

# Os Appri's e o novo modelo regulatório do Brasil: Novidades e desafios da cláusula de solução de controvérsias nos Acfi's

## Appri's and Brazil's new regulatory model: New features and challenges of the dispute settlement clause in ACFI's

DÁVILA TERESA DE GALIZA FERNANDES LUPPI

*Doutoranda*

*Universidad de Málaga*

*Universidade Federal da Paraíba, Brasil*

Recibido: 15.12.2023 / Aceptado: 15.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8419

**Resumo:** O presente artigo intenciona abordar o processo de formação dos Acordos de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos estrangeiros (APPRI's) realizando um confronto com o novo modelo de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) criado pelo Brasil em 2015, especialmente no que tange às peculiaridades da cláusula de solução de controvérsias. O ACFI, enquadrando-se como modelo alternativo no cenário de reformas do tradicional sistema internacional de proteção dos investimentos, priorizou os mecanismos de governança institucional para cooperação e solução de controvérsias, apostando nas instâncias de prevenção de litígios com a exclusão da arbitragem do tipo investidor-Estado. A pergunta que se faz é se referida escolha traduz avanço ou anacronismo diante do atual panorama do Direito Internacional de Investimentos.

**Palavras-chaves:** APPRI, ACFI, Brasil, Cláusula de solução de controvérsias, Arbitragem.

**Abstract:** The purpose of this article is to look at the formation process of the Agreements for the Promotion and Reciprocal Protection of Foreign Investments (APPRI's), comparing them with the new model of the Investment Cooperation and Facilitation Agreement (ACFI) created by Brazil in 2015, especially with regard to the peculiarities of the dispute settlement clause. The ACFI, as an alternative model in the scenario of reforms to the traditional international investment protection system, prioritised institutional governance mechanisms for cooperation and dispute resolution, focusing on dispute prevention bodies and excluding investor-state arbitration. The question is whether this choice represents progress or an anachronism in the current panorama of International Investment Law.

**Keywords:** APPRI, ACFI, Brazil, Dispute settlement clause, Arbitration.

**Sumario:** I. Introdução. II. Análise histórica do processo de regulamentação dos investimentos estrangeiros. 1. Investimentos estrangeiros entre o Direito Público e o Direito Privado: breves considerações. 2. Os acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos (APPRI's). III. O Brasil no panorama do regime jurídico de proteção internacional de investimentos: a exclusão da cláusula de arbitragem investidor-Estado. IV. ACFI Brasileiro: mecanismos de governança institucional para prevenção de conflitos e mitigação de riscos. V. Conclusões.

## I. Introdução

1. Em sua origem, as questões envolvendo investimentos estrangeiros remontam ao século XVIII quando foram assinados, por meio de amplos acordos bilaterais entre Estados, os primeiros Tratados de Amizade, Comércio e Navegação (*FCN – friendship, commerce and navigation treaties*)<sup>1</sup>, os quais, apesar de não regulamentarem os investimentos estrangeiros, facilitavam o comércio e a navegação entre os Estados economicamente desenvolvidos. Referidos tratados podem ser considerados os progenitores dos Acordos de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos (APPRI's)<sup>2</sup>, também conhecidos como tratados bilaterais de investimentos (TBI's) ou, em inglês, *bilateral investment treaties (BIT's)*.

2. Os APPRI's consistem o principal instrumento de regulamentação internacional dos investimentos, tendo impulsionado o desenvolvimento do seu próprio regime jurídico desde que os primeiros acordos começaram a ser celebrados, passando a se proliferar consideravelmente a partir da década de 1990, somando hoje mais de 3.000 acordos dessa natureza, segundo dados da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento - *United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)*<sup>3</sup>.

3. Com o principal escopo de oferecer segurança jurídica e proteção especialmente aos investimentos e investidores que ingressam no território dos países receptores ou anfitriões (geralmente países em vias de desenvolvimento), grande parte desses acordos são realizados com cláusulas específicas de proteção aos investidores de países desenvolvidos, isto é, são acordos entre países majoritariamente assimétricos, o que acentua o desequilíbrio entre direitos e obrigações de ambos.

4. Referidos acordos seguem basicamente a mesma padronização de cláusulas, as quais dispõem basicamente sobre: definição de investimento e investidor; tratamento justo e equitativo; tratamento nacional; tratamento da nação mais favorecida; expropriação e formas de compensação; transferência de fundos e a cláusula de solução de controvérsias em caso de eventual contingência ou violação das obrigações assumidas pelos Estados-partes. Esta última, sem dúvida, consiste numa das cláusulas mais sensíveis aos APPRI's, especialmente em se tratando da arbitragem investidor-Estado.

5. Isso porque se, por um lado, referida cláusula é capaz de ofertar, ao menos em tese, maior garantia sobre o cumprimento e a execução dos acordos internacionais de investimentos, por outro, se trata de uma das cláusulas que mais suscita celeumas por várias questões, a exemplo dos altos custos do procedimento arbitral, ausência de transparência e uniformidade das decisões, descon sideração do interesse público dos Estados-anfitriões de investimentos (mormente em questões envolvendo políticas públicas e ambientais), entre outras.

6. Em geral, a maioria dos APPRI's contemplam disposições sobre, pelo menos, um dos dois meios de solução de conflitos: um para disputas intergovernamentais (Estado-Estado) e outro para disputas sobre investimentos entre investidor e Estado, sendo a arbitragem de investimentos do tipo investidor-Estado o mecanismo mais difundido e utilizado nesses acordos, sobretudo após a criação do Centro Internacional para a Resolução de Diferendos relativos a Investimentos (*Internacional Centre for Settlement of Investment Dispute- ICSID*) em 1965<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> K. L. FONSECA, *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 58.

<sup>2</sup> M. SORNARAJAH, *The international law on foreign investment*. 2 ed. United Kingdom: Cambridge University Press, 2004, p. 208.

<sup>3</sup> UNCTAD. *Investment Policy Hub*. [On line] Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

<sup>4</sup> O Centro Internacional para a Resolução de Diferendos relativos a Investimentos – CIRDI ou *Internacional Centre for Settlement of Investment Dispute- ICSID* foi estabelecido pela *Convention on the Settlement of Investment Dispute between States and Nationals of Other States* (Convenção sobre Resolução de Conflitos relativos a Investimentos entre Estados e nacionais de outros Estados), conhecido como Convenção de Washington ou Convenção do BIRD no âmbito do Banco Mundial de 1965. Trata-se do órgão de maior atuação internacional para os casos de solução internacional de controvérsias em matéria de investimentos.

7. Ocorre que a proliferação da arbitragem de investimentos no âmbito do ICSID passou a provocar insatisfação e reações questionadoras em vários Estados, fazendo com que muitos deles buscassem meios alternativos (judiciais e/ou extrajudiciais), a fim de submeter suas controvérsias. É o que sucedeu com grande parte dos países da América Latina. No entanto, a oposição ao ICSID não supõe repulsa a adesão à arbitragem de investimentos, pois muitos continuam a admitir a arbitragem entre Estados, como é o caso brasileiro.

8. Considerado um dos países que historicamente demonstrou uma posição mais conservadora em formar parte de tratados bilaterais de investimentos, não ratificando nenhum dos 14 APPRI's assinados entre 1994 e 1999<sup>5</sup>, o Brasil apresentou posição divergente do movimento internacional de grande parte dos países desenvolvidos e em vias de desenvolvimento, mas não indiferente aos novos rumos da economia internacional em busca de atrair investimentos e lucros. Uma das principais motivações para isso configurou-se justamente na não adesão à cláusula de arbitragem do tipo investidor-Estado.

9. Assim sendo, na contramão da maioria dos países, em 2015, o Brasil apresentou o seu modelo de acordo, denominado de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI), que se encontra estruturado em três eixos principais: governança institucional; mecanismos para redução de riscos e agendas temáticas para cooperação e facilitação recíproca dos investimentos<sup>6</sup>.

10. O ACFI brasileiro investiu como prioridade nos mecanismos de prevenção e cooperação para resolução de conflitos (Pontos Focais e Comitê Conjunto<sup>7</sup>), excluindo a cláusula de arbitragem investidor-Estado, todavia estabelecendo, a arbitragem intergovernamental (Estado-Estado) a ser invocada apenas quando os mecanismos preventivos não forem suficientemente eficazes para solucionar a questão.

11. No atual cenário, onde as discussões sobre reformas do tradicional sistema internacional de proteção dos investimentos são adversas e incertas, especialmente no que tange à cláusula de arbitragem investidor-Estado, o modelo brasileiro apresenta uma proposta alternativa que ainda enfrentará muitos caminhos desafiantes pela frente, visto que os poucos ACFI's em vigência ainda não suscitaram demandas a serem concretamente solucionadas.

12. Nesse contexto, o presente trabalho convida a uma reflexão, a partir de uma análise comparativa entre os APPRI's e os ACFI's, acerca das novas perspectivas para a cláusula de solução de controvérsias, evidenciando as novidades e os desafios da escolha institucional brasileira.

13. Com a finalidade de cumprir o objetivo proposto, adotar-se-á uma metodologia de investigação baseada na pesquisa de revisão bibliográfica de natureza teórica, descritiva e exploratória, fazendo uso do método dedutivo de pesquisa, uma vez que se parte da análise do tratamento jurídico dado aos APPRI's para depois adentrar aos acordos brasileiros (ACFI's) e à análise mais acurada da cláusula de solução de controvérsias.

## II. Análise histórica do processo de regulamentação dos investimentos estrangeiros

### 1. Investimentos estrangeiros entre o Direito Público e o Direito Privado: breves considerações

14. O Direito Internacional de Investimentos trata-se de um sub-ramo do Direito Internacional de natureza jurídica híbrida ao abarcar tanto normas de Direito Público (matéria específica do Direito

<sup>5</sup> Importa ressaltar que, além da não ratificação dos APPRI's, o Brasil não é um país signatário da Convenção de Washington.

<sup>6</sup> BRASIL. MINISTÉRIO DE DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO. *Carta de Apresentação de Modelo Brasileiro de Acordos de Investimento*. [On line] Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/Apresentacao-Geral-do-ACFI-PT.pdf>.

<sup>7</sup> Ambas as instâncias (Pontos Focais, também denominados de Ombudsman de Investimentos e Comitê Conjunto) são consideradas o desenho estruturante proposto para favorecer a prevenção de conflitos no modelo dos ACFI's facilitando a sua resolução.

Internacional Econômico, perceptível, principalmente, quando os investimentos ocorrem no setor de serviços públicos ou ainda quando está envolvido com a exploração de recursos naturais, por exemplo), quanto de Direito Privado (a exemplo de questões sobre responsabilidade civil das empresas transnacionais para com nacionais do Estado anfitrião ou em face de questões relativas à propriedade dos investimentos, com as decorrentes expropriações e indenizações)<sup>8</sup>.

**15.** Nesse ínterim, a temática do presente artigo guarda pertinência com os dois grandes ramos do Direito: o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado.

**16.** A complexidade das relações oriundas dos investimentos estrangeiros é evidente, variando desde matérias como sujeitos, objeto, função, interesses e todos os desdobramentos das relações jurídicas, tornando-se impossível analisar este panorama apenas por uma única ótica ou uma única disciplina<sup>9</sup>.

**17.** Esse é o caso dos próprios acordos de investimentos estrangeiros, mas também dos tratados e acordos de cooperação ou integração econômica, dos contratos comerciais entre Estado e particular ou entre particulares, dos mecanismos institucionais de solução de controvérsias, das regras de competência etc, os quais estão tanto presentes nas disciplinas de Direito Internacional Público (tais como: Direito Econômico, Direito do Comércio Internacional), como no Direito Internacional Privado.

**18.** Se analisarmos as duas disciplinas, há, portanto, um ponto de convergência entre elas, ou seja, o regime de regulamentação dos investimentos. Cada uma delas se complementa e fornece respostas jurídicas tanto públicas quanto privadas a questões relacionadas aos investimentos internacionais.

**19.** Nesse sentido, mais plausível será dizer que a temática relativa aos investimentos estrangeiros se encontra “no meio do caminho” entre as fontes de Direito Público e as fontes de Direito Privado<sup>10</sup>, especificamente quando se produzem através de relações contratuais entre um Estado e um nacional de outro Estado.

**20.** Assim, a fim de abordar o objeto de estudo do presente artigo e com o propósito de obter um resultado mais completo do estudo sobre os investimentos estrangeiros são fundamentais os conceitos e aportes jurídicos de ambas as perspectivas. É como será tratado o assunto neste trabalho.

## **2. Os acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos (APPRI's)**

**21.** No período compreendido entre os séculos XIX e XX até a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), os investimentos se concentravam na construção da infraestrutura dos países e na exploração e abastecimento de recursos naturais como matérias-primas para a promoção do desenvolvimento econômico de países industrializados<sup>11</sup>.

**22.** A partir de então, surgem movimentos de investimentos diversificados, incluindo tanto os países industrializados que exportavam seus investimentos, como os países receptores, iniciando-se operações de investimentos a curto prazo.

---

<sup>8</sup> R. A. VELÁZQUEZ PÉREZ, “Las inversiones extranjeras, el desarrollo sostenible y el derecho humano al agua: un conflicto no resuelto” en *Revista de Derecho, Agua y Sostenibilidad – REDAS*, Núm. 0, 2016, p. 5.

<sup>9</sup> Y. DUTREY GUANTES, “El Papel del Derecho Internacional Privado en el Derecho Internacional Económico y en las Inversiones Internacionales” em B. DE LA VEGA JUSTRIBÓ (Coord.), *Arbitraje: Derecho Internacional Económico y de las Inversiones Internacionales*. Primera parte. Volumen 9. Palestra Editores: Lima-Perú, 2009, pp. 105-106.

<sup>10</sup> D. CARREAU y P. JULLIARD, *Droit international économique*. París: Dalloz, 2003, p. 9.

<sup>11</sup> M. C. PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, *La inversión directa en el régimen de las inversiones extranjeras*. Pamplona (España): Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1986, p. 5.

23. Foi, todavia, no pós-Segunda Guerra Mundial (1945-1989), com o contexto geopolítico da Guerra Fria e de descolonização de países na África e na Ásia<sup>12</sup>, que as condições dos investimentos estrangeiros ganharam força e relevância ao se expandirem significativamente, necessitando de regulamentação jurídica, o que proporcionou a formação de instrumentos e acordos internacionais tanto no cenário internacional<sup>13</sup>, quanto no regional, quando começaram a ser celebrados os primeiros acordos bilaterais de investimentos<sup>14</sup>.

24. Verificou-se uma expansão econômica facilitada pelo *boom* econômico pós-guerra, no que ficou conhecido como era de ouro do capitalismo. Nessa onda, pode-se dizer que o fluxo internacional de investimentos estrangeiros diretos aumentou consideravelmente como consequência, principalmente, da maior liberdade comercial estabelecida pelos Estados Unidos em face dos aliados europeus e, em segundo lugar, conforme supracitado, em razão do processo de descolonização<sup>15</sup>.

25. O processo de descolonização (essencialmente de países africanos e asiáticos), a partir da década de 1960, com a independência das antigas colônias, acabou por desembocar em reiterados conflitos de expropriação de propriedades estrangeiras, devido a práticas frequentes de apropriação das empresas estrangeiras com sede no território desses países<sup>16</sup>, o que apressou a criação de organismos internacionais para dirimir eventuais conflitos dessa natureza, a exemplo do ICSID<sup>17</sup> criado em 1965, conforme exposto na Introdução deste trabalho.

26. Por sua vez, na década de 1970, a multiplicação de empresas transnacionais<sup>18</sup> em diversas localidades do mundo somado ao aumento do volume das negociações e transações comerciais levantaram questões inéditas que deveriam ser enfrentadas tanto pelo Direito interno de cada país – o que envolve o âmbito do Direito Internacional Privado (com regras bem definidas sobre competência, lei aplicável, reconhecimento e execução) –, quanto pelo Direito Internacional Público (particularmente, na esfera do Direito Econômico)<sup>19</sup>, o que revelava a busca de padronização de normas para garantia específica e segurança jurídica dos investimentos estrangeiros nos países em vias de desenvolvimento.

<sup>12</sup> A. GARCIA; G. TORRES, “O Modelo de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) do Brasil e o Regime Internacional de Investimentos: os casos de Angola e Moçambique”. *Boletim de Economia e Política Internacional – BEPI*. n. 29; Jan./Abr. 202, p. 122.

<sup>13</sup> É possível citar, preliminarmente, os acordos de *Bretton Woods* que instituíram em julho de 1944, ainda no período da Segunda Guerra Mundial, regras para as relações comerciais e financeiras entre os países mais industrializados do mundo; a Carta de Havana de 1948 para constituição de uma organização internacional de comércio; os Códigos da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e as Resoluções das Nações Unidas (ONU) sobre comércio e investimentos internacionais. Cfr.: B. DE FIGUEIREDO DIAS, *Investimentos estrangeiros no Brasil e o direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 17.

<sup>14</sup> Um dos primeiros APPRI's foi assinado entre Alemanha e Paquistão em 1959 (K.C.FONSECA, *Investimentos estrangeiros...*, *op. cit.*, p. 59). Ocorre que, em decorrência de sua derrota na Segunda Guerra Mundial, a Alemanha acabou sofrendo expropriação dos investimentos de seus nacionais e de pessoas jurídicas. Cfr.: K. G. GILABERTE, *Acordos sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos. A evolução da política brasileira e perspectivas*. Ministério das Relações Exteriores- CAE. 1995, p. 9. A Suíça fez o mesmo, firmando um APPRI com as Filipinas no mesmo ano. Vários outros países europeus, como a Bélgica, a França, o Reino Unido, a Itália e a Holanda deram seguimento a essa tendência durante os anos 1960 e 1970. Os Estados Unidos iniciaram seu programa de *BITS* somente em 1981, mas desde então assinaram 47 *BITS*, além de 20 acordos de livre comércio contendo capítulos que funcionam como *BITS*, como o Capítulo 11 do Tratado de Livre Comércio da América do Norte. Cfr.: C. I. SUAREZ ANZORENA y W. K. PERRY, “The Rise of Bilateral Investment Treaties” em *House Defense Quarterly*, 2010, p. 2. Tradução livre para o português.

<sup>15</sup> B. DE FIGUEIREDO DIAS, *Investimentos estrangeiros...*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>16</sup> Isso “levou os investidores internacionais a sedimentar uma imagem de tais países como de alto risco para investimento - os chamados ‘riscos não-comerciais’, expressão ainda utilizada nos acordos de proteção de investimento ora em estudo” (*Ibid.*, p. 4).

<sup>17</sup> D. TAVELA y J. A. FONTORA COSTA, “Repúblicas bolivarianas e o ICSID: será que o inimigo não é outro?” em *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, 2016, p. 191.

<sup>18</sup> Não é tarefa simples conceituar empresas transnacionais (ETN's), pois várias são as divergências dentro e fora do âmbito jurídico. Fazendo uso de uma definição da ciência econômica, a ETN pode ser considerada como “um complexo de empresas nacionais interligadas entre si por um controle central unificado, obedecendo a uma estratégia global”. Cfr.: L. OLAVO BAPTISTA, *Empresa Transnacional e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 17.

<sup>19</sup> Destaque-se que, até o advento da Segunda Guerra, eram as normas de direito interno de cada país que regulamentavam, quase que exclusivamente, os investimentos estrangeiros diretos. B. DE FIGUEIREDO DIAS, *Investimentos estrangeiros...*, *op. cit.*, p. 16.

27. Certo é que o Direito Internacional de Investimentos passou a priorizar o sistema bilateral de formação de tratados ante ao sistema multilateral, uma vez que até hoje se mostram mais complexas, mas não menos relevantes, as tentativas de regulamentação eficaz por meio de sistemas de abrangência regional e multilateral.

28. Prova disso é que, na década de 1990, quando os APPRI's acabaram adquirindo alcance global, abarcando quase todos os países do mundo<sup>20</sup>, no âmbito das relações multilaterais da Organização Mundial do Comércio (OMC), foram formalizados os seguintes acordos: o Acordo sobre Medidas de Investimentos Relacionadas ao Comércio (*TRIMs - Trade-Related Investment Measures*), o qual estabeleceu regras básicas sobre o tratamento dado aos investimentos estrangeiros pelos países anfitriões, instituindo como principal pilar a regra do tratamento nacional e o acesso aos mercados; o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (*GATS - General Agreement on Trade in Service*); bem como o Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (*TRIPs – Trade-Related aspects of Intellectual Property Rights*)<sup>21</sup>.

29. No âmbito regional, importa destacar, a título de exemplo, o Protocolo de Colônia para a Promoção e a Proteção Recíproca dos Investimentos no MERCOSUL; o Tratado de Livre Comércio da América do Norte (*NAFTA - North American Free Trade Agreement*)<sup>22</sup> firmado entre Estados Unidos, México e Canadá; os acordos de investimentos da União Europeia<sup>23</sup>; o Tratado da Carta da Energia (TCE) considerado um dos maiores acordos de investimentos para a cooperação transfronteiriça no setor de energia envolvendo vários países da Europa Ocidental, da Ásia Central e o Japão assinado em dezembro de 1994<sup>24</sup>.

30. A partir de então, grandes controvérsias que marcam a política de investimentos estrangeiros até os dias de hoje passaram a se revelar com maior nitidez e frequência. É o caso, por exemplo, de conciliar os interesses entre investidores e países receptores de investimentos (na maioria, países em vias de desenvolvimento), enfrentando problemáticas especialmente advindas da tentativa de conjugação entre liberdade de investir *versus* políticas públicas de proteção dos países anfitriões em questões de interesse abrangente (como direitos humanos, sociais e ambientais). “O balanceamento dos interesses dos Estados e dos investidores vai exigir um rearranjo dos direitos e obrigações nos APPIs. Os acordos tradicionais

<sup>20</sup> UNCTAD. *World Investment Report 2015: reforming international investment governance*. United Nations, 2015. (*Chapter IV*). Disponível em: <[https://unctad.org/system/files/official-document/wir2015ch4\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/wir2015ch4_en.pdf)>.

<sup>21</sup> B. DE FIGUEIREDO DIAS, *Investimentos estrangeiros...op.cit.*, p. 17.

<sup>22</sup> *Loc. cit.*

<sup>23</sup> Atualmente, a União Europeia negocia acordos bilaterais de investimento com diversos países: Estados Unidos, no âmbito do Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (*Trans-Atlantic Free Trade Agreement*), mais conhecido como TTIP ou TAFTA; Canadá, no âmbito do Acordo Integral de Economia e Comércio - CETA (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*) - esses dois primeiros ainda não estão em vigor – além de China; Japão; Singapura; Malásia; Vietnã; Tailândia; Índia, entre outros. EUROPEAN COMMISSION. *The EU's bilateral trade and investment agreements: where are we?* December, 2013. [On line] Disponível em: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO\\_13\\_915](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_13_915). No que tange às tratativas entre a União Europeia e o Mercosul para o estabelecimento de um acordo de livre comércio, as negociações foram retomadas em 2019, mas, de acordo com a Agência Brasil: “mesmo após 20 anos de negociação, ainda falta um longo caminho para que o acordo entre Mercosul e UE, de fato, entre em vigor. Isso porque o tratado precisa ser ratificado e internalizado por cada um dos Estados integrantes de ambos os blocos econômicos. Na prática, significa que o acordo terá que ser aprovado pelos parlamentos e governos nacionais dos 31 países envolvidos, uma tramitação que levará anos e poderá enfrentar resistências”. AGÊNCIA BRASIL. [On line] Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-06/mercosul-e-ue-fecham-maior-acordo-entre-blocos-do-mundo>. Como se percebe, é certo que existem inúmeras tentativas de desenvolver e aprimorar um tipo de acordo cada vez mais amplo que possa congrega um grande número de países adeptos, trazendo maior consenso entre os interesses de investidores e dos países receptores. Todavia, essa pauta não é fácil de ser conduzida pelos interesses e agendas políticas da maioria dos países.

<sup>24</sup> O TCE tem sofrido severas críticas, pois atualmente se constata que não há evidências de que referido tratado facilite os investimentos ou reduza o custo da energia, consistindo num grande entrave à promoção de políticas públicas de combate às mudanças climáticas, ao desestimular os governos locais a cumprir os recentes acordos internacionais sobre a questão climática, a exemplo do Acordo de Paris, em razão da ameaça de perda financeira. Cfr.: Tratado da Carta de Energia. [On line] Disponível em: <https://www.plataforma-troca.org/tratado-carta-da-energia/>.

se assentam sobre a premissa de que os investidores têm sempre direito à proteção. Não lhes é exigida contrapartida. A contrapartida se daria na contribuição desses investimentos para o desenvolvimento do Estado anfitrião<sup>25</sup>.

**31.** Nessa “guerra de interesses opostos”, os países de origem dos investimentos passaram a realizar o seu *lobby* asseverando a necessidade de celebração de acordos bilaterais de investimentos para garantir a proteção dos seus investidores diante de um possível tratamento discriminatório ou injusto por parte dos Estados anfitriões, estando mais preocupados em assegurar a ampliação de mercado para seus produtos e salvaguardar matérias-primas para sua produção.

**32.** Do outro lado, os países em desenvolvimento apresentaram maior receio em firmar tais tipos de acordo, uma vez que, à sombra não tão distante do que viveram no período de colonização, mantiveram ligado o alerta do perigo da subordinação política e dependência econômica, ou seja, o temor da subjugação ao controle dos países desenvolvidos, outrora colonizadores, já que certamente são os interesses das empresas que geralmente ditam as cláusulas desses acordos.

**33.** Assim, na medida em que os Estados receptores abrem as portas para entrada de investimentos, passam a se preocupar também com a possível perda de sua soberania política em face da implantação de empresas transnacionais, que, em sua maioria, ignoram a política interna do país receptor, colocando em prejuízo os objetivos de desenvolvimento do mesmo<sup>26</sup>.

**34.** Todavia, num cenário de globalização, as alternativas são poucas, especialmente quando se fala em competitividade e projeção internacional. Desse modo, os países em desenvolvimento acabam vendo nesses acordos uma estratégia necessária para garantia de suas políticas econômicas, assegurando seu espaço no mercado<sup>27</sup>.

**35.** Por sua vez, os investidores buscam a todo custo manter o seu *status* e influência, através de suas empresas, abastecendo-se frequentemente das matérias-primas obtidas a baixo custo nos países receptores. No entanto, em razão dos riscos políticos e econômicos que não estão dispostos a correr, especialmente quando investem em países com regimes políticos pouco estáveis<sup>28</sup>, os investidores exercem ainda mais influência na padronização de cláusulas dos acordos com o objetivo de proteger os seus investimentos.

**36.** Cumpre salientar que não se entende possível dissociar os parâmetros jurídicos de tratamento dos APPRI's das políticas econômicas que norteiam a agenda interna dos Estados, uma vez que é nítida a influência de concepções ideológicas e objetivos econômicos de cada Estado-parte, que refletem a busca de segurança jurídica e maior previsibilidade econômica, tão almejadas pelos investidores.

<sup>25</sup> A. R. FREITAS DA SILVA, “Um Novo Centro de Solução de Controvérsias em Investimentos para a América do Sul: balançando interesses públicos e privados” em *Revista da AGU*. Brasília-DF, v. 15, n. 04, out./dez. 2016, pp. 103-104.

<sup>26</sup> “É certo que, muitas vezes, isso significa um jogo de conflito de interesses, no qual a soberania estatal pode resultar afetada na medida da intervenção ou influência exercida pelo investidor, especialmente comprometendo as políticas públicas do Estado receptor do investimento”. Cfr.: M. C. PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, *La inversión directa...*, *op. cit.*, p. 10. No caso do Brasil, a Constituição Brasileira de 1988 evidenciou preocupação com a dependência econômica do país, ao elencar como princípio a reger a ordem econômica a soberania nacional, contida no art. 170, I da CF/88. O termo “soberania nacional” incorpora um significado particular inerente à superação da condição de dependência das nações desenvolvidas, no sentido de realocação do Brasil no mercado global. Cfr.: A. R. FREITAS DA SILVA, “Os Investimentos Estrangeiros e o Direito ao Desenvolvimento” em *Rev. secr. Trib.* perm. revis. Año 3, Nº 5; Marzo 2015; p. 350.

<sup>27</sup> R. CARO GÁNDARA, “Inversiones extranjeras y desarrollo sostenible: Una propuesta conciliadora desde el enfoque de justicia relacional” em A. COSEDU y M. G. RIGATELLI, *Ambiente e Diritti tra Responsabilità e Partecipazione*. Atti del Congresso Castel Gandolfo. Roma: Aracne, 2017, pp. 252-255.

<sup>28</sup> Um exemplo disso seria o caso sucedido com a Líbia, onde houve a nacionalização decretada por lei da empresa *British Petroleum Company* no ano de 1971, os casos de nacionalização do cobre no Chile em 1971 e a ruptura das relações entre o Irã e os Estados Unidos.

37. Consequentemente, a regulamentação legal dos investimentos acaba por espelhar o cenário político-econômico que movimenta os interesses dos países envolvidos. Em outras palavras, o que se observa é que os aspectos jurídicos dos investimentos estrangeiros nada mais fazem que responder a uma política econômica concreta<sup>29</sup>.

38. Diante desse panorama, muitas foram as exigências por parte dos países investidores no que diz respeito à adoção de medidas de proteção de seus investidores e do investimento estrangeiro no território do Estado anfitrião, com a imposição de direitos e garantias a seu favor, além da proteção diplomática e dos demais meios bi ou plurilaterais de proteção<sup>30</sup>.

39. Nesse sentido, diversos organismos<sup>31</sup> surgiram com funções de garantir e operacionalizar os investimentos estrangeiros e os interesses dos Estados investidores e dos Estados receptores, com regras de proteção e de tratamento que passaram a ser incorporadas pelo Direito Internacional de Investimentos.

40. A partir de então, especialmente na década de 1990, constatou-se grande proliferação dos APPRI's, com um significativo aumento da participação tanto das economias em transição<sup>32</sup>, quanto dos países em desenvolvimento com destaque para os países latino-americanos, que tradicionalmente resistiram à adesão aos mesmos, tais como Argentina, Colômbia, Bolívia, Uruguai, Paraguai, Venezuela, Peru, Equador, México, Chile e, finalmente, Brasil que, por sua vez, assinou 14 APPRI's sem haver ratificado nenhum deles.

41. No caso do Brasil, tradicionalmente, este constituiu um dos países que adotou uma posição mais “conservadora” no que tange à regulamentação internacional de investimentos, mormente ao se referir à adesão à arbitragem de investimentos do tipo investidor-Estado, o que foi, de certo modo, traduzido no cenário global como uma postura de isolamento internacional<sup>33</sup>, mas não de indiferença aos rumos de desenvolvimento na busca por atrair investimentos e parcerias comerciais<sup>34</sup>. É o que será melhor analisado na próxima seção deste artigo.

### III. O Brasil no panorama do regime jurídico de proteção internacional de investimentos estrangeiros: a exclusão da cláusula de arbitragem investidor-Estado

42. A fim de compreender mais detalhadamente a experiência do Brasil em face do regime jurídico de proteção de investimentos estrangeiros, importante delimitar dois tipos de movimentos que marcaram o posicionamento brasileiro frente aos acordos de investimentos estrangeiros.

<sup>29</sup> M. C. PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, *La inversión directa...*, *op. cit.*, p. 32.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>31</sup> Pode-se citar o Fundo Monetário Internacional (FMI), concebido no final da Segunda Guerra Mundial, com o objetivo primordial de promover a cooperação econômica internacional, reunindo as funções de garantir e operacionalizar os investimentos. Posteriormente, o surgimento da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) fundada em 1961; da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) fundada em 1964; da Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA), instituída em 1988 no âmbito do Banco Mundial, como um mecanismo de seguro de investimento contra riscos políticos e garantias de aumento de crédito para incentivar a confiança de investimento nos países em desenvolvimento etc.

<sup>32</sup> O principal exemplo pode ser vislumbrado pelos países da ex-URSS, os quais foram abandonando gradativamente o sistema de economia planificada e adotando a economia de mercado. UNCTAD. *Trends in international investment agreements: an overview*. United Nations: 1999.

<sup>33</sup> J. MARSSOLA, *Acordos Internacionais de Investimentos no Brasil: análise do tratamento da nação mais favorecida*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 20.

<sup>34</sup> Tanto é verdade que, apesar de não ter ratificado qualquer APPRI, o país é considerado o principal receptor de investimento estrangeiro e também o maior investidor externo da América Latina A. GARCIA; G. TORRES, “O Modelo de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI)... *op.cit.*”, p. 122.



43. O primeiro, na década de 1990, caracterizado pelas economias externas desejosas em investir no Brasil e proteger seus respectivos investidores nacionais<sup>35</sup>. E o segundo movimento, mais visível em meados dos anos 2000, quando o Brasil passou a liderar sua indústria de exportação, especialmente conquistando espaço nos mercados da América do Sul e, mais recentemente, na África, preocupando-se, desta vez, em proteger seus negócios em países receptores de seu capital<sup>36</sup>.

44. No que tange ao primeiro movimento, entre 1994 a 1999, período marcado por forte liberalização da economia nacional<sup>37</sup>, o Brasil despontou como um dos principais países atrativos para os investidores estrangeiros, tendo assinado 14 APPRI's<sup>38</sup> e 2 protocolos sobre investimentos no âmbito do Mercosul, os quais jamais entraram em vigor<sup>39</sup>, como se explicará adiante.

45. Inicialmente, a intenção brasileira era a de dar sinais positivos à comunidade internacional de sua abertura para entrada e permanência dos investimentos estrangeiros com garantia de segurança jurídica. Logo, eram os tradicionais APPRI's com cláusulas *standards* de proteção dos investimentos estrangeiros já conhecidas: quais sejam: I) definições de investidor e investimento; II) regras sobre promoção e admissão do investimento; III) *standards* de proteção do investimento; IV) regras sobre expropriação e indenização devida; V) livre transferência do capital investido; VI) mecanismos de solução de controvérsias; VII) disposições finais sobre entrada em vigor, prorrogação e denúncia do tratado.

46. Não há dúvidas quanto ao fato de que o “coração” de todo e qualquer APPRI se encontra na cláusula de solução de controvérsias, sendo a arbitragem de investimentos investidor-Estado o meio mais adotado e, por conseguinte, o mais questionável desses acordos<sup>40</sup>, sendo esse um dos maiores entraves à adesão dos APPRI's pelo Brasil.

47. O Legislativo brasileiro, quando da apreciação dos acordos a ele submetidos, rechaçou o trâmite legal dos mesmos com a justificativa de que referidos acordos dariam maiores vantagens aos investidores estrangeiros em detrimento dos investidores nacionais, o que traria enormes prejuízos para as políticas públicas nacionais.

---

<sup>35</sup> Considerando o elenco dos países em vias de desenvolvimento, até o final da década de 1970, o Brasil ocupava a maior posição como país receptor de investimentos estrangeiros diretos. Na década de 1980, sua posição modificou-se em razão da crescente atratividade dos países asiáticos, bem como em decorrência da crise da dívida externa que gerou maior instabilidade macroeconômica do país (UNCTAD, 2000, p. 17). Todavia, o Brasil voltou a liderar sua posição privilegiada enquanto país receptor de investimentos a partir de meados da década de 1990, quando a economia brasileira passou a se estabilizar, o que, inclusive, propiciou o surgimento do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL). Cfr.: B. DE FIGUEIREDO DIAS, *Investimentos estrangeiros...*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>36</sup> Esse estudo foi detalhadamente realizado por um artigo de autoria de Fábio Morosini e Ely Caetano Xavier Júnior, intitulado “Regulação do investimento estrangeiro direto no Brasil: da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório” publicado em 2015 na *Revista de Direito Internacional*. Os autores detalham duas ondas que marcaram a experiência brasileira no que tange aos acordos de investimentos estrangeiros. A primeira onda marcada pela resistência do governo brasileiro na ratificação dos acordos de investimentos e a segunda onda remonta à aproximação do Brasil com o Sul global e a busca por instrumentos regulatórios alternativos para regulação da matéria dos investimentos estrangeiros. Cfr.: F. MOROSINI y E. C. XAVIER JÚNIOR, “Regulação do investimento estrangeiro direto no Brasil: da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório” em *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, 2015, pp. 422-423.

<sup>37</sup> E. CAPELLA FERNANDES y J. J. FIORATI, “Os ACFIS e os BITS assinados pelo Brasil: uma análise comparada” em *Revista de Informação Legislativa*, a. 52, v. 208, Brasília, Out/dez 2015, p. 249.

<sup>38</sup> Os acordos foram assinados com os seguintes países, em ordem de data: Portugal (1994), Chile (1994), Reino Unido (1994), Suíça (1994), Dinamarca (1995), Finlândia (1995), França (1995), Alemanha (1995), Itália (1995), Coreia do Sul (1995), Venezuela (1995), Cuba (1997), Holanda (1998) e Bélgica/Luxemburgo (1999). Cfr.: J. C. DE MAGALHÃES, “Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos” em *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, n. 20, 2009, p. 53

<sup>39</sup> Tratam-se do Protocolo de Colônia, que regulamentava os investimentos intrazona e o Protocolo de Buenos Aires sobre a Promoção e a Proteção de Investimentos provenientes de Estados não-partes do Mercosul, ambos de 1994, que nunca chegaram a entrar em vigor. Cfr.: J. A. FONTOURA COSTA, “Proteção e promoção do investimento estrangeiro no Mercosul – uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos?” em *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 49, n.2, 2006, pp. 60-77.

<sup>40</sup> A. GARCIA; G. TORRES, “O Modelo de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI)... *op. cit.*, p. 123.

48. Assim sendo, o Congresso Brasileiro demonstrou forte resistência à possível ratificação dos 14 APPRI's assinados. Essa resistência foi reflexo de um conjunto de oposições de ordem interna e externa, destacando-se, entre elas, o choque entre a definição de algumas das cláusulas dos APPRI's com os preceitos da Constituição Federal de 1988, a exemplo da amplitude da cláusula que define investimento, desapropriação indireta e o dispositivo que trata do mecanismo de solução de controvérsias do tipo arbitragem investidor-Estado, em que o investidor poderia optar pelo foro local ou diretamente pela arbitragem internacional (geralmente realizada pelo ICSID).

49. Ao possibilitar a escolha do investidor à arbitragem internacional (investidor-Estado), no entender de renomados internacionalistas brasileiros<sup>41</sup>, o Brasil acabaria abandonando o princípio clássico do Direito Internacional de esgotamento dos recursos internos antes de recorrer à jurisdição internacional<sup>42</sup>, o que limitaria a capacidade do Estado brasileiro de legislar soberanamente sobre essa matéria<sup>43</sup>, infringindo ainda o art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, o qual preceitua que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”<sup>44</sup>. Logo, ao relativizar citado princípio, um Estado acaba por renunciar uma parte de sua soberania, aceitando, por sua vez, a internacionalização do regime jurídico de investimentos<sup>45</sup>.

50. Referida cláusula evidencia o favorecimento do investidor estrangeiro em detrimento dos investidores nacionais, cuja única opção seria através das cortes locais, o que configuraria um tratamento discriminatório<sup>46</sup>. Na prática, a escolha de um foro internacional por parte do investidor estrangeiro cria a seguinte situação: iguala diante de um tribunal arbitral um Estado soberano e uma empresa multinacional<sup>47</sup>.

51. Nessa linha de raciocínio, convém destacar a argumentação refletida pela Consultoria da Câmara dos Deputados em desfavor do mecanismo de solução de controvérsias eleito nos APPRI's assinados pelo Brasil nos anos de 1990: “*A forma de solução de controvérsias adotada nos acordos bilaterais tem implícito o entendimento de que o foro externo pode ser mais favorável, ágil ou confiável que a jurisdição nacional. Desse modo, o objetivo dos acordos de conceder ao investimento da outra Parte um tratamento não menos favorável do que o dispensado aos investimentos de seus nacionais é paradoxal pois, sob o ponto de vista do investimento nacional, a igualdade se torna profundamente desigual: o investidor nacional não pode recorrer a um foro externo para dirimir controvérsias com o Estado brasileiro, o que deve ser considerado uma desvantagem em termos de concorrência*”<sup>48</sup>.

52. Convém reforçar que ao longo da década de 1990, segundo dados da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento - *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD)<sup>49</sup>, já expostos na Introdução deste artigo, houve uma proliferação do número de APPRI's, que atualmente somam mais de 3.000 (três mil). Como consequência lógica, os Estados e investidores

<sup>41</sup> A exemplo do professor Antônio Augusto Cançado Trindade, o qual atuou inúmeras vezes como consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores em vários foros internacionais e o professor Celso de Albuquerque Mello.

<sup>42</sup> O princípio do esgotamento dos recursos internos prescreve ter o Estado o direito de sanar um suposto ilícito, valendo-se do seu direito interno, antes que sua responsabilidade internacional seja levantada. Segundo Godinho Gilaberte, “ao deixar de aplicá-la, um Estado está renunciando a uma parcela da soberania e permitindo a internacionalização do regime jurídico dos investimentos” (K. GODINHO GILABERTE, *Acordos sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos. A evolução da política brasileira e perspectivas*. Ministério das Relações Exteriores- CAE. 1995, p. 179

<sup>43</sup> A. A. CANÇADO TRINDADE, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*. Brasília: UnB, 1984, p. 24.

<sup>44</sup> Referido posicionamento restou claramente observado no parecer emitido pela Comissão de Relações Exteriores quando da análise do APPRI assinado com a Suíça. BRASIL. Parecer da comissão de relações exteriores sobre o acordo entre o governo da República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça sobre a promoção e a proteção recíproca de investimentos. Relator: Dep. Aroldo Cedraz. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, v. 61, n. 224, p. 31621, 3 dez. 1996.

<sup>45</sup> K. GODINHO GILABERTE, *Acordos sobre Promoção... op. cit.*, p. 170.

<sup>46</sup> E. CAPELLA FERNANDES y J. J. FIORATI, “Os ACFIS e os BITs assinados pelo Brasil...op. cit.”, p. 269.

<sup>47</sup> D. BITHIAD DE AZEVEDO, *Os acordos para a promoção e a proteção de investimentos assinados pelo Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001, p. 8.

<sup>48</sup> *Loc. cit.*

<sup>49</sup> UNCTAD. *World Investment Report 2020*. United Nations, 2020.

do mundo inteiro passaram a dar maior atenção às políticas de tratamento dispostas nas cláusulas desses acordos, tecendo diversas análises críticas acerca das limitações dos mesmos<sup>50</sup>, tais como as polêmicas decisões arbitrais revelando a onerosidade de determinados processos, com decisões adjudicando indenizações milionárias a investidores estrangeiros, a falta de transparência e inconsistência dos laudos, demonstrando a parcialidade arbitral<sup>51</sup> etc.

**53.** Diante do grande número de APPRI's, a execução desses acordos passou a suscitar demandas que ingressaram em tribunais arbitrais dando origem há aproximadamente 600 casos de solução de controvérsias na modalidade de arbitragem investidor-Estado (desde a sua criação). Três quartos desses casos foram contra países em desenvolvimento e economias em transição, sendo que os países da América Latina e do Caribe contam com a maior fatia (29%)<sup>52</sup>.

**54.** Apenas para se ter uma ideia, entre os anos de 2013 e 2018, houve um *boom* sem precedentes de reivindicações contra os países africanos, os quais foram levados a foros internacionais de arbitragem com base em seus APPRI's, resultando em custos altíssimos para países tradicionalmente pobres. No interregno de seis anos (entre 2013 e 2018), eles receberam, por exemplo, mais reclamações do que as recebidas nos últimos 20 anos anteriores<sup>53</sup>.

**55.** Verifique-se, ainda, que não obstante a desaceleração econômica causada pela pandemia provocada pela Covid-19, o ICSID registrou 58 casos em 2020, sendo o maior número desde então e, dentre esses casos, nove envolvem países africanos<sup>54</sup>, especialmente em três setores: petróleo, gás e mineração; energia elétrica e outras energias e construção, as quais respondem pela maioria das disputas (24%, 17% e 9%, respectivamente)<sup>55</sup>.

**56.** Em razão especialmente da predominância do meio de resolução de conflitos arbitragem investidor-Estado, alguns países (a maioria latino-americanos) começaram a denunciar<sup>56</sup> os acordos de

<sup>50</sup> Destaca-se que no atual panorama internacional de críticas em torno da arbitragem investidor-Estado, discute-se a viabilidade de inclusão dessa cláusula no Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (TTIP) e no Acordo Compreensivo Econômico e Comercial (CETA), em negociação entre EUA e União Europeia, como também Canadá e União Europeia, respectivamente. Ademais, outros Estados, como Austrália, já manifestaram seu desejo de excluir a arbitragem investidor-Estado dos seus acordos de investimento. E. CAPELLA FERNANDES, "New concerns in international investment law: balancing investor's rights and host state's interests in investment arbitration" em *Young Arbitration Review*, Lisboa, v. 17, p. 36-42, abr. 2015, p. 37.

<sup>51</sup> BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos. [On line] Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15554-acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos>>.

<sup>52</sup> BRASIL. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO INDÚSTRIA E COMÉRCIO. Apresentação Geral do Modelo Brasileiro de Acordos de Investimentos. [On line] Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/Apresentacao-Geral-do-ACFI-PT.pdf>

<sup>53</sup> B. MÜLLER y C. OLIVET, *Impacts of investment arbitration against African States*. Amsterdam: TNI, 2019. (ISDS in Numbers). [On line] Disponível em: [https://www.tni.org/files/publication-downloads/isds\\_africa\\_web.pdf](https://www.tni.org/files/publication-downloads/isds_africa_web.pdf).

<sup>54</sup> Os nove casos são: (1) *United Agencies Limited SA contra República Democrática Popular da Argélia*, processo ICSID nº ARB/20/1; (2) *Hope Services LLC contra República dos Camarões*, ICSID Processo nº ARB/20/2; (3) *Kansanshi Mining Plc contra República da Zâmbia*, processo ICSID nº ARB/20/17; (4) *Teyliom International e outros contra República do Benin*, processo ICSID nº ARB/20/24; (5) *Winshear Gold Corp/República Unida da Tanzânia*, processo ICSID nº ARB/20/25; (6) *Nachingwea UK Limited (Reino Unido), Ntaka Nickel Holdings Limited (Reino Unido) e Nachingwea Nickel Limited (Tanzânia) contra República Unida da Tanzânia*, Processo ICSID nº ARB/20/38; (7) *Banco Nacional do Qatar (QPSC) contra República do Sudão do Sul e Banco do Sudão do Sul*, Processo ICSID nº ARB/20/40; (8) *Eni International BV, Eni Oil Holdings BV e Nigerian Agip Exploration Limited contra República Federal da Nigéria*, processo ICSID nº ARB/20/41; e (9) *Gesenu SpA contra República Árabe do Egito*, processo ICSID nº ARB/20/45. Cfr.: T. NAUD; B. SANDERSON y M. DESPLATS. "Investment Arbitration in Africa" em *Global Arbitration Review*. Publicado em: 26.mai.2021. [On line] Disponível em: <https://globalarbitrationreview.com/review/the-middle-eastern-and-african-arbitration-review/2021/article/investment-arbitration-in-africa#footnote-004>.

<sup>55</sup> ICSID. *The ICSID Caseload — Statistics Issue 2021-1*. p. 7;12. [On line] Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20%282021-1%20Edition%29%20ENG.pdf>.

<sup>56</sup> Três Estados da América Latina denunciaram à Convenção de Washington: a Bolívia em 2007, seguido pela República do Equador em 2009 e pela República Bolivariana da Venezuela em 2012. Cfr. E. CAPELLA FERNANDES, "O posicionamento latino-

investimentos ou a estabelecer novos marcos legais sob a égide de novos instrumentos contratuais, encontrando outros meios regulatórios para a proteção e facilitação dos investimentos estrangeiros. Outros países como África do Sul, Indonésia, Índia, Austrália, entre outros, estão atualmente, em processo de revisão de seus APPRI's<sup>57</sup>.

57. Resistindo fortemente à tendência quase que universal, o Brasil então passou a ser conhecido como um dos únicos países do mundo a não ratificar um APPRI. Nesse contexto, passadas duas décadas desde a assinatura desses primeiros acordos não ratificados, o Brasil se projetou na elaboração de seu próprio modelo regulatório que fosse sensível às limitações constitucionais internas e que respondesse às aspirações do Brasil enquanto economia emergente.

#### IV. ACFI BRASILEIRO: mecanismos de governança institucional para prevenção de conflitos e mitigação de riscos

58. Especialmente em meados dos anos 2000, graças ao fortalecimento de sua economia, o Brasil passou a liderar a indústria de exportação, internacionalizando suas empresas e conquistando novos mercados, especialmente no âmbito Sul-Sul<sup>58</sup>, o que foi determinante para a mudança de seu perfil: de Estado meramente receptor de investimentos para Estado investidor<sup>59</sup> (concretizando, assim a segunda fase da experiência brasileira narrada no início do tópico anterior).

59. O processo de internacionalização crescente, fez com que o Brasil passasse a merecer atenção particular do próprio Direito Internacional dos Investimentos, em razão da possibilidade de novas regulamentações e do novo tratamento jurídico oferecido aos investidores e aos investimentos estrangeiros<sup>60</sup>.

60. Nesse movimento, a partir de 2007, o governo brasileiro inicia a esboçar e expor seu novo modelo de acordo de investimentos, demonstrando sua preocupação com as novas tendências internacionais ao elaborar cláusulas que contemplassem os interesses das partes envolvidas no acordo com maior equilíbrio: alinhando suas necessidades com as demandas do setor privado, dos investidores e com a estratégia de desenvolvimento dos países de acolhimento do investimento<sup>61</sup>.

61. Em 2015, os primeiros Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI's), como foram denominados, começaram a ser assinados essencialmente com países africanos e latino-americanos, além do Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos no âmbito do Mercosul - (PCFI), baseado no ACFI em 07/04/2017<sup>62</sup>, conforme se verifica esquematicamente no quadro abaixo<sup>63</sup>:

---

-americano frente ao CISDI: análise das denúncias da Convenção de Washington promovidas pela Bolívia, Equador e Venezuela" em *Direito internacional [Recurso eletrônico on-line]* organização CONPEDI/UNINOVE. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

<sup>57</sup> BRASIL. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO INDÚSTRIA E COMÉRCIO. Apresentação Geral do Modelo Brasileiro de Acordos de Investimentos, *op. cit.*

<sup>58</sup> Muitos esforços foram investidos no sentido de intensificar as relações externas com o Mercosul e outros países sul-americanos e depois se tornaram uma política mais ampla em relação ao Sul global: América Latina, África e Ásia. F. MOROSINI y M. RATTON, "The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): a new formula for international investment agreements?" em *Investment Treaty News*, Issue 3. Volume 6. August 2015, p. 3.

<sup>59</sup> Entre 2007 e 2017, o volume de capitais brasileiros no exterior percebeu aumento de 153%, com destaque para os investimentos diretos no exterior, que saltaram de US\$ 142 bilhões para US\$ 387 bilhões. Dados obtidos a partir do Banco Central do Brasil. [On line] Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/>.

<sup>60</sup> V. D. ROCHA GABRIEL y J. A. FONTOURA COSTA, "O Brasil e a proteção jurídica dos investimentos estrangeiros: da negociação de novos acordos à reflexão sobre o seu cumprimento a partir da arbitragem de investimentos" em *Contexto. Revista de Derecho y Economía*, n.º 46, diciembre 2016, p. 63.

<sup>61</sup> BRASIL. CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *O modelo brasileiro de acordos de cooperação e facilitação de investimentos*. Brasília: CNI, 2020, p. 12.

<sup>62</sup> BRASIL. SISTEMA DE COMÉRCIO EXTERIOR – SISCOMEX. [On line] Disponível em: <https://www.gov.br/siscomex/pt-br/acordos-comerciais/acfi>.

<sup>63</sup> O conteúdo integral dos textos dos acordos de cooperação e facilitação de investimentos assinados pelo Brasil está

Quadro 1. ACFI's do Brasil.

País	Data de celebração	Vigência
Moçambique	30/03/2015	Em ratificação da outra parte
Angola	01/04/2015	2017
México	26/05/2015	2018
Malawi	25/06/2015	Em ratificação da outra parte
Colômbia	09/10/2015	Em ratificação da outra parte
Peru <sup>1</sup>	29/04/2016	Em ratificação da outra parte
Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos – Mercosul	07/04/2017	2019
Etiópia	11/04/2018	Tramitação Congresso Nacional
Suriname	02/05/2018	Tramitação Congresso Nacional
Chile <sup>2</sup>	21/11/2018	Tramitação MRE
Guiana Francesa	13/12/2018	Tramitação Congresso Nacional
Emirados Árabes Unidos	15/03/2019	2023
Marrocos	13/06/2019	Tramitação Congresso Nacional
Equador	25/09/2019	Tramitação MRE
Índia	25/01/2020	Tramitação Ministérios/Casa Civil
São Tomé e Príncipe	27/08/2023	Tramitação MRE

Elaboração da autora

Fonte: BRASIL. CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. O modelo brasileiro de acordos de cooperação e facilitação de investimentos. Brasília: CNI, 2020, p. 12. [On line] Disponível em: file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/id\_236339\_o\_modelo\_brasileiro\_de\_acordos\_web%20(3).pdf.

**62.** Como se verifica, ao total, são 15 acordos firmados sob o novo modelo regulatório e o Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos no âmbito do Mercosul, todavia, apenas 3 se encontram em vigência (Angola, México e Emirados Árabes). A maioria aguarda o processo de internalização para sua entrada em vigor.

**63.** O modelo de acordo brasileiro está concentrado na ideia de cooperação e facilitação de investimentos, a qual permeia toda a estrutura dos ACFI's, buscando compatibilizar as necessidades dos investidores com o desenvolvimento de uma dinâmica agenda cooperativa de longo prazo<sup>64</sup>.

**64.** Desse modo, são três os pilares principais de sua sustentação: a) cooperação e facilitação de investimentos; b) governança institucional por órgãos permanentes e c) mitigação de riscos, prevenção e solução de controvérsias. Nesse momento, interessa aprofundar o último pilar.

**65.** Como outrora dito, o modelo ACFI afastou um dos dispositivos mais controversos dos APPRI's, os quais foram uma das motivações principais que conduziram a não ratificação desses acordos por parte do Brasil, qual seja, o mecanismo de solução de conflitos do tipo investidor-Estado, deixando à escolha do investidor entre instaurar um procedimento arbitral ou recorrer às cortes locais<sup>65</sup>, isso após frustradas as tentativas de conciliação e mediação da controvérsia apresentada.

disponível no site do Ministério das Relações Exteriores. [On line] Disponível em: <https://concordia.itamaraty.gov.br/pesquisa?TipoAcordo=BL%2CTL%2CML&TituloAcordo=acordo%20de%20coopera%C3%A7%C3%A3o%20e%20facilita%C3%A7%C3%A3o%20de%20investimentos&page=1&tipoPesquisa=1>.

<sup>64</sup> N. M. PERRONE y G. R. CERQUEIRA CÉSAR, "Tratados de Investimentos Brasileiros: um novo modelo de tratados de investimentos?" en *Revista Brasileira de Comércio Exterior*: FUNCEX: Fundação Centro de Estudos do Comércio Exterior. n. 128. Ano XXX. jul/ago/set. 2016, p. 39.

<sup>65</sup> BRASIL. MINISTÉRIO DE DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO. Carta de Apresentação de Modelo Brasileiro de Acordos de Investimento... *op. cit.*

66. Assim, diferentemente dos convencionais APPRI's, os ACFI's excluíram a cláusula de estipulação de arbitragem investidor-Estado – mantendo, todavia, a modalidade arbitragem Estado-Estado<sup>66</sup> –, apostando num modelo voltado à prevenção de conflitos, atribuído aos Pontos Focais Nacionais e ao Comitê Conjunto.

67. Desse modo, os ACFI's inovaram ao estabelecer uma governança institucional para gerir o acordo, quais sejam, o *Ombudsman* de Investimentos<sup>67</sup> também denominados de “Pontos Focais” e um *Comitê Conjunto intergovernamental*. Essas instâncias são consideradas o núcleo institucional de governança do ACFI, contribuindo “*para a concretização dos compromissos firmados e para o fortalecimento do diálogo entre as partes em matéria de investimentos*”<sup>68</sup>.

68. Referida estrutura se insere de maneira inédita nos acordos de investimento, sendo uma via que já vem sendo utilizada por outros Estados como Coreia do Sul, Cazaquistão, Quirguistão, Peru, Colômbia, África do Sul e Ucrânia, contribuindo, em muito, para converter a litigiosidade (característica do meio judicial e arbitral) em consensualidade na solução de conflitos advindos dos acordos de investimentos<sup>69</sup>.

69. Os *Ombudsmen* funcionam como órgãos governamentais que deverão se fazer presente em cada Estado-parte do acordo<sup>70</sup> para atuar no dia-a-dia do investidor, como intermediário entre ele e o governo do Estado anfitrião, tendo como “função principal dar apoio governamental aos investimentos da outra Parte realizados em seu País”<sup>71</sup>.

70. Entre outras atribuições, caberá aos Pontos Focais: “*interagir com as autoridades governamentais pertinentes para avaliar e recomendar, quando adequado, as sugestões ou reclamações recebidas pelo Governo e investidores da outra Parte, informando ao Governo, ou investidor interessado, acerca dos compromissos derivados de tais sugestões ou reclamações; prevenir disputas e facilitar a sua resolução em coordenação com as autoridades governamentais e em colaboração com entidades privadas pertinentes; prestar informações tempestivas e úteis às Partes sobre questões normativas relacionadas a investimentos em geral ou a projetos específicos*”<sup>72</sup>.

---

<sup>66</sup> “Evidenciou-se, com a assinatura do Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos, a manutenção da posição brasileira de resistência à arbitragem de investimentos entre investidor estrangeiro e Estado hospedeiro. Desse modo, na persistência de uma controvérsia, admite-se, apenas, a arbitragem entre Estados, cuja definição e implementação depende da atuação do comitê conjunto”. Cfr.: F. MOROSINI Y E. C. XAVIER JÚNIOR, “Regulação do investimento estrangeiro direto no Brasil... *op. cit.*”, p. 440. No entanto, importante ressaltar que, embora a arbitragem entre Estados esteja presente nos ACFI's, ela não será o principal mecanismo para a solução de disputas, que se focaliza na prevenção de disputas e mitigação de riscos.

<sup>67</sup> O *Ombudsman* de Investimentos foi criado a partir da inspiração do *Office of the Foreign Investment Ombudsman* (OFIO), que opera no âmbito da *Korea Trade-Investment Promotion Agency* (KOTRA) na Coreia do Sul, tendo sua primeira experiência bem-sucedida no setor de investimentos da Coreia do Sul, no ano de 1998, quando foi implantado para atrair investimentos estrangeiros, captando benefícios, oferecendo assistência aos investidores e, principalmente, servindo como meio preventivo de solução de conflitos. Na fase de elaboração da governança institucional dos ACFI's, as autoridades brasileiras visitaram oficialmente o escritório da KOTRA, a fim de compreender a estrutura do *Ombudsman* de Investimentos, por ter recebido o reconhecimento enquanto iniciativa exitosa por diversas instituições internacionais relevantes, a exemplo da UNCTAD e da OCDE. Cfr.: J. A. FONTOURA COSTA Y V. D. ROCHA GABRIEL, “A proteção dos investidores nos Acordos de Cooperação e Favorecimento de Investimentos: perspectivas e limites” em *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 49. Jun. 2016.

<sup>68</sup> BRASIL. MINISTÉRIO DE DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO. Carta de Apresentação de Modelo Brasileiro de Acordos de Investimento... *op. cit.*

<sup>69</sup> F. PASCUAL-VIVES, “¿Hay alternativas al arbitraje de inversión?: redefiniendo la solución de las controversias relativas a inversiones extranjeras” em K. FACH GOMEZ (Ed). *La Política de la Unión Europea en materia de Derecho de las Inversiones Internacionales*. Barcelona: Bosch, 2017, p. 185.

<sup>70</sup> Ressalte-se que o *Ombudsman* de Investimentos Diretos no Brasil integra a Secretaria-Executiva da Câmara de Comércio Exterior – Camex, tendo sua competência definida no art. 4º do Decreto nº 8.863, de 28 de setembro de 2016, alterada pelo Decreto nº 9.770 de 22 de abril de 2019.

<sup>71</sup> Art. 5º do ACFI Brasil-Angola.

<sup>72</sup> Art. 15, ACFI Brasil-México.

71. O Comitê Conjunto, por sua vez, é composto por representantes governamentais de ambos os Estados-partes, possuindo entre suas responsabilidades: administrar o acordo em geral, podendo monitorar a implementação e execução dos mesmos; interpretar as disposições do acordo com efeito geral e vinculante para as partes e para os órgãos de solução de controvérsias reconhecidos no acordo; avaliar inicialmente a controvérsia, realizando possíveis consultas e negociações entre as partes; resolver questões e controvérsias relativas a investimentos de investidores de uma das partes de maneira amigável<sup>73</sup>, entre outras.

72. A atuação do Comitê Conjunto, em geral, tem início quando já existe uma controvérsia instalada entre investidor e Estado. Todavia, mesmo que sua atuação não seja de todo “preventiva”, tem o potencial de facilitar uma conciliação, já que “*uma decisão do Comitê pressupõe a aquiescência de ambos os Estados envolvidos - o Estado anfitrião e o Estado de nacionalidade do investidor. Pode não prevenir uma controvérsia, mas previne uma arbitragem entre Estados*”<sup>74</sup>.

73. Os *Ombudsmen* deverão atuar de maneira coordenada com o Comitê Conjunto, promovendo o intercâmbio regular de informações, favorecendo a prevenção e facilitando a sua resolução, servindo como uma primeira instância de atuação na resolução de eventuais controvérsias, baseando seus esforços em consultas, negociações e mediação, no sentido de desestimular o uso das vias arbitrais.

74. Constata-se, a partir das funções apresentadas pelos órgãos institucionais dos ACFI's que existe um alinhamento em favor das recomendações da UNTCAD, a qual afirma que “*mecanismos de prevenção economizam tempo e dinheiro, além de promoverem uma solução negocial que evite a escalada de disputa e preserva uma relação amistosa entre as Partes*”<sup>75</sup>.

75. Na prática e em linhas gerais, o procedimento de prevenção de controvérsias descrito nos ACFI's funciona da seguinte forma: havendo uma questão específica de interesse de um investidor estrangeiro, este deverá apresentá-la diretamente ao Ponto Focal do Estado anfitrião, a fim de buscarem juntos uma solução negociada amigavelmente. Em não logrando êxito nesta primeira negociação, o ACFI prevê uma segunda etapa, a qual permite a apresentação da questão ao Comitê Conjunto, por intermédio, exclusivamente, do governo de seu Estado de origem. O Comitê Conjunto, por sua vez, terá o prazo de até sessenta dias prorrogáveis por igual período para avaliar as informações pertinentes do caso apresentado e submeter um relatório, o qual deverá incluir a posição das partes a respeito da medida<sup>76</sup>. Importa destacar que sempre que se fizer possível, os representantes do investidor e das entidades não-governamentais poderão participar da consulta bilateral e do procedimento de diálogo<sup>77</sup>.

76. No entanto, embora se perceba a intenção da proposta dos acordos brasileiros em resolver amigavelmente as controvérsias oriundas de seus próprios investimentos, efetivamente observando o cenário internacional em muitos desses conflitos, dificilmente os Estados estão dispostos ou mesmo culturalmente preparados para chegarem a uma solução negociada amigável<sup>78</sup>.

77. Por essa razão, tal proposta, em grande parte das situações, pode se revelar insuficiente, pois em não solucionado o caso, a única hipótese que resta para o investidor será aquela de solicitar a intervenção de seu Estado de origem, o que, por conseguinte, acaba por trazer à baila as desvantagens da proteção diplomática.

<sup>73</sup> Art. 18, ACFI Brasil-Ecuador.

<sup>74</sup> A. R. FREITAS DA SILVA, “A evolução da solução de controvérsias nos ACFIs” em *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 2, 2019, p. 9.

<sup>75</sup> UNTCAD. *Reform of investor-state dispute settlement: in search of a roadmap*. IIA Issues, June 2013, Note nº 2, p.5.

<sup>76</sup> Art. 18, ACFI Brasil-México.

<sup>77</sup> Art. 18 (3, c) ACFI Brasil-México.

<sup>78</sup> E. CAPELLA FERNANDES y J. J. FIORATI, “Os ACFIS e os BITs assinados pelo Brasil... *op. cit.*, p. 270.

**78.** A arbitragem Estado-Estado (intergovernamental), faz referência ao instituto da *proteção diplomática*, quando o Estado de origem do investimento irá exercer a função de zelar pelos interesses do seu nacional investidor em face do Estado anfitrião, assumindo a reclamação do seu nacional, a qual se torna uma reclamação do próprio Estado, cabendo a ele a palavra final sobre o acordo e os valores devidos nas indenizações o que, pode ser considerada uma desvantagem por constituir um ato discricionário do Estado<sup>79</sup>. Isso porque no momento em que o Estado decide proteger o investidor/investimento de seu nacional no exterior, no exercício da proteção diplomática, a disputa passa a ser assumida pelo próprio Estado.

**79.** Por outro lado, caso o Estado de origem do investidor resolva não exercer a proteção diplomática, não haverá outro recurso disponível para o mesmo a não ser recorrer ao Poder Judiciário do Estado anfitrião (alternativa que no universo dos investimentos estrangeiros não se apresenta como a melhor opção pelas inúmeras limitações existentes)<sup>80</sup>.

**80.** Importa destacar, ademais, que o objetivo da arbitragem entre Estados descrito nos ACFI's é "*colocar a medida em conformidade*": "*O objetivo da arbitragem é determinar a conformidade com este Acordo de medida alegada por uma Parte como desconforme com este Acordo*"<sup>81</sup>, ou seja, suprimir a medida considerada incompatível com as disposições do acordo. Esse objetivo se repete em todos os ACFI's e teve como inspiração o Acordo Constitutivo da Organização Mundial de Comércio (OMC)<sup>82</sup>.

**81.** Já no caso de uma decisão que estabeleça uma compensação pelos prejuízos sofridos por uma das partes<sup>83</sup>, esta exigirá o consentimento adicional dos Estados<sup>84</sup>. "*Eventual conversão de uma decisão de 'colocar a medida em conformidade' em compensação por danos parece exorbitar a competência arbitral, salvo se autorizado pelas Partes*"<sup>85</sup>.

**82.** Do ponto de vista da soberania estatal, diversas são as críticas que pairam a respeito da inclusão da cláusula de solução de controvérsias Estado-Estado, porquanto referida cláusula pode acabar levando à arbitragem questões políticas internas, como também poderá, inclusive, criar jurisdição para revisar as políticas dos Estados que firmam os acordos<sup>86</sup>, o que torna suscetível a soberania estatal na realização de políticas públicas de seu interesse.

**83.** Conforme é possível observar, a proteção diplomática, sendo usada de acordo com o interesse do Estado, consiste num instrumento muito mais político que jurídico, por tal razão, a arbitragem investidor-Estado, de certa forma, veio a substituir, na maioria dos casos, as controvérsias entre Estados de origem e investidor, o que pode explicar a pouquíssima utilização do mecanismo de arbitragem entre Estados atualmente<sup>87</sup>.

**84.** Daí a pergunta: a escolha do Brasil em excluir a arbitragem investidor-Estado de seus acordos constitui avanço ou anacronismo diante do atual panorama do Direito Internacional de Investimentos?

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 267.

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 273.

<sup>81</sup> Art. 25 (2), ACFI Brasil-Ecuador.

<sup>82</sup> Art. 19 (1) do Anexo II do ACORDO CONSTITUTIVO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE COMÉRCIO, Marraquexe, Marrocos, 15 abr. 1994.

<sup>83</sup> "(...) As Partes, no entanto, podem acordar que os árbitros considerem a existência de danos causados pela medida questionada e estabeleçam no laudo uma compensação por tais danos. Se o laudo arbitral estabelecer uma compensação monetária, a Parte que receber essa compensação deve transferi-la para os titulares dos direitos sobre o investimento em questão, após dedução dos custos do litígio, em conformidade os procedimentos internos de cada Parte". Atr. 19 (2), ACFI Brasil-México.

<sup>84</sup> Art. 19(2) do ACFI Brasil-México, art. 23 (14) do ACFI Brasil-Colômbia, art. 25 (13) do ACFI Brasil-Suriname e art. 24 (11) do ACFI Brasil-Etiópia.

<sup>85</sup> A. R. FREITAS DA SILVA, "A evolução da solução de controvérsias nos ACFIs" ... *op. cit.*, p. 11.

<sup>86</sup> M. SORNARAJAH *The internacional law...*, *op. cit.*, p. 256.

<sup>87</sup> K.C.FONSECA, *Investimentos estrangeiros...*, *op. cit.*, p. 128.



**85.** Se por um lado o ACFI apresenta-se como uma estrutura inovadora pondo ênfase na cooperação e prevenção de controvérsias, configurando-se como uma alternativa aos tradicionais APPRI's; por outro lado, demonstra ser uma estrutura rígida em face da forte resistência à arbitragem investidor-Estado, que no atual cenário brasileiro configura-se, no mínimo, incongruente. Isso porque estando o Brasil numa posição atraente para investidores estrangeiros<sup>88</sup>, explorar opções que permitam o acesso direto desses investidores ao procedimento arbitral não parece ser uma decisão “insana”.

**86.** Muito pelo contrário, as reformas do sistema arbitral de investimentos exigem uma mudança de paradigma que convergem para assimilar a prevenção e conciliação como tentativa de negociação prévia antes de dar início ao processo arbitral. Nesse sentido, a experiência brasileira poderá servir de parâmetro para promover uma governança institucional em prol da prevenção de conflitos e mitigação de risco.

**87.** No entanto, o Brasil precisa vencer as suas resistências e temor de assumir uma arbitragem do tipo investidor-Estado, afinal, em muitos casos, não é possível chegar a uma solução negociada amigavelmente pelas próprias matizes e variantes do conflito, o que revela a insuficiência do modelo regulatório brasileiro nesse aspecto.

## V. Conclusões

**88.** Num cenário em que se discutem reformas à cláusula de arbitragem investidor-Estado, o novo modelo regulatório brasileiro representa uma proposta alternativa, em razão de diversos dispositivos que não são facilmente encontrados nos APPRI's tradicionais, entre eles se encontram: a prevalência dos mecanismos de prevenção de conflitos e mitigação de riscos com a institucionalização de instâncias como o Ponto Focal e o Comitê Conjunto; a previsão de troca de informações entre as partes; o incentivo ao envolvimento do setor privado; cláusulas relativas à responsabilidade social corporativa (contribuindo ao desenvolvimento sustentável do Estado receptor e da comunidade local, por meio da adoção de práticas socialmente responsáveis); o desenvolvimento de agendas estratégicas com a inclusão de temas de interesse dos investidores a fim de promover o fomento e a facilitação dos investimentos bilaterais.

**89.** Todas essas inovações consistiram numa tentativa incipiente de atenuar uma parte dos problemas tradicionalmente existentes nos clássicos acordos bilaterais de investimentos, visando diminuir alguns riscos, minimizar os desequilíbrios entre os interesses dos investidores em proteger seus investimentos e os interesses dos países hospedeiros em promover desenvolvimento socioeconômico, bem como atenuar típicas cláusulas “abusivas” dos APPRI's que colocam em vantagem os investidores estrangeiros em detrimento dos nacionais.

**90.** Importante destacar também que, desde a sua elaboração, os ACFI's buscaram levar em consideração as peculiaridades típicas de um país em vias de desenvolvimento, providenciando um regime jurídico caracterizado, principalmente, pelo diálogo e pela cooperação entre as partes, além da busca de solução amigável de conflitos, motivo pelo qual o ACFI foi visto por muitos como um “modelo light” de acordo ou, para outros críticos, como uma estrutura de acordo “sem dentes”.

**91.** Por tudo o que fora exposto, não há de se negar que o modelo ACFI representa um avanço em matéria de investimentos estrangeiros, revelando um importante passo em prol da mudança na tríplice relação entre Estado-investidor, investidores e Estado-anfitrião. Contudo, o atual cenário brasileiro de reaproximação a países desenvolvidos que utilizam a arbitragem investidor-Estado, demonstra que

---

<sup>88</sup> Estando entre os dez maiores receptores de capital, tendo recebido no ano de 2018 US\$ 60 bilhões em investimentos externos, e em 2019, US\$ 72 bilhões, o Brasil é considerado um dos principais destinos de investimentos estrangeiros no mundo. UNCTAD. *World Investment Report 2020*, p. 12.

o ACFI poderia ir além de seu desenho institucional (extremamente centralizado no Estado) proporcionando maior segurança jurídica para os investimentos ao conceder direito de ação diretamente ao investidor (seja para um julgamento por um órgão internacional seja para um processo arbitral).<sup>89</sup>

**92.** Certo é que a definição e a escolha dos mecanismos de solução de controvérsias nos acordos de investimentos passaram a determinar a adesão, a oposição ou mesmo a exclusão de países em determinados acordos. Em razão disso, as reformas ao sistema arbitral são muito bem-vindas. O Brasil, por exemplo, vem acompanhando as discussões do Grupo de Trabalho III da Comissão das Nações Unidas sobre Direito Comercial Internacional – UNCITRAL – sobre as reformas no mecanismo de arbitragem investidor-Estado e, dentre as propostas apresentadas, encontra-se a concepção de um tribunal internacional de investimentos.

**93.** É possível citar ainda outras propostas alternativas ao sistema ICSID que já são uma realidade ou estão em trâmite<sup>90</sup>, como a proposta feita pela Comissão Europeia no final do ano de 2016 para a criação de uma Corte de Arbitragem Permanente (MIC – *Multilateral Investment Court*) nos acordos TTIP (*Transatlantic Trade and Investment Partnership* - Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento entre Estados Unidos e União Europeia) e CETA (*Comprehensive Economic and Trade Agreement* - Acordo Integral de Economia e Comércio entre a União Europeia e o Canadá)<sup>91</sup>.

**94.** Reconhecendo que o Brasil protagonizou um novo modelo regulatório de acordo, contribuindo para dar novos itinerários ao regime jurídico internacional de investimentos, a partir da cooperação e prevenção de conflitos, em um futuro não tão distante, quando seus acordos estiverem em plena execução (visto que a maioria deles ainda não entrou em vigor), poderá repensar seu desenho institucional, somando a solução de controvérsias diretamente entre investidor-Estado em novos parâmetros de atuação a partir das reformas ao sistema arbitral.

---

<sup>89</sup> A. R. FREITAS DA SILVA, “A evolução da solução de controvérsias nos ACFIs”... *op. cit.* p. 13.

<sup>90</sup> Apresentando objeções ao ICSID, o Conselho dos Chefes de Estado e de Governo da União de Nações Sul-Americanas (UNASUL) determinou no ano de 2010 a criação de um grupo de trabalho para elaborar o Acordo Constitutivo do Centro de Solução de Controvérsias em Matéria de Investimentos da UNASUL (Centro ou Tribunal da UNASUL). Cfr.: Declaración del Consejo de Jefes y Jefes de Estado y de Gobierno de La Unión de Naciones Suramericanas de 26 de noviembre de 2010. Importa destacar que as negociações para a criação desse Centro ainda são muito incipientes, porquanto a UNASUL, após um longo período de estagnação e saída de países-membros em função de divergências políticas, tem retomado paulatinamente suas alianças. O Brasil, por exemplo, recentemente assinou o Decreto nº 11.475 colocando o país de volta ao grupo. Cfr.: BRASIL. Decreto nº 11.475, de 6 de abril de 2023. Promulga o Tratado Constitutivo da União de Nações Sul-Americanas, firmado pela República Federativa do Brasil, em Brasília, em 23 de maio de 2008.

<sup>91</sup> F. PASCUAL-VIVES, “¿Hay alternativas al arbitraje de inversión... *op. cit.*, pp. 175-200.