XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO INTERNACIONAL

DIRCEU PEREIRA SIQUEIRA

FLORISBAL DE SOUZA DEL OLMO

JOAO HENRIQUE RIBEIRO RORIZ

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597
Direito internacional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Dirceu Pereira Siqueira
Florisbal de Souza Del Olmo
Joao Henrique Ribeiro Roriz j – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-791-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO INTERNACIONAL

Apresentação

Mesmo antes do final da Segunda Guerra Mundial muitos já procuravam os culpados pelo seu início. Uns apontavam dedos para países ou para líderes específicos, enquanto outros entendiam que certas instituições e determinadas ideias teriam tanta responsabilidade quanto os primeiros. Junto com a Liga das Nações e tratados como o Pacto Briand-Kellogg, a própria linguagem do direito internacional foi acusada de não ter conseguido ser um óbice para as intenções humanas mais belicosas. Alguns chegaram a afirmar que a nova ordem após a guerra não deveria ser obra de juristas e de normas, e defendiam abertamente um retorno ao equilíbrio de poder das potências e à Realpolitik.

Dentre os que saíram em defesa do direito internacional, temos o internacionalista brasileiro Hildebrando Accioly. Em um artigo de 1947 publicado no então Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Accioly escreveu: “Se há crimes, na vida interna dos Estados, não é por falta da lei penal; se as violações das leis da guerra foram tão enormes, na recente conflagração mundial, foi devido principalmente às desmesuradas proporções que esta assumiu, subvertendo princípios e, em certos campos, eliminando todas as considerações de respeito a quaisquer direitos”1 . Não haveria porque se desesperar sobre o futuro do direito das gentes. O otimismo de Accioly se dava na sua confiança de que o direito internacional ainda tinha muito a oferecer na nova ordem que se construía.

Algumas décadas depois, a disciplina que Accioly defendia continua movimentando textos, debates e ideias. De discussões herméticas em salas de presidentes e ministros de Estado a manchetes de jornais e discussões rotineiras, o direito internacional persiste no imaginário e nas práticas das pessoas e instituições neste início de século XXI. Seu ensino nas faculdades de direito no Brasil, já ameaçado em um passado autoritário não muito distante, faz-se cada vez mais crucial não apenas para compreender o mundo, mas para nos engajarmos em muda-lo para melhor. Temas como a proteção do meio ambiente, o combate à desigualdade, a efetivação das promessas de justiça e de direitos humanos persistem, e os internacionalistas têm o que dizer. Erigidos não apenas em um passado nostálgico ou em um futuro utópico, os projetos do direito internacional se dedicam a questões do presente.

A última década do milênio passado foi intitulada como a “Década do Direito Internacional” pela ONU.2 Um chamado à promoção e aos princípios do direito internacional, a ONU avançou o apelo à resolução pacífica de controvérsias, implementação de tribunais

internacionais, adoção de normas multilaterais e troca de informações e conhecimentos entre Estados ricos e aqueles que ainda lutam contra a pobreza. Ainda na década de 1990 assistiu à institucionalização da Organização Mundial do Comércio e, finalmente, à construção do Tribunal Penal Internacional.

Neste CONPEDI de 2019, o Grupo de Trabalho sobre Direito Internacional recepcionou trabalhos com recortes distintos e interesses múltiplos. Ainda que os temas, metodologias e recursos teóricos tenham sido variados, os trabalhos podem ser entendidos dentro de uma mesma orientação político-epistemológica de que o direito internacional continua a pulsar, firme e continuamente. Claro, há complexidade e nuances nos entendimentos sobre o que é o próprio direito internacional nestes trabalhos. Alguns textos se aproximam de concepções tradicionais e entendem este ramo do direito a partir de suas normas e instituições que regulam o comportamento de Estados, organizações internacionais e indivíduos. Outros se acercam mais da virada linguística e o entendem como um discurso de tomadores de decisões, acadêmicos ou burocratas que empregam uma linguagem técnica para abordar determinados assuntos. No nosso entendimento, a variedade de assuntos não demonstra uma temida fragmentação da área, pelo contrário: é uma evidência que esta é uma linguagem para a qual acadêmicos ainda se voltam em busca de perguntas e respostas.

Outra característica transversal dos trabalhos foi sua proximidade com o que um autor chamou de normatividade e concretude.3 Alguns trabalhos trataram de assuntos relacionados a práticas estatais, como responsabilidade estatal e efetividade de normas e instituições. Outros buscaram temáticas mais teóricas, com discussões mais normativas de princípios e ideias. A disciplina comporta ambas as tendências. Sua estrutura argumentativa foi projetada de forma a incluir discussões que permeiam ambições de justiça ao lado de vontades soberanas de efetividade.

Como coordenadores, nosso trabalho foi primeiro o de reunião dessa gama variada de textos em um evento marcado por um diálogo acadêmico produtivo. Procuramos incorporar visões diversas, de trabalhos mais teóricos a outros mais empíricos, de autores preocupados com a eficácia de normas a outros mais interessados em discussões normativas. Com essa publicação, esperamos que um público maior possa se beneficiar desses pensamentos e intenções, e que continue o debate crítico e engajado com o direito internacional.

Referências

1. ACCIOLY, Hildebrando. A paz mundial e a Organização das Nações Unidas. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Ano 3, número 5, Janeiro-Junho, p. 26-39, 1947, p. 27.

2. ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. A/RES/49/50, 84ª reunião de plenário, 9 de dezembro de 1994. Disponível em: https://www.un.org/documents/ga/res/49/a49r050.htm. Acesso em 24 de junho de 2019.

3. KOSKENNIEMI, Martti. Entre a apologia e a utopia: a política do Direito Internacional. Tradução de João Roriz. Revista de Direito Internacional, v. 15, n. 1, p. 6-29, 2018.

Prof. Dr. Florisbal de Souza Del'Olmo - UNICURITIBA

Prof. Dr. Joao Henrique Ribeiro Roriz - UFG

Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira - UNICESUMAR

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS ESTADO-ESTADO E TRATADOS DE PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS EFICIENTES.

STATE-STATE DISPUTE SETTLEMENT AND EFFICIENT INVESTMENT TREATIES.

Leonardo Vieira Arruda Achtschin [1]

Resumo

A solução de controvérsias no Direito dos Investimentos adota o mecanismo Investidor-Estado, no qual o investidor estrangeiro pode acionar um tribunal arbitral quando for prejudicado. Embora tal mecanismo seja a modalidade mais disseminada, tem surgido movimentos de contestação na comunidade internacional. Dada a importância de um sistema que prime pela eficiência, impende analisar o modelo brasileiro - Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI), que adota o mecanismo Estado-Estado. Valendo-se da Análise Econômica do Direito, conclui-se que o modelo brasileiro pode ser capaz de fomentar a redução de custos de transação e a cooperação entre as partes signatárias.

Palavras-chave: Acordo de cooperação e facilitação de investimentos, Sistema de solução de controvérsias, Análise econômica do direito

Abstract/Resumen/Résumé

Dispute settlement in Investment Law adopts the Investor-State mechanism, in which the foreign investor can trigger an arbitral tribunal when suffer losses. Although such a mechanism is the most widely disseminated modality, contestation movements have emerged in international community. Given the importance of a system that favors efficiency, it is necessary to analyze the Brazilian model – Cooperation and Facilitation Investment Agreement (CFIA), which adopts the State-State mechanism. Using the instruments of Law and Economics, it can be concluded that the Brazilian model may be able to foster reduction of transaction costs and cooperation between the signatory parties.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Cooperation and facilitation investment agreement, Dispute settlement system, Law and economics

[1] Bacharel em Relações Internacionais e Direito. Mestrando em Direito no UniCEUB. É Analista de Comércio Exterior do Ministério da Economia, cedido ao CADE. As opiniões são de ordem pessoal.

1. Introdução

Os Acordos Internacionais de Promoção e Proteção de Investimentos (APPIs)[1] trazem em seus textos a previsão de algumas cláusulas-padrão comuns a praticamente todos os tratados celebrados nesse ramo do direito, dentre as quais se pode mencionar a previsão de um sistema de controvérsias para os casos em que haja o surgimento de conflitos entre o investidor estrangeiro e o Estado receptor dos investimentos.

Esses acordos bilaterais de proteção dos investimentos tiveram seu surgimento mais precisamente na década de sessenta do século passado[2], com a consequente disseminação nas décadas seguintes. Diante da massificação de tais acordos, a prática negocial internacional entre os Estados foi formatando a adoção de um sistema de solução de conflitos denominado Investidor-Estado (ISDS)[3], por meio do qual, em havendo discordância do investidor estrangeiro quanto ao tratamento dado aos seus investimentos pelo Estado receptor, poderá o mesmo acionar uma corte arbitral internacional para a solução do impasse.

A importância desses tratados é revelada pelos números. Os tradicionais[4] acordos bilaterais de investimentos já somavam, em 2018, o total de 3.339 tratados (UNCTAD, 2018), trazendo em seus textos previsões que regulam o tratamento a ser conferido aos investimentos estrangeiros.

Particularmente no que tange ao Brasil, ainda na década de 90 o Poder Executivo brasileiro celebrou catorze APPIs[5], os quais seguiam as cláusulas-padrão vigentes na maioria dos tratados no ramo do Direito Internacional dos Investimentos, prevendo, dentre outras, a cláusula ISDS de solução de controvérsias. No entanto, devido à relutância política manifestada à época, houve a desistência do governo em

[1] Também comumente denominados Tratados Bilaterais de Investimentos (BIT, em inglês).
[2] MONEBHURRUN, Nitish. Crônicas do Direito Internacional Privado. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 11, n. 1, 2014 p. 10-18.
[3] Do ingês *Investor-State Dispute Settlement*.
[4] O termo "tradicional" é aqui utilizado pelo autor como forma de definição da padronização das cláusulas dos acordos de proteção de investimentos adotadas pela *práxis* negocial internacional. Pode-se mencionar, como cláusulas-padrão dos APPIs, as cláusulas do tratamento nacional, da nação mais favorecida, do tratamento não discriminatório, do tratamento justo e equitativo e de expropriação.
[5] Os APPIs assinados pelo Brasil foram: Chile (1994), Portugal (1994), Reino Unido (1994), Suíça (1994), Alemanha (1995), Coreia do Sul (1995), Dinamarca (1995), Finlândia (1995), França (1995), Itália (1995), Venezuela (1995), Cuba (1997), Países Baixos (1998) e Bélgica/Luxemburgo (1999).

aprovar tais acordos no Congresso brasileiro, os quais foram retirados de pauta no ano de 2002.

Diante de tal decisão política, o Brasil passou a primeira década dos anos 2000 sem celebrar qualquer acordo de investimentos, enquanto outros países intensificavam suas relações de investimentos por meio da celebração de diversos tratados bilaterais.

Entretanto, tal cenário passa a mudar a partir de 2015, quando o país propõe uma modalidade distinta de acordo internacional de investimentos, denominada Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI).

Os ACFIs estão ancorados, primordialmente, no tripé (i) mitigação de riscos e prevenção de disputas; (ii) governança institucional; e (iii) agendas temáticas para cooperação e facilitação de investimentos (MDIC, 2019).

Dessa forma, esse novo modelo de acordo de investimentos proposto pelo Brasil busca apresentar uma alternativa a algumas cláusulas até então tidas como incontestáveis nos APPIs, dentre as quais se pode mencionar a cláusula de solução de controvérsias Investidor-Estado, substituindo-a por um sistema de solução de controvérsias Estado-Estado (SSDS)[6].

A principal característica do modelo SSDS reside no fato de que eventuais divergências surgidas entre o investidor estrangeiro e o Estado receptor não poderão ser levadas diretamente à apreciação de uma corte arbitral internacional, ou seja, o investidor não poderá acionar internacionalmente o Estado, devendo ser solucionadas primeiramente mediante interlocução governamental entre os Estados envolvidos e, em último caso, por meio de uma arbitragem estatal.

A opção por detrás da opção pela cláusula SSDS nos ACFIs centra-se justamente na aversão brasileira ao padrão usualmente adotado nos textos dos APPIs, que foca exclusivamente na solução *a posteriori* do litígio entre o investidor e o Estado, direcionando-os a uma corte arbitral internacional.

Entende-se, pois, que a sistemática de solução de conflitos prevista nos ACFIs se funda na racionalidade e eficiência da prevenção do conflito, numa atuação *ex ante* das partes capaz de evitar prejuízos tanto para o Estado receptor dos recursos quanto para o próprio investidor. Tal sistemática de resolução de disputas pode ser analisada sob o

[6] Do inglês *State-State Dispute Settlement*.

prisma da teoria da escolha racional, mediante a qual os atores buscam os meios mais adequados para satisfazer seus interesses individuais, com o objetivo de maximização de sua utilidade.

Ou seja, o sistema SSDS dos ACFIs permite às partes contratantes tomar uma decisão fundada em uma ponderação custo/benefício entre dois sistemas de solução de controvérsias, possibilitando uma análise a partir da conjugação dos resultados almejados, ante opções ofertadas (sistema ISDS ou SSDS), o custo de adoção de cada sistemática e a escolha final (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 31).

Dado que as decisões tomadas pelas cortes arbitrais internacionais em termos de investimentos são bem voláteis, não possuindo uma uniformidade na interpretação das cláusulas dos tratados de proteção de investimentos, como costuma ocorrer nos casos relacionados a expropriação (ISAKOFF, 2013, p. 193), a solução preventiva proposta pelos ACFIs, se vista pelo espectro da escolha racional, apresenta-se como interessante instrumento para os Estados na redução de custos de transação de se sujeitarem a litigar perante um tribunal arbitral no sistema ISDS.

Ademais, a adoção de um Comitê Conjunto no âmbito dos ACFIs, composto por representantes governamentais dos países signatários, bem como da figura de *Ombudspersons* em cada Estado, cuja função é apoiar os investidores das partes, é capaz de fomentar a adoção de um jogo cooperativo capaz de gerar ganhos para as partes.

Portanto, o artigo apresenta uma análise do sistema de solução de controvérsias previsto pelo ACFI, cuja característica principal reside na solução prévia de conflitos. A análise é feita recorrendo-se a alguns conceitos da Análise Econômica do Direito (AED), quais sejam, a teoria da eficiência alocativa, a teoria dos custos de transação e a teoria dos jogos, os quais embasam os incentivos às partes para aderirem a essa espécie de tratado internacional.

Espera-se com isso poder contribuir para o aprofundamento do debate acadêmico a respeito desse novo modelo de tratado de proteção de investimentos criado pelo Brasil, sem, obviamente, a pretensão de esgotamento do tema. A importância sobreleva principalmente em virtude de diversos países estarem repensando seus APPIs

assinados em passado recente[7], assim como em razão de uma visão estratégica dos incentivos apresentados por suas cláusulas inovadoras[8], análise esta feita sob o manto do método da AED.

Nesse sentido, a principal questão a ser analisada neste artigo refere-se às vantagens do modelo brasileiro de acordo de proteção de investimentos, cuja notoriedade recai sobre a adoção de um sistema de solução de controvérsias Estado-Estado, caracterizado por negociações prévias, o qual é capaz de proporcionar redução dos custos de transação entre as partes e também fomentar a adoção de um jogo cooperativo no sentido de buscar-se a satisfação dos direitos de ambas as partes.

Dessa forma, tem-se que o sistema SSDS age como verdadeiro minimizador do custo de transação para o Estado e para o investidor (2), o que é alcançado mediante a promoção de um jogo cooperativo por meio do Comitê Conjunto e os *Ombudspersons* dos ACFIs (3).

2. Invertendo o padrão dos APPIs: a prevenção de controvérsias como redutor do custo de transação para o Estado e para o investidor

Conforme já mencionado na introdução, o modelo tradicional de solução de controvérsias no direito dos investimentos é aquele feito *a posteriori*, mediante o recurso do investidor estrangeiro a um tribunal arbitral internacional caso julgue que seus interesses estão sendo lesados pelo Estado receptor.

Importante ressaltar que o sistema tradicional de solução de disputas dos APPIs, também conhecido como ISDS, concede o direito de litigar nos tribunais arbitrais tão somente ao investidor, vedando esse mesmo direito ao Estado, ao qual caberia tão somente defender-se.

[7] A África do Sul tem buscado uma alternativa aos APPIs a partir do fortalecimento do direito e dos processos domésticos, por meio da aprovação de um código de investimentos, substituindo seus tratados de proteção de investimentos (Cf. BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie. Repensando a solução de controvérsias relacionada a investimentos). A Índia também tem envidado esforços nesse sentido (Cf. India takes steps to reform its investment policy framework after approving new model BIT). A China tem manifestado interesse na adoção de um acordo global de facilitação de investimentos no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) (Cf. China quer acordo global de facilitação de investimentos; Brasil apoia iniciativa). Há também a proposta da União de Europeia de constituição de uma Corte Multilateral de Investimentos, a funcionar nos moldes do Sistema de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC) (Cf. The Multilateral Investment Court Project).

[8] Como cláusulas inovadoras dos ACFIs em relação aos tradicionais APPIs, pode-se citar: mecanismo de resolução de controvérsias Estado-Estado (SSDS), cláusula de transparência, cláusula de responsabilidade social da empresa, cláusula de proteção do meio ambiente.

Nessa perspectiva, reconhece-se o papel de coadjuvante, ou apenas uma função reativa, do Estado no sistema ISDS, o que tem feito emergir propostas que resgatem o papel de protagonista do Estado na relação com os investidores.

> "[...] Solução de controvérsias de investimentos tem se tornado sinônimo de sistema que envolve um investidor, normalmente uma parte privada, na arbitragem internacional em face do Estado receptor. Aos Estados, nesse arcabouço, é relegado o papel de réu. [...] À medida que o direito dos investimentos adentra uma nova era de reflexão com o funcionamento do sistema ISDS em seu cerne, esforços de reforma do direito dos investimentos focam em aumentar o papel do Estado nas soluções de controvérsias de investimentos [...]." (TITI, 2017, p. 38)

O Acordo entre Canadá e Camarões para a Promoção e Proteção de Investimentos (APPI CANADÁ-CAMARÕES, 2014) traz a possibilidade de o investidor estrangeiro valer-se da arbitragem internacional quando este tiver prejuízo ou dano em razão do rompimento das disposições do tratado.

Embora o APPI Canadá-Camarões contenha uma previsão singela de consultas prévias entre as partes[9], seu artigo 20 e seguintes[10] são claros ao permitir ao investidor o acesso à arbitragem internacional para fins de reconhecer eventuais lesões a direitos seus, cabendo ao Estado, conforme a sistemática dos tratados com solução ISDS, tão somente defender-se.

O Brasil, diante de suas ressalvas ao sistema ISDS, inovou sua ordem jurídica ao desenvolver um novo modelo de tratado bilateral de proteção de investimentos, o ACFI.

---

[9] O artigo 19 do BIT Canadá-Camarões dispõe: "Artigo 19 – Propósito – 2. Qualquer investimento entre a Parte e o investidor da outra Parte deve, **quando possível**, ser resolvido amigavelmente por meio de consultas e negociações entre os mesmos". – tradução livre . **(grifos do autor)**

[10] Artigo 20 – Pretensão do Investidor de uma Parte em seu Próprio Nome ou em Nome de uma Empresa - 1. Um investidor de uma Parte poderá submeter à arbitragem sob esta Seção uma alegação de que: (a) a Parte réu violou uma obrigação prevista na Seção B, a não ser uma obrigação prevista no parágrafo 3 do Artigo 8 (Diretoria, Conselhos de Administração e Entrada de Pessoal), nos termos do Artigo 12 (Transparência) ou do Artigo 15 (Medidas de Saúde, Segurança e Meio Ambiente); e (b) o investidor tenha incorrido em perda ou dano por motivo ou decorrente dessa violação. 2. Um investidor de uma Parte, em nome de uma empresa da Parte demandada que seja uma pessoa jurídica da qual o investidor detenha ou controle direta ou indiretamente, pode submeter à arbitragem sob esta Seção uma alegação de que: (a) a parte demandada violado uma obrigação prevista na Seção B, que não seja uma obrigação prevista no parágrafo 3 do Artigo 8 (Alta Administração, Conselhos de Administração e Inserção de Pessoal), nos termos do Artigo 12 (Transparência) ou do Artigo 15 (Medidas de Saúde, Segurança e Meio Ambiente); e (b) a empresa tenha sofrido perda ou dano em decorrência ou decorrente dessa violação. – tradução livre.

O país celebrou e aprovou no Congresso, até o ano de 2018, o total de 7 Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos, com Angola, Chile, Colômbia, Guiana, Malaui, México, Moçambique, Peru e Suriname, bem como um Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (PCFI), este no âmbito do MERCOSUL.

OS ACFIs até o momento celebrados foram divididos pela doutrina em duas gerações, tendo em vista que, num primeiro momento (1ª geração), foram assinados tratados com países africanos, tidos como de menor desenvolvimento, e em um segundo momento celebraram-se acordos de 2ª geração, desta vez com países da Aliança do Pacífico e do MERCOSUL (BADIN, 2017, p. 159).

Da análise dos textos dos ACFIs firmados, sejam eles de 1ª ou de 2ª geração, o mecanismo de solução de controvérsias conflui para aquele da solução prévia, mediante tratativas entre Estados, nos termos do sistema SSDS, mantendo a coerência com as posições negociadoras do país em termos de proteção de investimentos.

O ACFI Brasil-México traz, em seu artigo 14(4), item "e" (ACFI BRASIL-MÉXICO, 2015), a previsão do Comitê Conjunto, a ser composto por representantes dos governos brasileiro e mexicano, ao qual caberá a resolução amigável das controvérsias em termos de investimentos, caracterizando a opção pela solução Estado-Estado. De igual modo, no artigo 14(4), item "f", traz a previsão de entabulação de arbitragem estatal nos casos em que as tratativas no âmbito do Comitê Conjunto não sejam satisfatórias.

Já o ACFI Brasil-Moçambique dispõe, no artigo 4(4), item "v" (ACFI BRASIL-MOÇAMBIQUE, 2015), que caberá ao Comitê Conjunto buscar consenso e resolver amigavelmente as controvérsias surgidas no âmbito do acordo, o que também denota a orientação de solução *ex ante* das divergências entre o investidor e o Estado.

Os demais textos dos ACFIs firmados até o momento pelo Brasil seguem a mesma lógica de solução de controvérsias em termos de proteção ao investimento por meio da solução entre Estados.

Nos termos da Análise Econômica do Direito, o Teorema de Coase[11] prevê que a lei pode tanto estimular, quanto desestimular, a negociação entre as partes, seja reduzindo, ou aumentando, os custos de transação (COOTER; ULEN, 2010, p. 109).

Nesse sentido, a lei (neste caso, o ACFI) poderia, com o estímulo a uma solução prévia de um eventual litígio, "lubrificar" as negociações para que as partes cheguem a um consenso, ou seja, a estruturação da lei pode ser feita de modo a remover os impedimentos aos ajustes privados (COOTER; ULEN, 2010, p. 110)[12].

Valendo-se dos conceitos da AED, constata-se que os APPIs tradicionais, ao terem como princípio da solução de controvérsias o sistema ISDS, acabam por impor custos de transação às partes, qual seja, o custo de litigar perante um tribunal arbitral internacional, litígio este que carrega diversos custos embutidos[13].

O sistema de solução de divergências investidor-Estado acaba, assim, por gerar estímulos para que o investidor estrangeiro, ao menor de sinal de contrariedade de seus interesses, socorra-se de uma corte arbitral, sem antes ao menos se ver obrigado a entabular negociações iniciais com o Estado para tentativa de resolução amistosa de eventual prejuízo.

Demais disso, tem-se que, uma vez que os Estados receptores de investimentos não têm capacidade postulatória ativa contra o investidor, os custos transacionais da celebração de APPIs apresentam-se como significativos, ainda mais quando se considera países em desenvolvimento como receptores de investimentos.

Por outro lado, a proposta brasileira de ACFI tem o mérito de buscar promover uma solução consensual entre as partes signatárias do tratado de proteção de investimentos, vez que, ao alterar a lógica da negociação da fase pós-surgimento do litígio para pré-surgimento deste, acaba por impor a redução dos custos transacionais

[11] Pelo Teorema de Coase, o uso eficiente de recursos não depende da atribuição de direitos de propriedade em situações nas quais os custos de transação são iguais a zero.

[12] O Teorema Normativo de Coase afirma: "Estruture a lei de modo a remover os impedimentos aos acordos privados".

[13] A título de exemplo, o escritório de advocacia Allen&Overy estima os custos (aproximados) de litigo perante os tribunais arbitrais: para o reclamante (investidor) – US$ 6 milhões de custos das partes + US$ 933 mil de custos do tribunal, totalizando aproximadamente US$ 7 milhões; para o reclamado (Estado) - US$ 4,8 milhões + US$ 933 mil de custos do tribunal, totalizando aproximadamente US$ 5,7 milhões. Interessante constatar que, em regra, os investidores vitoriosos têm maior probabilidade de recuperar os custos do litígio do que o Estado, ainda que este se sagre vencedor. (Cf. ALLEN&OVERY. Disponível em: http://www.allenovery.com/publications/en-gb/Pages/Investment-Treaty-Arbitration-cost-duration-and-size-of-claims-all-show-steady-increase.aspx. Acesso em: 4 fev. 2019.

para as partes, sejam eles custos de negociação, de litígio ou de execução das cláusulas contratuais.

Além desse aspecto positivo, deve-se fazer menção também ao fato de que os ACFIs preveem não somente o início de tratativas para solucionar o conflito, mas também estipula o monitoramento constante da relação entre o investidor e o Estado, caracterizando, também, um elemento fomentador da prática de prevenção de eventuais custos que possam surgir futuramente.

O ACFI Brasil-Colômbia, no artigo 16(4) (ACFI BRASIL-COLÔMBIA, 2015), assim como todos os demais ACFIs celebrados, prevê a supervisão do Acordo, uma forma de monitoramento do tratado, o que previne a incursão das partes em eventuais custos transacionais advindos do menoscabo na relação entre o investidor e o Estado.

Superada a análise do sistema de solução de controvérsias adotado pelos ACFIs como veículo promotor da redução de custos para as partes contratantes, o que, reflexamente, impõe incentivos à negociação, passa-se a analisar a partir deste ponto a concepção do Comitê Conjunto e dos *Ombudspersons* como mecanismos dos ACFIs e que são promotores de um jogo cooperativo.

3. O Comitê Conjunto e os *Ombudspersons*: um jogo cooperativo

No âmbito da solução de controvérsias proposta pelos ACFIs, todos os acordos celebrados pelo Brasil até o ano de 2018, sem exceção, preveem duas figuras de relevância para o funcionamento de um sistema que se propõe preventivo.

A primeira figura instituída é o chamado Comitê Conjunto, ao qual é acometida a função de gestão do tratado assinado, sendo composto por representantes de governo de ambas as partes signatárias.

A outra figura é o denominado *Ombudspersons* de Investimentos Diretos, também usualmente conhecido nos ACFIs como Ponto Focal, cabendo ao mesmo o papel de representante central no Estado receptor para fins de oferecer apoio aos investidores da outra parte. Além disso, cumpre aos *Ombudspersons* atender a consultas de investidores e prestar consultas quando solicitado (ACFI BRASIL-CHILE, 2015).

Levando-se em conta que o Comitê Conjunto e os *Ombudspersons* constituem figuras permanentes na estrutura dos ACFIs, entende-se que esses entes, inexistentes nos APPIs, podem promover incentivos no sentido de uma cooperação entre os atores

desses tratados de proteção de investimentos, uma inovação em relação à modalidade tradicional.

A teoria dos jogos, a qual, para alguns doutrinadores, deveria ser denominada Teoria das Interações Estratégicas (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 43), constitui um postulado de interação entre seres humanos, o que é diretamente aplicável também às relações entre Estados.

A teoria parte do pressuposto de que os agentes são racionais e buscam, em todas as suas relações, maximizar seus benefícios, ainda que em contraposição aos interesses de outro agente, ou mesmo da coletividade.

Assim, a teoria distingue três espécies de jogos, consistentes em (i) jogos de puro conflito, nos quais não há espaço para entendimento entre as partes; (ii) jogos de simples coordenação, onde cada um dos participantes busca adotar comportamento compatível com o do outro, visando obstar a emergência de um conflito; e (iii) jogos mistos, quando a cooperação é vantajosa para ambas as partes, mas significativamente mais benéfica a um deles, levando-se a enganar o outro (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 45).

A sistemática de prevenção de conflitos dos ACFIs apresenta um incentivo para que outros países celebrem tratados de proteção de investimentos, tal qual fosse um jogo de cooperação, em um jogo de simples coordenação.

Nos jogos de cooperação, esta será vantajosa e preferível à recusa dos jogadores. Não obstante, embora a cooperação seja preferível, haverá nos jogos de cooperação um elemento estratégico, dado que se um jogador se propuser a cooperar, o outro se sentirá tentado a adotar uma atitude não cooperativa, o que gerará um retorno (*payoff*) maior do que se cooperasse.

O desvio do agente não cooperante se dá por meio das regras de reciprocidade, ilustradas pelo famoso Dilema do Prisioneiro[14]. A solução para este desvio surge com a

[14] O Dilema do Prisioneiro foi elaborado por Tucker, em 1950. O jogo consiste no seguinte: duas pessoas são presas pela polícia no curso de uma investigação sobre um delito. São interrogadas separadamente e a cada uma se promete clemência na hipótese de decidir colaborar com a polícia. Se denunciar o outro recuperará a liberdade pela cooperação, vez que seu testemunho permitirá obter a condenação do seu cúmplice a três anos de prisão por um delito mais grave. Se, porém, os dois, atraídos pela promessa, se acusarem mutuamente, perderão credibilidade frente ao tribunal e ambos serão condenados a dois anos. O que acontece se ambos recusarem a oferta da polícia? Dado que a polícia não dispõe, afora eventuais confissões, de qualquer prova contra eles, apenas uma acusação por delito de menor

celebração de um contrato (neste caso, o tratado/ACFI), o qual leva a um engajamento das partes e, consequentemente, ao respeito de suas cláusulas.

Vislumbrando-se uma matriz de *payoff* entre dois Estados signatários de um tratado de proteção de investimentos (Estado A e Estado B), ter-se-ia como possível a existência de quatro comportamentos distintos pelos Estados contratantes:

1. Ambos os Estados cumprem o acordo;
2. O Estado A cumpre o acordo, mas o Estado B o descumpre;
3. O Estado A descumpre o acordo, mas o Estado B o cumpre; e
4. Ambos os Estados descumprem o acordo.

Conforme estabelecido pelo dilema do prisioneiro, a estratégia dominante para os Estados, levando-se em conta a falta de incentivos para o cumprimento do tratado, bem como única e exclusivamente seus interesses individuais, seria o descumprimento do tratado (representada pelo quadrante sudeste-leste na matriz de *payoff* apresentada em seguida).

No entanto, ao não cooperar, as partes incorrerão no pior resultado possível, gerando perdas recíprocas; entretanto, uma vez que as partes passam a agir de forma cooperativa, tanto o Estado receptor de investimentos quanto o investidor estrangeiro passarão a obter ganhos (SILVA, 2017, p. 123).

Essa estratégia por parte de cada Estado pode ser visualizada na matriz de *payoff* abaixo reproduzida:

GRÁFICO 1 – MATRIZ DE *PAYOFF*

		Estado A	
		Cumprir	Descumprir
Estado B	Cumprir	-1 -1	-0,5 -5
	Descumprir	-5 -0,5	-5 -5

Fonte: Elaborado pelo autor.

gravidade (vadiagem) poderá ser arguida, o que resultará em pena de um ano de prisão. (Cf. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise Econômica do Direito. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 57-58)

Entende-se que a novel sistemática dos ACFIs, ao introduzir o fator prevenção do conflito entre Estado e investidor estrangeiro, por meio do sistema de solução de controvérsias Estado-Estado, poderia alterar o comportamento egoístico das partes no sentido de lançar incentivos para o cumprimento do tratado, o que se verificaria pelo desejo das partes de entabular negociações prévias, e menos custosas para ambas.

Ademais, a lógica da racionalidade (ou teoria da escolha racional) da AED permite que se avalie o impacto de uma determinada norma internacional face ao comportamento de determinados atores (RIBEIRO; CAIADO, 2015, p. 245).

Dessa forma o ACFI deslocaria o comportamento das partes para a primeira célula da matriz de *payoff*, na qual cumprir os termos do acordo, ou seja, cooperar, seria menos prejudicial às partes do que litigar nos tribunais arbitrais internacionais.

Levando-se em conta os elevados custos impostos por um processo arbitral, às partes pode ser econômica, e estrategicamente, mais interessante valer-se de um sistema preventivo que busque se antecipar à insurgência do litígio.

Além disso, acredita-se que a existência do Comitê Conjunto, bem como de *ombudspersons* das partes signatárias dos acordos, é capaz de solucionar eventuais problemas que o investidor venha a sofrer no Estado receptor dos investimentos, pois a estes órgãos do ACFI é incumbida justamente a tarefa de monitorar e resolver problemas advindos da execução do tratado.

Essa sucinta incursão pela teoria dos jogos permite vislumbrar o caráter de cooperação estimulado pelas figuras do Comitê Conjunto e dos *Ombudspersons* dos ACFIs, já que, embora os Estados contratantes possuam suas respectivas estratégias dominantes – qual seja, auferir o maior potencial das trocas por meio da subjugação dos interesses da contraparte – os Estados preferem chegar a uma situação de cooperação, a qual, não obstante não permita a satisfação de seus interesses individuais, ao menos permite que a satisfação do interesse coletivo seja atendido, ao menor custo para ambos (TIMM, 2014, p. 120).

Considerações Finais

O sistema de solução de controvérsias ordinariamente adotado nos tratados de proteção de investimentos preza pelo mecanismo Investidor-Estado (ISDS), por meio do

qual ao investidor estrangeiro será concedida a capacidade para litigar contra o Estado receptor do investimento perante um tribunal arbitral.

Embora se trate de um modelo já devidamente consolidado no direito internacional dos investimentos, constatam-se, nos últimos anos, movimentos de diversos países no sentido de contestar o mecanismo ISDS, principalmente sob o argumento de que as decisões tomadas em nível arbitral seriam demasiadamente pro-investidor e que não permitiriam às partes entabular negociações prévias, o que acabaria por mitigar, reflexamente, a liberdade estatal na adoção de diversas políticas públicas.

Propostas como a da União Europeia, que tem buscado consenso junto à comunidade internacional para instituir uma Corte Multilateral de Investimentos, aliada a alternativas apresentadas por países como África do Sul, China e Índia, além da denúncia de vários BITs por diversos países de menor desenvolvimento, dão a precisa ideia do estado-da-arte em termos de mecanismo de solução de controvérsias em investimentos.

É nesse contexto que emerge a proposta brasileira de uma solução de conflitos em termos de investimentos que prestigia o mecanismo Estado-Estado, cujo mérito reside na proposta de uma solução prévia das divergências eventualmente surgidas entre investidor e Estado hospedeiro do investimento.

A partir do diálogo de fontes entre o Direito dos Investimentos e o método da AED, particularmente a teoria da escolha racional, a teoria dos custos de transação e a teoria dos jogos como estimuladora de um jogo cooperativo entre as partes, pode-se visualizar os pontos positivos do modelo brasileiro de acordo de proteção de investimentos.

O modelo brasileiro tem, a um só tempo, o mérito de possibilitar a redução de custos de transação de um eventual litígio arbitral, como também de estimular a cooperação entre as partes no sentido de acompanhar e se antecipar na solução de prováveis divergências vindouras.

Certamente não se trata de um modelo totalmente acabado, no sentido de prover uma solução de controvérsias imune a críticas, mas possui o mérito de propor uma atuação prévia ao surgimento do conflito entre o investidor e o Estado, tornando-se particularmente interessante em razão da possibilidade de tutela eficaz dos interesses do

investidor por meios estatais, bem como a redução de custos advindos de um litígio internacional.

Logo, o modelo de ACFI proposto pelo Brasil ingressa no cenário internacional do Direito dos Investimentos como uma proposta interessante, especialmente em razão das críticas pelas quais vem passando o ISDS. A proposta de um Comitê Conjunto e de *Ombudspersons* das partes signatárias como instâncias de *follow-up* das relações investidor-Estado permite uma melhor compreensão e encaminhamento das necessidades das partes, estimulando-se um jogo de ganho mútuo.

Referências

ACORDO de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o governo da República Federativa do Brasil e o governo da República do Chile. 2015. Disponível em: http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/218-negociacoes-internacionais-de-investimentos/1949-nii-acfi. Acesso em: 5 de mar. 2019.

ACORDO de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o governo da República Federativa do Brasil e o governo da República da Colômbia. 2015. Disponível em: http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/218-negociacoes-internacionais-de-investimentos/1949-nii-acfi. Acesso em: 5 de mar. 2019.

ACORDO de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o governo da República Federativa do Brasil e o governo dos Estados Unidos Mexicanos. 2015. Disponível em: http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/218-negociacoes-internacionais-de-investimentos/1949-nii-acfi. Acesso em: 5 de mar. 2019.

ACORDO de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o governo da República Federativa do Brasil e o governo da República de Moçambique. 2015. Disponível em: http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/218-negociacoes-internacionais-de-investimentos/1949-nii-acfi. Acesso em: 5 de mar. 2019.

ACORDO entre Canadá e a República de Camarões para a Promoção e Proteção de Investimentos. 2014. Disponível em: http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/35/treaty/3537. Acesso em: 5 de mar. 2019.

ALLEN&OVERY. Disponível em: http://www.allenovery.com/publications/en-gb/Pages/Investment-Treaty-Arbitration-cost-duration-and-size-of-claims-all-show-steady-increase.aspx. Acesso em: 4 fev. 2019.

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

BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie. Repensando a solução de controvérsias relacionada a investimentos. Revista Pontes, v. 12, n. 1, 2016.

CENTRO Internacional para o Comércio e o Desenvolvimento Sustentável. China quer acordo global de facilitação de investimentos; Brasil apoia iniciativa. Disponível em: https://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/china-quer-acordo-global-de-facilita%C3%A7%C3%A3o-de-investimentos-brasil-apoia. Acesso em: 10 fev. 2019.

COMISSÃO EUROPEIA. The Multilateral Investment Court Project. Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1608. Acesso em: 22 mar. 2019.

CONFERÊNCIA das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD). Investment Policy Monitor. Issue 20. Geneva: UNCTAD, 2018. Disponível em: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2018d5_en.pdf. Acesso em: 02 jan. 2019.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito e Economia. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

INSTITUTO Internacional para o Desenvolvimento Sustentável. India takes steps to reform its investment policy framework after approving new model BIT. Disponível em: https://www.iisd.org/itn/2016/08/10/india-takes-steps-to-reform-its-investment-policy-framework-after-approving-new-model-bit/. Acesso em: 15 fev. 2019

ISAKOFF, Peter D. Defining the Scope of Indirect Expropriation for International Investments. Global Business Law Review, 189, 2013 p. 193.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise Econômica do Direito. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MINISTÉRIO do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC). Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos – ACFI. Disponível em:

http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/218-negociacoes-internacionais-de-investimentos/1949-nii-acfi. Acesos em: 02 jan. 2019.

MONEBHURRUN, Nitish. Crônicas do Direito Internacional Privado. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 11, n. 1, 2014 p. 10-18.

RIBEIRO, Gustavo; CAIADO, Jose Guilherme Moreno. Por que uma análise econômica do direito internacional público? Desafios e perspectivas do método no Brasil. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p. 245-261.

SILVA, Ana Rachel Freitas da. Estados e investidores estrangeiros: é possível alcançar cooperação? **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 13, n. 1, p. 123-144, mai. 2017. ISSN 2317-6172. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/68908>. Acesso em: 5 de mar. 2019.

TIMM, Luciano Benetti (org.). Direito e Economia. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TITI, Catharine. Non-adjucatory State-State Mechanisms in Investment Dispute Prevention and Dispute Settlement: Joint Interpretations, Filters and Focal Points. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 14, n. 2, 2017 p. 36-48.