmente, cabe indagar se esse tipo de Tratado vem favorecendo a cooperação entre os países hospedeiros e países exportadores de capital no que se refere ao auxílio ao desenvolvimento. Quando um Tratado Bilateral é convencionado entre as partes, existe a ideia de que deve haver reciprocidade de interesses e vantagens para ambas as partes. Mas ocorre que frequentemente se objeta que esta reciprocidade seria apenas formal e que os direitos ali estabelecidos apenas beneficiam os países exportadores. Tudo indica que estes Tratados, concebidos como uma etapa na regulamentação desta cooperação, sejam influenciados doravante pelas tendências

---

<sup>153</sup> MOROSINI; BADIN, 2010, p. 10 (tradução nossa).

<sup>154</sup> FONSECA, 2010, p. 62.

<sup>155</sup> KIFFER, 2012, p. 27 (tradução nossa).

<sup>156</sup> SILVEIRA, 2002, p. 182.

internacionais no sentido de diminuir ainda mais o poder dos países importadores de capital, tornando cada vez mais difícil a cooperação almejada.<sup>157</sup>

Considerando esses fatores, pode-se concluir, portanto, que os BITs eram, enquanto estavam em trâmite no Congresso, uma medida desnecessária para atração do investimento e, na atualidade, de efetividade incerta.

### 3.3 O PROCESSO LEGISLATIVO

Expostas as motivações pelas quais se optou por evitar os BITs no Brasil, vejamos que ações foram tomadas pelas pessoas imbuídas dessas motivações, isto é, como foi o processo de discussão desses tratados, até resultar na rejeição, e como se portaram os agentes nele envolvidos.

O processo se iniciou por iniciativa do Poder Executivo, da seguinte maneira:

No Brasil, a autoridade legítima para negociar e celebrar tratados e acordos é a presidência, através de uma delegação do Ministério das Relações Exteriores, frequentemente acompanhado por outros ministérios e agências. Uma vez assinado, o Ministério das Relações Exteriores envia o tratado à Casa Civil. O presidente então envia tanto o tratado quanto sua justificativa com uma mensagem presidencial formal à Câmara dos Deputados, onde o processo legislativo começa. Como o sistema é bicameral, depois de aprovado na Câmara ele segue ao Senado.<sup>158</sup>

O trâmite no Congresso era regulado pelo regimento interno, e seguia a seguinte ordem: primeiramente era apreciado pela Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, se aprovado, era votado pelo pleno. Em seguida era novamente apreciado por outras Comissões. Após essa avaliação, era votado uma última vez pelo pleno da Câmara por maioria simples e seguia ao

---

<sup>157</sup> PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito ao Desenvolvimento e Investimentos Estrangeiros**, São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. apud SILVEIRA, 2002, p. 182-183.

<sup>158</sup> CAMPELLO; LEMOS, 2015, p. 12 (tradução nossa).

Senado. Uma vez aprovado pelo Senado, era promulgado e publicado para finalmente poder ser ratificado por decreto presidencial.<sup>159</sup>

Em 1994, os quatro primeiros BITs assinados pela presidência foram enviados para apreciação pelo Congresso. Não sofreram resistência de início, tendo sido aprovados pela Comissão de Relações Exteriores. Quando foi à votação, contudo, foi emendado e assim retornou a avaliação pelas Comissões. Através de manobras realizadas pelos partidos que se opunham aos tratados, liderados pelo Partido dos Trabalhadores, pelos motivos nesse capítulo elencado, a demora para que a votação retornasse foi de dois anos. No pleno, os tratados sofreram consideráveis alterações, propostas pelo PT e partidos aliados de esquerda e centro-esquerda, e retornaram para crivo das Comissões. As Comissões à essa época, contudo, haviam, em boa parte, passado para o controle de membros do PT, onde antes eram compostas de membros de outros partidos, alinhados com a comunidade empresária. Os membros restantes, antes favoráveis aos acordos, também passaram a se opor, sofrendo influência do fracasso do MAI e do sucesso do programa de privatização do governo brasileiro da época. A partir de então os BITs continuaram a passar por emendas que por fim desconfiguraram completamente seu caráter, impossibilitando aos diplomatas um retorno para negociações com os outros países, de maneira que, alternativamente, Fernando Henrique Cardoso optou por retirar do Congresso a proposta de ratificação.<sup>160</sup>

Campella e Lemos argumentam que o modo como ocorreu esse processo se deve a dois fatores: a bem organizada oposição no legislativo e a falta de ação do próprio executivo nesses tratados.<sup>161</sup>

A oposição no âmbito legislativo foi descrita acima e pode ser definida da seguinte forma:

[...] o Partido dos Trabalhadores foi a voz mais forte contra os partidos governantes e enquadrou os BITs como servindo os interesses conservadores preocupados com a liberalização da economia brasileira. Esses acordos gerariam um desequilíbrio

---

<sup>159</sup> CAMPELLO; LEMOS, 2015, p. 12-13 (tradução nossa).

<sup>160</sup> CAMPELLO; LEMOS, 2015, p. 15-21 (tradução nossa).

<sup>161</sup> Ibid., p. 18 (tradução nossa).



econômico entre país exportador de capital e receptor, que a esquerda brasileira estava vigorosamente tentando combater.<sup>162</sup>

O segundo fator, a inércia do executivo, se evidencia pela falha dessa iniciativa quando este obteve êxito em várias outras, como uma reforma previdenciária e aprovação da Lei de Responsabilidade Fiscal. As autoras afirmam que o Executivo possuía um histórico de aprovações sucedidas e dispunha de várias manobras políticas para esse sucesso, mas que no caso optou por não utilizar.<sup>163</sup>

O motivo para tal seria a descrença do próprio Executivo nos tratados. Eles teriam sido iniciados por diplomatas, sem interesse ou empenho da presidência, que acreditavam no sucesso da inserção dos BITs, devido ao alto índice de aprovação de tratados e acordos internacionais da época: 67% desses foram aprovados em menos de 24 meses entre 1988 e 2006.<sup>164</sup>

O caso dos BITs era diferente, contudo, vez que não contava com apoio da comunidade empresária brasileira, e haviam outras prioridades que mereciam atenção e empenho do governo, pelas quais verdadeiramente havia demanda.<sup>165</sup>

---

<sup>162</sup> MOROSINI; BADIN, 2010, p. 7-8 (tradução nossa).

<sup>163</sup> CAMPELLO; LEMOS, 2015, p. 19 (tradução nossa).

<sup>164</sup> Ibid., p. 14 (tradução nossa).

<sup>165</sup> CAMPELLO; LEMOS, 2015, p. 20 (tradução nossa).

#### **4 A REGULAMENTAÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NO BRASIL A NÍVEL INTERNACIONAL**

Analizamos, no capítulo anterior, os motivos pelos quais o legislativo brasileiro optou por não inserir os BITs em seu ordenamento jurídico. Essa discussão, contudo, ocorreu no final da década de 90 e início dos anos 2000, como vimos, e não tornou a ser tratada no âmbito do Congresso.

Por óbvio, a decisão foi tomada baseada no contexto econômico e político do Brasil à época, e natural é se questionar quanto à subsistência ou desaparecimento, na atualidade, dos fatores que embasaram a opção feita naquele momento. Relevante é o questionamento, vez que existe a possibilidade de ser benéfico para o país nos dias de hoje, apesar de não ter sido aproveitado no passado. Evidência dessa possibilidade é o fato de que centenas de países de fato consideraram o tratado útil e o utilizaram desde a discussão dos BITs no Brasil: a quantidade de BITs firmados na atualidade supera a casa dos 2500.<sup>166</sup>

---

<sup>166</sup> FONSECA, 2010, p. 26.

Isto posto, analisaremos neste capítulo em que medida mudaram os fatores pertinentes a adoção ou não dos BITs, bem como de tratados de investimento em geral, e em seguida as medidas tomadas em relação a essas mudanças.

#### 4.1 A INICIATIVA DE REGULAMENTAÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

Enquanto que nos anos 90 se evitou a assinatura de tratados de investimento estrangeiro, vemos que no presente o Brasil está apresentando uma mudança de postura, inclinando-se para, lentamente, estabelecer sua rede de acordos, conforme será exposto posteriormente. Por enquanto, vejamos as motivações para essa mudança de postura bem como elementos que ensejam uma tendência ainda maior do país a se aprofundar no mundo do investimento estrangeiro.

Primeiramente, se observa que a própria realidade dos BITs não é mais a mesma. Na atualidade esses tratados demonstram uma maior preocupação com o país receptor de capital, onde antes havia evidente parcialidade para favorecimento do exportador. Essa preocupação se evidencia, por exemplo, com a aparição de novos temas como segurança e meio ambiente nos BITs, bem como a definição mais clara de termos como “padrão/tratamento mínimo internacional”, cuja subjetividade confere um poder de interpretação ao respectivo tribunal superior ao desejado.<sup>167</sup>

O advento dessa nova onda de tratados, que Fonseca denomina de “A nova geração de acordos bilaterais de investimento”<sup>168</sup>, da qual são exemplos os acordos bilaterais dos EUA, Canadá e Japão, se deu pelo fim da antiga dinâmica na qual de um lado se encontravam os países desenvolvidos e exportadores de capital e do outro os subdesenvolvidos receptores.

A autora explica:

---

<sup>167</sup> FONSECA, 2010, p. 64-66.

<sup>168</sup> Ibid, p. 63.

Diante de uma globalização da produção capaz de mudar o cenário econômico internacional, os países desenvolvidos - tradicionais exportadores de capital e de tecnologia – tornaram-se também grandes receptores de capital, enquanto países em desenvolvimento passaram a exportar capital, além de desempenhar o papel de receptores.<sup>169</sup>

Assim sendo, enquanto que as cláusulas entendidas como perigosas dos BITs ainda existem, há agora a possibilidade de ameniza-las, ainda que levemente, se o Brasil assim desejar, visto que o costume atual é o de maior equilíbrio entre as partes nesse tratado.

Embora seja possível argumentar que os elementos negativos dos BITs não foram suficientemente reduzidos a ponto de se reconsiderar sua adoção, o mesmo dificilmente pode ser dito da elevação dos pontos positivos. De fato, a situação econômica brasileira atual pode em muito se beneficiar de algum tipo de acordo internacional de investimento. Os BITs seriam naturalmente uma das principais opções.

A principal nova circunstância que permite uma reanálise da inserção de acordos bilaterais de investimento no nosso ordenamento jurídico é o crescimento do mercado brasileiro para fora das nossas fronteiras.

De fato, com o início do governo Lula se observou um maior incentivo à internacionalização das empresas domésticas, que subsiste, em parte, até a atualidade, resultando na expansão dessas empresas para o mercado exterior. Exemplo disso é o investimento pelo governo, especialmente através do BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento), em setores da economia brasileira mais competitivos internacionalmente, como o da mineração.<sup>170</sup>

Esse investimento mostrou resultado, podendo se observar um salto de 47 bilhões de dólares para 72 bilhões nos estoques de investimento direto estrangeiro do Brasil no exterior, entre os anos de 2000 e 2005.<sup>171</sup>

Ademais, no governo mencionado se procurou fortalecer as relações econômicas Sul-Sul, isto é, entre o Brasil e outros países também do

---

<sup>169</sup> Ibid, p. 64.

<sup>170</sup> MOROSINI; BADIN, 2010, p. 12-13 (tradução nossa).

<sup>171</sup> ARAÚJO, Mariana da Silva Borges; MIRANDA, Rubens Augusto de. Internalização dos Negócios: Barreiras e Motivações das Empresas Brasileiras. **Revista de Economia e Relações Internacionais**, São Paulo, v. 19, n. 17, p. 21-42, julho, 2010.

hemisfério sul, predominantemente subdesenvolvidos.<sup>172</sup> Essa iniciativa denota a mudança na dinâmica dos países antes mencionada, ou seja, a existência na atualidade de países emergentes atuando como exportadores de capital, nesse caso o próprio Brasil.

A descrita posição brasileira quanto ao investimento estrangeiro foi cristalizada novamente através de documento produzido pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, denominado Plano Nacional de Exportações 2015-2018. O Plano elucida a estratégia do governo quanto ao investimento estrangeiro, estabelecendo a intenção de financiar a promoção de exportações e a internacionalização de firmas brasileiras, bem como de realizar tratados de investimento estrangeiro, denominados ACFI (Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos), que serão destrinchados nesse trabalho oportunamente, prioritariamente com países da América Latina, África e Oriente Médio.<sup>173</sup>

Conforme o exposto, verifica-se uma intenção bem como uma necessidade de regulamentação do investimento estrangeiro no Brasil, nessa nova era em que as empresas domésticas passam a adentrar o mercado internacional. Rodrigo Garcia da Fonseca<sup>174</sup> aponta caso que denota essa necessidade, no qual a Petrobrás teve ativos seus tomados pelo governo boliviano.

Diz o autor:

Os investimentos haviam sido estruturados através de uma subsidiária holandesa da Petrobrás, então havia ameaça do início de um procedimento arbitral sob o BIT Holanda-Bolívia. O caso não teve prosseguimento, porque as partes resolveram suas disputas antes que qualquer procedimento fosse estabelecido, mas demonstra que embora o Brasil esteja relativamente distante do mundo da arbitragem de investimento, esta não está fora de cena.<sup>175</sup>

---

<sup>172</sup> MOROSINI; BADIN, 2010, p. 14 (tradução nossa).

<sup>173</sup> MOROSINI; BADIN, 2010, p. 15 (tradução nossa).

<sup>174</sup> FONSECA, Rodrigo Garcia da. *Arbitrating in Brazil: A Practitioner's Checklist*. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, v. 28, n. 2, p. 29-43, março, 2011 (tradução nossa).

<sup>175</sup> FONSECA, 2011, p. 39 (tradução nossa).

Vemos, portanto, que a regulamentação de fatores relacionados ao investimento internacional, como a arbitragem, são de vital importância na nova realidade econômica brasileira de internacionalização.

Ademais, os tratados sobre o assunto podem ser úteis nesse momento para a atração do investimento estrangeiro para o Brasil, fator positivo que foi desconsiderado na década de 90, conforme visto no capítulo anterior. Isto porque entre 2008 e 2009 o país sofreu considerável queda no recebimento de investimento estrangeiro, situação com tendência a se perpetuar por vários anos.<sup>176</sup> Este fato é devido a várias questões, entre elas a crise financeira internacional da época e “a ausência de tratados de investimento assinados pelo Brasil nos últimos dez anos, período em que o mundo teria firmado 1004 compromissos nesse sentido”<sup>177</sup>, tendo em mente a data da publicação do artigo citado, 2011.

Corroborando com esta opinião, afirma Pedro Antônio Batista Martins, quanto a arbitragem, elemento essencial dos acordos de investimento estrangeiro: “À luz dessa realidade, pode-se afirmar que a arbitragem cristaliza-se como componente ou mecanismo relevante na engrenagem no fluxo de capital estrangeiro para o país, e também, no plano do comércio internacional”.<sup>178</sup>

## 4.2 TENTATIVAS DE REGULAMENTAÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

Vejamos agora como está regulamentado o investimento estrangeiro na atualidade pelo Brasil, com foco nas medidas tomadas pelo governo desde a mudança da sua perspectiva relatada acima. Essa análise se presta a verificar se a demanda atual pela regulamentação do investimento estrangeiro foi suprida. Isso será feito considerando-se que, de maneira diversa, os BITs se

---

<sup>176</sup> MEKITARIAN, Eduardo; MAGNOTTA, Fernanda. Vulnerabilidade Externa do Brasil: Uma Análise do Setor Externo da Economia Brasileira. **Revista de Economia e Relações Internacionais**, São Paulo, v. 9, n. 18, p. 84-100, janeiro, 2011.

<sup>177</sup> MEKITARIAN; MAGNOTTA, 2011, p. 98.

<sup>178</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem e Atração de Investimentos no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 32, n. 2, p. 101-108, março, 2012 (tradução nossa).

identificam como métodos atraentes de suprimento da referida demanda. Primeiramente analisaremos essa regulamentação realizada pelo Brasil de forma geral e depois no âmbito do Mercosul.

#### 4.2.1 Regulamentação do Investimento Estrangeiro no Brasil

A principal forma de regulamentação do investimento estrangeiro encontrada pelo Brasil na atualidade, como alternativa aos BITs, foram os ACFI (Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos).

A ideia dos Acordos foi produzida graças aos esforços de um órgão ligado à CAMEX (Câmara de Comércio Exterior), o GTEX (Grupo Técnico de Estudos Estratégicos de Comércio Exterior).<sup>179</sup>

O GTEX foi instituído através da Resolução nº30 de 2012 do CAMEX, e, segundo o artigo 1º dessa Resolução, tem a função de: “realizar estudos e elaborar propostas sobre política de comércio exterior com países ou regiões específicas”.<sup>180</sup> O parágrafo único do mesmo artigo define que o GTEX será dividido em 3 subgrupos, que estudarão a África, a Ásia e a América Latina.

O GTEX sugeriu, nos estudos relativos à África, a elaboração, em conjunto com a SECEX (Secretaria de Comércio Exterior), de um novo tipo de acordo de investimento.<sup>181</sup> Dessa maneira:

Em 2013, o CAMEX aprovou o esboço do ACFI para ser negociado com países Africanos. Moçambique e Angola foram os dois primeiros países a assinar esses acordos. Como resultado, o CAMEX decidiu ampliar o mandato de negociações dos ACFI com outros países interessados no modelo de acordo brasileiro.<sup>182</sup>

Pode-se encontrar nesses acordos certa semelhança com os tratados bilaterais de investimento. De fato, perceberemos a presença de vários

---

<sup>179</sup> MOROSINI; BADIN, 2010, p. 17 (tradução nossa).

<sup>180</sup> BRASIL. Resolução nº30, de 25 de Abril de 2012 do Conselho de Ministros da Câmara do Comércio Exterior. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 de maio, 2012.

<sup>181</sup> MOROSINI; BADIN, 2010, p. 17 (tradução nossa).

<sup>182</sup> Ibid, p. 18 (tradução nossa).

elementos basilares dos BITs quando explorarmos as cláusulas principais dos ACFIs. Esses elementos, contudo, foram moldados de maneira a melhor se adequar às necessidades brasileiras. Ainda se verifica a presença nesses instrumentos de mecanismos uteis para o Brasil que não estão presentes nos BITs. Morosini e Badin explicam essa diferença:

A constante cooperação entre agências governamentais, mediada pela ação diplomática, e deferência à legislação doméstica podem ser consideradas as noções norteadoras por trás desse modelo de acordo, que oferece uma alternativa ao regime de investimento internacional em voga.<sup>183</sup>

Já na definição da abrangência do tratado vemos uma posição mais moderada, em comparação com os BITs, quanto à proteção do investidor. Alberto Arroyo Picard afirma que, embora incluam investimentos iniciados antes e depois da assinatura do Acordo, os ACFIs impõem limites que não são encontrados em BITs tradicionais, como a impossibilidade de invocar o acordo para efeito de litígio quanto a fatos que tenham se tornado coisa julgada em âmbito nacional ou que tenham ocorrido a mais de 5 anos. O autor acrescenta ainda que outra diferença expressiva entre os tratados é a exclusão, nos acordos brasileiros, da carteira de investimentos e dívidas entre Estados como investimentos. Por fim, quanto ao assunto, esclarece que os Acordos definem que a entrada dos investimentos será delimitada pelas leis da parte receptora do investimento.<sup>184</sup>

Quanto às semelhanças entre os dois tratados, notamos a primeira ao verificar a presença nos ACFIs de cláusulas de tratamento. Quando se encontram nos Acordos de Cooperação, contudo, não são tão abrangentes como são nos BITs. Os ACFIs se atém às cláusulas de tratamento de nação mais favorecida e tratamento nacional, deixando de lado o polêmico tratamento justo e equitativo. Essa omissão limita as situações que poderiam ser questionadas judicialmente por um investidor que entendesse ter sido ofendido,

---

<sup>183</sup> Ibid, p. 19 (tradução nossa).

<sup>184</sup> PICARD, Alberto Arroyo. **Acordos de Investimento à Brasileira. Os Recentes Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos Assinados pelo Brasil e as Alternativas Surgidas das Redes e Organizações Sociais Internacionais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Instituto Equit Juruá, 2015. Disponível em: <[https://br.boell.org/sites/default/files/livro\\_investimentos-a-brasileira\\_web\\_1.pdf](https://br.boell.org/sites/default/files/livro_investimentos-a-brasileira_web_1.pdf)> . Acesso em: 24 mar. 2018.



e é “coerente com a abordagem geral dos ACFIs, que é menos focada na proteção do investidor/investimento do que é na construção e manutenção de uma cooperação de investimento horizontal entre as Partes”.<sup>185</sup>

Ainda sobre o tratamento, se observa a presença comum de reservas à obrigação de tratar o investidor da outra parte sob o critério nacional ou de nação mais favorecidas. Todos os ACFIs excepcionam o tratamento de nação mais favorecida se tratando de acordos regionais que alguma das partes possam ter firmado. Alguns, como os firmados com a Colômbia e o Chile, permitem a não extensão do tratamento de nação mais favorecida a mecanismos de solução de controvérsias. Por fim, cumpre informar que o ACFI do México e vários outros permitem a adoção por uma das partes de novos requisitos ou restrições quanto a admissibilidade de investimentos da outra parte, contanto que de forma não discriminatória.<sup>186</sup>

Outra cláusula que os BITs e os acordos brasileiros possuem em comum é aquela referente à expropriação. A diferença nesse caso é quanto ao tipo de proteção para os investidores contra expropriação conferida pelos tratados. Diferente dos BITs, os ACFIs não conferem ao investidor estrangeiro o direito à compensação pela expropriação indireta, conceito já tratado anteriormente neste trabalho. Os Acordos não proíbem expressamente a compensação por esse tipo de medida, mas não incluem essa proteção quando mencionam as expropriações. Pode-se dizer que:

Essa opção é uma posição brasileira ao debate internacional sobre o direito de regular visando o interesse público, considerando que muitas medidas atacadas como expropriação indireta são relacionadas com o meio ambiente, a saúde e outros problemas delicados de política pública que podem indiretamente afetar os direitos de investidores acordados por tratados de investimento.<sup>187</sup>

Já se referindo à compensação, as disposições dos ACFIs em não muito diferem da fórmula Hull. Esses tratados falam em compensação pelas expropriações de forma justa, efetiva e adequada.<sup>188</sup> Há a inclusão inclusive da

---

<sup>185</sup> MOROSINI; BADIN, 2010, p. 23 (tradução nossa).

<sup>186</sup> MOROSINI; BADIN, 2010, p. 22-23 (tradução nossa).

<sup>187</sup> Ibid, p. 24 (tradução nossa).

<sup>188</sup> MOROSINI; BADIN, loc. cit. (tradução nossa).

expressão “sem demora”, ou ainda “sem demora indevida” se tratando do tempo da compensação. Todavia, essa expressão frequentemente acompanha, como é o caso do tratado com a Angola, a ressalva de que deve ser feita “em conformidade com a legislação da Parte onde a expropriação tenha ocorrido”<sup>189</sup>, relativizando a velocidade da compensação.

Os ACFIs apresentam cláusula de transferência, que em não muito difere daquelas encontradas nos BITs. Observa-se que nos Acordos, o artigo referente às transferências: “garante o livre fluxo de capitais, excetuando garantias apresentadas em litígios ou situações de crise no balanço de pagamentos, em consonância com as regras do FMI”.<sup>190</sup>

Importante notar uma cláusula inovadora nos acordos brasileiros, a da responsabilidade social corporativa. Essa disposição determina que os investidores devem realizar seus melhores esforços para agir em seus empreendimentos com responsabilidade e respeito à lei local. Como exemplo de condutas objetivadas por essa temos o acordo com o Chile, que determina que as empresas visem o desenvolvimento sustentável e o respeito aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos.<sup>191</sup>

Por fim cumpre-se discorrer sobre o mecanismo de solução de controvérsias estabelecido nos Acordos. O foco desse mecanismo, diferentemente dos BITs, é a prevenção da solução litigiosa. Por determinação dessa cláusula, devem ser criados órgãos que auxiliem os investidores a resolver os conflitos de forma amigável, procurando ao máximo alcançar a autocomposição e evitar que uma das partes recorra a um órgão julgador. O primeiro desses órgãos é o *Ombudsman*, responsável por informar os investidores de possíveis oportunidades de negócio, assim como a facilitação do diálogo entre partes que se encontram em conflito. Esse órgão estará associado a outro, denominado Conselho ou Comitê Conjunto, que tem como

---

<sup>189</sup> BRASIL. **Acordo para a Cooperação e a Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e o Governo da República da Angola**. 1 de abril, 2015. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/8520-acordo-brasil-angola-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-acfi-luanda-1-de-abril-de-2015>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

<sup>190</sup> PICARD, 2015, p. 33.

<sup>191</sup> BRASIL. **Acordo para a Cooperação e a Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Chile**. 1 de abril, 2015. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/12526-acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-o-brasil-e-o-chile-santiago-23-de-novembro-de-2015>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

incumbência reunir informações sobre as necessidades dos investimentos e de avaliar e trabalhar para resolver as controvérsias pacificamente, agindo como mediador. Só depois de exauridas as tentativas no âmbito desses órgãos, poderá se recorrer à arbitragem.<sup>192</sup>

A arbitragem referida nos tratados é aquela realizada entre Estados. Aos investidores é vedado se utilizar dos mecanismos de solução de controvérsias dispostos nesses, devendo recorrer aos seus respectivos Estados para que primeiramente iniciem o processo perante o Comitê Conjunto. Na reunião realizada no âmbito do Comitê Conjunto, deverão participar os representantes do investidor interessado. Uma vez que as tentativas de solução nesse nível demonstraram-se infrutíferas, poderá um dos Estados-parte enviar ao outro um pedido em escrito para que se institua o tribunal arbitral.<sup>193</sup>

Todos os ACFIs contém cláusulas de arbitragem interestatal, embora se verifique certas diferenças entre elas. As realizadas com os países africanos são mais vagas, e aquelas relativas aos países latino-americanos se aprofundam no tema. Esse fenômeno possivelmente se verifica pela incapacidade de negociação, ou falta de “poder de barganha” dos países africanos, ferramenta que se verifica nos países latino-americanos.<sup>194</sup>

Os Acordos com os países da América Latina têm em comum a disposição de que a arbitragem visa trazer a medida questionada pelo processo em conformidade com o ACFI em questão. Entretanto, diferem se tratando das matérias passíveis de serem levadas ao tribunal arbitral. O tratado com o México não limita essas matérias, mas os realizados com a Colômbia e o Chile determinam que medidas relacionadas à segurança, combate à corrupção, saúde, meio ambiente, trabalho, e responsabilidade social corporativa social não são arbitráveis. Aqueles que redigiram os tratados, não indicaram qual seria o órgão competente para julgar essas matérias excluídas da arbitragem, tampouco mencionaram se este órgão estaria vinculado às regras do ACFI quanto ao procedimento e as leis aplicáveis.<sup>195</sup>

Os Acordos com o México e a Colômbia diferem ainda do chileno, na medida em que conferem ao tribunal arbitral a competência para aferir a

---

<sup>192</sup> PICARD, 2015, p. 34-35.

<sup>193</sup> MOROSINI; BADIN, 2010, p. 26 (tradução nossa).

<sup>194</sup> Ibid, p. 27 (tradução nossa).

<sup>195</sup> Ibid, p. 28 (tradução nossa)

existência de dano causado ao investidor e o montante indenizatório devido. Resta, portanto, novamente, a questão da jurisdição competente, e de que lei deve se utilizar, para apreciar esse tema, nesse caso quanto às relações entre Brasil e Chile.<sup>196</sup>

As arbitragens em tela podem ser realizadas institucionalmente ou de maneira *ad hoc*. Se realizadas na segunda hipótese devem ser conduzidas por três árbitros apontados pelas partes. Se falharem em fazê-lo, dependendo do tratado, será o Presidente da Corte Internacional de Justiça ou o Secretário-Geral da Corte Permanente de Arbitragem a apontar o árbitro. Os ACFI variam também quanto à determinação das leis aplicáveis ao procedimento, optando ora pela competência das partes para determiná-lo, ora pela competência do próprio tribunal.<sup>197</sup>

Por fim, quanto à esse assunto:

Em suma, o mecanismo de solução de controvérsias desenvolvido pelos acordos brasileiros atende às necessidades internas do Brasil e da insatisfação internacional com as soluções de controvérsias investidor-Estado e os diversos problemas relacionadas. O foco na prevenção de disputas deve ser enaltecido, considerado seu potencial elevado de reduzir as disputas que chegam à arbitragem. Esses mecanismos devem reduzir os custos políticos e econômicos das partes envolvidas.<sup>198</sup>

Picard expõe algumas críticas que podem ser feitas quanto a esse sistema. Entre elas, aponta a falta de cláusulas suficientes para garantir a imparcialidade dos árbitros, assim como a inexistência de mecanismos ou critérios para a recusa desses. Ainda afirma que confiar a solução por arbitragem aos Estados pode ser contraproducente. A ideia seria de certa maneira falha por tornar a controvérsia levantada como questão de política externa de seu país, além possuir evidente assimetria entre as partes, que terão capacidade de negociação em patamares diferentes considerando a diferença de poder delas no âmbito dos organismos financeiros internacionais.<sup>199</sup>

---

<sup>196</sup> MOROSINI; BADIN, loc. cit. (tradução nossa).

<sup>197</sup> MOROSINI; BADIN, 2010, p. 29 (tradução nossa).

<sup>198</sup> MOROSINI; BADIN, loc. cit. (tradução nossa).

<sup>199</sup> PICARD, 2015, p. 36-37.

#### 4.2.2 Regulamentação do Investimento Estrangeiro no Mercosul

O Mercosul já demonstrava sua intenção de liberalização do investimento a partir de 1993, quando passa a assinar protocolos ao Tratado de Assunção que regulamentavam o investimento estrangeiro direto dentro do Mercosul. Esses são o Protocolo de Colônia para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos no Mercosul, e o Protocolo sobre Promoção e Proteção de Investimentos de Estados Não Partes do Mercosul, conhecido como Protocolo de Buenos Aires. Os documentos regulam, respectivamente, as relações entre dois Estados-parte, e a relação entre esses Estados e aqueles de fora do bloco.<sup>200</sup>

Os Protocolos possuem várias das cláusulas constantes nos BITs, inclusive com uma semelhança em relação a esses tratados muito superior a dos ACFIs.

Quando versando sobre tratamento do investidor, os Protocolos não só o igualam ao nacional, mas asseguram o tratamento justo e equitativo. Ademais, o Protocolo de Colônia assegura que nenhum dos Estados-parte irá estabelecer requisitos de desempenho para o estabelecimento de investimento, conhecidos pela doutrina pelo termo em inglês: *performance requirements*. Isto significa dizer que não poderá uma das partes exigir, por exemplo, que um investidor compre certa quantidade mínima de produtos locais ou exporte uma porcentagem mínima dos produtos que produz.<sup>201</sup>

Da mesma maneira, as cláusulas de expropriação e de transferência em muito se assemelham àquelas encontradas na maioria dos tratados bilaterais de investimento. O Protocolo de Colônia fala na possibilidade da expropriação apenas quando a medida visa o interesse público, é realizada de maneira não discriminatória e obedece ao devido processo legal. A compensação por essa medida é caracterizada pelos mesmos requisitos da fórmula Hull, isto é, o

---

<sup>200</sup> SILVEIRA, 2002, p. 151-152.

<sup>201</sup> SILVEIRA, 2002, p. 157-159.

pagamento prévio, adequado e efetivo. Já o Protocolo de Buenos Aires afirma que essa compensação será realizada oportunamente.<sup>202</sup>

As transferências também são amplamente permitidas nesses tratados, que asseguram a livre remissibilidade dos proventos do capital estrangeiro e a repatriação do investimento. Ademais, “os Protocolos preveem ainda que as remessas deverão ser efetuadas sem demora e em moeda livremente conversível”.<sup>203</sup>

Se tratando da solução de controvérsias, quando são entre Estados do Mercosul, podem ser realizadas pelo procedimento do Protocolo de Brasília de 1991. Se forem entre Estado do bloco e Estado externo, deve haver tentativa de solução pela via diplomática e, falhando, pode-se recorrer à arbitragem internacional.<sup>204</sup>

Os Protocolos versam inclusive sobre controvérsias investidor-Estado, estabelecendo primeiramente uma obrigação de tentativa de solução amistosa por seis meses, que se infrutífera enseja início de processo perante os tribunais da Parte receptora do investimento ou perante tribunal arbitral.

Quanto à arbitragem:

No caso da arbitragem, o Protocolo de Colônia faculta ao investidor escolher entre o Centro Internacional de Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos (C.I.S.C.I.) e um tribunal de arbitragem *ad hoc* que se valha das normas da UNCITRAL. Já o Protocolo de Buenos Aires estabelece caber ao investidor optar por um tribunal de arbitragem *ad hoc* ou por uma instituição internacional de arbitragem.<sup>205</sup>

Esses protocolos, contudo, não foram ratificados legalmente pelo Brasil, de maneira que não possuem vigência.<sup>206</sup> A ideia é que os Protocolos serviriam, assim como os BITs, para proteger o investidor estrangeiro no Brasil, e isso:

(...) é justamente o que o Brasil aponta como sendo danoso ao interesse nacional e, por esse motivo, encaminhou mensagens ao

---

<sup>202</sup> Ibid, p. 160.

<sup>203</sup> Ibid, p. 161.

<sup>204</sup> SILVEIRA, 2002, p. 162.

<sup>205</sup> Ibid p. 162-163.

<sup>206</sup> Ibid p. 168.

Legislativo solicitando a retirada de tramitação dos projetos dos Decretos Legislativos destinados a ratificar o Protocolo de Buenos Aires, no âmbito do MERCOSUL.<sup>207</sup>

Voltando à solução de disputas, essas ainda foram regulamentadas no âmbito do Mercosul pelos Protocolos de Brasília, de Ouro Preto e o Protocolo de Olivos. Esses mecanismos apontam o uso de um tribunal arbitral *ad hoc* para a resolução desses problemas, contudo têm como objeto exclusivamente divergências sobre interpretação, aplicação ou não cumprimento do Tratado de Assunção e seus protocolos, bem como das decisões dos órgãos do Mercosul, como o Conselho do Mercado Comum. Ademais, as arbitragens devem ser realizadas exclusivamente por parte dos Estados parte, não podendo os investidores que se sentirem violados em seus direitos se valer desse mecanismo para se defender.<sup>208</sup>

Por fim, importante apontar que em 7 de abril de 2017 foi assinado, por autoridades do Brasil e de outros países do bloco, o Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos Intra-Mercosul. O Protocolo possui forte influência dos ACFIs, o que representa a contínua expansão da rede de acordos de investimento do Brasil realizados nos seus próprios termos. O então Ministro da Indústria, Comércio Exterior e Serviços, Marcos Pereira, disse, na oportunidade da assinatura do tratado:

Concluimos, nos últimos dois anos, ACFIs bilaterais com quatro parceiros da Aliança do Pacífico – México, Chile, Peru e Colômbia. Agora, com a assinatura do protocolo com o Mercosul, o Brasil amplia ainda mais a segurança jurídica para realização de nossos investimentos na região, bem como aprimora o ambiente para atrair novos investimentos ao Brasil, com geração de emprego e renda.<sup>209</sup>

---

<sup>207</sup> SILVEIRA, Daniel Severo da. **A Regulamentação do Investimento Estrangeiro Direto no Âmbito do Mercosul: o Obstáculo Brasileiro para a Adoção de uma Regulamentação Comum**. 59f. Curso de Especialização “O Novo Direito Internacional”, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/129593/000975533.pdf?sequence=1>>. Acesso em 28, mar. 2018.

<sup>208</sup> FEIJÓ, Camilla de Freitas. O Atual Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul: Rumo à Consolidação de um Tribunal Regional. **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 9, n. 1, p. 69-89, jan./jun, 2012.

<sup>209</sup> Mercosul assina acordo inédito para incentivar investimentos dentro do bloco. **Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços**. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/noticias/2427-mercosul-assina-acordo-inedito-para-incentivar-investimentos-dentro-do-bloco>>. Acesso em 28, mar. 2018.

Esse tratado foi aprovado pelo Conselho do Mercado Comum, em sua Decisão 03/17 e revogou o antes mencionado Protocolo de Colônia para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos no Mercosul. Em sua substância, o novo tratado em substância é quase idêntico à um ACFI. Possui cláusula de tratamento, em que, além do disposto nos Acordos, exclui explicitamente a possibilidade do tratamento justo e equitativo. Ainda em cláusula de desapropriação, delimita expressamente a compensação exclusiva no caso de desapropriação direta, excluindo as indiretas. O Protocolo também inclui as anteriormente mencionadas cláusulas de transferência e de responsabilidade social corporativa.<sup>210</sup>

Possui também um mecanismo de prevenção de controvérsias. Nesse caso, no entanto, ao invés de uma Comissão Conjunta que atuará em cada país visando a solução amigável de controvérsias, deverá ser criada uma Comissão com as mesmas funções, mas que deve atender a todos os Estados-parte, sendo composta por representantes de todos esses países. Assim como nos ACFIs, o Protocolo também cria os *Ombudsman*, para exercer suas atividades no âmbito do Mercosul. Cada país tem seu próprio órgão que deve atuar com essa função, se identificando com a CAMEX, no caso brasileiro. O mecanismo de solução de controvérsias por meio desses órgãos permite também a participação do investidor, contudo, igualmente representado por seu Estado. Por fim, o Protocolo aponta os mecanismos de solução de controvérsias do Mercosul como método de dar fim aos conflitos não resolvidos pela Comissão e os *Ombudsman*. De mesma maneira que os ACFIs com Colômbia e Chile, o Protocolo impede que as medidas relacionadas à segurança, combate à corrupção, saúde, meio ambiente, trabalho, e responsabilidade social corporativa sejam objeto de litígio, porém perante o mecanismo de solução de controvérsias do Mercosul.<sup>211</sup>

---

<sup>210</sup> CONSELHO DO MERCADO COMUM. **PROTOCOLO DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS INTRA-MERCOSUL**. Disponível em:

<<http://www.mercosur.int/innovaportal/v/8419/2/innova.front/2017>>. Acesso em 28, mar. 2018.

<sup>211</sup> CONSELHO DO MERCADO COMUM. **PROTOCOLO DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS INTRA-MERCOSUL**. Disponível em:

<<http://www.mercosur.int/innovaportal/v/8419/2/innova.front/2017>>. Acesso em 28, mar. 2018.



## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo determinar a necessidade e efetividade de uma possível introdução da figura dos BITs, bem como a adesão ao sistema do ICSID, no Brasil, em relação às funções que esses institutos se propõe a desempenhar, qual seja: a atração e proteção do investimento estrangeiro. Se optou por estudar esse tratado primeiramente pela considerável relevância que tem na atualidade quando se tratando do mundo do investimento, afinal, existem hoje mais de 2500 BITs. Outro ponto que gerou interesse sobre esse assunto foi a contínua recusa do Brasil em firmar esses tratados, apesar da utilização destes por grande parte do mundo.

Com isso em mente, iniciamos nosso estudo buscando entender o instituto em si e os motivos pelos quais ganhou a popularidade que possui nos dias de hoje. Para tanto, se partiu de uma análise histórica do instituto. Se descobriu que seus princípios basilares já se encontravam nos tratados que podem ser considerados os antecessores dos BITs, os FCNs. Porém, os FCNs visavam mais o estabelecimento de relações comerciais internacionais do que a regulamentação do investimento estrangeiro. Pode-se entender os FCNs como resposta à demanda dos países em geral por estarem adentrando o mundo do comércio internacional, que começava a se expandir.

Verificamos que os BITs surgiram posteriormente, após um momento de interrupção dessa expansão comercial, ou seja, a primeira metade do século

XX. Após a Segunda Guerra Mundial, se verificou uma divisão dos Estados em primeiro, segundo e terceiro mundo, identificados, respectivamente, nos países capitalistas desenvolvidos, os países comunistas e os subdesenvolvidos, fruto do fenômeno da descolonização.

Nesse contexto, os países de primeiro mundo visaram reestabelecer o clima propício ao investimento internacional que esteve presente no cenário mundial anteriormente. Esse grupo ainda visava a proteção de seus próprios investimentos nos países de terceiro mundo, que frequentemente interferiam nos negócios dos estrangeiros que recebiam, inclusive tomando posse da propriedade desses.

Com esse objetivo, começaram a criar ampla rede de acordos internacionais sobre investimento. Primeiramente o fizeram na via multilateral, por instrumentos como o GATT. Várias tentativas nesse âmbito falharam, contudo, em especial os mais ousados como o MAI. Essas falhas podem ser atribuídas a alguns fatores, mas o principal foi a desconfiança dos países em desenvolvimento, que viam esses tratados como forma do primeiro mundo desconsiderar as leis locais para o benefício de seus investidores.

Dessa maneira, os países desenvolvidos criaram os BITs, acordos bilaterais que versavam sobre o investimento e protegiam seus interesses. Apesar da mesma desconfiança que haviam quanto aos acordos multilaterais, os países de terceiro mundo aceitaram esses acordos por entender que eles atrairiam investimento estrangeiro e contribuiriam para seu desenvolvimento, e assim firmaram quantidade maciça de BITs, em especial a partir da década de 90.

Após essa análise histórica, analisamos o conteúdo dos BITs. Verificamos que suas cláusulas eminentemente protegem o investidor estrangeiro, se encontrando a atração do investimento em posição marginal. Se verificou, também, que na maioria desses tratados a proteção do investimento tem prioridade inclusive sobre a lei e os interesses do país receptor de capital, como por exemplo na cláusula de expropriação indireta, que limita consideravelmente o poder regulatório do Estado.

A seguir, passou-se a analisar os argumentos para a não adoção do BIT no Brasil. A conclusão principal foi a de que esse tratado não possuía uma relação de custo-benefício suficiente para justificar sua implementação.

Compreende-se que o custo é demasiadamente elevado, por vários elementos essenciais dos BITs. Esses elementos, como a obrigação de tratamento justo e equitativo, a compensação segundo a fórmula Hull e a arbitragem internacional perante o ICSID, que demonstrou ser capaz de propiciar altos danos financeiros aos países em desenvolvimento, são vistos como incompatíveis com a legislação e os interesses econômicos do Brasil.

Já o benefício foi entendido como muito baixo. Os BITs são úteis à um país se desempenham ou a função da atração do investimento ou de proteção dos seus investimentos no estrangeiro. À época em que houve o maior aumento de conclusão de BITs o país possuía diminuto investimento estrangeiro no exterior, então essa função seria de pouco valor. O desempenho da função de atração de investimento também era desnecessário, considerando-se que o Brasil já era dotado de regulamentação nessa área, após a onda de liberalização e privatização nos primeiros governos da redemocratização, além da efetividade dessas medidas políticas liberalizantes, evidenciada pela enorme atração de investimentos da época, mesmo sem a assinatura de BITs.

Assim, na década de 90 e começo dos anos 2000, momento em que os BITs foram discutidos no Congresso Brasileiro, se optou pela não adoção desses tratados. A falha na tentativa de implementá-los se deu pela forte oposição dos partidos de esquerda, pela ameaça que os tratados representavam, e a inércia do Poder Executivo, que não os concediam prioridade para uso de suas ferramentas políticas, mas sim para outros instrumentos legislativos.

Na parte final do estudo, buscou-se checar se esses argumentos possuíam validade ainda nos dias de hoje, para determinar a utilidade de se falar na aplicação dos acordos estudados na atualidade.

Percebeu-se um enfraquecimento dos pontos negativos dos BITs nos últimos anos. Entre os fatores contribuintes para esse fenômeno, se encontra o fato de que na atualidade os BITs não se concentram unicamente na proteção do investidor, mas também tratam de assuntos como o desenvolvimento sustentável e a segurança, e demonstram uma maior preocupação com o país receptor de capitais. Outro fator importante para essa mudança é a internacionalização das empresas brasileiras, e o fato do posicionamento

diplomático e político do Brasil ter mudado de maneira a agir para dar suporte a essa expansão ao mercado externo.

Surgiu, então, com o enfraquecimento desses pontos negativos, nova demanda para a regulamentação do investimento estrangeiro. Foram analisadas as medidas em resposta a essa demanda, procurando compreender se foram efetivas para sanar os anseios existentes, ou se, em sentido negativo, deixam espaço aberto para a adoção dos BITs.

O governo brasileiro desenvolveu um instrumento inspirado nos BITs, o ACFI, para regular o investimento estrangeiro que melhor adequasse a realidade brasileira, deixando de fora cláusulas perigosas aos interesses nacionais. Esse tratado foi firmado com vários países de situação econômica menos privilegiada do que a brasileira, predominantemente com países da África e da América Latina e o governo já demonstrou a intenção de continuar a firmar mais desses tratados com países semelhantes.

Além dessa medida tomada com outros países em geral, vimos também aquelas tomadas no âmbito do Mercosul. Percebemos que embora o Mercosul já possua alguns instrumentos de regulamentação de investimento estrangeiro, o Brasil não ratificou-os. Apenas recentemente, com a assinatura do Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos Intra-Mercosul, pode-se falar em efetiva regulamentação do tema dentro do bloco em geral. O Protocolo tem forte inspiração nos ACFIs, criação do próprio Brasil, o que permite supor uma maior possibilidade de aceitação pelas autoridades legislativas brasileiras.

Ao final desse trabalho pôde-se compreender o porquê da não adoção dos BITs ou a adoção do sistema ICSID pelo legislativo brasileiro. De fato, esses institutos demonstraram historicamente sua periculosidade bem como sua inevitável preferência pelos países exportadores de capital, conforme demonstrado.

Entende-se que firmar esses tratados com países com economias mais desenvolvidas e consolidadas do que a brasileira talvez seja indesejável. Isto porque essa atitude acarreta ou num governo excessivamente tímido quanto à medidas regulatórias que visem o bem dos interesses nacionais, ou, supondo um governo mais ousado, que de qualquer forma realiza essas medidas e fere o patrimônio do investidor estrangeiro, a responsabilização do Estado por

danos causados a estrangeiros em somas exorbitantes perante tribunal advindo do ICSID, como ocorreu com outros países latino-americanos.

Talvez a medida mais adequada no momento seja de fato prosseguir com a proliferação dos ACFIs, acordo que até certo ponto atende a necessidade de regulamentação internacional do investimento estrangeiro, mas sem os inerentes riscos dos mais tradicionais tratados que se propõe a fazer o mesmo.

Os BITs talvez se demonstrem mais atraentes que os acordos sendo feitos na realidade num momento futuro, em que se verifique uma presença ainda maior de investidores brasileiros no exterior. Ainda assim, devem ser feitos com extrema cautela se tratando de países de primeiro mundo, se priorizando, portanto, a assinatura do tratado com países menos desenvolvidos.

Pode-se, ainda, manter os BITs como “carta na manga”, na ocasião de o país não encontrar meio alternativo suficiente para atração do investimento estrangeiro, supondo que nesse caso essa atração ainda seja necessária.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Mariana da Silva Borges; MIRANDA, Rubens Augusto de. Internalização dos Negócios: Barreiras e Motivações das Empresas Brasileiras. **Revista de Economia e Relações Internacionais**, São Paulo, v. 19, n. 17, p. 21-42, julho, 2010.

ALEMANHA. *Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments*, de 25 de novembro de 1959. Disponível em <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1387>>. Acesso em: 4 set. 2017

BARRETO FILHO, Fernando Paulo de. **O Tratamento Nacional de Investimentos Estrangeiros**. 1. ed., Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre Gusmão; Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

BORN, Gary. Traduzido por HENRIQUES, Paulo Costa e Silva Duarte Gorjão. Ensaio “BIT’s”, “BATs” e “BUTs”: Reflexões sobre a Resolução de Litígios Internacionais. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 42, n. 7, p. 191-211, julho, 2014.

BRASIL. **Acordo para a Cooperação e a Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e o Governo da República da Angola**. 1 de abril, 2015. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/8520-acordo-brasil-angola-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-acfi-luanda-1-de-abril-de-2015>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

BRASIL. **Acordo para a Cooperação e a Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Chile**. 1 de abril, 2015. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/12526-acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-o-brasil-e-o-chile-santiago-23-de-novembro-de-2015>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

BRASIL. **Acordos para Evitar a Dupla Tributação e a Prevenir a Evasão Fiscal.** Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/acesso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao>>. Acesso em: 7 nov. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal da República.** 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 6 nov. 2017.

BRASIL. **Lei n. 8666, de 21 de Junho de 1993.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 6 nov. 2017

BRASIL. Resolução nº30, de 25 de Abril de 2012 do Conselho de Ministros da Câmara do Comércio Exterior. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 de maio, 2012.

BUSTAMANTE, João Francisco Cortes. Os Acordos Bilaterais de Comércio e Investimento. **Revista de Economia e Relações Internacionais**, São Paulo, v. 6, n. 12, p. 5-20, janeiro, 2008.

CAMPELLO, Daniela; LEMOS, Leany. The non-ratification of bilateral investment treaties in Brazil: a story of conflict in a land of cooperation. **Review of International Political Economy**, Londres, v. 22, n. 5, p. 1055-1086, jan. 2016. Disponível em: <<http://www.fgv.br/professor/daniela.campello/files/CampelloLemos-RIPE.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

CONSELHO DO MERCADO COMUM. **PROTOCOLO DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS INTRA-MERCOSUL.** Disponível em: <<http://www.mercosur.int/innovaportal/v/8419/2/innova.front/2017>>. Acesso em 28, mar. 2018.

COSTA, José Augusto Fontoura. **Direito Internacional do Investimento Estrangeiro.** 22. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

DOLZER, Rudolf; STEVENS, Margrete. **Bilateral Investment Treaties.** 1. ed. Haia. Kluwer Law International, 1995.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty.** Disponível em <<http://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEPT%20Meeting.pdf>>. Acesso em 11 nov. 2017.

FEIJÓ, Camilla de Freitas. O Atual Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul: Rumo à Consolidação de um Tribunal Regional. **Revista de Direito Internacional.** Brasília, v. 9, n. 1, p. 69-89, jan./jun, 2012.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. *Arbitrating in Brazil: A Practitioner's Checklist.* **Revista de Arbitragem e Mediação.** São Paulo, v. 28, n. 2, p. 29-43, março, 2011.

FONSECA, Karla Closs. **Investimentos Estrangeiros: Regulamentação Internacional e Acordos Bilaterais.** 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

- JUNIOR, U.C. Os Acordos de Serviço (Gats) e de Investimentos (Trims) na OMC: Espaço para Políticas de Desenvolvimento. **Cebri Artigos**: Rio de Janeiro, v. 1, ano 1, janeiro/março 2007. apud BUSTAMANTE, 2008.
- KIFFER, Laurence. *BITs, ICSID Convention in Latin America: The Rebirth of Hostile Policies*. **Revista Brasileira de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 32, n. 1, p. 15-30, março, 2012.
- LEONARDI, Renato Barros de Aguiar. A Evolução do Regime Internacional de Investimentos e os países em desenvolvimento: Desafios e Oportunidades. **Revista de Economia e Relações Internacionais**, São Paulo, v. 4, n. 7, p. 43-56, julho, 2005.
- MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem e Atração de Investimentos no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 32, n. 2, p. 101-108, março, 2012.
- MEKITARIAN, Eduardo; MAGNOTTA, Fernanda. Vulnerabilidade Externa do Brasil: Uma Análise do Setor Externo da Economia Brasileira. **Revista de Economia e Relações Internacionais**, São Paulo, v. 9, n. 18, p. 84-100, janeiro, 2011.
- Mercosul assina acordo inédito para incentivar investimentos dentro do bloco. **Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços**. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/noticias/2427-mercosul-assina-acordo-inedito-para-incentivar-investimentos-dentro-do-bloco>>. Acesso em 28, mar. 2018.
- MORAES, Orozimbo José de. **Investimento Direto Estrangeiro no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2003.
- MOROSINI, Fabio; BADIN, Michel Ratton Sanchez. The New Brazilian Agreements on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFIs): Navigating between resistance and conformity with the global investment regime. **Investment Treaty News Quarterly**, Genebra, v. 6, n. 1, p. 3-5, ago. 2015. Disponível em: <[http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload\\_documents/Morosini%20-%20Global%20Fellows%20Forum.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Morosini%20-%20Global%20Fellows%20Forum.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2017.
- PALADINO, Viviane. A Disciplina do Capital Estrangeiro no Brasil – Investimentos Diretos. **Revista de Direito Internacional e Econômico**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 118-141, jul./set., 2003.
- PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito ao Desenvolvimento e Investimentos Estrangeiros**, São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. apud SILVEIRA, 2002, p. 182-183.
- PETERSON; Luke Eric. **Bilateral investment treaties and development policy-making**. *International Institute for Sustainable development, November*, 2004. Disponível em: <<http://www.iisd.org>>. Acesso: 13 jan. 2007. apud FONSECA, 2010, p. 143.
- PICARD, Alberto Arroyo. **Acordos de Investimento à Brasileira. Os Recentes Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos Assinados pelo Brasil e as Alternativas Surgidas das Redes e Organizações Sociais Internacionais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Instituto Equit



Juruá, 2015. Disponível em:

<[https://br.boell.org/sites/default/files/livro\\_investimentos-a-brasileira\\_web\\_1.pdf](https://br.boell.org/sites/default/files/livro_investimentos-a-brasileira_web_1.pdf)> . Acesso em: 24 mar. 2018.

RODNER, James-Otis; ESTÉVEZ, Jaime Martínez. Bilateral Investment Treaties and ICSID Jurisdiction. **Revista Brasileira de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 33, n. 1, p. 25-30, junho, 2012.

SCANDIUCCI FILHO, José G. O Brasil e os acordos bilaterais de investimentos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; SANCHEZ Michelle R. (Orgs.) **Regulamentação internacional dos investimentos**: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007. apud COSTA, 2010, p. 263.

SILVEIRA, Daniel Severo da. **A Regulamentação do Investimento Estrangeiro Direto no Âmbito do Mercosul: o Obstáculo Brasileiro para a Adoção de uma Regulamentação Comum**. 59f. Curso de Especialização “O Novo Direito Internacional”, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em:

<<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/129593/000975533.pdf?sequence=1>>. Acesso em 28, mar. 2018.

SILVEIRA, Eduardo Teixeira. **A Disciplina Jurídica do Investimento Estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional**. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

STERN, Brigitte. **O Contencioso dos Investimentos Internacionais**. 1. ed., Barueri: Manole, 2003. apud FONSECA, 2010.

VANDEVELDE, Kenneth J. **Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation**. 1. ed. Oxford: Oxford University Express, 2010.