

O MODELO BRASILEIRO DE ACORDOS DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS

PROPOSTAS DE APRIMORAMENTO



O MODELO BRASILEIRO DE ACORDOS DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS

PROPOSTAS DE APRIMORAMENTO

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA – CNI

Robson Braga de Andrade
Presidente

Gabinete da Presidência

Teodomiro Braga da Silva
Chefe do Gabinete - Diretor

Diretoria de Desenvolvimento Industrial

Carlos Eduardo Abijaodi
Diretor

Diretoria de Relações Institucionais

Mônica Messenberg Guimarães
Diretora

Diretoria de Serviços Corporativos

Fernando Augusto Trivellato
Diretor

Diretoria Jurídica

Hélio José Ferreira Rocha
Diretor

Diretoria de Comunicação

Ana Maria Curado Matta
Diretora

Diretoria de Educação e Tecnologia

Rafael Esmeraldo Lucchesi Ramacciotti
Diretor

Diretoria de Inovação

Gianna Cardoso Sagazio
Diretora

O MODELO BRASILEIRO DE ACORDOS DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS

PROPOSTAS DE APRIMORAMENTO



© 2020. CNI – Confederação Nacional da Indústria.

Qualquer parte desta obra poderá ser reproduzida, desde que citada a fonte.

CNI

Gerência Executiva de Assuntos Internacionais

FICHA CATALOGRÁFICA

C748m

Confederação Nacional da Indústria.

O modelo brasileiro de acordos de cooperação e facilitação de investimentos/
Confederação Nacional da Indústria. – Brasília : CNI, 2020.

45 p. – il.

1. Investimentos. 2. Acordos de Cooperação. I. Título.

CDU: 339.54

CNI

Confederação Nacional da Indústria

Sede

Setor Bancário Norte

Quadra 1 – Bloco C

Edifício Roberto Simonsen

70040-903 – Brasília – DF

Tel.: (61) 3317-9000

Fax: (61) 3317-9994

<http://www.portaldaindustria.com.br/cni/>

Serviço de Atendimento ao Cliente - SAC

Tels.: (61) 3317-9989/3317-9992

sac@cni.com.br

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Total de Acordos Internacionais de Investimento (AIs) 1980-2019	19
Gráfico 2 – Resultado das disputas.....	33
Gráfico 3 – Temática das disputas propostas	33

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	9
1 INTRODUÇÃO	11
2 POR QUE ASSINAR ACORDOS DE INVESTIMENTO?	15
2.1 Benefícios e custos dos acordos de investimentos.....	15
2.2 A relação entre investimento e comércio.....	16
3 O MAPA DOS ACORDOS	19
4 O ACORDO BRASILEIRO.....	23
4.1 Cláusulas padrão de acordos de investimentos.....	24
5 TENDÊNCIAS INTERNACIONAIS	29
5.1 Proposta de Mudança Estrutural no âmbito da UNCTAD	29
5.2 Recomendações Unctad e a prática.....	30
5.2.1 Salvar o Interesse Público e Proteção.....	30
5.2.2 Garantia de investimento responsável – Responsabilidade Social e Corporativa....	32
5.2.3 Reforma do Mecanismos de Solução de Controvérsias	32
5.2.4 Promoção e Facilitação de Investimento	35
5.2.5 Melhorando a consistência sistêmica.....	35
5.3 Diálogo sobre Facilitação de Investimentos na OMC.....	35
6 RECOMENDAÇÕES PARA CONVERGIR O MODELO BRASILEIRO AO DOS PAÍSES CENTRAIS	39
REFERÊNCIAS.....	43

APRESENTAÇÃO

A manutenção e o aumento constante dos investimentos estrangeiros no Brasil e da participação das nossas empresas no exterior são fundamentais para o desenvolvimento econômico e social. Diversos estudos da Confederação Nacional da Indústria (CNI) confirmam que os investimentos externos brasileiros estimulam as exportações, a produtividade e a inovação, contribuindo para o crescimento da produção e da oferta de empregos no país.

Por isso, é preciso ampliar o número de acordos de investimentos, instrumentos importantes para dar segurança jurídica aos investidores e para atrair capitais produtivos. Neste trabalho, o Fórum das Empresas Transnacionais Brasileiras (FET), coordenado pela CNI, analisa o modelo do Brasil para esse tipo de tratado e compara seus dispositivos com as regras internacionais.

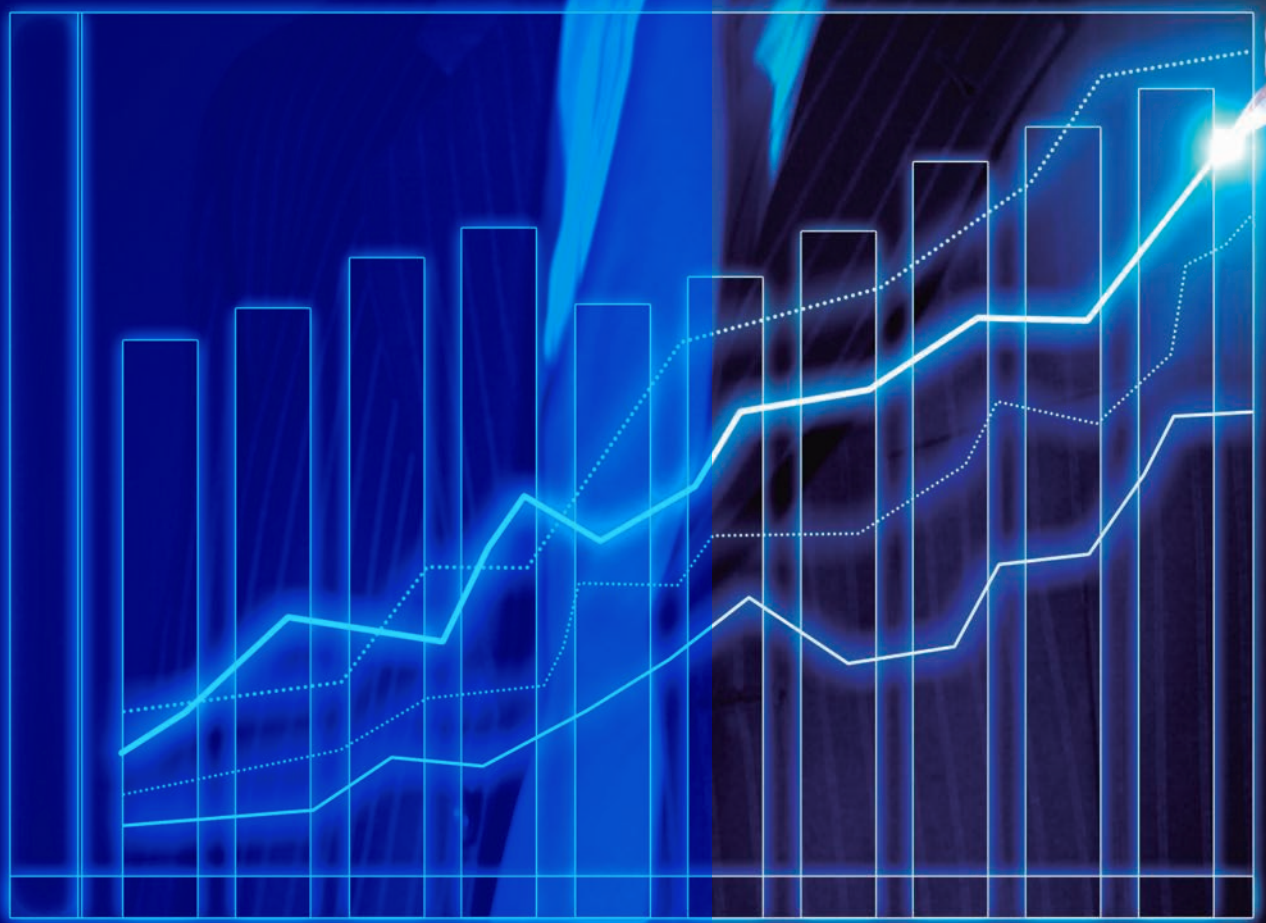
O estudo também faz recomendações para o aperfeiçoamento e a harmonização do padrão brasileiro, consolidado no Acordo de Cooperação de Facilitação de Investimentos, às normas dos Acordos Bilaterais de Investimentos, que são adotados pela maioria dos países.

O Brasil firmou o primeiro Acordo de Cooperação de Facilitação de Investimentos em março de 2015 com Moçambique. De lá para cá, os esforços governamentais nessa área têm sido relevantes e resultaram na assinatura de tratados semelhante com o Mercosul e com outros 13 países, entre os quais estão Angola, Chile, Colômbia, Índia e Marrocos.

Entretanto, o êxito em novas negociações, sobretudo com países mais desenvolvidos, depende da adequação do modelo brasileiro ao padrão mundial. A convergência das políticas públicas e dos acordos de investimentos às boas práticas internacionais é indispensável para ampliar a presença do capital estrangeiro no Brasil e abrir caminho para os empreendimentos brasileiros no exterior.

Boa leitura.

Robson Braga de Andrade
Presidente da CNI



1 INTRODUÇÃO



O Brasil celebrou seu primeiro Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) em 2015 e, desde então, foram firmados um total de 15 desses acordos com países em desenvolvimento ou de menor desenvolvimento relativo.

O país não iniciou negociações com nenhuma grande economia desenvolvida (com uma possível exceção do Canadá¹), o que tem relação direta com o modelo adotado pelo Brasil, que é considerado importante pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) como um acordo moderno e que atende a interesses de empresas brasileiras no exterior, porém tem ainda cláusulas que se afastam das adotadas por essas economias investidoras.

Um Acordo Internacional de Investimento (AII) visa proteger os ativos estrangeiros alocados em outro território dos chamados riscos “não comerciais” ou políticos, por meio de dispositivos jurídicos que busquem assegurar ao investidor tratamento justo e isonômico, liberdade de transferência do capital investido, compensação justa e adequada em casos de expropriação ou nacionalização e o estabelecimento de um mecanismo de solução de controvérsias para dirimir eventuais problemas que o investidor venha a enfrentar no estado receptor do capital.

Os acordos podem ainda oferecer credibilidade e segurança para a recepção de investimentos que, por sua vez, podem gerar um círculo virtuoso amparado em transferência de tecnologias, geração de empregos e fomento do comércio.

¹ Há uma negociação de Acordo de Livre Comércio em andamento entre o Mercosul e o Canadá em que supostamente o modelo de ACFI tem sido a base do capítulo de investimentos.

O ACFI, criado pelo Brasil, procurou acomodar as preocupações do país e as demandas do setor privado. Para tanto, seu desenho normativo apresentou dispositivos que buscavam fomentar a cooperação institucional, a facilitação dos fluxos mútuos de investimentos e ter dispositivos de proteção em alguma medida.

Pretendeu-se, quando de sua criação, superar as dificuldades e falhas jurídicas dos tradicionais Acordos Bilaterais de Investimentos/*Bilateral Investments Treaties* (BITs), atender às necessidades dos investidores de forma concreta e pragmática e acomodar a estratégia de desenvolvimento dos países de acolhimento do investimento. O modelo brasileiro, funda-se em três pilares:

- a. prevenção e mitigação de riscos;
- b. governança institucional; e
- c. agendas temáticas para cooperação e facilitação dos investimentos.

A despeito do aprimoramento da minuta e da lógica do acordo que se tornou referência internacional, o Brasil negociou e assinou ACFIs com apenas 14 países e no âmbito do Mercosul. Alguns dos acordos já foram aprovados pelo Congresso. A maioria, no entanto, aguarda o processo de internalização para entrar em vigor².

Parceiro	Data de Celebração	Vigência
Moçambique	30/03/2015	Em ratificação da outra parte
Angola	01/04/2015	Em vigor
México	26/05/2015	Em vigor
Malawi	25/06/2015	Em ratificação da outra parte
Colômbia	09/10/2015	Em ratificação da outra parte
Peru	29/04/2016	Em ratificação da outra parte
Mercosul	07/04/2017	Tramitação Congresso Nacional
Etiópia	11/04/2018	Tramitação Congresso Nacional
Suriname	02/05/2018	Tramitação Congresso Nacional
Chile ³	21/11/2018	Tramitação MRE
Guiana	13/12/2018	Tramitação Congresso Nacional
Emirados Árabes Unidos	15/03/2019	Tramitação Congresso Nacional
Marrocos	13/06/2019	Tramitação Congresso Nacional
Equador	25/09/2019	Tramitação MRE
Índia	25/01/2020	Tramitação Ministérios/Casa Civil

² A íntegra dos textos dos Acordos de Cooperação e Facilitação de investimentos assinados pelo Brasil está disponível no site do Ministério das Relações Exteriores em: <https://concordia.itamaraty.gov.br/>. Acesso em: 13/11/2019.

³ Refere-se ao capítulo de investimentos do Acordo de Livre Comércio celebrado por Brasil e Chile, que substituiu, antes de entrar em vigor, o ACFI assinado pelos países em 23 de novembro de 2015. O capítulo segue o modelo de ACFI.

Como colocado, a não celebração de ACFIs também com países desenvolvidos, a despeito da vontade política e de tentativas do país, reside na diferença entre os modelos brasileiro e dos demais países.

Ao apontar o estado da arte dos acordos tradicionais de investimento e as novas tendências em termos de teor de dispositivos e temas abrangidos, busca-se apresentar recomendações para a convergência do modelo brasileiro, identificando elementos, aspectos e perspectivas que indiquem caminhos para que o Brasil inicie diálogos sobre investimento também com as grandes economias mundiais.



2 POR QUE ASSINAR ACORDOS DE INVESTIMENTO?



Além dos esforços governamentais de ambos os lados para fortalecer suas instituições e aumentar a previsibilidade das ações da administração pública e da transparência da legislação, existem outros pontos positivos que resultam da celebração de acordos de investimentos.

2.1 BENEFÍCIOS E CUSTOS DOS ACORDOS DE INVESTIMENTOS

Os efeitos econômicos dos fluxos de capital nas economias receptoras de investimentos têm sido avaliados por décadas. Esses efeitos podem ser identificados em nível macro como receitas cambiais e fiscais e geração de empregos. Seus efeitos podem ainda ser identificados de modo mais particular quando associados à produção de conhecimento específico no setor no qual o capital é alocado, transferência de tecnologia e compartilhamento de know-how⁴.

Outros benefícios podem se refletir na melhoria das condições ambientais e sociais no país anfitrião, a exemplo da transferência de tecnologias mais limpas, políticas corporativas mais socialmente responsáveis, melhores práticas relacionadas aos direitos humanos.

Acordos de investimentos podem colaborar também para a tomada de decisão do investidor, na medida em que corroboram para a redução dos riscos políticos para investidores estrangeiros, contribuem para a liberalização dos fluxos de

⁴ ORGANIZAÇÃO ECONÔMICA PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO - OECD. **Societal benefits and costs of International Investment agreements**: a critical review of aspects and available empirical evidence. 2018. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/e5f85c3den.pdf?expires=1573814034&id=id&accname=guest&checksum=5B-3D9FF5C475688F89289722622B542F>. Acesso em: 13 nov. 2019.

investimentos (dependendo das disposições do tratado) e, de maneira mais geral, sinalizam um melhor ambiente de negócios para investidores internacionais.

2.2 A RELAÇÃO ENTRE INVESTIMENTO E COMÉRCIO

Por outra perspectiva, o comércio internacional e o investimento estrangeiro direto (IED) são os principais motores do crescimento mundial⁵. A relação complementar que se desenvolve entre comércio e investimento é capaz de propiciar ganhos de eficiência, escala, competitividade, tecnologia, conquistas de mercados, entre outros benefícios.

Estudos econômicos sugerem que a realização de um investimento tem o potencial de estimular o comércio por meio da importação, em um primeiro momento, e o aumento da exportação a partir dos países nos quais o investimento foi realizado, em uma segunda fase. Na contramão, importações podem propiciar a realização de investimentos, como um meio de minimizar custos, potencializar ganhos no mercado-alvo ou, ainda, constituir no mercado uma plataforma de exportação para terceiros mercados⁶.

Trabalho da OCDE⁷ aponta que cada US\$ 1,00 (um dólar) de investimento direto estrangeiro realizado pode ser associado a US\$ 2,00 (dois dólares) de adicional de exportações e um superávit comercial de US\$ 1,70 (um dólar e setenta centavos de dólar). Sem o IED, essas exportações provavelmente seriam menores, estariam associadas a setores menos produtivos e, possivelmente, a trabalhos de menor remuneração.

Nessa linha, estudo indica que o relacionamento com terceiros países pode desempenhar um papel importante na determinação da natureza do comércio associado ao investimento. Como as afiliadas de empresas localizadas em terceiros países fornecem insumos intermediários para o afiliado do país receptor do investimento, as empresas não associadas no terceiro país começam a se beneficiar de IED no país receptor, ou o país receptor aumenta as exportações para países terceiros, compensando as exportações anteriores nesse mercado. Este último impacto pode ser particularmente verdadeiro se a filial é parte de um mercado regional. Neste caso, as exportações do país de origem do capital podem mais do que compensar a substituição parcial de vendas locais em exportações.

5 SHEPERD, Ben. Global value chains and developing country employment: a literature review. **Policy Paper**, n. 156, maio 2013. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/trade/global-value-chains-and-developing-country-employment_5k46j0qw3z7k-en. Acesso em 13/11/2019.

6 FONTANE, Lionel. Foreign direct investment and trade: complements or substitutes? **OECD Science, Technology and Industry Working Papers**, Paris, mar. 1999.

7 ORGANIZAÇÃO ECONÔMICA PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO - OECD. **Open markets matter: the benefits of trade and investment liberalization**. 1999. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264162938en.pdf?expires=1573813908&id=id&accname=guest&checksum=AC4503DA9A6B33A1ABA29884050A816D>. Acesso em: 13 nov. 2020.

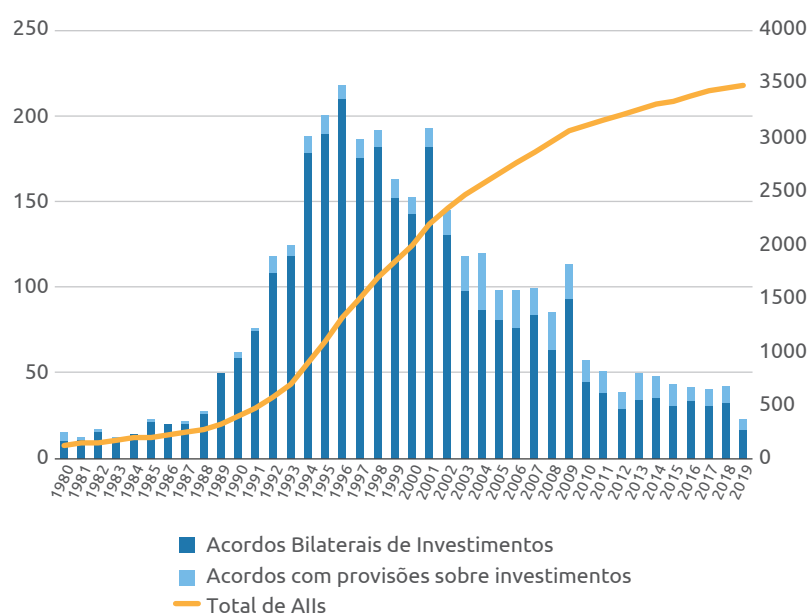
Em contrapartida, existem efeitos indiretos do IED sobre o comércio que devem ser considerados. Dado que o IED tem o potencial de melhorar a eficiência, poderá ocorrer uma expansão da participação de mercado pela empresa investidora, beneficiando ambos os países, origem e receptor do investimento, reforçando o argumento quanto à existência de complementaridade entre IED e comércio.



3 O MAPA DOS ACORDOS

Segundo dados do *Investment Policy Hub* do Programa sobre Acordos Internacionais de Investimentos da Unctad, existem hoje 3.100 Acordos Bilaterais de Investimentos assinados e 390 provisões sobre investimentos em acordos de comércio⁸.

GRÁFICO 1 – Total de Acordos Internacionais de Investimento (AIs) 1980-2019⁹



Fonte: UNCTAD IIA Navigator

A despeito dos 15 acordos assinados pelo Brasil, quando se observa a relação entre o volume de investimentos realizados no país e o montante desses investimentos coberto por acordos de investimentos, nota-se que a cifra é muito pequena. Ao analisar os dados de investimentos divulgados pelo Banco Central do Brasil nos últimos cinco anos, depreende-se que

⁸ Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/>. Acesso em: 10.09.2020.

⁹ Este número de 3.488 acordos, representa o número acumulado de todos os acordos assinados, independentemente de sua entrada em vigor. Assim como os acordos encerrados, para os quais o término ainda não havia entrado em vigor.

o percentual de investimentos coberto por acordos sobre o total de IED recebido pelo Brasil foi de 4,4%. Com relação aos investimentos realizados pelo Brasil no exterior, a análise identificou que somente 5,7% estão cobertos pelos acordos de investimentos celebrados pelo país. Se excluídos os paraísos fiscais, o percentual de investimentos cobertos por acordos aumenta para 4,7% do total de IED recebido pelo país e 10,8% do total dos investimentos brasileiros no exterior.

Este fato poderia sugerir que não há necessidade de assinar acordos pois, historicamente, o Brasil é um receptor de investimento, a despeito de acordos assinados. Contudo, há outros fatores a considerar.

Existe o capital que aporta no país assumindo riscos a despeito da clareza, previsibilidade ou segurança das regras, em razão das grandes oportunidades encontradas. Este é o investimento representado, notadamente, pelas grandes empresas. Há, sob outra perspectiva, um potencial enorme de investimento que poderia ser explorado pelas empresas médias e pequenas, que deixa de entrar no país em função da segurança das regras. Em outras palavras, as médias e pequenas empresas não podem assumir custos de alguns riscos se não tiverem mais garantias.

O Relatório anual sobre as pequenas e médias empresas PME europeias 2017/2018 analisa as PME que cresceram para além de suas fronteiras neste período¹⁰. O relatório aponta que no período compreendido entre 2008 e 2017 houve um expressivo incremento dos investimentos diretos realizados pelas PMEs tanto intra, como extra bloco. O valor médio por investimento apontado pelo relatório variou entre 7,8 e 4,6 milhões de euros. Pesquisa realizada pela autoridade europeia indicada no relatório revela ainda que informações sobre regras e regulações no país destino é uma das principais preocupações para PMEs ao investir fora do seu país.

Entende-se que um acordo de investimento assinado com os países que respondem pelas principais origens de recurso para o Brasil representaria, além de previsibilidade e maior segurança jurídica para as relações, também um estímulo para o aumento do aporte de capital no país a ser realizado também pelas pequenas e médias empresas, a exemplo das europeias, que poderiam encontrar na estrutura institucional do ACFI, representada pelo Ombudsman e pelos Pontos Focais, temas sobre os quais se falará mais adiante, um mecanismo de facilitação para seu acesso ao mercado brasileiro.

Na mão inversa, a ampliação da rede de acordos do país pode propiciar um estímulo para o investimento brasileiro no exterior, como estratégia para alcançar mercados consumidores de outras regiões e continentes.

10 UNIÃO EUROPEIA. **Annual report on European SMEs 2017/2018**: SMEs growing beyond borders. 2007. Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/a435b6ed-e888-11e8-b690-01aa75ed71a1>. Acesso em: 10 jan. 2020.



4 O ACORDO BRASILEIRO



O modelo brasileiro de ACFI procurou superar as dificuldades e falhas jurídicas dos tradicionais BITs, atender às necessidades dos investidores de forma concreta e pragmática, e acomodar a estratégia dos países receptores ao mesmo tempo em que tentava endereçar preocupações do Estado brasileiro como temas controversos no passado, a exemplo de expropriação e solução de controvérsias entre investidor e Estado.

O modelo brasileiro, como já referido, se estrutura em três pilares:

- prevenção e mitigação de riscos;
- governança institucional; e
- cooperação e facilitação dos investimentos.

A dimensão da prevenção e mitigação de riscos reflete a preocupação em reduzir a exposição do investidor a riscos dos quais possa derivar uma controvérsia. Nesse sentido, a par dos princípios clássicos de não discriminação, o acordo apresenta disposições sobre proteção e compensação, assim como estruturas institucionais para inibir litígios.

O aspecto de governança reside no estabelecimento dos pontos focais e do *Ombudsman/Ombudsperson*, mecanismo de facilitação para interlocução público-privada, presente em cada um dos Estados signatários, assim como da instauração de um Comitê Conjunto intergovernamental.

O caráter dinâmico e construtivo do tratado é apresentado pelas agendas de cooperação e facilitação de investimentos que buscam fomentar o ambiente favorável à realização de negócios. As agendas são construídas pelos Estados no momento da negociação do tratado com base em interesses mútuos e identificados como relevantes para a melhoria das condições de investimentos e para a superação de dificuldades pontuais de investidores.

O ACFI representa um modelo híbrido de acordo de investimentos, na medida em que reflete um arcabouço regulatório que equilibra de forma singular aspectos jurídicos e políticos.

Os aspectos jurídicos estão caracterizados pelas definições, princípios, critérios, limites, estruturas e mecanismos que o tratado estabelece para regular a relação de investimento.

Os aspectos políticos estão representados pelos mecanismos de troca e diálogo institucional de natureza perene que consolidam o entendimento segundo o qual, em determinadas circunstâncias, o diálogo institucional que permite a cooperação entre as autoridades estatais pode resultar em soluções mais eficientes para a promoção e proteção do investimento, do que a mera imposição da regra jurídica da qual derivará o litígio.

Outra inovação do modelo brasileiro trata de seu caráter dinâmico e em constante construção, representado pelas agendas temáticas que buscam adaptar o texto do compromisso bilateral às necessidades específicas das partes dos acordos.

4.1 CLÁUSULAS PADRÃO DE ACORDOS DE INVESTIMENTOS

CLÁUSULAS PADRÃO DOS BITS E ACFIS		
	BIT ¹¹	ACFI
Preâmbulo	Em general há duas categorias: a primeira ressalta a importância de promover a cooperação econômica entre os contratantes, promovendo condições favoráveis para investimentos recíprocos e reconhecendo o impacto que esse investimento possa ter para gerar prosperidade nos países anfitriões. Uma segunda categoria enfatiza que a promoção e proteção de investimentos deve respeitar outros objetivos importantes de políticas públicas que podem incluir a proteção da saúde, segurança, meio ambiente e consumidores ou promoção de direitos trabalhistas.	Sinaliza o direito das Partes de legislar em matéria de investimentos e de adotar novas regulamentações sobre o tema, com a finalidade de cumprir os objetivos de sua política nacional. O início de cada acordo traz em destaque a preservação do espaço para os países realizarem suas políticas públicas e faz menção à obrigação de investidores e respectivos investimentos manterem conduta socialmente responsável e contribuir para o desenvolvimento sustentável de ambas as Partes.

11 UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT – UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: trends in investment rulemaking**. 2007. Disponível em: https://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em: 13 nov. 2020.

‘CLÁUSULAS PADRÃO DOS BITS E ACFIS		
Escopo e Definição	Em alguns acordos o escopo tem o objetivo de esclarecer as diferentes dimensões de aplicação do tratado. Outros BITS enfatizam que o país receptor manterá total discricção e controle sobre a admissão de investimento em seu território, ressaltando o fato de que o acordo não concede nenhum direito de estabelecimento ao investidor estrangeiro. Tradicionalmente voltados para a proteção de investimentos, a maioria dos BITS define “investimento” de maneira ampla e aberta, cobrindo não apenas o capital que cruza as fronteiras, mas também outros tipos de investimentos. Um número significativo de BITS incluiu uma definição padrão de “investimento”, cobrindo “todo tipo de ativo” e apresenta uma lista ilustrativa de ativos incluídos na definição.	Determina que os direitos e benefícios de uma Parte não se limitarão aos garantidos pela legislação vigente no território de outra Parte ou pelo direito internacional, sem prejuízo dos compromissos assumidos por meio de tratados multilaterais, a exemplo dos acordos assinados no âmbito da OMC. Como regra, adota um entendimento abrangente dos investimentos diretos, compreendendo qualquer tipo de bem ou direito pertencente ou controlado direta ou indiretamente por um investidor de uma das Partes no território da outra Parte, com o propósito de estabelecer relações econômicas duradouras e destinado à produção de bens e serviços. Apresenta uma lista finita de ativos que se qualificam para a proteção de tratado - o que não estiver incluído não será considerado um investimento coberto e o que estiver expressamente excluído, a exemplo dos investimentos de portfólio, também não será abrangido. A respeito do conceito de investidor, inclui as pessoas naturais e as jurídicas considerando a nacionalidade como critério de definição.
Tratamento	Distinguem entre padrões absolutos e relativos de tratamento. Exemplos de padrões absolutos são as disposições sobre tratamento justo e equitativo, proteção total e expropriação e transferência de fundos. Padrões relativos compreendem o tratamento concedido ao investimento por referência ao tratamento concedido a outro investimento. Referem-se a tratamento nacional e tratamento de nação mais favorecida (MFN).	Os primeiros ACFIs assinados não apresentaram disposições expressas sobre nação mais favorecida e tratamento nacional. Abordam apenas a questão da não discriminação por meio de termos como “criar condições favoráveis”, “conduzir negócios em condições não menos favoráveis” que as condições oferecidas para o investidor doméstico. Os acordos mais recentes passaram a adotar o termo “Tratamento Nacional e Nação Mais Favorecida”, explicando a extensão e aplicação de cada um desses conceitos.
Transferência	A maioria dos BITS inclui cláusulas de transferência que garantem aos investidores o direito de transferir fundos relacionados a um investimento sem demora. Contudo há variações se o direito de transferência se aplica apenas a transferências para fora do país receptor ou também para transferências de ingresso. Se a provisão de transferência se aplica a todos os fundos relacionados a um investimento ou apenas aqueles explicitamente indicados. E se a transferência estaria sujeita às leis e regulamentos nacionais.	Estabelece ampla liberdade de transferência de recursos pelo investidor e discrimina em cláusula específica os tipos de recurso a que faz referência. Os acordos mais recentes, no entanto, trazem a possibilidade de adoção de medidas de restrição à transferência e movimentação de capital em casos de problemas de balanço de pagamento ou de sérias dificuldades macroeconômicas.
Expropriação	A maioria dos acordos reconhece o direito dos países receptores de expropriar ou nacionalizar a propriedade privada estrangeira sujeita a certas condições. A maioria das cláusulas de expropriação se aplicam a desapropriações e nacionalizações, geralmente, evitando definir esses termos ou esclarecer a distinção entre os dois. Embora o texto específico possa variar, a maioria das cláusulas de expropriação traz a abordagem tradicional de estender a proteção às medidas do país receptor que possam ter efeito equivalente a expropriação ou representem de fato uma expropriação. Há ainda acordos que abordam o termo expropriação indireta.	Apresenta cláusula que autoriza a expropriação ou desapropriação pelo Estado receptor, de forma direta, em circunstâncias de utilidade ou interesse público, de modo não discriminatório e em conformidade com o princípio do devido processo legal. Prevê que a nacionalização de ativos privados pelo Estado receptor do investimento, se dará mediante a compensação “adequada e efetiva” e com o “valor justo” para o investidor alvo da expropriação, sem demora e em conformidade com a legislação do Estado expropriador.

‘CLÁUSULAS PADRÃO DOS BITS E ACFIS		
Transparência	Em geral as disposições sobre transparência tratam do acesso às regras e regulações domésticas que permitem ao investidor ter uma percepção mais clara do mercado destino do investimento.	Assegura que haja clareza quanto às leis, regulamentos, procedimentos e resoluções administrativas dos países receptores, a fim de conferir previsibilidade e segurança jurídica para o investimento. No caso dos ACFIs, em específico, a preocupação com a transparência ganha institucionalização por meio dos pontos focais do Acordo.
Responsabilidade social corporativa	Há BITs que buscam garantir que a promoção e proteção do investimento não seja realizada às custas de objetivos políticos fundamentais. Para esse fim, alguns acordos incluíram exceções gerais, enquanto outros reiteraram a autoridade dos governos nacionais para implementar medidas para salvaguardar certos valores, como a proteção da saúde, segurança, meio ambiente e promoção de direitos trabalhistas internacionalmente reconhecidos.	As disposições sobre responsabilidade social e corporativa incluídas no ACFI seguem as inclinações mais recentes dos BITS e, embora redigidas em linguagem aberta e pouco mandatória, sinalizam o comprometimento do Brasil exportador de capital com a recalibração do equilíbrio entre Estado receptor e investidor e apontam a preocupação do país com compromettimentos desta natureza que devem ser observado pelos investidores que pretendem investir no país. Nos acordos mais recentes, constam disposições adicionais sobre investimento e meio ambiente, assuntos trabalhistas, direitos humanos e saúde.
Solução de controvérsias	importância da solução de controvérsias é observar o papel fundamental mecanismos de adjudicação orientados a regras desempenham um papel na governança internacional, em particular países em desenvolvimento. Este artigo impõe às partes contratantes a obrigação de fornecer aos investidores de outras contratante com acesso a seus tribunais nacionais, sujeito às leis nacionais. Além disso, os investidores de cada parte contratante têm o direito de buscar meios alternativos de solução de controvérsias. Isso inclui arbitragem em um país terceiro. As disposições para solução de controvérsias entre o investidor e o Estado são uma característica comum da maioria dos TBI. Esse tipo de solução de controvérsias reflete a intenção das partes contratantes de fornecer aos investidores vias para defender diretamente seus direitos sob os TBI, sem ter que depender da proteção diplomática de seus países de origem	O modelo brasileiro procura enfatizar o diálogo estruturado e a negociação promovido pelos Estados, representados na estrutura do acordo, pelo Comitê Conjunto. Caso não seja possível solucionar a disputa, as Partes poderão recorrer a mecanismos de arbitragem entre Estados, submetendo a questão a um tribunal arbitral <i>ad hoc</i> , de acordo com as disposições do tratado ¹² . De outro modo, as Partes poderão optar por submeter a controvérsia a uma instituição arbitral permanente para a solução de controvérsias em matéria de investimentos. Nesse sentido, os ACFIs mais recentes apontam as regras da UNCITRAL como o procedimento a ser observado para os casos em que a arbitragem seja adotada e trazem procedimentos mais detalhados ¹³ , apresentando anexo específico que trata do termo de referência dos tribunais arbitrais, critérios para a composição dos tribunais e a seleção de árbitros, parâmetros para a confecção e posterior cumprimento do laudo arbitral. Os ACFIs não preveem arbitragem investidor-Estado, apenas Estado-Estado.
Exceções	Cláusulas de exceção tratam em geral de tributação, exceções de segurança e ordem pública, proteção da saúde humana e dos recursos naturais, proteção da cultura e medidas prudenciais para serviços financeiros.	Os acordos mais recentes apresentam disposições sobre “Medidas Prudenciais” e “Exceções de Segurança Nacional”. A linguagem desses dispositivos tem caráter bastante amplo e, alguns textos, excetua este dispositivo da sujeição ao mecanismo de solução de controvérsias.

12 Em que pese a busca pela solução dialogada, o litígio não é uma opção desconsiderada no ACFI. A atuação articulada dos pontos focais “entre si e com o Comitê Conjunto” visa “prevenir, gerir e resolver eventuais disputas entre as Partes” Todavia, esgotadas as tentativas de solução negociada, a arbitragem será instalada.

13 Caso do ACFI Brasil-Chile.

ESPECIFICIDADES DO ACORDO BRASILEIRO (ACFI)	
Comitê Conjunto	Composto por representantes governamentais de ambas as Partes, o Comitê Conjunto possui entre suas atribuições a função de realizar o monitoramento da implementação do acordo celebrado entre as Partes, compartilhar oportunidades de investimento, coordenar as agendas temáticas comuns, assim como atuar de forma conjunta para prevenir controvérsias e propor, quando o caso, a solução amigável de eventuais disputas envolvendo os investimentos. Ao Comitê Conjunto é conferida a prerrogativa de convidar o setor privado e a sociedade civil para apresentar seus pontos de vista sobre as questões específicas, resolver amigavelmente quaisquer questões ou controvérsias sobre os investimentos e desenvolver, se for o caso, regras complementares de solução de controvérsias arbitrais entre Estados. Segundo convencionado, os comitês de cada ACFI criação, de forma conjunta e acordada, a regulamentação que pautará suas atividades.
Ombudsman/ Ombudsperson¹⁴	<p>O <i>Ombudsman</i> é um facilitador na relação entre investidores e o governo do país receptor. Sua função é compor um meio adicional de diálogo e apoio governamental a fim de melhorar o ambiente de investimento. Deverá atuar em coordenação com o Comitê Conjunto e interagir com as autoridades governamentais de cada Estado-parte a fim de avaliar, recomendar e responder temas e preocupações recebidos pelo governo e investidores da outra Parte. O <i>Ombudsman</i> tem, ainda, a atribuição de prevenir disputas e facilitar sua resolução em coordenação com as autoridades governamentais e em colaboração com entidades privadas, bem como prestar informações sobre matérias normativas relacionadas a investimentos em geral ou a projetos específicos. Sua regulamentação caberá a cada Estado-parte.¹⁵</p> <p>Esta estrutura é composta, também, por uma “Rede de Pontos Focais”, que compreende órgãos e entidades da administração pública e de entidades paraestatais, definidos pelo regimento do OID, e daqueles indicados por Unidades da Federação. O caráter matricial da estrutura, caracterizado pela extensão entre os diversos órgãos da administração federal e pela capilaridade entre as diversas unidades da federação, é o item novo e inovador do ACFI.¹⁶</p>
Agendas Temáticas	As Agendas Temáticas de Cooperação e Facilitação do Investimento representam parte substancial das inovações propostas pelo modelo brasileiro de acordo. Buscam oferecer respostas a questões de natureza mais prática e burocrática que, por vezes, impedem, atrasam ou oneram em demasia a concretização do investimento brasileiro.
Interação com o setor privado	O Acordo estabelece o contato permanente e entre os Estados e os agentes privados. O dispositivo trata do compromisso de disseminar, nos setores empresariais, as informações de caráter geral sobre investimentos, quadros normativos e oportunidades de negócio no território da outra Parte.

14 “Ombudsperson” é a designação trazida pelos ACFIs mais recentes assinados pelo Brasil.

15 No Brasil, o Decreto nº 8.863, de 28 de setembro de 2016, estabeleceu o *Ombudsman* de Investimentos Diretos (OID), cuja função será prestar apoio aos investidores, atender a consultas e buscar soluções para questionamentos vinculados a ACFIs em vigor. Estabelecido no âmbito da CAMEX, o *Ombudsman* integrará a estrutura da Secretaria Executiva da Câmara e estará sob a supervisão do Conselho de Ministros.

16 Nessa estrutura, representantes dos ministérios, entidades estaduais, municipais ou distritais poderão ser convocados a compor o Grupo de Solução de Questionamento (GSQ), sempre que necessária a instituição deste para assistir ao OID na resposta a questionamento apresentado por investidor estrangeiro, no que se refere à legislação ou aos procedimentos administrativos aplicados.



5 TENDÊNCIAS INTERNACIONAIS

5.1 PROPOSTA DE MUDANÇA ESTRUTURAL NO ÂMBITO DA UNCTAD

O regime internacional de investimento passa por desafios estruturais que vêm sendo objeto de amplo debate e questionamento em iniciativas lideradas pela *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD), a exemplo do o *UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime* (Pacote de Reformas da UNCTAD)¹⁷ que sistematiza os principais temas em debate e a forma pensada para seu enfrentamento.

As reformas propostas pela Unctad visam o fortalecimento da consistência sistêmica do regime de acordos de investimento e buscam agir em 4 níveis distintos e que interagem entre si: nacional, bilateral, regional e multilateral. Esta iniciativa divide-se, ainda, em 3 fases.

Fase 1 refere-se ao conteúdo substantivo dos acordos e compreende cinco áreas prioritárias: i) salvaguardar o direito de regulamentar o interesse público do país, ao mesmo tempo em que oferece proteção; ii) reformar o mecanismo de solução de controvérsias sobre investimentos; iii) promover e facilitar o investimento; iv) garantir investimento responsável para maximizar o impacto positivo e minimizar potenciais efeitos negativos; e v) melhorar a consistência sistêmica do regime, a fim de superar as lacunas, sobreposições e inconsistências do atual sistema e estabelecer coerência nas relações de investimento.

¹⁷ O documento em destaque traz a estrutura desta discussão, além de uma espécie de Roadmap para a iniciativa. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT – UNCTAD. **UNCTAD's reform package for the international investment regime**. 2018. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1190/unctad-s-reform-package-for-the-international-investment-regime-2018-edition>. Acesso em: 13 nov. 2020.



Fase 2 apresenta e analisa 10 opções de políticas: i) interpretação conjunta das disposições do tratado; ii) alteração das disposições do tratado; iii) substituição dos tratados “desatualizados”; iv) consolidação da rede AI; v) gerenciamento de relações entre tratados coexistentes; vi) estabelecimento de padrões globais; vii) engajamento multilateral; viii) abandono de tratados antigos não ratificados; ix) revisão de antigos tratados; e x) desistência de mecanismos multilaterais. A intenção é que os países se adaptem e adotem essas opções e prossigam com reformas próprias.

Fase 3 foca na melhoria da coerência, consistência e interação entre os diferentes níveis e tipos de formulação de políticas. Em particular, sugere moldar a interação das dimensões nacionais e internacionais da formulação de políticas de investimento.

5.2 RECOMENDAÇÕES UNCTAD E A PRÁTICA

Diante das recomendações propostas pela UNCTAD, alguns países têm trabalhado para aprimorar certos aspectos de seus acordos. Dentre os vários aspectos identificados, destacamos abaixo alguns dos quais poderiam ser revisitados na minuta padrão do acordo brasileiro.

5.2.1 SALVAGUARDAR O INTERESSE PÚBLICO E PROTEÇÃO

Embora os Acordos Internacionais de Investimento busquem contribuir para um clima favorável ao investimento, muitas vezes sua redação oferece limites à ampla liberdade das partes contratantes na formulação de políticas domésticas.

Dadas as preocupações de que tais limites tenham se excedido, e tendo em mente a preocupação da UNCTAD de que os países mantenham seu direito de regulamentar domesticamente seus interesses por meio de políticas públicas, incluindo objetivos de desenvolvimento sustentável ou, ainda, resguardando o direito de regular a implementação de políticas econômicas ou financeiras, recomenda-se a busca de equilíbrio entre o compromisso de proteger o investimento, o espaço político para atuação dos governos e o risco de se conferir por meio do acordo roupagem jurídica para o protecionismo de investimento ou discriminação injustificada.

a. Definições

Dentre os temas abordados, estão as definições de ‘investimento’ e de ‘investidor’. Existem inúmeras definições e a mais abrangente de um investimento coberto pelo acordo é aquela que concede proteção a todos os tipos de ativos. Contudo, é muito importante esclarecer quais, de fato, são as transações cobertas para que o Estado receptor não fique exposto a responsabilidades inesperadas.

Uma possibilidade, dentre as sugeridas pela UNCTAD, é exigir que a definição de investimento atenda características específicas ou uma certa duração¹⁸ ou, ainda, “[que] estabeleça uma relação econômica duradoura¹⁹. A exigência de uma contribuição positiva do investimento para o desenvolvimento sustentável pode se constituir em um critério para definição que vem sendo utilizado por alguns acordos que tem, inclusive, indicadores para qualificar o investimento²⁰. Tais disciplinas têm sido utilizadas tanto por países desenvolvidos quanto em desenvolvimento.

b. Expropriação Indireta

A provisão de expropriação é um aspecto muito importante dos AIs, na medida em que estabelece parâmetros para antecipar preocupações e reduzir risco para os investidores. As cláusulas de expropriação não tiram o direito dos Estados de desapropriar, de modo diverso sujeitam o exercício desse direito a certas condições.

As provisões geralmente cobrem as formas de expropriação “direta” e “indireta”. A expropriação direta é a mais óbvia. Já a expropriação indireta abrange atos ou séries de atos cujos efeitos correspondem a uma tomada direta e formal que geralmente envolvem total ou quase total privação de um investimento ou destruição de seu valor sem que haja, no entanto, uma transferência formal do título para o Estado ou sua sub-rogação definitiva.

Os investidores têm usado essas provisões sobre expropriação indireta para questionar regras não discriminatórias que tenham tido um efeito negativo em seus investimentos ou que ofereçam insegurança para as relações. Fato que levanta a questão da necessidade de separação bem definida entre expropriação, pela qual a compensação deve ser paga, e elaboração de políticas públicas legítimas pela qual nenhuma compensação é devida.

Historicamente, os AIs não continham nenhum critério para distinguir entre ação do Estado no valor de expropriação indireta e ação estatal de natureza regulatória geral para qual nenhuma compensação é devida. Os acordos mais recentes, no entanto, geralmente estabelecem critérios. A UNCTAD entende que embora a omissão de uma referência a expropriação indireta possa servir para limitar (ou mesmo eliminar) a exposição do Estado ao passivo para empresas, esta omissão também pode aumentar a percepção dos investidores sobre o risco-país e suscetibilidade ao comportamento regulatório oportunista.

A prática recente quanto à criação de tratados tem observado o desenvolvimento de disposições detalhadas relativas à expropriação indireta. Dada a inexistência de uma definição uniforme sobre quais medidas representam de fato uma expropriação indireta

18 A exemplo do acordo CETA – Canada- EU, 2016.

19 Como o acordo entre Nigéria – Turquia, 2011.

20 Exemplo é o modelo indiano BIT, 2015.

a uma efetiva ação governamental, muitos acordos têm adotado a abordagem de esclarecer, de forma detalhada o conceito, a fim de evitar problemas e definir os limites, como no caso do Acordo México-Reino Unido²¹, que falam de equivalência entre medidas de expropriação direta e indireta.

c. Exceções – segurança nacional / transferência

Em geral, acordos de investimentos trazem cláusula que confere aos investidores o direito de transferir fundos, lucros, capital e outros pagamentos de modo livre e sem demora. Há previsões também nas quais em tempos de crises econômicas ou financeiras, esta garantia seria objeto de restrição para atendimento das necessidades regulatórias dos países anfitriões, no sentido de impor controle de capital ou implementar medidas prudenciais destinadas a garantir a integridade e solidez de seu sistema financeiro. Sobre o tema, o Fundo Monetário Internacional (FMI) emitiu posicionamento no qual incentiva as nações a regular o fluxo de capital sob certas circunstâncias passando, inclusive, a recomendar tais medidas para países membros.

5.2.2 GARANTIA DE INVESTIMENTO RESPONSÁVEL – RESPONSABILIDADE SOCIAL E CORPORATIVA

É cada vez mais frequente dispositivos de equilíbrio na relação investidor/Estado receptor com relação a compromissos e responsabilidades do investidor face ao Estado receptor. Acordos de comércio com capítulos de investimento e acordos bilaterais de investimento trazem referências explícitas a compromissos de responsabilidade social e corporativa²².

5.2.3 REFORMA DO MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

A amplitude da cláusula investidor-Estado, disposição que autoriza o investidor a se sobrepor a cortes e tribunais locais e desafiar o Estado em arbitragens nas quais muitas vezes se questiona a falta de transparência, a diferença de tratamento entre o investidor doméstico e o estrangeiro, a ausência de instância recursal, dentre outros aspectos, tornou-se a questão central no debate e aprimoramento sobre acordos de investimentos.

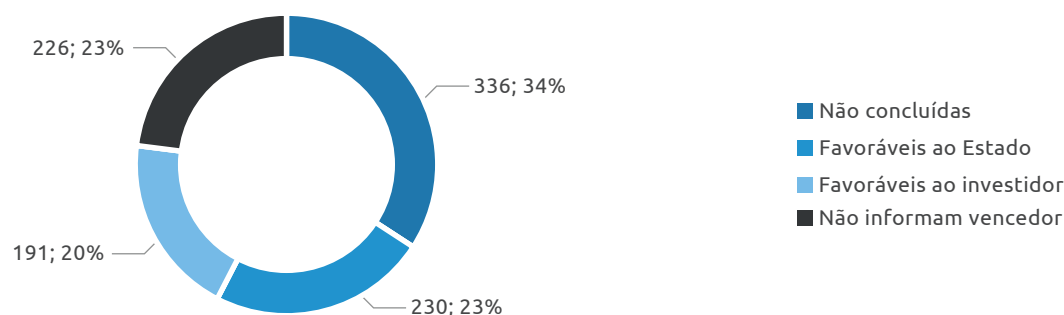
²¹ *Mexico-United Kingdom BIT (2006) Article 7. Expropriation "Investments of investors of either Contracting Party shall not be nationalized or expropriated, either directly or indirectly through measures having effect equivalent to nationalization or expropriation ('expropriation') in the territory of the other Contracting Party except for a public purpose, on a non-discriminatory basis, in accordance with due process of law and against compensation..."* ("Os investimentos de investidores de qualquer das Partes Contratantes não serão nacionalizados ou expropriados, direta ou indiretamente, por meio de medidas de efeito equivalente a nacionalização ou expropriação ('expropriação'). Outra Parte Contratante, exceto para fins públicos

²² Exemplos são o *Trans-Pacific Partnership* (TPP), o acordo Canadá e União Europeia (CETA), e o tratado de investimento entre Canada-Burkina Faso, *Foreign Investment Promotion and Protection Agreement* (FIPA).

De acordo com o “Investment Dispute Settlement Navigator”²³, foram estabelecidos, ao longo dos anos, cerca de 983 disputas, das quais 647 foram concluídas. Das disputas finalizadas, 230 foram resolvidas a favor do Estado receptor, 191 a favor do investidor e 131 constam apenas como resolvidas sem informações sobre quem venceu a disputa, sobre o restante não há informação. Ainda, do total de controvérsias proposto, 406 fizeram referência à expropriação indireta e 483 a tratamento justo e equitativo, 120 à expropriação direta, 134 à cláusula guarda-chuva²⁴, 130 à nação mais favorecida e tratamento nacional.

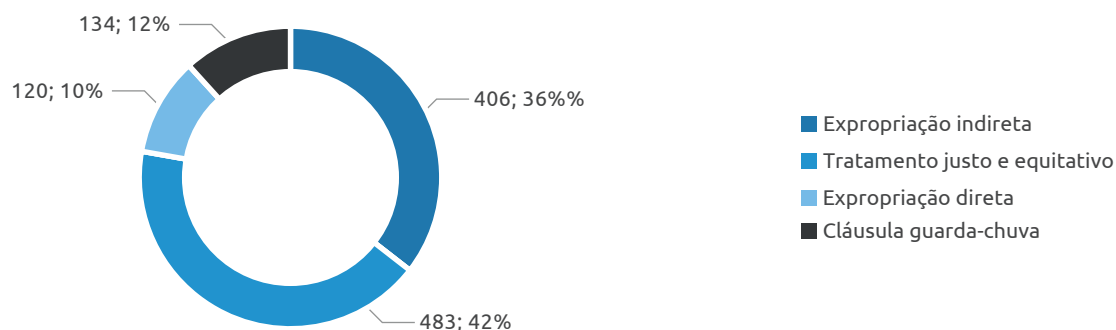
A solução de controvérsias estabelecida de modo direto entre o investidor estrangeiro e o Estado receptor do investimento, notadamente por mecanismos arbitrais, historicamente é a opção adotada pela maior parte dos tratados, na medida em que oferece uma solução mais direta do que a proteção diplomática e o uso dos sistemas internos de solução de controvérsias nos tribunais do Estado receptor.

GRÁFICO 2 – Resultado das disputas



Fonte: UNCTAD / Elaboração: CNI

GRÁFICO 3 – Temática das disputas propostas



Fonte: UNCTAD / Elaboração: CNI

23 UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT – UNCTAD. **Investment dispute settlement navigator**: case name and number. 2020. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>. Acesso em: 13 nov. 2020.

24 Trata de previsão que permite aos investidores resguardados por um BIT apresentar aos tribunais internacionais violações não apenas de um compromisso previsto no acordo em questão, mas estender esta proteção a outros compromissos que vinculam o Estado signatário em outros acordos que não apenas o acordo de investimento. A principal crítica a esse dispositivo é a extensão e a discricionariedade dos efeitos dessa proteção. Observa-se que alguns dos acordos de última geração tem evitado a inserção dessa cláusula.

Contudo, reflexões e análises têm²⁵ questionado o fato de que as decisões proferidas em inúmeros contenciosos arbitrais resultaram em falta de consistência legal, apresentaram conceitos vagos e trouxeram um pesado custo financeiro dos procedimentos de arbitragem, assim como altas compensações para os Estados. Algumas dessas decisões, ainda, têm pontuado a restrição à discricionariedade regulatória dos Estados, além de ter representado baixa proteção efetiva ao investimento e altos custos políticos.

Eventos recentes que envolveram as principais jurisdições, quando se trata do tema investimentos estrangeiros diretos - América do Norte e Europa, contribuíram para reforçar este ponto de inflexão.

Nas Américas, o acordo recém assinado entre Estados Unidos, México e Canadá (“USMCA”)²⁶, em oposição ao NAFTA, adota uma nova abordagem de solução de disputas que não fornece um único conjunto de disposições uniformes aplicáveis entre todas as Partes e que reduz a situações o uso do mecanismo arbitral.

Nos termos do USMCA, os investidores americanos já presentes no Canadá poderão usar a arbitragem de investimentos por apenas mais três anos, após os quais terão que resolver seus conflitos nos tribunais canadenses²⁷. Já com o México, americanos negociaram instrumento adicional que prevê a possibilidade de estabelecimento de arbitragem de investimentos apenas em circunstâncias específicas, como questões relacionadas à expropriação e não discriminação. **A possibilidade de questionamento via arbitragem com base em alegações de tratamento justo e equitativo não mais será possível**²⁸.

Na Europa, a decisão no Caso Achmea²⁹, no qual o Tribunal de Justiça da União Europeia estabeleceu que a aplicação de mecanismos arbitrais para solução de controvérsias entre investidores e Estado é incompatível com o direito comunitário, levou à declaração emitida por 22 dos 28 Estados, segundo a qual “todas as cláusulas compromissórias de arbitragem entre Estados-investidores contidas nos tratados bilaterais de investimento concluídos entre Estados-Membros são contrárias ao direito da União e, portanto, inaplicáveis. Neste sentido, em 17 de janeiro de 2019, o site da Comissão Europeia publicou declarações

25 As palestras do *World Investment Forum* 2016, 2017, 2018 e 2019 apresentam reflexões nesse sentido.

26 Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada 12/13/19 Text. Chapter 14 – Investment. <https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/14-Investment.pdf>

27 “Annex 14-C. 3. A Party’s consent under paragraph 1 shall expire three years after the termination of NAFTA 1994.”

28 “Article 14.2:4 - For greater certainty, an investor may only submit a claim to arbitration under this Chapter as provided under Annex 14-C (Legacy Investment Claims and Pending Claims), Annex 14-D (Mexico-United States Investment Disputes), or Annex 14-E (Mexico-United States Investment Disputes Related to Covered Government Contracts).”

29 Acórdão do caso República da Eslováquia x Achmea BV estabeleceu que “Articles 267 and 344 [... of the Treaty on the Functioning of the European Union] must be interpreted as precluding a provision in an international agreement concluded between Member States, [...] under which an investor from one of those Member States may, in the event of a dispute concerning investments in the other Member State, bring proceedings against the latter Member State before an arbitral tribunal whose jurisdiction that Member State has undertaken to accept” <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-284/16>

de todos os 28 estados membros da UE nas quais os países se comprometeram a encerrar seus BITs intra-U.E. para cumprir a Decisão Achmea.”³⁰

5.2.4 PROMOÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTO

Promover e facilitar o investimento é crucial para a agenda de desenvolvimento pós-2015, defendida pela UNCTAD. A maioria dos Acordos, no entanto, não inclui disposições de promoção e facilitação e reserva esta questão para a elaboração de políticas domésticas.

A UNCTAD entende a urgência de se expandir o diálogo sobre promoção e facilitação de investimentos, juntamente com ferramentas de política interna, e direcioná-los para investimento capaz de promover o desenvolvimento sustentável.

5.2.5 MELHORANDO A CONSISTÊNCIA SISTÊMICA

A natureza do regime de AII, caracterizada por uma extensa rede multifacetada e com amplas camadas oferece espaço para lacunas, sobreposições e inconsistências, entre os diversos AII, entre esses acordos e outros instrumentos legais que afetam o investimento, como também entre AII e políticas domésticas.

Assim, segundo a UNCTAD, a reforma do IIA deve, portanto, buscar coerência nessas várias relações. Isto é, um objetivo de reforma que seja relevante tanto sobre conteúdo, mas também sobre como fazê-lo.

5.3 DIÁLOGO SOBRE FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS NA OMC

Em 2017, teve início o Diálogo sobre Facilitação de Investimento e Desenvolvimento, na Organização Mundial do Comércio (OMC). Trata-se de iniciativa de um grupo de países de menor desenvolvimento relativo:

Aberto a todos os membros da OMC, o objetivo do Diálogo é discutir os crescentes vínculos entre comércio e investimento na economia global, examinar o que os membros

30 “Union law takes precedence over bilateral investment treaties concluded between Member States.1 As a consequence, all investor-State arbitration clauses contained in bilateral investment treaties concluded between Member States are contrary to Union law and thus inapplicable. They do not produce effects including as regards provisions that provide for extended protection of investments made prior to termination for a further period of time (so called sunset or grandfathering clauses). An arbitral tribunal established on the basis of investor-State arbitration clauses lacks jurisdiction, due to a lack of a valid offer to arbitrate by the Member State party to the underlying bilateral investment Treaty. https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf

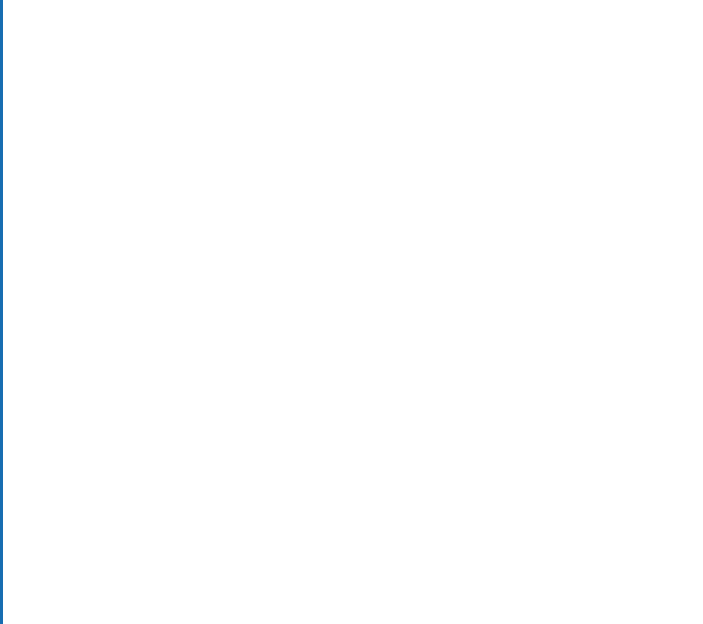
da OMC estão fazendo atualmente para facilitar o investimento e explorar se e como a OMC poderia ajudar os membros a avançar e desenvolver esses esforços³¹.

A despeito das críticas de que não haveria mandato para negociação deste tema, este diálogo tem avançado na tentativa de conciliar interesses em prol de um ambiente mais transparente e menos burocrático para a tratativa do tema. Dentre os principais pontos discutidos estão:

- a. Melhoria da transparência e previsibilidade regulamentares, a exemplo de publicações, mecanismos de notificação de medidas relacionadas a investimentos, pontos de consulta e portais únicos;
- b. Simplificação e agilização dos procedimentos administrativos como aspectos processuais dos pedidos de investimento, processos de aprovação, licenciamento e qualificações, formalidades e requisitos de documentação;
- c. Melhora na cooperação internacional no que se refere ao atendimento de demandas de países em desenvolvimento, a exemplo de troca de informações entre autoridades competentes e assistência técnica e capacitação de países em desenvolvimento;
- d. Outras questões relacionadas à facilitação de investimentos - como cooperação governo-investidor, resolução de queixas/*ombudsperson* dos investidores e responsabilidade social corporativa.

Questões como acesso a mercado, proteção de investimentos e solução de controvérsias entre investidores e estados não fazem parte das discussões do Diálogo sobre Investimentos.

31 *Open to all WTO members, the aim of the Dialogue was to discuss the growing linkages between trade and investment in the global economy, to examine what WTO members are currently doing to facilitate investment, and to explore whether and how the WTO could help members to advance and build upon these efforts.* https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc11_e/briefing_notes_e/bfinvestfac_e.htm



6 RECOMENDAÇÕES PARA CONVERGIR O MODELO BRASILEIRO AO DOS PAÍSES CENTRAIS



O modelo brasileiro de acordo de investimento, o ACFI, representa um instrumento híbrido que difere do padrão tradicional de AI, na medida que reflete um arcabouço regulatório que equilibra de forma singular aspectos jurídicos e políticos.

O acordo brasileiro busca repensar a tradicional lógica de acordos de investimentos, desenhando um mecanismo cuja confecção, negociação e implantação demanda maior engajamento dos atores privados que gravitam em torno do tema, assim como dos Estados envolvidos na relação. Algumas das inovações trazidas pelos ACFIs já refletem a tendência internacional de mais governança e menos litigância no trato do tema. Também formalizam a criação de mecanismos de cooperação e troca de informações, instrumentalizados na figura do *ombudsman/ombudsperson* e dos pontos focais.

No entanto, em sua essência, o Acordo representa um modelo em construção, razão pela qual entendemos que há elementos que podem e devem ser revisados para acompanhar as tendências em curso, de modo a tornar a minuta brasileira mais atrativa para outros possíveis parceiros.

Por esta razão, apresentamos, na tabela a seguir, diagnósticos e recomendações a serem considerados para que o Brasil tenha a oportunidade de estabelecer novos diálogos e perseguir a celebração de acordos de investimentos também com economias centrais.

PROPOSTAS DE CONVERGÊNCIA COM AS RECOMENDAÇÕES DA UNCTAD E COM AS TENDÊNCIAS RECENTES DOS ACORDOS DE INVESTIMENTO	
Escopo e Aplicação	<p>Diagnóstico. Nos últimos ACFIs assinados, esta cláusula traz redação abrangente que compreende os investimentos realizados antes e depois da vigência do acordo, possibilitando a aplicação de novas exigências legais ou restrições a investimentos já realizados.</p> <p>Recomendação. Alterar redação desta cláusula que pode representar insegurança jurídica para investimentos já realizados, gerando desconforto ou inibindo o diálogo com países que já possuem investimentos de longa data no país, por meio da inclusão de definição de investimento que compreenda características específicas ou o critério de uma certa duração ou, ainda, de investimento que estabeleça uma relação econômica duradoura, nos termos em que sugerido pela UNCTAD.</p>
Definições	<p>Diagnóstico. Embora o conceito de investidor adotado pelo Brasil seja o da nacionalidade, a experiência recente tem demonstrado preocupação com as estruturas indiretas de propriedade. A definição de investimento, em certos acordos, é muito ampla.</p> <p>Recomendação. Incluir critérios específicos para a definição de investidor e, em alguns casos, limitar o conceito de “investimento abrangido” a determinados setores ou atividades econômicas.</p>
Responsabilidade Social e Corporativa	<p>Diagnóstico. De modo voluntário, os ACFIs propõem o estímulo e empenho de esforços na assunção de compromissos que refletem engajamento com preocupações como direitos humanos, meio ambiente, comunidades locais, boas práticas corporativas, <i>standards</i> trabalhistas, entre outras práticas³². Digno de nota é o fato de que o nível de comprometimento do modelo brasileiro é mais extenso que o normalmente praticado. Do ponto de vista dos interesses da Parte receptora, a minuta brasileira também permite incentivar padrões de responsabilidade social, ambiental e corporativa por parte dos investidores e de seus investimentos. Ao estimular a adoção de um elevado grau de práticas empresariais socialmente responsáveis, o ACFI contribui para qualificar os investimentos realizados e para aumentar os benefícios ao desenvolvimento sustentável da comunidade local e do Estado que os recebe.</p> <p>Recomendação. Adotar, quando possível, cláusulas que abordem o tópico por meio de linguagem ainda mais direta e vinculante que reforce o compromisso com o tema, e substituição da linguagem hoje usada de “estimular”, “fomentar” e “incentivar” compromissos.</p>

32 ACFI Brasil – Angola. “ANEXO II. RESPONSABILIDADE SOCIAL E CORPORATIVA. Os investidores e seus investimentos desenvolverão os seus melhores esforços para observar os seguintes princípios voluntários e padrões para uma conduta empresarial responsável e consistente com as leis adotadas pelo Estado Parte receptor do investimento: i. Respeitar a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável e encorajar a utilização de tecnologias que não agredam o meio ambiente, de acordo com as políticas nacionais das Partes, de modo a incentivar o progresso econômico, social e ambiental; ii. Respeitar os direitos humanos daqueles envolvidos nas atividades destas empresas, em conformidade com as obrigações e os compromissos internacionais da Parte receptora; iii. Estimular o fortalecimento das capacidades locais, através de uma estreita cooperação com a comunidade local; iv. Incentivar a formação do capital humano, criando em particular oportunidades de empregos e facilitando o acesso dos trabalhadores à formação profissional; v. Observar as legislações relativas à saúde, à segurança, ao meio-ambiente e aos padrões laborais comerciais ou industriais; vi. Abster-se de procurar ou aceitar isenções que não estejam estabelecidas na legislação da Parte receptora em relação ao meio ambiente, à saúde, à segurança, ao trabalho, aos incentivos financeiros ou a outras questões; vii. Apoiar e manter princípios de boa gestão corporativa, assim como desenvolver e aplicar boas práticas de gestão corporativa; viii. Desenvolver e aplicar práticas autorreguladas eficazes e sistemas de gestão que fomentem uma relação de confiança mútua entre as empresas e as sociedades nas quais realizam as suas operações; ix. Promover o conhecimento dos trabalhadores quanto à política empresarial mediante a apropriada difusão desta política, recorrendo inclusive a programas de formação profissional; x. Abster-se de ação discriminatória ou disciplinar contra os trabalhadores que fizerem relatórios graves à direção ou, quando apropriado, às autoridades públicas competentes, sobre práticas que transgridam a lei ou violem os padrões de boa gestão corporativa aos quais a empresa estiver submetida; xi. Encorajar, quando possível, os sócios empresariais, incluindo provedores e serviços terceirizados, a aplicarem princípios de conduta empresarial em conformidade com os princípios previstos neste artigo; xii. Respeitar os processos e atividades políticas locais.”

PROPOSTAS DE CONVERGÊNCIA COM AS RECOMENDAÇÕES DA UNCTAD E COM AS TENDÊNCIAS RECENTES DOS ACORDOS DE INVESTIMENTO	
Expropriação Indireta	<p>Diagnóstico. À exceção do acordo com o Chile, que expressamente dispõe sobre “expropriação direta”, os demais acordos não trazem cláusulas assertivas nesse sentido, nem estabelecem qualquer distinção quanto ao tipo de expropriação de que tratam. A omissão do termo “expropriação direta” e mesmo “indireta” gera certo desconforto, na medida em que se relaciona ao espaço reservado pelos Estados para a realização de suas políticas públicas. Entendemos necessário estabelecer de forma clara os conceitos de expropriação direta e indireta sem prejudicar o direito dos Estados de regulamentar seu interesse público, dado que este tema tem sido um dos grandes problemas entre os países signatários dos acordos e seus investidores. Ciente do receio que esta questão possa causar, a opção brasileira foi não definir e deixar aberta a definição de expropriação nos ACFIs, com a intenção de não limitar a ação estatal para a realização de políticas públicas o que, por outro lado, gera problemas por não oferecer certeza e segurança jurídica ao trato do tema.</p> <p>Recomendação. Inserir o termo “expropriação direta” na minuta dos acordos a serem negociados, assim como incluir a possibilidade de expropriação indireta, com a devida limitação do escopo e da abrangência de cada conceito, a fim de delimitar o tema e não oferecer margem para interpretação dúbia, como no caso do Acordo México-Reino Unido, que fala de equivalência entre medidas de expropriação direta e indireta. Ou seja, a definição de expropriação indireta para os acordos do Brasil deve ser de inibir aquelas que tivessem efeitos como o de nacionalização.</p>
Exceções	<p>Diagnóstico. Ao tratar dos temas “transferência”, “medidas prudenciais” e “segurança nacional” a minuta do ACFI, em consonância com as recomendações do FMI, traz possibilidades de uso de medidas de restrição, ainda que de natureza temporária, que poderiam afastar ou inibir o diálogo com economias mais estáveis.</p> <p>Recomendação. Adotar a flexibilização deste entendimento, a depender do país interlocutor, de modo a estimular o diálogo de tratativas sobre investimento.</p>
Procedimentos de Prevenção e Solução de Controvérsias	<p>Diagnóstico. O ACFI parte do entendimento de que as vantagens da negociação e prevenção superam as da solução arbitrada em controvérsia e que esse expediente representa uma opção mais rápida e menos dispendiosa. Esse é também o entendimento da CNI. Fato é que, ao priorizar o diálogo em contraposição ao litígio, o modelo busca preservar a relação negocial, na medida em que os governos dos Estados-partes atuam na interlocução e busca de uma solução consensual e assim preserva-se a relação de investimento que, por sua própria natureza, deve ser duradoura e de longo prazo. No entanto, a despeito da solução política, é essencial que o ACFI esteja munido de formas robustas e pragmáticas de solução de conflitos. Por esta razão, entendemos importante inserir a possibilidade de esgotamento das cortes e tribunais administrativos e judiciais internos. Também, entendemos relevante estudar possibilidades para, a depender do país, considerar a inserção da cláusula investidor-Estado como uma forma residual, uma vez esgotadas todas as outras possibilidades – diálogo, tribunais internos e impossibilitada a realização de arbitragem. Além disso, o esgotamento de tribunais internos, cláusulas melhor definidas do conceito de investimentos, expropriações e retirada do tratamento justo e equitativo.</p> <p>Recomendação. Incluir cláusula que preveja a possibilidade de esgotamento das cortes e tribunais administrativos e judiciais locais como uma opção ao mecanismo arbitral e ao mecanismo investidor-Estado. Estudar possibilidades para, a depender do país, considerar a inserção da cláusula investidor-Estado como uma forma residual. A inclusão da cláusula investidor-Estado só pode ser feita seguindo alguns critérios:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Com o esgotamento de todas as outras possibilidades de diálogo Estado-Estado e uso de tribunais internos. • De forma conjunta com definições de investimentos, expropriação, entre outros, que não dê margem para inseguranças jurídicas. O mecanismo deve atuar como uma ferramenta adicional para auxiliar investimentos produtivos no país e dar mais proteção e ajudar em garantias para investidores brasileiros fora do país. • Estabelecendo eventuais limitações de acesso ao mecanismo para atender ao interesse nacional brasileiro. Exemplo, limitações para determinado tipo de investidor, filtros para temas sensíveis ao Estado brasileiro e estabelecimento de pré-condições e requisitos para o estabelecimento da controvérsia.



REFERÊNCIAS

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States – Mexico – Canada Agreement**. 2020. Disponível em: <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement>. Acesso em: 13 nov. 2020.

FONTANE, Lionel. Foreign direct investment and trade: complements or substitutes? **OECD Science, Technology and Industry Working Papers**, Paris, mar. 1999,

INFOCURIA. **Acórdão do caso Achmea**. 2018. (Base de dados). Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-284/16>. Acesso em: 13 nov. 2020.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT - IISD. **USMCA Curbs how much Investor can sue countries**. 2018. Disponível em: <https://www.iisd.org/library/usmca-investors>. Acesso em: 13 nov. 2020.

MINISTÉRIO DA RELAÇÕES EXTERIORES. **Acordos de cooperação e facilitação de investimentos assinados pelo Brasil**. 2020. (Base de dados). Disponível em: <https://concordia.itamaraty.gov.br/pesquisa?s=facilita%C3%A7%C3%A3o%20de%20investimento&tipo-Pesquisa=1>. Acesso em: 13 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO ECONÔMICA PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO - OECD. **Open markets matter: the benefits of trade and investment liberalization**. 1999. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264162938en.pdf?expires=1573813908&id=id&accname=guest&checksum=AC4503DA9A6B33A1ABA29884050A816D>. Acesso em: 13 nov. 2019.

ORGANIZAÇÃO ECONÔMICA PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO - OECD. **Societal benefits and costs of International Investment agreements: a critical review of aspects and available empirical evidence**. 2018. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/e5f85c3den.pdf?expires=1573814034&id=id&accname=guest&checksum=5B3D9FF5C475688F89289722622B542F>. Acesso em: 13 nov. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO – OMC. **Investment facilitation: relationship between trade and investment**. 2017. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc11_e/briefing_notes_e/bfinvestfac_e.htm. Acesso em: 13 nov. 2020.

SHEPERD, Ben. Global value chains and developing country employment: a literature review. **Policy Paper**, n. 156, maio 2013. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/trade/global-value-chains-and-developing-country-employment_5k46j0qw3z7k-en. Acesso em 13/11/2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Anual report on European SMEs 2017/2018**: SMEs growing beyond borders. 2007. Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/a435b6ed-e888-11e8-b690-01aa75ed71a1>. Acesso em: 10 jan. 2020.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT - UNCTAD. **Recent developments in the international investment regime**: taking stock of phase 2 reform actions. 2019. Disponível em: https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciid42_en.pdf. Acesso em: 13 nov. 2020.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT - UNCTAD. **World Investment Report 2019**. 2019. Disponível em: <https://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=2460>. Acesso em: 13 nov. 2020.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT - UNCTAD. **World Investment Report 2018**. 2018. Disponível em: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf. Acesso em: 13 nov. 2020.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT - UNCTAD. **World Investment Report 2017**. 2017. Disponível em: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf. Acesso em: 13 nov. 2020.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT - UNCTAD. **UNCTAD's reform package for the international investment regime**. 2018. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1190/unctad-s-reform-package-for-the-international-investment-regime-2018-edition>. Acesso em: 13 nov. 2020.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT - UNCTAD. **Twenty-second report on G20 investment measures**. 2019. Disponível em: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/unctad_oecd2019d22_en.pdf. Acesso em: 13 nov. 2020.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT – UNCTAD. **Expropriation**: UNCTAD series on issues in international investment agreements II. Disponível em: https://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d7_en.pdf. Acesso em: 13 nov. 2020.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT – UNCTAD. **Acordos Bilaterais de Investimentos**: BITs assinados pela Alemanha, Reino Unido, Japão, Coreia e China. 2020. (Base de dados). Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/by-economy>. Acesso em: 13 nov. 2020.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT – UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties 1995-2006**: trends in investment rulemaking. 2007. Disponível em: https://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em: 13 nov. 2020.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT – UNCTAD. **Division on Investment and enterprise**: results and impact: report 2019. 2019. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1208/division-on-investment-and-enterprise-results-and-impact-report-2019>. Acesso em: 13 nov. 2020.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT – UNCTAD. **Investment dispute settlement navigator**: case name and number. 2020. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>. Acesso em: 13 nov. 2020.

CNI

Robson Braga de Andrade
Presidente

DIRETORIA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL – DDI

Carlos Eduardo Abijaodi
Diretor de Desenvolvimento Industrial

Gerência Executiva de Assuntos Internacionais

Diego Bonomo
Gerente-Executivo de Assuntos Internacionais

Gerência de Negociações Internacionais

Fabrizio Panzini
Gerente de Negociações Internacionais

Allana Rodrigues

Carolina Matos

Isadora Barbosa

Marcelle Pujol

Marcus da Silva

Equipe Técnica

DIRETORIA DE COMUNICAÇÃO – DIRCOM

Ana Maria Curado Matta
Diretora de Comunicação

Gerência de Publicidade e Propaganda

Armando Uema
Gerente de Publicidade e Propaganda

Katia Rocha

Coordenadora de Gestão Editorial

André de Oliveira

Produção Editorial

DIRETORIA DE SERVIÇOS CORPORATIVOS – DSC

Fernando Augusto Trivellato
Diretor de Serviços Corporativos

Superintendência de Administração – SUPAD

Maurício Vasconcelos de Carvalho
Superintendente Administrativo

Alberto Nemoto Yamaguti

Normalização

Borges Furlaneto

Elaboração

Editorar Multimídia

Projeto Gráfico e Diagramação

 www.cni.com.br

 [/cniBrasil](https://www.facebook.com/cniBrasil)

 [@CNI_br](https://twitter.com/CNI_br)

 [@cniBr](https://www.instagram.com/cniBr)

 [/cniweb](https://www.youtube.com/c/cniweb)

 [/company/cni-brasil](https://www.linkedin.com/company/cni-brasil)

