

ACORDOS DE INVESTIMENTO À BRASILEIRA



eqüit
INSTITUTO

Genero Economia e Cidadania Global

ACORDOS DE INVESTIMENTO À BRASILEIRA

Apoio:



Graciela Rodriguez (org.)

ACORDOS DE INVESTIMENTO À BRASILEIRA

Realização:

eqüit
INSTITUTO

Genero Economia e Cidadania Global

rebrip

Rede Brasileira pela Integração dos Povos

Realização

Instituto Equit – Gênero, Economia e Cidadania Global. <www.equit.org.br>

Coordenação da publicação

Graciela Rodriguez

Tradução

Maria Luiza Belo

Marina Cortez

Compilação e Revisão

Marina Cortez

Projeto gráfico e diagramação

letraeimagem@letraeimagem.com.br

Arte da capa

Ei Viu! Design e Comunicação

Para maiores informações, consulte:

Instituto EQUIT – Gênero, Economia e Cidadania Global

Rua da Lapa, 180 – 908/909

Rio de Janeiro, Brasil

www.equit.org.br

equit@equit.org.br

Acordos de investimento à brasileira / Organizador Instituto
Equit Gênero, Economia e Cidadania Global. – Rio de Janeiro:
Instituto Equit, 2015.
88p.

Inclui bibliografia.

ISBN: 978-85-60794-19-5

1. Economia – América Latina. 2. Gênero.

CDD – 330

SUMÁRIO

Lista de Abreviaturas 7

Prólogo 9

Graciela Rodriguez

Os acordos brasileiros de investimento 13

Carlos Marcio Bicalho Cozendey

Os recentes Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos assinados
pelo Brasil e as alternativas surgidas das redes e organizações sociais internacionais 21

Professor Alberto Arroyo Picard

A responsabilidade das empresas pelos direitos humanos
no novo modelo de acordos bilaterais de investimentos brasileiro 45

Caio Borges

Para a construção de um marco legal alternativo
aos Acordos Internacionais de Investimento 49

Grupo de Trabalho sobre Investimento nas Américas

Acordo de cooperação e facilitação de investimentos entre a República Federativa
do Brasil e a República do Chile (à guisa de exemplificação) 65

LISTA DE SIGLAS

ACFI	Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos
ADPIC	Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (<i>TRIPs</i> , em inglês)
AII	Acordos Internacionais de Investimentos
ALCA	Área de Livre Comércio das Américas
AMI	Acordo Multilateral para Investimentos
APPRIS	Acordos de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos
CAITISA	<i>Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana delos Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional em Materia de Inversiones</i>
CEPAL	Comissão Econômica para a América Latina e Caribe
CIADI	Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (CIRDI: Centro Internacional para a Resolução de Diferendos relativos a Investimentos, em português europeu).
ETN	Empresa(s) Transnacional(is)
FMI	Fundo Monetário Internacional
IED	Investimento Estrangeiro Direto
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
NAFTA	Tratado Norte-Americano de Livre Comércio
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
REBRIP	Rede Brasileira pela Integração dos Povos
RMALC	Red Mexicana de Acción frente al Libre Comercio
TBI	Tratados Bilaterais de Investimento

TiSA	Trade in Services Agreement
TLC	Tratados de Livre Comércio
TPP	Acordo de Associação Transpacífico (<i>Trans-Pacific Partnership</i>)
TTIP	Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (<i>Transatlantic Trade and Investment Partnership</i>)
UE	União Europeia
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional
UNCTAD	Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento

PRÓLOGO

Graciela Rodriguez

Nas últimas décadas, os acordos de comércio e investimento, negociados com total falta de transparência, avançaram em várias regiões do mundo, onde têm sido impostos por diversos governos, apoiados em muitos casos pela ratificação dos parlamentos, e basicamente impulsionados pelos interesses das multinacionais.

A necessidade de expansão da liberalização comercial e dos investimentos resulta fundamental na hora de entender as novas disputas geopolíticas internacionais e o sentido da globalização. A proteção dos investimentos das empresas transnacionais e a eliminação dos obstáculos ao comércio com a abertura total dos mercados nacionais e regionais tem se consolidado como a matriz dura do modelo neoliberal que agressivamente busca sua expansão e consolidação.

Com efeito, tais tratados vão ficando claramente ligados à arquitetura jurídica da impunidade que se consolida globalmente, através da harmonização das legislações que caminham para redução e até eliminação de leis e normas de proteção dos direitos da cidadania e do meio ambiente.

Por sua vez, na última década o Brasil não assinou acordos de livre comércio e nem de proteção de investimentos, ainda que a liberalização de serviços e outros processos que caminham nesse sentido tenham entrado “pela janela”. Entretanto, e como parte da ofensiva conservadora e neoliberal que vai permitindo avanços significativos na agenda dos interesses privados e ameaças muito concretas a tradicionais princípios e posicionamentos de cunho progressista que nos últimos anos o governo brasileiro vinha defendendo, acreditamos oportuno analisar as ameaças que tais acordos voltam a cernir sobre nossas estratégias de justiça social e ambiental.

Assim, é necessário refletir sobre as consequências da agressiva estratégia de negociação de acordos bilaterais e regionais de comércio e de segurança jurídica na nova conjuntura global, que tem acarretado significativas mudanças no posicionamento brasileiro dentro do âmbito comercial e de apoio aos investimentos. Entre tais mudanças importantes figuram uma maior ênfase no discurso de necessidade de assinatura de acordos de livre comércio, especialmente com a União Europeia, e a elaboração de um

novo modelo de tratado, chamados Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos, que buscam se diferenciar dos tradicionais acordos de Proteção dos Investimentos. Isto no marco do declínio das iniciativas de multilateralização do sistema internacional – aliás, outra das propostas que pautaram a política externa brasileira desde 2003 e que agora está abandonada pelo governo.

A importante presença de grandes empresas brasileiras com atuação transnacional, dentre as chamadas trans-latinas, tem sido fator determinante para o Brasil mudar seu posicionamento em relação à proteção de seus próprios investimentos, promovendo esse novo modelo de acordos à brasileira que, ainda que incorpore aspectos diferenciais positivos em relação ao modelo tradicional - em particular não inclui o conhecido e controvertido mecanismo investidor/Estado, que permite as corporações mover ações contra os Estados -, merece uma análise crítica do ponto de vista da proteção dos interesses sociais e ambientais e da defesa dos interesses dos povos.

Ao longo do caminho, a REBRIP e suas organizações membro, entre elas o Instituto EQÜIT, temos crescido como movimento de enfrentamento aos tratados livre comércio e aos acordos de investimento, e fizemos com que as nossas vozes fossem ouvidas, contribuindo para alcançar vitórias importantes, como a derrota da ALCA, o descarrilamento das negociações na OMC e a denúncia de Tribunais como o CIADI (Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos), sob a égide do Banco Mundial. Ao mesmo tempo, temos procurado fortalecer e levar adiante as nossas alternativas baseadas nos direitos sociais e ambientais, repensando novas estratégias capazes de enfrentar tais ameaças, afirmando a perspectiva da integração regional.

Para refletir e discutir sobre essas questões, o Instituto EQÜIT e a REBRIP organizaram nos dias 8 e 9 de setembro de 2015 no Rio de Janeiro, o seminário “Novas e Velhas Ameaças dos Acordos de Livre Comércio e Investimento”.

Dele participaram importante número de membros de movimentos sociais, sindicais, camponeses, de ambientalistas, mulheres, defensores de direitos humanos e convidados de redes das Américas e da Europa (além dos assistentes virtuais), que precisam para sua atuação de atualização da conjuntura nacional e internacional em termos políticos e econômicos. Neste sentido, o Seminário permitiu e estimulou o debate sobre as novas estratégias no âmbito comercial que vêm mudando a geopolítica internacional, instalando negociações de megaprojetos de livre comércio como o TPP, o TTIP e o TiSA e novos formatos para a segurança jurídica das corporações transnacionais através de centos de TBI. Permitiu também começar este debate que aqui apresentamos sobre o novo modelo brasileiro de garantia para os investidores. Esperamos assim contribuir para esse importante debate e para o proces-

so de defesa das populações, que veem crescer as garantias jurídicas para as corporações, enquanto a defesa dos interesses populares fica relegada.

Queremos agradecer em particular aos movimentos e organizações membros da REBRIP (Rede Brasileira pela Integração dos Povos), de membros da rede que fora a principal articulação contra a ALCA, a ASC (Aliança Social Continental), e também a Latindadd.

Finalmente, devemos um agradecimento especial aos autores que, atendendo à nossa solicitação, colaboraram para viabilizar a publicação.

Em particular, queremos agradecer ao Embaixador Carlos Marcio Bicalho Cozendey, que sempre tem atendido as nossas solicitações e convites e tem sido capaz de um diálogo franco, aproximando-nos dos posicionamentos e definições do governo brasileiro, como parte extremamente qualificada do núcleo de negociadores da diplomacia brasileira.

Ao professor Alberto Arroyo, nosso agradecimento por situar o debate no contexto mais amplo do distanciamento dos países do Sul da América em relação às condicionalidades macroeconômicas impostas durante muitos anos pelo FMI e BM; e especialmente por sua mirada crítica sobre os acordos de investimento, aos quais tem contribuído a desmascarar, com sua participação na comissão de auditoria equatoriana de tais tratados.

Também mencionar o esforço coletivo de criação de uma proposta alternativa para os acordos de investimento, surgida desde diversas organizações sociais articuladas no nosso continente, e que aqui incluímos ainda cientes de que precisamos continuar aprofundando o debate e as propostas.

Por fim, agradecemos a Caio Borges, que apresenta uma análise sobre os novos acordos bilaterais de investimentos brasileiros e a difícil (se não impossível) conciliação entre a proteção dos interesses dos investidores, de um lado, e a urgente proteção e promoção dos direitos humanos e do meio-ambiente, por outro.

Para viabilizar o seminário e também em especial esta publicação contamos com a imprescindível colaboração e apoio financeiro da Fundação Heinrich Böll, ActionAid e Oxfam Brasil, organizações às quais agradecemos a confiança que permite essa colaboração e aprofundamento dos debates.

Esperamos que a publicação seja de utilidade para os movimentos sociais e as organizações da sociedade civil, a fim de ampliar o entendimento sobre as negociações internacionais e seus impactos no âmbito nacional, passo fundamental para a luta por implementação de políticas alternativas na perspectiva dos povos, que nos levem a mudanças profundas, rumo à justiça e à sustentabilidade das sociedades que queremos construir.

OS ACORDOS BRASILEIROS DE INVESTIMENTOS

Embaixador Carlos Marcio Bicalho Cozendey

Tratarei da nossa experiência recente com relação aos acordos de investimentos internacionais. Como acabamos de mencionar, o Brasil não possui nenhum acordo de investimentos ratificado. Na verdade, houve dois momentos em que essa questão foi examinada de forma mais concentrada no Congresso Nacional brasileiro. A primeira na década de 1960, quando o tratado de Washington foi criado. As discussões naquele momento já apontavam para duas preocupações centrais do Congresso com o sistema que estava sendo criado.

Por um lado, a questão do Sistema de Solução de Controvérsias, considerado um sistema discriminatório contra os investidores nacionais, que teriam apenas o direito de recorrer ao sistema judiciário nacional. Os investidores estrangeiros, além de poderem recorrer ao judiciário nacional, também teriam direito a recorrer a uma arbitragem internacional. Ou seja, havia uma discriminação contra os investidores nacionais. Nesse contexto, os países procuravam evitar que os seus nacionais pudessem aceder à solução de controvérsia contra o próprio Estado. Um dispositivo sobre dupla nacionalidade determinava uma nacionalidade dominante, e o investidor só poderia acionar o sistema de solução de controvérsias contra o país que não fosse o de sua nacionalidade dominante, em um esforço para evitar que o investidor nacional pudesse acionar a arbitragem internacional.

O segundo fator consistia na possibilidade dos acordos de investimento ensejarem limitações ou dificuldades para o desenvolvimento de políticas em diferentes áreas, em decorrência da possibilidade do investidor questionar o Estado nas arbitragens internacionais. Isso já na década de 1960, quando esses acordos começaram a ser criados, numa época em que eles nem eram muito acionados. Naquele momento eles foram assinados por vários países, basicamente entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, mas eram muito pouco acionados.

Os tratados de investimento começaram a ser realmente acionados já nos anos 1990/2000, e ganharam relevo sobretudo a partir dos casos do NAFTA, porque aí a opinião pública dos países desenvol-

vidos acordou para esse problema. Na medida em que esse problema foi se tornando mais evidente, os próprios países desenvolvidos começaram a perceber que eles também poderiam ser questionados em suas próprias políticas a partir desses acordos, e em função disso houve um esforço de vários países, inclusive dos Estados Unidos, de reformular seus modelos, limitando essas possibilidades.

O segundo momento em que o Brasil tratou desses assuntos foi no final dos anos 1990, quando foram assinados catorze acordos bilaterais dentro desse modelo tradicional de acordos de proteção de investimentos, com cláusula de solução de controvérsias Investidor/Estado, com expropriação indireta e todos os outros dispositivos tradicionais. Esses acordos foram ao Congresso e não foram aprovados, e repetiu-se aquela discussão da década de 1960. Havia alguns pontos mais específicos, como o fato de que, na Constituição brasileira, a desapropriação para a reforma agrária e reforma urbana tem que ser feita com títulos da dívida pública, e não por pagamento efetivo, o que contraria a jurisprudência de interpretação dos dispositivos sobre desapropriação dos acordos tradicionais.

Fora esses pontos mais específicos, os dois grandes pontos são os mesmos da década de 1960, ou seja, discriminação contra o investidor nacional e o fato de que com o instituto da indenização por expropriação indireta, abria-se o flanco para o questionamento de qualquer tipo de política regulatória. A qualquer momento, o investidor poderia considerar que uma nova medida ambiental, social, regulatória, frustraria a sua expectativa de lucro e que, portanto, ele deveria ser indenizado por ter sido expropriado indiretamente. Claro que, na origem, a expropriação indireta visava apenas evitar a fraude: o Estado, em vez de expropriar diretamente, criaria outro tipo de medida, para expropriar o investidor sem dizer que estava expropriando, e sem ter que pagar. Só que isso foi feito com base em conceitos vagos, que foram aproveitados pelos investidores para entrar com casos de solução de controvérsia cada vez mais ousados em termos de questionamento das políticas nacionais.

Nos últimos anos isso ficou muito evidente, com casos muito polêmicos. Recentemente na Austrália e no Uruguai, com o caso da Phillip Morris contra a lei de embalagens de cigarros; na África do Sul houve questionamentos contra a lei do Black Empowerment; no México houve questionamentos contra leis ambientais. Esses casos ganharam bastante relevo e chamaram a atenção para os problemas que os acordos poderiam gerar.

Nesse sentido, os receios expressos nas discussões no Congresso brasileiro provaram-se fundados, pelo que aconteceu nos anos que se seguiram. Em função dessa discussão, o governo, ainda durante o mandato de Fernando Henrique Cardoso no final dos anos 1990, decidiu retirar esses acordos do Congresso. Um grupo de trabalho intergovernamental discutiu o assunto e concluiu que os investi-

mentos já estavam vindo para o Brasil independente dos acordos. Esses acordos, pelo menos no caso do Brasil, devido a seu grande mercado interno e à estabilidade de sua legislação, não eram necessários para atrair investimentos, e abandonou-se a questão dos acordos sobre investimentos.

Acontece que, com o passar dos anos, as empresas brasileiras também passaram a investir no exterior, e ressurgiu o interesse em retomar a discussão sobre esse assunto, no sentido não só de atração de investimentos, mas também de proteção das empresas brasileiras no exterior. Isso exigiu uma nova reflexão do governo, que levasse em conta aquelas dificuldades que tinham sido identificadas nos anos anteriores, e uma tentativa de montar um novo modelo de acordo de investimentos que fosse mais equilibrado. Mais equilibrado em direitos e obrigações entre Estado e investidor, no sentido de evitar esse flanco de questionamento das políticas regulatórias. E também, no que se refere à solução de controvérsias, no sentido de tentar criar um mecanismo que não permitisse que o investidor utilizasse todo seu espírito litigante. As empresas têm departamentos jurídicos enormes, estão acostumadas a litigar pelos mais diversos motivos, e muito facilmente recorrem a esse tipo de arbitragem.

Ao mesmo tempo, havia o aspecto nos acordos tradicionais, os APPI (Acordos de Proteção e Promoção de Investimentos), de apenas proteger, e não promover os investimentos. Essa discussão está toda evidentemente dentro de uma lógica de que o investimento estrangeiro é interessante e importante. Parte-se da posição que há necessidade, há conveniência e é importante promover os investimentos estrangeiros para o desenvolvimento do país.

A questão é como fazer com que o investimento estrangeiro venha para desenvolver, para ajudar, e como criar condições para que ele não traga problemas e ajude nas soluções. Criou-se então uma nova modalidade de acordo, que já foi assinada com Angola, Moçambique, Maláui, México e Colômbia. Todos com algumas variações, cada um é uma negociação, o Brasil não impõe modelo fechado para ninguém, cada uma dessas negociações tem uma história própria.

Em primeiro lugar, o acordo contém disciplinas básicas, menos controversas: tratamento nacional, nação mais favorecida, expropriação direta cobrindo investimentos diretos, ou seja, não cobre investimentos de portfólio, não cobre investimento de curto prazo. O investimento direto vai ser tratado no outro país de maneira não discriminatória o investidor estrangeiro vai ser tratado da mesma maneira que se trata o investidor doméstico, não dando vantagem nem pra um nem pra outro, e também não dando vantagem para outros investidores estrangeiros de terceiros países. Vão-se tratar todos os investidores estrangeiros da mesma forma, e todos os investidores estrangeiros da mesma forma que os investidores domésticos.

Em segundo lugar, há o esforço para que o acordo tenha características mais proativas no sentido de promoção de investimentos, criando pontos de contato que permitam aos investidores buscar soluções para suas dificuldades. O Comitê Conjunto permite não apenas desenvolver atividades de promoção de investimento, mas também prevenir controvérsias (em casos onde investidores achem que estão sendo discriminados), e representa o primeiro espaço para que os governos possam conversar e tentar resolver a questão. Se a questão não é resolvida, é encaminhada para um exercício de prevenção de controvérsias, e em última instância uma solução de controvérsias arbitral, mas com características de Estado a Estado.

O que isso gera de diferença importante é que o Estado vai filtrar de maneira mais seletiva aqueles casos que realmente merecem ser levados a uma solução de controvérsia, onde realmente há uma evidência forte de discriminação contra os investidores de seu país, excluindo casos pautados pela opinião que o investidor tenha sobre a legislação do outro país.

Lembrando que, como esse acordo não cobre expropriação indireta, boa parte das questões debatidas atualmente em termos dos impactos dos acordos de investimento estão fora da discussão. Há cláusulas nos acordos assinados pelo Brasil que preveem a possibilidade de, a qualquer momento, serem introduzidas restrições ou exigências ao investidor, ou ao investimento estrangeiro, desde que ela seja não-discriminatória. Pode-se criar qualquer legislação ambiental, social ou regulatória, que seja necessária no setor respectivo.

A possibilidade de compensação por expropriação indireta com base em expectativa frustrada de lucro, por exemplo, não é contemplada nos acordos assinados pelo Brasil. O tipo de compensação contemplada diz respeito à expropriação direta, incluídas as situações de guerra, que seguem o que está na Constituição brasileira: entidade pública, pagamento em espécie, a princípio, com as exceções constitucionais que existem. Ainda nos casos de guerra, se a autoridade governamental faz uma requisição, a indenização deverá ser paga. No mais, trata-se de uma cláusula de não discriminação: a indenização de um investidor nacional acarreta na indenização de investidor estrangeiro que esteja na mesma situação.

Novas discriminações não podem ser criadas depois dos acordos, mas antigas discriminações são mantidas, como não poder haver investimento estrangeiro em faixa de fronteira, conforme consta na Constituição, ou o a existência de um limite máximo de participação estrangeira em empresas de comunicação. Portanto, é possível criar novas regulamentações ou políticas, já que o tipo de discriminação que não pode ser feita é pela nacionalidade do investidor, e não pelo tamanho, características, comportamento, pela região da empresa.

Outra inovação interessante é que os acordos trazem cláusulas de responsabilidade social corporativa, que são basicamente um resumo das diretrizes de responsabilidade social para empresas plasmadas pela OCDE. Basicamente, a cláusula que se está propondo para os países é uma cláusula que diz que os investidores farão os melhores esforços para cumprir pontos específicos, em consonância com as diretrizes da OCDE. O cumprimento não é obrigatório, dado que a obrigatoriedade só poderia ser garantida através de legislação específica. Nesse campo inclui-se o que se está recomendando que as empresas façam além da legislação normal, sobretudo lembrando que são empresas que não estão atuando em seu país, com a sua legislação. Na formulação que o Brasil está propondo, as cláusulas de melhores esforços são recomendatórias.

No Brasil, a existência de uma legislação obrigando as empresas a fazer seus melhores esforços para cumprir determinadas diretrizes é uma novidade. Não existe nenhum outro instrumento de responsabilidade social corporativa no momento. Existe a discussão nas Nações Unidas do tratado obrigatório¹, que é muito polêmico, pois estaria mudando a natureza da responsabilidade social corporativa. De qualquer forma, todos os instrumentos que existem atualmente são recomendatórios, e nem todos têm instrumentos de seguimento e cumprimento. Nações Unidas, Direitos Humanos e Negócios, Global Compact, são todas voluntárias, nenhuma tem mecanismo obrigatório de cumprimento.

Em resumo, tentou-se chegar a um texto que considera os problemas que existiram nos outros acordos, adotando uma solução radical em relação ao problema da interferência na gestão de políticas públicas, pois simplesmente elimina a indenização por expropriação indireta. Outras soluções que estão sendo buscadas por outros países vão mais no sentido de limitar, colocar restrições ao que o investidor pode questionar, e desenhar melhor quais são as obrigações do Estado.

¹ Nota do compilador: Entre os dias 6 e 10 de julho de 2015 foi realizada em Genebra a primeira reunião do Grupo Intergovernamental de Trabalho para discutir o alcance, natureza e escopo de um instrumento internacional legal obrigatório para as empresas em matéria de direitos Humanos. O Grupo, composto pelos Estados membros da ONU, foi criado pela Resolução 26/9 do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, em junho de 2014, e realizará mais duas reuniões de trabalho em 2015 e 2016 antes de apresentar um rascunho do tratado para negociação. Trata-se de um processo que acontece depois de 40 anos de debates na ONU – e fora dela – ao redor do tema e cujos encaminhamentos só produziram até agora instrumentos voluntários para o controle das empresas em matéria respeito aos direitos humanos. Como é o caso das Diretrizes da OCDE, o Global Compact, a “Declaração Tripartite de Princípios sobre as empresas multinacionais e a política social” da OIT, e mais recentemente os “Princípios Reitores” aprovados em 2011. Fonte: Rebrip <http://www.rebrip.org.br/noticias/a-onu-avanca-rumo-a-um-tratado-sobre-direitos-humanos-e-empresa-02d9/> (Acesso em 07/10/2015)

DEBATE E ESCLARECIMENTOS

A propriedade intelectual está coberta como investimento quando está relacionada com investimento direto, e não enquanto tal, ou seja, um royalty não está coberto, mas se um investidor faz um investimento direto, e nesse investimento direto está incluída a propriedade intelectual do bem produzido, aí sim a propriedade intelectual é incluída como valor do investimento. Não como “intangível em si”, mas intangível associado em investimento produtivo.

A menção à OMC é uma espécie de proteção. Tem menos uma função jurídica e mais de esclarecimento, já que muitos acordos de investimento que entram no campo da criação de direitos de propriedade intelectual focam a questão da propriedade intelectual substantivamente. Em termos de direito de propriedade, o que vale é o que está determinado na OMC e na OMPI (Organização Mundial de Propriedade Intelectual).

Sobre a possibilidade de ser demandado porque não foi dada uma autorização: todo esse campo, tanto da preocupação com as possibilidades de demanda que o investidor pode fazer, quanto à preocupação das exceções e das salvaguardas está muito reduzido a um modelo em que não se tem investidor / Estado e não existe indenização por expropriação indireta. Nesse contexto, não há a mesma necessidade de exceções e salvaguardas.

Empréstimo entre empresas vinculadas entra como parte da definição tradicional de investimento direto. Nos casos de expropriação direta, quando vai ser avaliado o valor de uma empresa ou propriedade que se está expropriando, levar-se-ia em conta o balanço da empresa, inclusive com os empréstimos que foram feitos, na medida em que eles se qualifiquem como investimento direto, conforme as definições usuais do FMI, que são seguidas pelo Banco Central.

A Solução de Controvérsias entre Estados ocorre quando um dos Estados adota uma medida que contraria uma regra do acordo, e está baseada na Solução de Controvérsias da OMC, de Estado/Estado, mas defendendo interesses privados. A Solução de Controvérsias tem como objetivo corrigir a medida que fira o acordo, instituindo uma discriminação para com a parte estrangeira. Se os árbitros considerarem que a nova lei ou legislação descumpra o acordo, o Estado deve corrigir a legislação, mas não há indenização nesses casos.

Pode haver uma divergência sobre como foi calculado o valor da compensação pela expropriação direta. Por exemplo, a construção de uma estrada nova leva à desapropriação de um terreno de propriedade de um investimento estrangeiro, e então deve ser feito o cálculo do valor da indenização

devida, sobre o qual pode haver divergência. Os acordos assinados com Moçambique e Angola falam de arbitragem de maneira muito genérica. Foi no acordo com o México em que essas questões foram esmiuçadas pela primeira vez.

No acordo firmado com o México consta que, se houver concordância de ambas as partes, elas podem pedir a árbitros para decidir sobre o valor da indenização. Assim, não é necessário recorrer ao judiciário, em processos que levam anos, e a questão pode ser resolvida através de um processo administrativo, mais célere. Entretanto, essa segunda hipótese de arbitragem só se dá se ambas as partes estiverem de acordo, então não é um direito do investidor pedir e nem do outro Estado solicitar.

A questão da assimetria de poder está matizada pelo direito. Claro que se pode dizer que os Estados Unidos, por exemplo, terão mais recursos, poderão contratar mais advogados, poderão gastar mais, mas o campo é o do direito, é a lei, o argumento de um contra o argumento de outro, que é um pouco o que se vê na OMC. Na OMC, os problemas vêm depois, na hora de fazer cumprir o julgamento, pois é óbvio que a pressão americana para fazer cumprir o julgamento tende a ser muito mais forte, pelo poder comercial, do que vice-versa. No caso do Brasil com o algodão, foi muito custoso conseguir que os Estados Unidos cumprissem a decisão.

Portanto, na etapa de implementação, as assimetrias de poder que existem no mundo se verificam, mas na arbitragem em si, é a lei, o tratado, o argumento de um e de outro. Nessa etapa, há igualdade de condições entre os Estados. Isso não significa que se esteja garantindo igualdade de condições aos investidores, uma vez que eles têm de estar respaldados por um Estado, e o Estado, espera-se, deve ser criterioso na hora de escolher os casos. No âmbito da OMC, por exemplo, se os processos dependessem apenas da iniciativa do setor privado para serem instaurados, haveria muito mais casos do que se tem hoje. Os Estados, por sua vez, só iniciam um processo quando há uma consistente fundamentação legal e um interesse econômico suficientemente importante para que venha a assumir essa causa.

Para os países que defendem a possibilidade do investidor acionar o Estado, essa possibilidade é apresentada como uma maneira de despolitizar a questão, o que seria uma vantagem. Na realidade, a questão sempre se politiza, pois as demandas dos investidores podem questionar uma política pública, numa dimensão política abrangente, e o Estado do país cujo investidor entrou com a demanda não pode fazer nada.

Portanto, o mecanismo adotado pelo Brasil através dos acordos de investimento assinados com os países já citados é um mecanismo de arbitragem Estado-Estado tradicional, em que cada parte escolhe um árbitro e os dois em conjunto escolhem um terceiro árbitro e, se não houver acordo, recorre-se à

Corte Internacional de Haia para a designação do terceiro árbitro. A peculiaridade repousa no fato de que, em vez de se ter um compromisso arbitral específico para cada questão, tem-se uma pré-autorização para que a arbitragem ocorra. Vai-se tentar fazer toda a prevenção de controvérsia, e aí sim, em última instância, precisa haver essa possibilidade de arbitragem para que a fase anterior seja levada a sério. Não se quer chegar na arbitragem, na solução de controvérsia efetiva Estado-Estado, mas o fato dela existir faz com que se tenha mais estímulo a resolver a questão nas fases anteriores, e também impõe uma precisão maior na hora de desenhar as disciplinas e realizar as discussões.

O Ministério do Desenvolvimento consultou o setor privado e parte do impulso de estabelecer esses acordos, e até as características do enfoque de cooperação, vieram dessa conversa com o setor privado, para quem interessa ter canais de comunicação com os outros países para obter autorizações e informações e contornar obstáculos políticos que eventualmente apareçam.

O Comitê Conjunto prevê a participação de representantes de entidades não-governamentais, não necessariamente empresas. Nesse ponto entra em cena o jogo de manifestações de interesse da sociedade civil, de empresas, de comunidades afetadas para tratar uma questão específica. Existe a possibilidade institucional de criar um espaço de discussão, de acordo com a vontade dos Estados.

Toda essa parte de promoção de investimentos e prevenção de controvérsias é o que faz diferença nos novos acordos, como o assinado entre Brasil e México. Sem essa parte, ele seria um APPI (Acordo de Promoção e Proteção de Investimentos) “*minus*”, com o corte de algumas coisas. O que vai nos mostrar se o acordo é interessante ou não será sua capacidade de implementação das cláusulas que tratam de promoção de investimentos e prevenção de controvérsias.

Ao não manter a possibilidade de questionamento de políticas e de marcos regulatórios, a questão das exceções fica muito menos importante. Tal como consta no acordo com o México, não há necessidade de excluir saúde, por exemplo, pois não há como questionar uma regra específica, desde que não seja discriminatória. Em termos das obrigações, o país tem a mesma obrigação de dar informações, e tratar da mesma forma investidores nacionais e estrangeiros. Não há razão para exceções. O campo de necessidades de exceções e salvaguardas diminui muito sem a indenização por expropriação indireta.

Em relação aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e às questões do Financiamento do Desenvolvimento, não há qualquer menção no acordo. A sintonia com os ODS não decorre necessariamente do acordo, é um espaço que se cria e que vai depender de como o acordo for implementado. Espera-se que, ao incluir essa dimensão de responsabilidade social, esteja-se contribuindo para criar espaços de discussão de como esse investimento direto se relaciona com as metas dos ODS.

OS RECENTES ACORDOS DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS ASSINADOS PELO BRASIL¹ E AS ALTERNATIVAS SURGIDAS NAS REDES E ORGANIZAÇÕES SOCIAIS INTERNACIONAIS²

Professor Alberto Arroyo Picard³

INTRODUÇÃO

Ainda que, durante vinte e cinco anos, o Estado brasileiro tenha-se negado a fazer parte de tratados internacionais de proteção a investimentos, atualmente negocia quatro deles. Ao que se deve essa mudança? O governo brasileiro afirma tratar-se de acordos que não seguem os padrões dominantes nos capítulos sobre investimentos dos Tratados de Livre Comércio (TLC) e/ou Tratados de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos (APPRIS), conhecidos geralmente como Tratados Bilaterais de Investimento (TBI). É por essa razão que o objeto desse ensaio é a análise do Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) assinado entre Brasil e México, suas peculiaridades, vantagens e limitações. Tal análise será realizada em três ângulos: 1) o conteúdo do ACFI Brasil-México, 2) suas novidades, diferenças ou vantagens em comparação aos parâmetros dominantes nos TBIs e 3) seus limites, em comparação às propostas alternativas surgidas na academia e na sociedade frente ao sistema de proteção internacional de investimentos.

¹ Em vias de ratificação legislativa.

² Texto apresentado no Seminário Internacional “Novas e velhas ameaças dos acordos de livre comércio e investimentos”, Organizado pela REBRIP, Rio de Janeiro, 8 e 9 de setembro de 2015.

³ Pesquisador da UAM (Universidad Autónoma Metropolitana, Cidade do México), membro da Red Mexicana de Acción frente al Libre Comercio (RMALC), da Aliança Social Continental (ASC) e da Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA), criada por decreto pelo presidente Rafael Correa (Equador). Agradeço à Dra. Luciana Guiotto e ao Professor Manuel Pérez-Rocha pelas importantes sugestões e contribuições que foram incorporados a esse artigo.

Não obstante, antes de realizarmos a análise detalhada desse ACFI, é necessário fornecer elementos para explicar a mudança na política brasileira.

Em primeiro lugar, essa mudança na política brasileira não aconteceu da noite para o dia, visto que há um longo debate no interior das forças políticas do país sobre os TLC e TBI. Os tratados assinados em 2015 não estão isolados, conforme veremos a seguir.

Ainda que o Brasil não tenha nenhum TBI vigente atualmente, negociou e assinou catorze tratados entre 1994 e 1999, mas que logo sofreram uma forte oposição política no Congresso Nacional, impedindo que fossem ratificados e entrassem em vigência. Apesar do impedimento para sua ratificação naquele contexto, amplos setores do governo e do empresariado seguiram considerando necessário oferecer garantias aos investidores, a fim de atrair investimentos estrangeiros para o país. A nova estratégia então adotada consistiu em reconhecer que se a amplitude dos direitos concedidos aos investidores era inaceitável para a maior parte do Poder Legislativo, seria necessário criar outro modelo de tratados internacionais sobre investimentos que pudessem suscitar consenso nacional suficiente, que para que fossem ratificados e pudessem mostrar-se atrativos aos olhos dos investidores. Desse posicionamento, surge o que a chancelaria brasileira chama de “novo marco” para negociar acordos internacionais em matéria de investimentos e que vem a concretizar-se atualmente nos ACFI.

Ainda que nenhum dos TBI assinados nos anos 1990 tenha vindo a ser ratificado pelo Congresso, em 1995 a casa aprova uma emenda constitucional que elimina qualquer tipo de discriminação contra investidores estrangeiros, que viria a ser equivalente às cláusulas de tratamento nacional e tratamento justo e equitativo para os investimentos estrangeiros, constantes nos TBI.

Por outro lado, desde abril de 2000, como membro do Mercosul, o Brasil iniciou negociações para a assinatura de um TLC com a União Europeia (UE). Já tendo passado por etapas de “esfriamento” e reanimação, as negociações intensificaram-se novamente no atual segundo mandato da presidenta Dilma Rousseff.

Ademais, como parte do Mercosul, durante o governo Lula, o Brasil negociou e assinou três TLC: dois deles, com Marrocos e com o Egito, não foram ratificados. O terceiro deles, com Israel, foi assinado⁴, ratificado e entrou em vigência⁵.

⁴ Em 18 de dezembro de 2007.

⁵ No caso do Brasil, entrou em vigência em 3 de abril de 2010.

Os governos do Partido dos Trabalhadores mantêm a vontade de negociar acordos internacionais em matéria de investimentos, mas tentam modificar os termos de tais tratados. Como parte do MERCOSUL, o único TLC que o Brasil efetivamente ratificou não conta com o controvertido mecanismo de solução de disputas “investidor - Estado” e, em matéria de investimentos, não vai além dos compromissos já adquiridos como parte da Organização Mundial do Comércio (OMC). Isso também se reflete no fato do Brasil não fazer parte do Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos (CIRDI) e ter se posicionado contra a criação da Área de Livre Comércio das Américas (ALCA).

O fato de o país ter assinado quatro acordos de investimento não é, portanto, um fato isolado. O importante é analisar o que os distinguem dos TBIs dominantes e sobretudo se as concessões feitas aos investidores são aceitáveis, na concepção dos movimentos sociais organizados. A análise que apresentamos nesse ensaio buscar oferecer elementos para essa avaliação, que deve ser feita tanto pelos movimentos sociais, quanto pelo Poder Legislativo.

Outro fator que explica a assinatura desses ACFI é a expansiva presença das empresas brasileiras no mundo. Essa nova realidade acelera o debate sobre a necessidade ou não de se assinar acordos internacionais sobre investimentos, a fim de proteger o Investimento Estrangeiro Direto (IED) de empresas brasileiras públicas e privadas no exterior.

O Brasil não apenas converteu-se no principal receptor de IED da região, mas também no principal investidor externo da América Latina. Em cinco anos, as empresas brasileiras quase que duplicaram seus investimentos no exterior, especialmente em países da América Latina e Caribe.⁶ Em 2014, o México converteu-se no principal destino dos investimentos brasileiros na América Latina,⁷ e o Brasil igualmente figura como o principal destino latino-americano para os investimentos mexicanos.⁸ Essa realidade é provavelmente a explicação para o renovado interesse brasileiro em concretizar acordos que não apenas promovam, mas também protejam os investimentos brasileiros no exterior.

O esforço brasileiro em realizar negociações sob parâmetros distintos é parte do crescente debate e

⁶ Morosini, Fabio; Ratton, Michelle (2015) “The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): A New Formula for International Investment Agreements?” en *Investment Treaty News*, página web de IISD. Arroyo, Alberto (2013) “La inversión extranjera directa entre la Unión Europea, América Latina y el Caribe” en *¿Hacia dónde van las relaciones América Latina y la Unión Europea?* Ediciones ALOP-México. Reeditado em “La inversión extranjera directa entre la Unión Europea, América Latina y el Caribe” por Rosa Luxemburgo et al, Ecuador, febrero 2014.

⁷ El IndexInvest Brasil, publicado por el Centro de Estudios de Integración y Desarrollo (Cindes).

⁸ Pro-México.

crítica ao regime legal de proteção dos investimentos estrangeiros que vem tomando lugar na academia, nos organismos internacionais como a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD)⁹ e a Comissão Econômica para a América Latina e Caribe (CEPAL)¹⁰. Entre governos, o Brasil não é o único e tampouco o primeiro a tentar negociar sob parâmetros distintos.¹¹ Com efeito, há governos que vêm tomando medidas muito mais audazes frente ao sistema legal de proteção de investimentos estrangeiros.¹²

Esses tratados impulsionados pelo Brasil, como veremos mais a frente, carregam a ideia de que são necessários TBI para atrair investidores estrangeiros, o que é paradoxal se levarmos em conta que o Brasil mesmo é um bom exemplo do contrário. Isso porque, mesmo sem TBI, o Brasil converteu-se no maior receptor de investimentos e maior investidor dentre os países da América Latina. Os investimentos da e na União Europeia são ainda mais indicativos de que tais tratados não são determinantes para atrair investimentos. O México foi, até 1998, o maior receptor de IED da União Europeia, perdendo o posto para o Brasil nesse ano, apesar de ter firmado um TLC e um TBI com a UE. A assinatura desses acordos não permitiu ao México recuperar a posição dianteira na região.¹³ Outro exemplo latino-americano é o Equador, que tem 26 TBI vigentes, e ainda assim a maior parte do IED que recebe advém de países com os quais não tem acordos assinados.¹⁴

⁹ Um estudo sobre essa evolução pode ser encontrado em Giotto, Luciana (2015) “¿UNCTAD pro-desarrollo o pro-liberalización? Un estudio de los cambios en el organismo a la luz de las políticas sobre inversiones”, que será publicado em breve.

¹⁰ A CEPAL não reflete teoricamente sobre o conteúdo dos TBI, mas em relatórios empíricos sobre o IED na América Latina, mostra que há outros fatores determinantes, para além dos TBI, que influenciam na escolha do destino dos investimentos de grandes investidores externos. Ver por exemplo CEPAL (2012) *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe 2011*; Colección Informes Anuales, Santiago de Chile.

¹¹ Ver, por exemplo, o Tratado de Investimentos da Associação de Nações do Sudeste Asiático (ASEAN) (2011) e o projeto de tratado-modelo para a região da África do Sul. A Índia também realiza negociações sob outros paradigmas.

¹² Bolívia, Equador e Venezuela iniciaram sua saída do sistema dominante de proteção dos investidores estrangeiros, retirando-se do CIRD e revisando ou denunciando diretamente os TBI vigentes. O Equador convocou a CAITISA, que trabalhou entre 2014 e 2015 com base em três eixos: a compatibilidade entre o que fora pactuado nos TBI e a Constituição de 2008 e os objetivos do bem-viver; o exame das ações contra o país por parte de empresas estrangeiras; análise dos efeitos reais do IED na economia do Equador.

¹³ Ver Arroyo (2013) “La Inversión Extranjera Directa entre la Unión Europea, América Latina y el Caribe” em *¿Hacia dónde van las relaciones América Latina y la Unión Europea?* Ediciones ALOP-México. Re-editado em *La Inversión Extranjera Directa entre la Unión Europea, América Latina y el Caribe* por Rosa Luxemburgo et al, Equador, fevereiro 2014.

¹⁴ Essa análise é ampliada em CAITISA (2015) “Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones; Informe Ejecutivo”, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. Quito, Equador, no prelo.

Analisaremos brevemente o texto do tratado sobre investimentos entre Brasil e México.¹⁵ Destacaremos as suas novidades, em comparação com o paradigma neoliberal ainda dominante, e mostraremos seus limites, em diálogo com as propostas surgidas nas redes internacionais de organizações e movimentos sociais que vêm trabalhando com esse tema há duas décadas e meia.¹⁶ Queremos, com isso, contribuir para o necessário debate sobre as alternativas a esse regime abusivo de proteção de investimentos.

Ainda que os acordos impulsionados pelo Brasil tragam novidades que podem diminuir seus efeitos negativos, não representam o modelo pelo qual temos lutado nas últimas décadas. A lógica do governo, “proteger as empresas globais brasileiras ou mexicanas”, não é uma razão para que os movimentos sociais e os congressistas (que supostamente representam o povo) apoiem esses TBI “melhorados”. O fato de se tratar de investidores brasileiros, mexicanos, estadunidenses ou europeus não é relevante, e esta temática deve ser incorporada à agenda dos movimentos sociais, lado a lado do TPP, TiSA e os Acordos Transatlânticos (entre Europa e Estados Unidos e Canadá). Seria um erro minimizar sua importância aduzindo que enfrentamos tratados de maior envergadura. Passemos à análise do ACFI entre Brasil e México.

¹⁵ O acordo assinado entre Brasil e México pode ser acessado na íntegra em <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3459> Em verdade, esses e os outros três tratados sobre investimentos do Brasil foram negociados com base em um mesmo modelo. O que é afirmado aqui em termos gerais também se aplica aos demais tratados, com exceção de poucos detalhes.

¹⁶ Entre as propostas alternativas surgidas na sociedade civil, podemos destacar quatro, que apresentam um altíssimo grau de convergência em seus pontos essenciais devido ao fato de alguns de seus autores terem participado da elaboração de todas elas. As quatro são sínteses ou sistematizações elaboradas por especialistas (grupo que teve a honra de integrar) a partir de debates e reflexões amplas do movimento social internacional. As primeiras propostas surgem na América do Norte no calor da luta contra o NAFTA e são retomadas no capítulo sobre investimentos do documento da Aliança Social Continental intitulado “Alternativas para as Américas”. Esse documento conta com várias versões revisadas a partir de 1998, frutos da discussão e luta contra a ALCA. A segunda versão foi publicada em cinco idiomas entre 1998 e 2002, e a quinta e última versão foi publicada em outubro de 2005 no Brasil (em espanhol) e nos Estados Unidos (em inglês). Pode ser acessada em <http://www.rmalc.org/historico/libros.htm> A segunda proposta encontra-se no documento “Hacia la construcción de un marco legal alternativo a los Acuerdos Internacionales de Inversión”, publicado pelo Grupo de Trabalho sobre investimentos das Américas, em maio de 2014, e pode ser acessada em http://rqic.alternatives.ca/IMG/IMG/pdf/Llamamiento_Regimen_Alt_Inversiones_mayo2014_ESP.pdf

Existe também em inglês e francês. A terceira proposta é o “Tratado Internacional de los Pueblos para el Control de las Empresas Transnacionales”, elaborado em 2014 no marco da “Campana Global Desmantalemos el Poder Corporativo”, acessível em http://omal.info/IMG/pdf/tratado_de_los_pueblos_-_castellano.pdf O quarto documento, ainda inédito, foi elaborado como uma recomendação na CAITISA, criada no Equador em outubro de 2013 por decreto presidencial.

PREÂMBULO E OBJETIVOS

O preâmbulo e os objetivos dos TBI tendem a converter-se em redações retóricas para angariar o apoio das populações e, portanto, faz-se necessário analisar se o corpo do documento está em consonância com a parte inaugural do texto. Apesar desse freqüente descompasso, sua análise é importante por oferecer argumentos para sua avaliação e inclusive para justificar seu cancelamento.

Diferentemente dos típicos TBI, o direito de se criar legislação e regulamentação para que o IED ajude a cumprir os objetivos da política nacional é reconhecido no parágrafo 6 do preâmbulo. Não obstante, tal tratado ainda mantém algumas limitações à soberania nacional quanto à legislação e regulamentação da matéria.

Os objetivos do acordo (art. 1º) reafirmam também essa diferença. *“Promover a cooperação para facilitar e promover o investimento mútuo.”* Ou seja, trata-se de cooperar para facilitar o investimento, diferentemente dos TBI clássicos cujo objetivo é “proteger” os interesses dos investidores estrangeiros.¹⁷

O parágrafo 3º do referido preâmbulo diz *“Reconhecendo a necessidade de promover e proteger os investimentos por seu papel fundamental na promoção do desenvolvimento sustentável, do crescimento econômico, da redução da pobreza, da criação de empregos, da expansão da capacidade produtiva e do desenvolvimento humano”*. Esse trecho é relevante pois, de acordo com a Convenção de Viena sobre os Tratados, é possível argumentar que o “espírito” do tratado não é cumprido quando o IED não contempla os propósitos explicitados no texto do documento.

Entretanto, o referido parágrafo mantém a suposição, usada como argumento para que os países assinassem TBI desde os anos 1990, de que o IED é imprescindível para se garantir o desenvolvimento e que os TBI, por sua vez, seriam determinantes para atraí-lo. Atualmente, os organismos internacionais, inclusive aqueles que, no passado, promoveram os TBI e os TLC, reconhecem que não foi isso o que sucedeu.

No caso, a UNCTAD chega a afirmar:

¹⁷ O Brasil não é o primeiro país a incorporar essa linguagem nos preâmbulos e objetivos. Apenas para citar dois exemplos, no TBI entre China e Equador consta que “deve-se intensificar a cooperação econômica entre ambos, sobre uma base de equidade e benefício mútuo.” No TBI entre Equador e Estados Unidos, lê-se “é importante reconhecer que o desenvolvimento dos vínculos econômicos e comerciais contribui para o bem-estar dos trabalhadores e promove o respeito pelos direitos laborais reconhecidos internacionalmente.”

Os Acordos Internacionais de Investimentos nunca poderão ser um instrumento de política suficiente para atrair IED. Outros determinantes no país anfitrião, em particular os determinantes econômicos, têm um papel mais importante. Já que os Acordos Internacionais de Investimento converteram-se em um instrumento importante para as estratégias de IED em todos os países, os formuladores de políticas públicas precisam saber em que grau contribuem para alcançar esse objetivo, fazendo inclusive uma comparação com os possíveis custos associados a esses acordos - tais como as limitações que impõem ao espaço para as políticas nacionais e os custos de potenciais disputas que possam surgir com base nos referidos acordos.¹⁸

Ademais, a investigação empírica mostra que esse é um simplismo. O IED pode ser um complemento e não um fator “fundamental” do desenvolvimento econômico, como se argumenta no preâmbulo do ACFI entre Brasil e México. Estão disponíveis atualmente múltiplas investigações empíricas que mostram que o IED não trouxe os efeitos positivos esperados e que os TBI não foram determinantes para atraí-lo. Como já foi dito, o Brasil tem sido um bom exemplo, visto que, mesmo sem TBI ou TLC logrou ocupar a posição de liderança na América Latina e Caribe tanto em relação ao IED recebido, quanto aos investimentos brasileiros nos países da região.

Sem negar o avanço que significa a afirmação dos objetivos presentes no preâmbulo do documento, em comparação com os TBI típicos, não devemos esquecer que praticamente todos os TBI trazem em seus preâmbulos e se justificam alegando objetivos similares de desenvolvimento sustentável, emprego e combate à pobreza. Todavia, os resultados obtidos não correspondem a tais afirmações, de modo que o importante não são os objetivos declarados, mas os resultados obtidos quando tais acordos são colocados em operação.

Além do referido acima, as propostas da sociedade civil reivindicam que os objetivos de eventuais tratados internacionais sobre investimentos deveriam ser muito mais amplos e bastante distintos daqueles recentemente firmados pelo Brasil.

¹⁸ http://unctad.org/en/Docs/diaeia20095_en.pdf. Na nota 8 citamos o estudo de Luciana Giotto sobre a evolução da postura da UNCTAD. Em seus últimos estudos sobre o IED na América Latina, a CEPAL analisa outros determinantes nas decisões sobre onde investir no exterior, por exemplo CEPAL (2012) “La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe 2011”, pág. 114-116. No mundo acadêmico há um grande debate se haveria uma relação causal entre TBI e o aumento de IED, donde se conclui, no mínimo, que não existem provas quantitativas dessa relação. No relatório completo da CAITISA (no prelo), esquematiza-se esse debate e critica-se, em termos metodológicos, os posicionamentos que sustentam a existência de referida relação causal.

Entre as propostas que surgem das redes internacionais da sociedade civil sobre esses temas, podemos destacar os seguintes objetivos para operacionalizar as cláusulas propostas:

- a) Efetivar a supremacia dos direitos humanos sobre os direitos comerciais. Existe uma proposta do Equador, apoiada por vários governos e redes internacionais de organizações da sociedade civil, de criação de um código vinculante para as corporações em matéria de direitos humanos;
- b) Conservar as capacidades regulatórias soberanas do Estado. Em acordos como o assinado pelo Brasil há avanços, mas ainda insuficientes;
- c) Que tenham efeitos positivos sobre o Bem Viver, adotando uma política integral que garanta menos a proteção do investimento e mais os direitos humanos, incluindo os direitos das comunidades originárias, os direitos da natureza, os direitos do trabalho e outros interesses sociais;
- d) Assegurar a capacidade de impor obrigações e/ou requisitos de desempenho vinculantes aos investidores e seus investimentos. Nos tratados do Brasil, a questão está alocada no âmbito da responsabilidade social corporativa, cujas normas são voluntárias e não vinculantes;
- e) Acabar com a disparidade de que apenas as empresas podem acionar os Estados, e não o contrário. O Acordo Brasil-México afirma que seu Conselho Conjunto visa a resolução amigável de conflitos do Estado com o investidor, mas não tocam no ponto de que as comunidades, organizações sociais afetadas e inclusive empresas nacionais possam também acionar os investidores e empresas e levá-los para a arbitragem;
- f) Manter a capacidade soberana dos Estados para implementar legislação e políticas públicas para evitar fuga de capitais. Os acordos de Brasil ao menos excluem de sua proteção o investimento especulativo;
- g) Restringir as possibilidades de interpretações abusivas ou extensivas das cláusulas do tratado. Nesse ponto também há avanços nos tratados brasileiros, mas permanecem redações de texto genéricas, dando margem a interpretações abusivas.

Em geral, o objetivo de um eventual tratado internacional de investimentos não deve ser atrair investimentos indiscriminadamente, protegendo-os e fornecendo todas as garantias. Dado o enorme poder das corporações transnacionais, o objetivo deve ser garantir que os Estados nacionais possam selecionar os investimentos idôneos e inserí-los em um plano nacional de desenvolvimento a longo prazo.

ÂMBITO DE APLICAÇÃO E DEFINIÇÃO DOS INVESTIMENTOS COBERTOS (ART. 2º E 3º)

Quanto ao âmbito de aplicação, assim como praticamente todos os TBI, os tratados brasileiros abrangem os investimentos realizados antes e depois da entrada em vigor do acordo. No entanto, impõem limites que em geral não são encontrados nos TBI tradicionais, dos quais ressaltamos dois:

- Não podem ser invocados para assuntos que já sejam coisa julgada em âmbito nacional;
- Tampouco poderão ser invocados para situações com mais de cinco anos.

Ao definir os tipos de investimentos cobertos, uma das diferenças mais expressivas é a exclusão da carteira de investimentos e dívidas entre Estados. Ainda assim, estão incluídos

- Imóveis;
- Dívidas entre empresas inter-relacionadas, excluindo as de curto prazo (obrigações de menos de três anos contratados via bolsa de valores, ou seja, de caráter especulativo (art. 3º, 1.2, c e reforçada pelo inciso d). Esse ponto é problemático porque é generalizada a prática das matrizes de, ao invés de investir em suas subsidiárias, transferirem o capital sob a forma de empréstimos. Isso facilita seu repatriamento, sem aparecer como a alienação ou fuga de capitais, e permite burlar eventuais medidas para evitar a fuga de capitais e impostos sobre a saída de divisas;
- **Direitos de Propriedade Intelectual** (art. 1º, 1.2, e), tal como está acordado na OMC (ADPIC). Dado que o Brasil é membro da OMC, não poderia furtar-se dessas obrigações, ainda que as redes internacionais da sociedade civil tenham sempre reivindicado que os direitos de propriedade intelectual não fossem incluídos (como investimentos) na OMC. Esse é um tema muito importante, já que a transferência de tecnologia é um dos benefícios esperados dos investimentos estrangeiros. Além disso, a produção de medicamentos genéricos acaba sendo limitada e a disponibilidade de informação na internet é afetada.
- **Os chamados Direitos Administrativos** (art. 3º, 1.2, f) são as permissões que um Estado deve conceder para que um investimento seja feito em seu território, como por exemplo concessões para exploração de minérios ou petróleo. As propostas alternativas das redes internacionais da sociedade civil excluem esse tipo de concessão, e a única garantia que propõem é o cumprimento do devido processo, estabelecido pela legislação nacional. Consideramos importante excluí-los uma vez que

se trata de bens comuns, e a maioria dos litígios em âmbito internacional estão relacionados a esse tipo de investimentos. Nesse campo, os Estados devem conservar soberania total.¹⁹ À diferença dos TBI clássicos, esse novo tipo de tratado cobre apenas o “valor econômico da concessão”, excluindo, por exemplo, a possibilidade de litígio sobre as regulamentações que, no futuro, poderiam afetar as referidas concessões. No entanto, o tratado entre México e Brasil é muito ambíguo em relação ao que vem a ser o valor econômico da concessão: o que foi pago pela contraprestação, ou o valor estimado do usufruto que seria obtido caso fosse mantida a concessão (o que seria equivalente ao que se refere nos TBI como expropriação indireta)?

Quanto à entrada ou autorização dos investimentos estrangeiros, como em quase todos os TBI, cada parte aplicará suas próprias leis e regulamentos.

O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO

Tendo como referência o princípio transversal da não discriminação, o tratado entre Brasil e México inclui, ainda que com algumas nuances, o princípio de tratamento nacional e o princípio da Nação Mais Favorecida. Em todos os TBI e TLC, tais princípios transversais têm recebido muitas críticas e as redes internacionais da sociedade civil vêm propondo sua exclusão.

O parágrafo 1º do artigo 5º estabelece “o tratamento não menos favorável do que o concedido aos seus próprios investidores e seus investimentos. “ No entanto, é limitado com os seguintes itens:

- “Sem prejuízo às exceções previstas na legislação na data em que o presente acordo entrar em vigor.”
- “O disposto no presente artigo não impede a adoção e aplicação de novas exigências ou restrições legais aos investidores e seus investimentos, desde que não sejam discriminatórias. Um tratamento será considerado menos favorável quando alterar as condições de concorrência, em favor dos seus próprios investidores e seus investimentos, em comparação com os investidores da outra Parte e os seus investimentos. “

¹⁹ Diferentemente do Brasil, já existem TBI que excluíram os direitos administrativos, como por exemplo os TBI entre Austrália e Hong Kong e Austrália e Indonésia, nos quais fica estabelecido que apenas serão protegidos os investimentos “que sejam realizados em acordo com as regulações e políticas aplicáveis a cada momento.”

Assim como os TBI, tais tratados do Brasil aceitam sem crítica o princípio de não discriminação ou de não favorecimento das empresas nacionais. Por que tratar igualmente aqueles que não são iguais? Por que não se pode favorecer, em igualdade de condições, as empresas nacionais? A história mostra que nenhum dos ditos países desenvolvidos chegou a tal condição sem um período de proteção à sua indústria nacional.²⁰

O parágrafo 2º do mesmo artigo 5º estabelece o princípio de Nação Mais Favorecida, afirmando: “Sem prejuízo às exceções previstas na legislação **na data em que o presente acordo entrar em vigor**, uma Parte outorgará aos investidores da outra Parte e a seus investimentos tratamento não menos favorável do que o concedido aos investidores e investimentos de um Estado não-parte.” Esse princípio é dimensionado no parágrafo 3º:

- Está permitido dar preferência a países com os quais se tenha uma aliança estratégica, sempre e quando tal aliança estratégica esteja refletida em um tratado (§ 3a).
- A igualdade de tratamento é excluída em qualquer assunto em matéria fiscal (§ 3b)

Esses postulados são importantes, mas têm uma limitação, ao excluir o tratamento de Nação Mais Favorecida somente se ele é baseado em um tratado formal ou determinado pela legislação nacional **antes da entrada em vigor do ACFI**. Tal limitação leva a dois problemas: 1) não exclui do princípio de tratamento de Nação Mais Favorecida futuros processos de integração regional; 2) retira flexibilidade para conceder preferências a países amigos com os quais se tenha um tratado formal para momentos de emergência ou em situações circunstanciais. Devido ao papel que o Brasil deve desempenhar no processo de integração na América Latina, é grave a inclusão da cláusula de Nação Mais Favorecida nesta nova geração de tratados de investimento brasileiros.

EXPROPRIAÇÃO (ART. 6º)

Nesse ponto, há uma diferença relevante em relação aos TBI tradicionais, uma vez que o novo tratado apenas cita expropriações diretas, não mencionando expropriações indiretas.

²⁰ Ver Han Joon Chang La inversión en la OMC, una trampa del norte <http://www.amazon.com/Kicking-Away-Ladder-Development-Perspective/dp/1843310279> ou a versão traduzida para espanhol pela RMALC em www.rmalc.org/historico/libros

A garantia outorgada aos investidores é que a expropriação apenas será levada a cabo por utilidade e interesse público, de forma não discriminatória, em conformidade com o processo legal, com pronto pagamento e no valor justo de mercado. O tratado em questão traz mais detalhes e fornece mais garantias de que não serão utilizadas artimanhas para diminuir o valor no mercado. Como em todos os TBI, o pagamento é livremente transferível para fora do país, com exceção das limitações expressas no artigo 9º (garantia de litígio ou crise de balanço de pagamentos, de acordo com as regras do FMI, que devem ser aplicadas de forma não discriminatória).

No entanto, nos comentários aos artigos 2º e 3º sobre o âmbito de aplicação do tratado e a definição de investimento em termos de direitos administrativos (concessões consideradas como ativos e, como tais, investimentos), afirmamos que o tratado ora analisado pode ter deixado uma porta aberta para que os investidores reivindiquem algo como a expropriação indireta. Nos artigos em análise, consta somente que o ACFI cobre apenas o valor econômico da concessão, sem deixar claro qual seria esse valor econômico: apenas o que foi pago pela prestação de um serviço? Ou as expectativas legítimas de lucro?

COMPENSAÇÕES POR PERDAS (ART. 7º)

Esse artigo não inclui os conceitos de “expropriação indireta” ou “expectativas de lucros futuros”, típicos dos TBI. Alguns tribunais de arbitragem têm considerado que a elaboração de um projeto e as negociações para colocá-lo em prática seriam um investimento que gera expectativas de êxito. Caso o projeto não venha a se concretizar, o investidor poderia entrar com um pedido de ressarcimento.²¹ O ACFI entre Brasil e México, entretanto, refere-se apenas a compensações de guerra, conflitos armados, insurreições, estado de emergência nacional ou outros acontecimentos similares, implicando que os Estados Partes respondam aos eventuais pedidos de compensação por perda sem discriminar investidores nacionais ou estrangeiros (cláusulas de tratamento nacional e tratamento justo e equitativo).

Em geral, esse tema não tem sido abordado nas propostas das redes internacionais da sociedade civil, mas considero que, em todo caso, é necessário assegurar que as leis nacionais delimitem a obrigação de compensação ante as situações citadas apenas para pequenas e médias empresas, uma vez que grandes empreendimentos, nacionais ou estrangeiros, podem contratar seguros privados para essas possíveis perdas.

²¹ Sornarajah, M. (2010) *The international Law on Foreign Investment*. Nueva York: Cambridge University Press.

LIVRE FLUXO DE CAPITAIS (ART. 9º)

O referido artigo garante o livre fluxo de capitais, excetuando garantias apresentadas em litígios ou situações de crise no balanço de pagamentos, em consonância com as regras do FMI. Nesse ponto, não há diferença em relação aos TBI tradicionais. Com isso, o Brasil renuncia a certos controles de fluxo de capitais dos quais gozava no passado.²²

MEDIDAS TRIBUTÁRIAS (ART. 10)

No tratado, afirma-se que nada do que ali for pactuado interferirá no cumprimento da legislação nacional em matéria tributária, sempre e quando conduzido de maneira não discriminatória. É muito importante essa exclusão, já que a experiência indica que as grandes empresas transnacionais têm uma larga capacidade para encontrar formas “legais” para a elisão fiscal, fraude fiscal ou mesmo fluxos ilícitos de capital que, por sua vez, possibilitam a fuga de recursos de nossos países.

Essas formas de elisão têm sido facilitadas precisamente pelo livre comércio e os tratados que previnem a dupla tributação. Por isso, é significativo que o Brasil exclua do ACFI, especificamente dos artigos referentes ao tratamento nacional e tratamento de Nação Mais Favorecida, tudo que esteja relacionado com a questão tributária. Dessa forma, o investidor não poderá exigir que seja aplicado o disposto em um tratado para evitar a dupla tributação do qual o país não é signatário.

MEDIDAS PRUDENCIAIS SOBERANAS NO SETOR FINANCEIRO (ART. 11)

Cada Estado detém a capacidade soberana de manter ou adotar medidas prudenciais para garantir a integridade e estabilidade do sistema financeiro ou a proteção dos investidores, depositantes ou qualquer outro compromisso fiduciário. Ainda que as referidas medidas não estejam conforme o referido tratado, não se pode utilizar esse fato para justificar o não cumprimento de outras obrigações contidas no mesmo.

²² Ver por exemplo <http://www.economist.com/news/special-report/21587383-capital-controls-are-back-part-many-countries-financial-armoury-just-case> e https://www.imf.org/external/np/res/seminars/2014/arc/pdf/chamon_garcia.pdf

Na atual etapa do capitalismo, em que o setor financeiro tem predominância, essa disposição é especialmente importante, pois exclui os investimentos especulativos da cobertura do ACFI.

EXCEÇÕES POR MOTIVOS DE SEGURANÇA NACIONAL (ART. 12)

Cada Estado pode adotar ou manter medidas para preservar sua segurança nacional ou ordem pública e aplicar suas leis penais. Em face de quaisquer medidas impostas por essas razões, não será possível apelar ao mecanismo de solução de controvérsias.

RESPONSABILIDADE SOCIAL CORPORATIVA (ART. 13)

O acordo apresenta uma série de princípios com o objetivo de guiar a atuação dos investidores; entretanto, tratam-se apenas de diretrizes voluntárias, de responsabilidade social corporativa. O acordo não impõe obrigações ou requisitos de desempenho aos investidores.

Em todas as propostas das redes internacionais da sociedade civil às quais nos referimos na nota de rodapé número 15, um ponto crucial é a inclusão de obrigações vinculantes para os investidores.²³ Os investimentos trarão desenvolvimento de fato aos países apenas quando forem impostas obrigações aos investidores.

GOVERNANÇA INSTITUCIONAL DO ACORDO E PRESERVAÇÃO DE CONTROVÉRSIAS (PARTE III)

Novidades desse mecanismo, em comparação aos TBI tradicionais:

- a) Trata-se de evitar recorrer à arbitragem, procurando resolver qualquer disputa e atingir o consenso por meio de mecanismo do Conselho Conjunto que administra o tratado. O próprio título da terceira parte do acordo é “prevenção de controvérsia”.

²³ O “Tratado de los Pueblos” é o documento que desenvolve esse ponto de forma mais pormenorizada. Muitos de seus argumentos são retomados nas recomendações da CAITISA.

O Conselho Conjunto é formado por um representante de cada um dos Estados Partes, e tem como incumbência reunir informações sobre as necessidades e os tipos de investimento e as possibilidades de Parcerias Público-Privadas. Tal procedimento possibilita revisar continuamente se os investimentos recebidos contemplam os objetivos do ACFI (sem que suprima a liberdade dos investidores estrangeiros). O Conselho pode consultar o setor privado e a sociedade civil “quando seja pertinente”.

Junto ao Conselho Conjunto, cria-se um Ombudsman em cada um dos países que servirá como ponto focal, apoiando os investidores estrangeiros, facilitando o diálogo entre as partes, evitando conflitos e informando sobre as possibilidades de negócios.

O Comitê Conjunto avaliará as controvérsias e trabalhará para resolvê-las, evitando que sejam lavadas à arbitragem, à qual, não obstante, as partes poderão sempre recorrer (art. 19, § 1º).²⁴

- b) A arbitragem se dará sempre entre Estados e não entre investidor estrangeiro e Estado (art. 19, § 1º). As partes designarão um tribunal *ad hoc* e, na ausência de consenso, são previstos mecanismos para sua instituição.
- c) O objetivo primordial da arbitragem é colocar a medida impugnada em conformidade com o que fora pactuado no acordo, sem imposição de sanções. Não obstante, as partes poderão entrar em acordo e solicitar que o painel de arbitragem examine eventuais prejuízos que requeiram indenização (art. 19, § 2º).
- d) Não é permitido recorrer à arbitragem para controvérsias prévias à assinatura do acordo, nem tampouco contra medida existente antes da data de início de vigência do acordo (art. 19, § 3º).
- e) Os árbitros devem cumprir as normas e procedimentos da OMC (art. 19, § 7º), como fora feito pelo Brasil nos tratados assinados no bojo do MERCOSUL.

Limitações do acordo, em comparação às propostas das redes internacionais:

- a) A lei aplicável para solucionar controvérsias é o texto do tratado, e não a legislação do país receptor. As redes internacionais da sociedade civil têm proposto que as controvérsias sejam solucionadas em tribunais nacionais, de acordo com as leis domésticas. Esse posicionamento também é defendido

²⁴ O mecanismo de solução de controvérsias é similar ao disposto no TLC entre MERCOSUL e Israel, do qual o Brasil é signatário.

por alguns setores da academia.²⁵ Alguns defendem que seja possível recorrer a um tribunal externo apenas para que se determine se o processo desenrolou-se corretamente, mas não sobre o conteúdo da controvérsia.

- b) O ACFI não inclui cláusulas suficientes para garantir a imparcialidade dos árbitros, e tampouco inclui mecanismos e critérios para sua recusa, referindo-se apenas às orientações da OMC (cuja eficiência é discutível). Com base na experiência do CIADI, pode-se dizer que esse ponto é fundamental.²⁶ Em algumas das propostas surgidas nas redes internacionais da sociedade civil, são apresentadas regras vinculantes para garantir a imparcialidade e para que não haja conflitos de interesses por parte dos árbitros, assim como os procedimentos e critérios para poder recusá-los.
- c) Pode-se recorrer a um painel arbitral *ad hoc*, mas também a “outro mecanismo para solução de controvérsias entre Estados em matéria de investimentos” (art. 19, § 4º). Não fica claro, entretanto, quais seriam esses “outros mecanismos” citados no acordo. Tal imprecisão pode vir a ser problemática ou mesmo perigosa no futuro.
- d) Se for aceita a possibilidade de se recorrer a um mecanismo internacional de solução de controvérsias, será melhor ter à disposição um tribunal permanente com juízes profissionais e não árbitros *ad hoc*, pagos pelas partes em contenda. Como mecanismo idôneo, foi feita a proposta de criação de uma corte internacional ou regional com capacidade de impor sanções, enquanto ainda existam TBI vigentes. No entanto, uma vez que logremos superá-los, o melhor espaço para a solução de controvérsias seriam os tribunais nacionais, com base na legislação do país receptor do investimento.
- e) A solução de disputas entre Estados e não entre Estado e investidor pode trazer algumas vantagens, mas também pode vir a ser contraproducente. Analisemos os seguintes problemas possíveis:
 - Um ponto central do debate é o fato de que uma eventual controvérsia levantada por um investidor passa a ser uma questão de política externa para o outro Estado Parte. Para solucionar a controvérsia, o Estado passa, então, a ter que atuar em conformidade com o marco do ACFI, a fim de solucionar a controvérsia do investidor privado e sua contraparte, contrariando a Dou-

²⁵ Corti, Arístides (2005) “Acerca de la inmunidad del estado frente a los tribunales arbitrales y judiciales externos (CIADI y otros)”, en Revista Realidad Económica (Buenos Aires), número 211. Teitelbaum, Alejandro (2010) “Los tratados internacionales, regionales, subregionales y bilaterales de libre comercio” en Cuaderno Crítico (Ginebra), número 7.

²⁶ Eberhardt y Olivet, (2012) “Cuando la injusticia es negocio; cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge de arbitraje sobre inversiones”, CEO-TNI, Bruselas/Amsterdam. Acessível em https://www.tni.org/files/download/cuando_la_injusticia_es_negocio-web.pdf CAITISA(2015) Op cit.

trina Calvo. Ademais, uma interpretação possível é que o interesse do Brasil subjacente a esse mecanismo está conectado à existência de grandes empresas estatais que realizam investimentos no exterior. Essa questão exige a necessidade de acompanhamento do tipo de investimentos, públicos ou privados, levados a cabo tanto no México, quanto no Brasil.

- Esse mecanismo também implica em uma maior assimetria de poder na solução de controvérsias. Se fosse assinado esse tipo de acordo com algum dos países do G8, a questão da assimetria poderia ser ainda mais problemática do que se fosse utilizado o modelo investidor-Estado. Isso torna-se evidente, por exemplo, na capacidade de negociação (para não dizer chantagem) desses Estados para “sugerir” que demandas não sejam apresentadas em relação a suas empresas, lembrando-nos de seu poder no âmbito dos organismos financeiros internacionais.
 - O modelo Estado-Estado pode, ainda, servir como incentivo para que nacionais do país recorram à arbitragem internacional. Tanto os TBI como o ACFI deixam claro que os investidores nacionais não podem recorrer à arbitragem internacional ou às prerrogativas desses tratados. Todavia, existem situações nas quais é possível burlar essa limitação, criando ou registrando no exterior uma empresa cujo sócio majoritário vem a ser um nacional do país onde opera a empresa. Esses casos podem ser ainda mais difíceis de bloquear em um mecanismo de disputas entre Estados, já que se Estado em que está registrada a empresa leva o caso à arbitragem, o litígio torna-se muito mais complexo do que se a própria empresa entrasse com a ação judicial.²⁷
- f) Como já fora citado, o ACFI não traz obrigações vinculantes para as empresas, apenas orientações voluntárias no marco da responsabilidade social. Não obstante, surgem muitas perguntas cujas respostas não estão claramente colocadas no texto do ACFI. É lícito entrar com uma ação contra uma empresa estrangeira, exigindo o cumprimento de seu próprio código de ética ou de responsabilidade social corporativa? Nossa leitura é que é possível levar essa discussão para o Comitê Conjunto, o que representa um pequeno avanço de certa bilateralidade. Porém, seria também possível levar o assunto à arbitragem internacional, através do Estado onde opera o investimento? É possível levar a demanda a tribunais nacionais, caso haja violação de legislação nacional, mas seria possível levar a ação aos tribunais nacionais com base no não cumprimento do próprio código de ética ou responsabilidade social da empresa? Esse ponto não fica claro no texto do ACFI. A solução de dis-

²⁷ Em numerosos casos, os investidores têm “trocado de nacionalidade” com o único objetivo de usufruir das condições contratuais mais favoráveis de outro TBI (o caso Bechtel vs. Bolívia é notório nesse sentido).

putas, ainda que já seja bidirecional, continua sem considerar a possibilidade de que comunidades ou grupos sociais afetados pelos investimentos entrem com ações judiciais diretamente contra os investidores.

VIGÊNCIA (ART. 21)

Exclui a Cláusula de Sobrevivência tal como redigida em todos os TBI. Qualquer uma das partes pode dar por concluído o acordo quando lhe aprouver, e as partes devem entrar em consenso sobre o período pelo qual ainda ficará vigente o contrato, sem exceder 365 dias. Essa é uma diferença importante entre o ACFI Brasil-México e os TBI clássicos, que têm períodos de ultratividade que se estendem por 5, 10 ou 15 anos.

CONCLUSÕES

É elementar reconhecer que esse acordo traz uma mudança substancial se comparado com os TBI clássicos:

- Restringe os investimentos abrangidos pelo acordo e explicitamente exclui os investimentos de natureza especulativa;
- Limita a retroatividade para investimentos prévios à assinatura do acordo;
- Exclui a chamada “expropriação indireta”;
- Contém salvaguardas para manter a possibilidade de medidas regulatórias prudenciais no setor financeiro;
- Cria instituições que podem auxiliar na promoção de investimentos considerados convenientes ao país, segundo seu próprio plano nacional de desenvolvimento;
- Restringe ou limita o alcance de algumas de suas cláusulas;
- Restringe a um ano a cláusula de ultratividade.

No entanto, as propostas da sociedade civil são muito mais audazes:

Em primeiro lugar, a necessidade de se assinar tratados internacionais para garantir a atratividade

aos investidores é discutível. Com efeito, as redes internacionais da sociedade civil têm apresentado propostas para outro modelo de tratados sobre investimentos - tratados para impor obrigações, não para protegê-las, o que se deve a duas razões: 1) quando já há TBI em vigência, não basta romper o contrato, uma vez que os tratados permanecerão vigentes pelos próximos 5, 10 ou 15 anos (ou mais) devido à chamada Cláusula de Sobrevivência. Por essa razão, poderia-se buscar negociar novos e diferentes acordos que minimizassem os efeitos negativos dos TBI; 2) o poder das corporações transnacionais é tão grande que muitas vezes impõem tais tratados, com condições leoninas, como requisito para levar seus investimentos a um país. Ademais, sob a falsa premissa da imprescindibilidade do IED, garantido exclusivamente através dos TBI, nossos países competem deslealmente entre si, fazendo concessões cada vez maiores e excluindo da competitividade os países que não as ofereçam ou superem. Perante essa realidade, a sociedade civil vem apresentando propostas de tratado ou código vinculante internacional que estabeleça um marco mínimo de obrigações para as empresas, por um lado, e de direitos dos Estados, por outro, a fim de evitar a concorrência desleal entre os países receptores. A partir desse marco internacional de obrigações vinculantes para as transnacionais, pode-se legislar nacionalmente de acordo com os próprios interesses e sem temor em relação à concorrência desleal de outros países.

Dada a assimetria de poder entre países e entre empresas, consideramos necessário que os objetivos que guiam as negociações de eventuais tratados sobre investimentos sejam preservar a capacidade de regular e de impor obrigações aos investidores e mecanismos efetivos para garantir seu cumprimento.

Os ACFI não questionam aquilo que consideramos um dogma: “toda preferência por investidores nacionais é ruim”. Abusa-se da palavra “discriminação”, geralmente usada para defender o pequeno ou fraco, e que agora é usada para defender o poderoso frente ao débil. Não existe injustiça maior do que tratar igualmente aqueles que são desiguais. É verdade que muitas vezes os capitais nacionais comportam-se como os internacionais, mas isso não anula a congruência de se apoiar as pequenas e médias empresas, que são as grandes geradoras de emprego. Cada país deve manter sua capacidade soberana de desenvolver políticas públicas, inclusive políticas de fomento à indústria nacional, para impulsionar um desenvolvimento com justiça e respeito à natureza. As propostas das redes internacionais de organizações sociais propõem a exclusão das Cláusulas de Tratamento Nacional e inclusão da possibilidade de se exigir requisitos de desempenho.

As delimitações da cláusula da Nação Mais Favorecida são importantes, mas as propostas da sociedade civil vão no sentido de eliminá-la completamente, o que deixará mais flexível o caminho em prol dos processos de integração regional como mecanismo indispensável para competir no mundo.

As propostas das redes internacionais vão no sentido de manter a possibilidade de regular o fluxo de capitais, prover mecanismos para evitar a fuga de capitais e a especulação contra nossas moedas.

Sobre o mecanismo de solução de controvérsias, propõe-se que as controvérsias sejam solucionadas em tribunais nacionais, segundo a legislação do país receptor, garantindo a imparcialidade e os devidos trâmites. O marco legal predominante para resolver qualquer controvérsia deve ser a legislação nacional. Defende-se também impulsionar a proposta discutida na ONU de um código internacional vinculante em matéria de direitos humanos para as corporações, além de um mecanismo idôneo para garantir seu cumprimento. As comunidades ou qualquer parte afetada pelos investimentos poderão, dessa forma, mover ações contra os investidores ou empresas. Essa é uma luta fundamental e difícil, mas avanços têm sido conquistados. Em 2015 a ONU divulgou um informe de autoria independente sobre os efeitos adversos dos acordos de livre comércio e investimentos e sua natureza paradoxal, tendo em conta os compromissos assumidos pelos governos ao aderir aos instrumentos internacionais de direitos humanos.²⁸

Para os envolvidos com as propostas alternativas citadas, surgidas das redes e organizações sociais, fica claro que esse novo tipo de tratado, como o ACFI Brasil-México, não satisfaz nossas aspirações. Trazemos a público a presente análise desse acordo para estimular as pessoas e oferecer elementos para que os povos, junto a suas organizações, adotem um posicionamento e empreendam ações em prol da necessária discussão parlamentar para sua ratificação ou não ratificação.

O referido ACFI não é assunto apenas para as organizações brasileiras ou mexicanas. Estamos ante uma nova onda neoliberal, expressa através de novos e ainda mais profundos TLC: Europa-Estados Unidos, Europa-Canadá, Transpacífico (TPP), o tratado sobre serviços (TiSA), TLC Europa-Ecuador, com adesão provisória de Colômbia e Peru, além de novos esforços para levar o Brasil e o MERCOSUL a negociar um TLC com a Europa, iniciativa que tem maiores possibilidades de avanço com a recente vitória eleitoral de Mauricio Macri na Argentina. O impulso renovado dado pelo Brasil aos TBI, ainda que em versões melhoradas em relação a outros acordos de investimento, é um sinal da atual onda neoliberal, considerando-se a resistência do governo brasileiro a esse tipo de tratado, até então.

Essa nova investida neoliberal se dá em um contexto de crise econômica e, em alguns casos, política.

²⁸ Informe del Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, Alfred-Maurice de Zayas. 14 de julio de 2015. A/HRC/30/44. ONU. Consejo de Derechos Humanos. 30o período de sesiones. <http://www.ohchr.org/SP/Issues/IntOrder/Pages/Reports.aspx>

Não obstante, a situação em cada país é muito distinta. Os países com os chamados governos progressistas encontram-se em dificuldades por diversas causas. Alguns por um claro processo de desestabilização política impulsionada pelos Estados Unidos, que usa as dificuldades econômicas derivadas da queda do valor das exportações de matérias-primas e as manipulações financeiras amplificadas pela máquina midiática neoliberal e seus aliados internos, apostando na ingovernabilidade e ocultando sua responsabilidade global e local. Outros governos veem-se pressionados pela esquerda, que clama pelo aprofundamento ou pela retificação das mudanças, além dos casos de corrupção e impunidade. Não podemos fazer o jogo das direitas nacionais apoiadas e impulsionadas pelos Estados Unidos e/ou Europa, o que não significa dizer que nos furtaremos de lutar pelo aprofundamento das mudanças, onde já tenham sido iniciadas, ou contra a corrupção sistêmica. Em outros países, as lutas tratam fundamentalmente da resistência para evitar o efeito depredador dos investimentos e dos megaprojetos, evitando, portanto, o aprofundamento do modelo de livre comércio com novos e mais contundentes TLC.

Nesse contexto, é necessário e urgente nos fortalecermos como movimentos sociais globais, construir novas formas de unidade e coordenação e recuperar a iniciativa não apenas de resistência, mas também de formulação de propostas alternativas concretas e abrangentes. A governabilidade democrática só pode ser construída sobre projetos de transformação que beneficiem a população, não fazendo concessões ao grande capital, fazendo-o pagar os efeitos da crise sobre trabalhadores e trabalhadoras do campo e da cidade e sobre a exploração selvagem da pacha mama. É necessário defender e aprofundar as mudanças, deter o retrocesso e a extensão e aprofundamento da Aliança (neoliberal) do Pacífico; exigir e pressionar por mudanças que detenham a manipulação do sistema financeiro internacional, que tanto afeta a economia e a sociedade. Elemento fundamental dessa luta hemisférica é evitar a ratificação dos novos TLC e TBI de nova e velha geração. Ainda que “melhorados”, esses ACFI não deixam de ser expressões do avanço da agenda neoliberal.

BIBLIOGRAFIA

ACTIS, Esteban (2012) “Brasil frente a los Tratados Bilaterales de Inversiones: disyuntivas de su política exterior reciente frente al proceso de internacionalización de capitales brasileños” en *Revista NEIBA*, Cuadernos Argentina-Brasil, volumen 1, número 1.

Alianza Social Continental (1998) “Alternativas para las Américas”, 5ª versión octubre de 2005, RMALC, México. Disponible em <http://www.rmalc.org/historico/libros.htm>.

ARROYO, Alberto (2013) “La inversión extranjera directa entre la Unión Europea, América Latina y el Caribe” en *¿Hacia dónde van las relaciones América Latina y la Unión Europea?* Ediciones ALOP-México. Re-editado en *La inversión extranjera directa entre la Unión Europea, América Latina y el Caribe* por Rosa Luxemburgo *et al*, Ecuador, febrero 2014.

CAITISA (2015) *Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones*; Informe Ejecutivo, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. Quito, Ecuador, *próxima publicación*.

CEPAL (2012) *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe 2011*; Colección Informes Anuales, Santiago de Chile.

CHANG, Han Joon: “La inversión en la OMC, una trampa del norte” disponible em <http://www.amazon.com/Kicking-Away-Ladder-Development-Perspective/dp/1843310279> ou a versão traduzida para o español pela RMALC, disponible em www.rmalc.org/historico/libros

COLECTIVO (Campaña global: desmantulemos el poder corporativo 2014) “Tratado Internacional de los Pueblos para el Control de las Empresas Transnacionales”, TNI, Bruselas/Amsterdam. Disponible em http://omal.info/IMG/pdf/tratado_de_los_pueblos_-_castellano.pdf.

CORTI, Aristides (2005) “Acerca de la inmunidad del estado frente a los tribunales arbitrales y judiciales externos (CIADI y otros)”, en *Revista Realidad Económica* (Buenos Aires), número 211.

EBERHARDT, Pia y OLIVET, Cecilia (2012) “Cuando la injusticia es negocio; cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge de arbitraje sobre inversiones”, CEO-TNI, Bruselas/Amsterdam. Disponible em https://www.tni.org/files/download/cuando_la_injusticia_es_negocio-web.pdf

ECHAIDE, Javier (2009) “Responsabilidad Social Empresaria: un sobrevuelo por la Norma ISO 26000” en *Revista Lan Harremanak* (País Vasco), número 20-21.

FLEURY y otros (2010) “El camino se hace al andar: la trayectoria de las multinacionales brasileñas”, *Universia Business Review*, nº 25.

GHIOTTO, Luciana (2015) “¿UNCTAD pro-desarrollo o pro-liberalización? Un estudio de los cambios en el organismo a la luz de las políticas sobre inversiones”, no prelo.

Grupo de trabajo sobre Inversiones (mayo 2014) “Hacia la construcción de un marco legal alternativo a los Acuerdos Internacionales de Inversión”, RMALC, México. Publicado también en Francés e Inglés. Disponível em http://rqic.alternatives.ca/IMG/IMG/pdf/Llamamiento_Regimen_Alt_Inversiones_mayo2014_ESP.pdf.

HALLWARD-DRIEMEIER (2003) “Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a bit...and they could bite”, World Bank Policy Research Working Paper.

MOROSINI, Fabio y Ratton, Michelle (2015) “The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): A New Formula for International Investment Agreements?” en *Investment Treaty News*, página web de IISD.

POULSEN, Lauge (2010) “The Importance of BITs for Foreign Direct Investment and Political Risk Insurance: Revisiting the Evidence”, *Yearbook on International Investment Law and Policy 2009/2010* (Nueva York: Oxford University Press).

SORNARAJAH, M. (2010) *The international Law on Foreign Investment* (Nueva York: Cambridge University Press).

TEITELBAUM, Alejandro (2010) “Los tratados internacionales, regionales, subregionales y bilaterales de libre comercio” en *Cuaderno Crítico* (Ginebra), número 7.

UNCTAD (2013) “Towards a new generation of International Investment Policies: UNCTAD’s Fresh Approach to Multilateral Investment Policy Making”, *IIA Issue Notes*, n° 5 (United Nations: New York and Geneva).

UNCTAD (2014) “Reform of the IIA regime: four paths of action and a way forward”, *IIA Issue Notes*, n°3 (United Nations: New York and Geneva).

Yackee, Jason (2010) “Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment? Some Hints from Alternative Evidence”, Universidad de Wisconsin, Legal Studies Research Paper Series Paper No. 1114.

A RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS PELOS DIREITOS HUMANOS NO NOVO MODELO DE ACORDOS BILATERAIS DE INVESTIMENTOS BRASILEIRO¹

Caio Borges²

Conhecido por manter-se à margem do regime bilateral de regulamentação dos investimentos internacionais, o Brasil recentemente mexeu-se nesse tabuleiro. Ao longo do ano de 2015, foram assinados seis Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (os clássicos “BITS”, em sua sigla em inglês), com Moçambique, Angola, México, Malauí, Colômbia e Chile.

Apesar de inovações quanto à governança institucional, os acordos não instituem um modelo capaz de equilibrar a proteção dos direitos de propriedade dos investidores com a proteção dos direitos humanos e do meio ambiente. O dado é preocupante, especialmente ao considerarmos que esses acordos deverão servir de modelo para uma série de outros tratados a serem firmados pelo Brasil num futuro próximo.

Analisemos os tratados sob três aspectos: i) motivações político-econômicas; ii) governança; e iii) cláusulas de responsabilidade social corporativa e de direitos humanos.

Quanto aos “porquês”, os acordos podem ser situados dentro do marco da “Cooperação Sul-Sul para o Desenvolvimento” (CSSD), uma modalidade complexa de apoio mútuo entre países emergentes e em desenvolvimento composta, além de fluxos financeiros privados, pelo financiamento público, cooperação técnica e troca de conhecimentos. A CSSD é calcada nos princípios da igualdade e dos benefícios mútuos, daí o uso do termo “facilitação”, e não “proteção” dos investimentos.

O atual ímpeto do Brasil em firmar tais acordos relaciona-se com a crescente presença de suas transnacionais no exterior, especialmente a África lusófona e a América Latina. Essa realidade não é

¹ Este artigo é uma versão atualizada e ampliada do texto originalmente publicado pelo autor no jornal Valor Econômico, em 09/07/2015, intitulado “Acordos bilaterais à brasileira”.

² Caio Borges é advogado da Conectas Direitos Humanos, pesquisador da FGV Direito SP e mestre em Direito e Desenvolvimento pela mesma instituição.

só do Brasil. Hoje, o Investimento Estrangeiro Direto (IED) originado de países do Sul já responde por 30% do IED global, ante 4,9% em 1990. Segundo o Banco Central, o estoque do IED brasileiro saiu de US\$ 49,7 bi, em 2001, para US\$ 295,4 bi, em 2013.

Quanto à governança, os acordos preveem dupla instância de operacionalização, mediação e solução de conflitos, o Comitê Conjunto e Pontos Focais. Certos aspectos polêmicos que obstaram a ratificação dos quatorze BITs assinados pelo Brasil na década de 90, marcados por forte resistência do Congresso, receberam um tratamento novo. É o caso da solução de conflitos pela via arbitral, que se dará apenas entre os próprios Estados, e não a tradicional “Investidor-Estado”. A arbitragem Investidor-Estado é criticada pelo seu caráter sigiloso, por tolher o “espaço de políticas públicas” dos Estados e pelos altos valores envolvidos. Há casos de pedidos de até US\$ 114 bi (Yukos *shareholders* vs. Rússia) e condenação em quase US\$ 900 mi (CSOB vs. Eslováquia).

Mas outros pontos controversos, tais como a disciplina da expropriação indireta, poderiam ter sido melhor regulamentados. De acordo com o governo brasileiro, os ACFI não permitem esse tipo de expropriação, porque teria sido resguardado o “*policy space*” dos Estados-parte. No entanto, a exceção genérica por “utilidade ou interesse público”, escolhida para os primeiros acordos (Moçambique e Angola), permite uma margem de interpretação demasiado ampla por eventuais árbitros de viés mais privatista. Políticas públicas legítimas, tais como controle de emissão de poluição, não ficaram inteiramente resguardadas. Os acordos firmados com o Chile e Colômbia foram mais claros quanto a essa questão ao estabelecer que as Partes poderão “adotar, manter ou fazer cumprir qualquer medida que considere apropriada para garantir que as atividades de investimento no seu território se efetuem tomando em conta a legislação trabalhista, ambiental ou de saúde”

Uma opção teria sido usar a cláusula do Acordo Modelo de Investimentos do *International Institute for Sustainable Development*. Ela diz que medidas cujo objetivo seja o legítimo bem-estar público, tais como a saúde pública, segurança e meio ambiente, não serão consideradas expropriatórias, se adotadas de boa-fé e de maneira não discriminatória. O ACFI assinado com a Colômbia aproxima-se mais desse modelo³.

³ Artigo 15 (1): Nada do disposto neste Acordo será interpretado como impedimento para que uma Parte adote, mantenha ou faça cumprir qualquer medida que considere apropriada para garantir que as atividades de investimento em seu território sejam efetuadas tomando em conta a legislação trabalhista, ambiental, de saúde ou segurança nacionais dessa Parte, desde que essa medida não se aplique de maneira que constitua uma forma de discriminação arbitrária ou injustificável ou uma restrição encoberta.

Já os dispositivos sobre responsabilidade social corporativa (RSC), embora tenham alimentado esperanças, possuem fragilidades que podem torná-los inócuos na prática. Sua linguagem, de baixa normatividade, é recheada de verbos exortatórios, como “incentivar”, “fomentar”, “estimular” e “apoiar”, mas que geram insegurança jurídica e carecem de mecanismos de implementação.

Os acordos dizem que os investidores desenvolverão seus “melhores esforços para observar princípios voluntários e padrões para uma conduta empresarial responsável”. Entre eles, está o de “respeitar os direitos humanos daqueles envolvidos nas atividades destas empresas, em conformidade com as obrigações da parte receptora”. Esta última linguagem (“em conformidade com as obrigações da parte receptora”, e variantes) está presente nos acordos de Moçambique, Angola México e Malauí. Já nos acordos firmados com a Colômbia e o Chile há referência explícita às Diretrizes sobre Empresas Multinacionais da OCDE. É louvável que haja a convergência normativa entre o regime internacional de investimentos e os padrões de responsabilidade empresarial, mas os ACFI poderiam ter ido além e exigido dos investidores, no mínimo, as obrigações que constam do Capítulo IV – Direitos Humanos: (i) uma política de direitos humanos, (ii) a realização de *due diligence* em direitos humanos e (iii) mecanismos de remediação. Também poderia ter ficado mais claro que as empresas devem engajar-se com as partes interessadas a fim de que seus pontos de vista sejam levados em conta (Capítulo II, 14).

A referência à legislação doméstica é no entanto uma prática que conflita com os mais altos parâmetros de direitos humanos e empresas, como os Princípios Orientadores da ONU e as Diretrizes da OCDE. Estes deixam claro que as empresas devem ter como referencial normativo para as suas práticas de responsabilidade social corporativa todos os direitos internacionalmente reconhecidos. Ou seja, a não ratificação de um tratado pelo Estado receptor, omissões no arcabouço jurídico ou a incapacidade de um Estado em conferir efetividade às suas próprias leis não podem servir como escusa para que a empresa deixe de adotar controles próprios para prevenir violações a direitos humanos.

É preciso ressaltar que as cláusulas de responsabilidade socioambiental e as salvaguardas relacionadas aos direitos trabalhistas e à segurança e saúde não são idênticas em todos os acordos. Por exemplo, algumas das cláusulas contidas no ACFI firmado com Angola não foram reproduzidas no tratado com Moçambique. Uma delas afirmava que as empresas devem “observar as legislações relativas à saúde, à segurança, ao meio-ambiente e aos padrões laborais comerciais ou industriais”. Outro dispositivo suprimido permitia ao Comitê Conjunto convidar “representantes de entidades não governamentais para apresentar estudos relacionados a questões de interesse das Partes”.

O novo modelo de acordo de investimentos do Brasil é ambíguo. Apesar de avanços, como a criação de uma governança mais flexível, também trouxe retrocessos ao tornar “voluntária” a obrigação das empresas de respeitar os direitos humanos e submetê-la à cláusula de “melhores esforços”. Além disso, deixa pouco espaço para a participação da sociedade civil.

Os acordos seguirão agora para a aprovação pelo Congresso Nacional. É fundamental a realização de audiências públicas pelas comissões das duas Casas. Um debate legislativo qualificado e participativo pode reduzir o déficit democrático dos tratados, já que na fase de negociações foi consultado apenas o setor privado.

É fundamental também que a sociedade civil reivindique seu espaço na regulamentação dos ACFI. Há diversos dispositivos que estabelecem processos que dependerão de negociações ulteriores pelas Partes, especialmente aqueles que dizem respeito aos ritos e procedimentos para prestação de reclamações e outras alegações pelas partes que se sentirem afetadas por eventual inobservância as estipulações dos acordos.

Considerando que há uma fila de acordos a serem concluídos, é importante que o “novo modelo brasileiro” passe por rigoroso escrutínio da sociedade para que os investimentos brasileiros no exterior – e de outros países no Brasil – contribuam para um desenvolvimento verdadeiramente sustentável.

PARA A CONSTRUÇÃO DE UM MARCO LEGAL ALTERNATIVO AOS ACORDOS INTERNACIONAIS DE INVESTIMENTO

*Superando a impunidade das Empresas Transnacionais
em favor dos interesses públicos*

Grupo de Trabalho sobre Investimentos nas Américas¹

PRÓLOGO

Este documento foi elaborado por um Grupo de Trabalho sobre Investimentos nas Américas, fruto de uma série de redes e organizações que buscam que o intercâmbio comercial e os investimentos internacionais se fundamentem na justiça social e no respeito pelo meio-ambiente. Este documento tem como objetivo contribuir para o debate, e promover convergência, em prol de uma mudança das regras de investimento que sustentam os atuais Tratados de Livre Comércio (TLC) e os Tratados Bilaterais de Investimento (TBI). Além disso, busca-se incorporar as propostas que vêm sendo elaboradas há algum tempo por parte dos atores e atoras da sociedade civil, movimentos sociais, acadêmicos e especialistas jurídicos.

O documento foi elaborado por pessoas e organizações que fazem parte de um Grupo de Trabalho sobre Investimentos, para construir propostas e lutas em torno desse tema crucial. Este grupo já trabalhou, em outros momentos e espaços, na “Alternativa para as Américas frente à ALCA”, da Aliança Social Continental (2006), a Campanha contra o CIADI e os TBI que foi lançada durante o Fórum

¹ A autoria deste documento é do Grupo de Trabalho sobre Investimentos nas Américas, a partir de idéias e propostas de muitas outras pessoas e organizações. Os coordenadores da investigação e edição foram: Alberto Arroyo (UAM/RMALC), Javier Echaide (ATAC-Argentina), Luciana Ghiotto (ATAC-Argentina), Héctor Moncayo (ILSA- Colombia), Cecilia Olivet (TNI), Manuel Pérez-Rocha (RMALC/IPS), Graciela Rodríguez (REBRIP), Jim Shultz (IPS), Alberto Villarreal (Amigos da Terra-Redes Uruguay).

Social das Américas no Paraguai (2010) e a Semana de Ação contra os Tratados de Investimentos e por um Regime Alternativo de Investimentos que aconteceu em Bruxelas, na Bélgica (2011). O grupo também participou do processo de elaboração do documento “Tratado dos Povos”, cuja versão final será publicada em breve.

A necessidade de dismantelar o poder excessivo das corporações transnacionais está, hoje em dia, no primeiro plano do debate internacional tanto dos movimentos sociais, como também de diversos governos, parlamentos, e instituições internacionais. Hoje, ressurgem com nova força, iniciativas e propostas sobre a necessidade de mecanismos jurídicos para colocar em prática os princípios do direito internacional que coloquem os direitos humanos e ambientais acima de qualquer outro direito. Nesse sentido, é indispensável um código internacional vinculante para as corporações que as obrigue promover e respeitar os direitos humanos, assim como os mecanismos e as instituições para fazê-los valer.

O poder corporativo está cristalizado em um sistema jurídico internacional, concedendo-lhe direitos onipotentes e abusivos e garantindo-lhe um sistema de impunidade. Embora isso tenha sido impedido de se cristalizar no pretendido Acordo Multilateral para Investimentos (AMI), na OMC, ou mediante a ALCA, foi-se construindo uma ampla rede de Tratados Bilaterais de Investimento (TBI). Há alguns anos esse sistema gozava de uma invisibilidade cômoda, mas hoje em dia ele se encontra plenamente exposto ao trabalho da sociedade civil, assim como de funcionários e parlamentares comprometidos com princípios democráticos e ambientais.

Somadas a isso, certas ações antes impensadas começaram a acontecer como, por exemplo, três países latino-americanos (Venezuela, Bolívia e Equador) retirarem-se do CIADI e denunciarem seus TBI. Além disso, a África do Sul e a Indonésia avançam hoje na denúncia de seus TBI, ao mesmo tempo que governos e parlamentos de muitos outros países questionam e opõem-se à inclusão de regras de Investidor- Estados em tratados de livre comércio atualmente em negociação - como o Acordo de Associação Transpacífico (TPP, sua sigla em inglês), e o Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (conhecido como TTIP, por sua sigla em inglês).

Chegou a hora de modificar radicalmente o regime jurídico internacional de investimentos, e para isso temos que começar anulando, denunciando ou renegociando os Acordos Internacionais de Investimento. Seus impactos negativos sobre os direitos humanos e ambientais são reconhecidos não somente pela sociedade civil, como também por governos e parlamentos de todo o mundo.

Hoje, a luta contra o poder corporativo é transversal a diversas redes e campanhas. Existem diferentes formas de luta, devido às especificidades das situações nacionais e regionais; porém, em todos

os casos, nos deparamos com um enorme e globalizado poder corporativo, e um dos seus principais instrumentos de poder é o marco legal internacional que vem sendo construído, garantindo direitos excessivos e uma grande impunidade que se expressa nos Acordos de Proteção de Investimentos, como os TBI e os TLC.

Como resultado da luta, foram produzidos diversos documentos de propostas alternativas. Este documento pretende reconhecer muito do que já foi elaborado, e focar especificamente no que consideramos um dos principais instrumentos de poder corporativo: os acordos internacionais de proteção ao investimento. Convidamos os leitores a discutir este documento e enriquecê-lo, para seguir promovendo debates e propostas que sejam transversais às lutas e redes nas quais participamos.

Esperamos comentários, críticas e enriquecimentos nos seguintes e-mails: Manuel Pérez Rocha (IPS-EUA) manuel@ips-dc.org, Luciana Ghiotto (ATTAC-Argentina) luciana.ghiotto@gmail.com, Alberto Arroyo (RMALC-México) alberto.arroyo60@gmail.com, Cecilia Olivet (TNI-) ceciliaolivet@tni.org .

ANÁLISE DOS ACORDOS INTERNACIONAIS DE INVESTIMENTO

As organizações e redes da sociedade civil que assinaram este documento levantam suas vozes para expressar grande preocupação frente às tendências atuais do fluxo de investimento a nível global, assim como frente aos diferentes Acordos Internacionais de Investimento (AII).

Entendemos que, sob determinadas condições, o Investimento Estrangeiro Direto (IED) poderia contribuir para o desenvolvimento das economias nacionais e locais. Porém, este não é o caso, já que evidências empíricas mostram que as promessas dos promotores do “livre comércio” não foram cumpridas. Sob as regras atuais, os investidores saem impunes frente a violações de direitos humanos, contribuem com as mudanças climáticas, além de provocarem desastres ambientais. De fato, as regras dos Tratados Bilaterais de Investimento e dos Tratados de Livre Comércio não estão de acordo com os direitos humanos e com a proteção do meio-ambiente, nem respeitam a capacidade soberana dos países de implementarem políticas públicas responsáveis. Atualmente, sabe-se que alguns governos agem de forma irresponsável, mesmo sem as obrigações decorrentes dos TBI; porém buscamos enfatizar que esses tratados tornam ainda mais difícil a possibilidade dos povos de mudarem essa situação.

Não é possível compreender a crise global do capitalismo sem falar sobre a irresponsabilidade da especulação financeira, ou dos investimentos extrativistas, para com o planeta e com os direitos das comunidades. As empresas transnacionais (ETN) fazem negócios sem importarem-se com as vidas dos povos, ou com o futuro da humanidade e do planeta. Além disso, não são levados em consideração fatores específicos de gênero, pois os processos de desigualdade e discriminação são intensificados, com a precarização do emprego e a intensificação da exploração da mulher, dificultando as estratégias de sobrevivência femininas.

Cada vez torna-se mais evidente e alarmante o fato que as corporações operam de maneira irresponsável, e desfrutam de uma impunidade virtual sob a proteção dos AII, disfarçados no formato dos TBI, ou nos capítulos sobre investimento dos TLC. No nível internacional, os mecanismos que regulam as condutas dessas empresas não são vinculantes, além de serem elaborados pelas próprias empresas; em contraposição aos Estados que estão sujeitos à regras legalmente vinculantes. Além disso, esses acordos garantem aos investidores estrangeiros direitos extraordinários como a possibilidade de resolução de disputas com Estados no Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (CIADI), que interpretam esses direitos de forma abusiva, outorgando às empresas uma impunidade virtual perante suas ações.

Os TBI contêm cláusulas que limitam a capacidade dos governos receptores de atuarem em favor do fomento econômico e do desenvolvimento sustentável; de protegerem o meio-ambiente e a saúde pública; de defenderem os seus países de crises financeiras; e até mesmo de fazer valer a primazia dos direitos humanos. Esses tratados impedem que políticas públicas nacionais afetem as ganâncias das ETN, permitindo até mesmo que estas empresas exijam compensações se for o caso. Uma das principais ameaças disso é o efeito restritivo e inibitório do espaço governamental para o estabelecimento de políticas de interesse público.

Os TBI costumam ser justificados como necessários para o IED. Porém, não existe evidência de que os TBI sejam necessários ou suficientes para atrair investimentos externos de fato; mas sabe-se que estes tratados expõe os países à fluxos de investimento especulativos e desestabilizadores. Além disso, estes tratados praticamente cancelam a possibilidade de tentativas de regulação do investimento, com vista à colaborarem com os objetivos nacionais, e trazerem efeitos positivos para se alcançar o “bem-viver”.

Um caso típico é o Brasil, principal receptor de IED na América Latina, e que no entanto não ratificou nenhum TBI com países exportadores de capital- assim como não ratificou nenhum TLC que contenha um capítulo de investimentos. Outro exemplo é a China, que recebe grandes quantias de

investimento norte-americanos, apesar de que estes países não tenham assinado nenhum TBI que os vincule legalmente. De fato, a maioria do IED que flui para os países “em desenvolvimento” é motivado pelas chamadas “vantagens comparativas”, que no caso são acesso à matéria prima e exploração de mão-de-obra barata, assim como a possibilidade de conquistar mercados domésticos e de terceiros.

Paradoxalmente, os Estados Unidos, a União Europeia e outros países membros do G-20 falam de regulação financeira internacional, ao mesmo tempo que seguem promovendo a liberalização econômica e financeira como a solução. Este enfoque continuará fortalecendo o poder corporativo e beneficiando as elites financeiras, enquanto segue prejudicando a grande maioria da população mundial.

O IED deve favorecer o desenvolvimento inclusivo, o trabalho digno e a distribuição de renda, propiciando vínculos econômicos locais e regionais. A finalidade de atrair IED deve ser complementar e respeitosa ao conceito de bem-viver², e não uma extensão da ganancia de alguns poucos, já que nem toda atividade econômica pode ser liberalizada ao IED. Os alimentos, a água potável, a eletricidade, o gás, a saúde, a educação e em geral todas as áreas relacionadas com direitos humanos e bens comuns, devem ser excluídos dos setores onde se possam realizar investimento estrangeiro, e não devem ser regidos pela lógica do livre comércio e do extrativismo. Para que se cumpram essas condições, é necessário uma mudança das regras do jogo.

Dada esta breve análise baseada em um acúmulo de evidências amplamente conhecidas, os idealizadores deste documento entendem que:

- Ainda que, por um lado, os investimentos sejam promovidos cada vez mais como uma importante ferramenta para o desenvolvimento, existe um crescente reconhecimento internacional de que as atividades empresariais, em particular o investimento feito pelas poderosas transnacionais, podem ter sérios efeitos negativos e de larga escala nos direitos humanos, no meio ambiente e no desenvolvimento equitativo, sustentável e inclusivo. Além disso, em muitas ocasiões, esses investimentos nem sequer geraram crescimento econômico e empregos significativos.³ Apesar disso, os regimes atuais para proteção dos investimentos internacionais continuam se expandindo, garantindo direitos extraordinários, abusivos e proteções de grande escopo para os investidores.

² O conceito de bem viver é uma proposta, uma utopia, um projeto diferente de coexistência, que nasceu há milhares de anos na América Latina. Este conceito é originário dos habitantes originários do continente AbyaYala e foi incluído como fundamental em duas constituições, a do Equador (2008) e da Bolívia (2009), países com populações majoritariamente indígenas.

³ Por exemplo, os TBI permitem uma extraordinária repatriação de lucros, facilitando também a isenção tributária e/ou a evasão fiscal através dos chamados acordos de dupla tributação e dos preços de transferência.

Além disso, os investidores não contam com nenhuma obrigação vinculante em matéria de direitos humanos, direitos ambientais ou desenvolvimento sustentável e inclusivo.⁴ Enquanto as leis corporativistas se institucionalizam e se fortalecem cada vez mais, especialmente por contarem com mecanismos obrigatórios de aplicabilidade, os regimes internacionais de direitos humanos estão se degradando a nível de “lei suave” (*soft law*), ou de instrumentos quase-legais sem força vinculante.

- Os TBI são parte de uma arquitetura de impunidade que outorga às ETN poderes sem precedentes para disputar a prerrogativa dos governos de atuar como garantidores dos direitos humanos, e garantir que o IED tenha efeitos positivos dentro de um projeto nacional de desenvolvimento. Os TBI permitem às corporações evadir leis, constituições, cortes locais e nacionais; além de apoiá-las a processar Estados soberanos em quantias milionárias nos tribunais privados como o Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (CIADI) do Banco Mundial, a Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional (UNCITRAL, na sigla em inglês), entre outros. Em contrapartida, os governos e cidadãos não contam com apoio jurídico, nem com instâncias internacionais perante às quais podem processar as ETN quando suas atividades violam direitos humanos e ambientais, ou quando cerceiam medidas de políticas públicas de interesse geral.⁵ Esses acordos internacionais fazem parte de um regime jurídico que tem se desenvolvido de forma paralela a toda comunidade internacional, mas que envolve a todos sem exceção (obrigações *erga omnes*), assim como o direito internacional dos direitos humanos. Este paralelismo vem evitando o diálogo entre normas a nível internacional, o que tem um resultado proveitoso ao interesse das ETN, já que podem mover ações contra os Estados por fora das jurisdições locais - como é garantido pelas rigorosas cláusulas dos TBI. No entanto, as condições de contratação das ETN, as legislações domésticas, as constituições políticas e o direito internacional vigente resultam obrigatórios somente para os Estados.

⁴ Não estamos propondo que se incluam capítulos ambientais, trabalhistas ou de direitos humanos nesses tipos de acordos neoliberais. Porém, nos casos em que eles foram incluídos, tornaram-se “lei branda” e foram usados como forma de legitimação e justificativa dos capítulos de investimento, sendo utilizados como “lei dura”. Nossa crítica está no paradigma que embasa esses tratados e que submete tudo às leis do mercado.

⁵ Como resposta a isso, o Equador tem promovido uma Declaração Conjunta sobre Empresas Transnacionais e Direitos Humanos assinada por aproximadamente 100 Estados, demonstrando um entendimento compartilhado das responsabilidades dos setores produtivos em matéria de direitos humanos, como explicitado no Tratado dos Povos da Campanha para o Desmantelamento do Poder Corporativo.

- As ETN são capazes de se antepor aos Estados com resultados que menosprezam os direitos humanos, incluindo os direitos dos povos indígenas, os direitos trabalhistas, em particular das mulheres, o acesso à saúde e outros serviços públicos, a administração dos recursos naturais e da proteção ambiental. As corporações transnacionais e os investidores internacionais frequentemente se aproveitam das fracas legislações trabalhistas, ambientais, de saúde, além de diferenças culturais, desigualdades de gênero e étnico-raciais dos países em desenvolvimento. Por outro lado, as cláusulas trabalhistas, sociais e ambientais incorporadas nos TBI e TLC, que são vistos como a parte “suave” dos acordos, incluindo os chamados “acordos de associação” ou “acordos de parceria econômica”, carecem de instrumentos jurídicos que façam valer os direitos desses grupos, e são utilizados para legitimar os componentes “duros” e de cunho neoliberal desregulatório, que são o verdadeiro coração desses acordos.

Frente a isso:

- Os Estados Nacionais, sem a ameaça de serem processados, devem recuperar a capacidade de implementar legislações e políticas públicas para que tais investimentos tenham um papel positivo dentro de uma estratégia de longo prazo, nos projetos nacionais acordados com suas populações, além de serem capazes de garantir o pleno respeito a todos os direitos humanos. O regime internacional legal atual tem que ser modificado a fundo para não mais restringir a atuação dos Estados nos sentidos expostos acima.
- À medida que os Estados recuperem suas capacidades regulatórias, é necessário também a criação de mecanismos de controle por parte dos povos, para a promoção de democracias diretas, participativas e proativas, com mecanismos de revogação de mandatos e que representem as demandas sociais, de modo a favorecer o exercício das soberanias populares de forma democrática. O problema não é somente de legislações ou instituições: sem a real participação da sociedade não há garantias sobre qualquer tema que seja.
- Não basta romper ou renegociar os tratados internacionais em matéria de investimento, nem implementar regulações nacionais. Hoje em dia, existe uma competição muito grande entre os países em termos de concessões e privilégios aos investidores externos. É portanto necessário um marco legislativo e regulações internacionais ou regionais que evitem essa concorrência desleal, especificando regras em níveis legislativos nacionais.

PRINCÍPIOS PARA A CONSTRUÇÃO DE MARCOS ALTERNATIVOS PARA OS INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS ⁶

Os idealizadores deste documento concluíram que, para atingir o desenvolvimento sustentável e inclusivo, que priorize os interesses públicos, sociais e ecológicos acima dos interesses privados e lucrativos, é necessário criar um marco alternativo de investimentos internacionais que esteja baseado em princípios democráticos. A concepção e o desenho deste marco devem contar com a participação completa de todas as partes interessadas, e com garantias de que o processo não seja dominado nem cooptado por poderosos grupos de pressão empresarial, tal como aconteceu com o “Pacto Global” das Nações Unidas.⁷

Nós propomos os seguintes princípios e medidas:⁸

1. Propostas para alcançar a primazia dos direitos humanos sobre o direitos dos investidores, e para estabelecer as obrigações das empresas transnacionais para com os direitos humanos e ambientais.⁹

- É necessário superar a atual assimetria entre os direitos dos investidores e os direitos humanos. As ETN gozam de “direitos duros”, isto é, passíveis de judicialização, vinculantes e com possibilidade de sanções, enquanto os direitos humanos são geralmente “direitos brandos”, ou seja, dificilmente passíveis de judicialização e não-vinculantes, que terminam em simples recomendações ou mecanismos de autorregulação. É necessário honrar os princípios do direito internacional, nos quais os direitos humanos e os direitos ambientais são postos como prioridade.
- O novo regime internacional de investimentos deve incluir obrigações vinculantes em direitos humanos para que as corporações sejam também garantidoras de todos os direitos humanos (econô-

⁶ Fazemos referência tanto ao regime internacional de proteção de investimentos como às leis nacionais de promoção de investimentos. Por exemplo, El Salvador enfrenta o CIADI por um processo aberto pela empresa mineradora Pacific Rim devido a sua própria Lei de Investimento Estrangeiro (que agora precisa ser sofrer emendas para que estes casos não possam ser diretamente levados para o CIADI).

⁷ Vide <http://viacampesina.org/es/index.php/acciones-y-eventosmainmenu-26/no-a-las-transnacionales-mainmenu-80/1431-no-mas-control-y-cooptacionempresarial-de-la-naciones-unidas>

⁸ Vide anexo na seção de referências.

⁹ Essas obrigações vinculantes estão contidas na Declaração Conjunta sobre Empresas Transnacionais e Direitos Humanos impulsionadas pelo Equador.

nicos, sociais, culturais, ambientais, civis e políticos). É importante a criação de uma relação direta entre os direitos humanos e os investimentos para garantir o respeito de todos os territórios, comunidades e povos tradicionais; garantir a justiça ambiental e o acesso a serviços públicos básicos como água, alimentação, saúde e educação de todas e todos.

- Os investidores devem prestar contas pelos seus atos corporativos tanto em seus países de origem, como nos países onde fazem seus investimentos. Dado o caráter transnacional de muitos investimentos e o potencial de alto impacto de suas atividades sobre os direitos humanos, a saúde e o meio-ambiente, os investidores internacionais, assim como os nacionais, devem ser responsáveis legais pelas suas próprias ações, tanto em nível nacional como internacional, de acordo com os instrumentos de direitos humanos universalmente aceitos, e perante outros acordos multilaterais de direitos humanos e ambientais.¹⁰
- De acordo com os pontos acima, todas as propostas de investimento transnacional devem ser precedidas por uma avaliação com participação social do impacto socioambiental e nos direitos humanos, com aplicação estrita da Consulta Prévia Informada, nos casos específicos de povos indígenas, e outros como se encontra expresso nos acordos internacionais. Os impactos dos investimentos devem continuar sendo monitorados depois de seu estabelecimento.

2. Propostas para sistemas de solução de disputas alternativos

- É imperativo que sejam anuladas as cláusulas atuais de solução de disputas “investidor estrangeiro vs. Estado”, que habilitam os primeiros a processarem, em sistemas de arbitragem internacional, os Estados receptores, por quaisquer ações regulatórias governamentais que sejam percebidas como nocivas aos interesses particulares.
- Os novos mecanismos de solução de controvérsia não somente devem garantir os direitos das empresas transnacionais, como também todos os direitos das comunidades, cidadãos e dos Estados.
- As disputas levantadas pelos investidores estrangeiros devem ser apresentadas aos tribunais nacionais, e julgadas de acordo com as leis do país receptor, antes de serem levadas aos tribunais internacionais. É necessário fortalecer as legislações nacionais para que ofereçam segurança jurídica, isto é, regras

¹⁰ Tais como a Declaração da ONU sobre Direitos dos Povos Indígenas, o Convênio sobre Biodiversidade, a Convenção Marco sobre Mudança Climática etc.

claras, não sujeitas à arbitrariedade, não outorgando direitos extraordinários aos investidores estrangeiros e não passando por cima dos direitos humanos. Excepcionalmente, os investidores poderão recorrer a tribunais regionais ou internacionais, propriamente construídos como a última instância, para revisar o cumprimento do devido processo. Depois de esgotar os procedimentos nacionais, os investidores estrangeiros poderão acessar um tribunal de caráter permanente e propriamente constituído para revisar se houve de fato alguma violação ou falta de aplicação da legislação nacional.

- É necessário que qualquer aparição perante um tribunal internacional/regional público seja garantida para as comunidades afetadas, através do acesso e da participação equitativa desses povos; que os procedimentos sejam conduzidos abertamente ao público; e que não sejam outorgados direitos “mais fortes” ou “mais amplos” aos investidores estrangeiros.
- No caso de violações de direitos humanos de comunidades ou indivíduos por parte de um investidor ou empresa, os tratados de investimento devem explicitamente aceitar que, caso a referida violação de direitos não seja reparada em âmbito nacional legal, as partes discriminadas possam recorrer às instâncias internacionais correspondentes.

3. Propostas para suprimir os privilégios dos investidores estrangeiros, garantir aos Estados o espaço para a implementação de políticas públicas e o tratamento especial e diferenciado, reafirmando o princípio de igualdade em favor das prioridades nacionais

I. ELIMINAR OS ARRANJOS ATUAIS SOBRE TRATAMENTO NACIONAL, TRATAMENTO DE PADRÃO MÍNIMO E TRATAMENTO DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA.

- **Retirar da lógica do livre mercado os setores vinculados aos direitos humanos** como a água, a saúde, a educação, os serviços públicos essenciais e a cultura¹¹, assim como aqueles indispensáveis para garantir a soberania e a segurança alimentar, a preservação de ecossistemas e recursos naturais, os quais devem ser mantidos sob um forte controle público, garantindo o tratamento especial e diferenciado entre partes com diferentes graus de desenvolvimento econômico.
- **Eliminar as obrigações sobre o “tratamento nacional”, “tratamento de padrões mínimos” (especialmente o tratamento “justo e equitativo”)**, que paralisam o desenho e a implementação de polí-

¹¹ De acordo com a Convenção da ONU para a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (2005).

ticas públicas governamentais no nível nacional ou subnacional. Essas disposições, ambigualmente formuladas, abrem a porta para que os investidores processem os Estados sob a justificativa de uma ampla gama de medidas governamentais.

- **Eliminar a cláusula da Nação Mais favorecida**, já que, dada a ampla rede de acordos internacionais em matéria de investimentos, permite-se aos investidores utilizarem os acordos que mais convenham a seus interesses, não se limitando a seu país de origem. Além disso, esse tipo de cláusula inibe a possibilidade de concessões mútuas no âmbito da integração regional, já que automaticamente se estendem a países extra-regionais.

II. ELIMINAR O CONCEITO DE EXPROPRIAÇÃO INDIRETA E RESTRINGIR A DEFINIÇÃO DE INVESTIMENTO

- **Deve-se eliminar da legislação internacional o conceito de “expropriação indireta”**. Deve-se restringir a definição de expropriação a um ato de governo que, por causa de utilidade pública, apropria-se de ou nacionaliza um bem tangível de um investidor, pelo qual deve ser paga uma compensação justa. É necessário eliminar a noção de expropriação indireta pela qual um investidor deve ser compensado quando, por uma ação justa, apoiada pela lei, o Estado, exercendo seu direito à regulação, afeta a expectativa dos investidores de “ganância esperada ou futura”.
- **Restringir a definição de investimento a bens ou propriedades tangíveis**. Devem ser excluídos da definição de investimentos os contratos públicos, contratos de concessão de recursos naturais, licenças regulatórias, direitos de propriedade intelectual, instrumentos financeiros, noções ambíguas sobre “assumir riscos” ser uma forma de investimento. Devem ser excluídas também da definição de investimento os investimentos de curto prazo como bônus, investimentos na bolsa de valores (“capitais livres”) e a dívida soberana.

III. ELIMINAR A CLÁUSULA DE SOBREVIVÊNCIA E RETROATIVIDADE.

- **Eliminar a cláusula de sobrevivência**, já que esta estende proteções dos investidores estrangeiros por mais 5, 10 ou 15 anos após o término do suposto acordo, ou de sua denúncia por uma das partes. Esta cláusula limita o direito soberano dos países de se desvincular de tratados internacionais problemáticos.
- **Eliminar a cláusula de retroatividade** que estende a cobertura dos acordos internacionais de investimento a todos os investimentos feitos antes da assinatura do acordo.

IV. PERMITIR A IMPLEMENTAÇÃO DE CONTROLES DE CAPITAL E DE REQUERIMENTOS DE DESEMPENHO; IMPEDIR O FLUXO DE CAPITAIS ILÍCITOS E A EVASÃO FISCAL; PRIVILEGIAR OS INVESTIMENTOS PRODUTIVOS EM DETRIMENTO DOS ESPECULATIVOS.

- **Permitir a implementação de controles de capital para prevenir ou mitigar crises financeiras.** Os TBI geralmente incluem restrições contra a capacidade estatal de controlar a entrada e saída de capital especulativo, apesar do fato de que muitos governos têm sido bem-sucedidos em usar esses controles para prevenir crises financeiras. Algumas formas de controle de capital também servem para garantir seu direcionamento para contribuir efetivamente para o desenvolvimento econômico do país, já que são estipulados um tempo de permanência mínima no país receptor. Até mesmo o Fundo Monetário Internacional (FMI) reconheceu a necessidade de controles de capital, e que as obrigações presentes nos TBI e nos TLC podem reduzir o espaço nacional público que busca aplicar essas medidas.¹² **Permitir aos Estados o uso de impostos ou outras ferramentas políticas para encorajar os investimentos produtivos, respeitosos ao meio-ambiente, e desencorajar os especulativos.** Para alcançar esse objetivo, devem ser cobrados impostos sobre transações financeiras internacionais e implementados controles para lidar com fugas maciças de capital, prevenindo crises recorrentes e instabilidade econômica. É necessário garantir que investimentos produtivos não se tornem destruidores do meio-ambiente, assim como acontece no caso das indústrias extrativistas.
- **O novo conjunto de regras para investimentos deve facilitar a regulação e as políticas públicas nacionais e regionais,** privilegiando aqueles investimentos que estejam de acordo com o projeto de desenvolvimento nacional e preterindo aqueles que vão contra o interesse público; reconciliar os direitos da natureza com direitos sociais e o bem-estar inclusivo; priorizar novos investimentos produtivos em setores estratégicos harmonizados com as diretrizes do plano nacional, e que favoreçam a criação de empregos e o desenvolvimento tecnológico.
- **Impedir o fluxo ilícito de capitais.** É necessário impedir não somente a lavagem de dinheiro proveniente do crime organizado, mas também os fluxos facilitados pela gama de acordos de investimento e de dupla-tributação. Como exemplo, devem ser criados mecanismos para combater a transferência de capital intra-firmas, que facilita práticas como a evasão fiscal. Para que isso se torne uma realidade possível, é necessário o acesso *online* e em tempo real das declarações de im-

¹² Ver Aldo Caliari. “IMF: Trade Obligations may work against financial stability goals.” Center of Concern, December 2012.

postos pagos por essas corporações, o que permitiria uma contabilidade transparente dos fluxos de capital dessas empresas.

- **Diminuir isenções fiscais e facilitar a tributação.** É urgente a melhoria dos mecanismos de controle e fiscalização dos fluxos ilícitos, de evasão fiscal, e o fim dos paraísos fiscais. As restrições de capital atualmente previstas nos TBI e nos TLC facilitam a fuga ilícita de capital, prejudicando as contas nacionais, além de aumentarem a distorção dos preços comerciais, as movimentações maciças de dinheiro, a transferência de capital via hawala¹³, contrabando, etc.¹⁴ O caso do México é um exemplo disso, uma vez que, com a assinatura do NAFTA, tornou-se um dos países com maiores taxas de fuga de capital ilícito do mundo.¹⁵
- **Os Estados têm que ser capazes de exigir requisitos de desempenho ao investidores.** O fluxo de investimentos estrangeiros depende mais das oportunidades de negócios do que na existência de benefícios e privilégios aos investidores. A demanda de relatórios de desempenho, por exemplo, não levaria à perda de investimento externo se isso fosse parte um padrão mínimo adotado internacionalmente, evitando a chamada “corrida para baixo” entre os países competidores. Os requisitos de desempenho deveriam basear-se em um dos seguintes objetivos: o equilíbrio dos interesses dos investidores entre lucros razoáveis e benefícios para o país receptor; promoção de conexões entre investimento estrangeiro e aldeias de produção nacional, de forma a alavancar o nível de empregos; a garantia de direitos humanos (econômicos, sociais, trabalhistas, culturais, ambientais, civis e políticos) e os direitos da mãe-terra.

Todas as propostas mencionada acima são viáveis, e de fato já estão em discussão em diferentes arenas internacionais, apesar de nem sempre com a perspectiva que foi mostrada nesse documento.

A crise global que estamos vivendo hoje em dia não será resolvida através da transferência de seus custos para as pessoas, buscando proteger a grande quantidade de especuladores. Está na hora de ouvir as demandas sociais de colocar o interesse público acima dos interesses de corporações privadas. Está

¹³ O hawala (também conhecido como *hundi*) é um dos sistemas de transferência informal de fundos (TIF) que são geralmente utilizados em muitas regiões do âmbito local e internacional. Hawala significa “transferência” ou “cabo” no jargão bancário árabe. As palavras *aval*, em espanhol e francês, ou *avallo*, em italiano, parecem ter uma relação direta com a palavra hawala.

¹⁴ Mais informações em: <<http://deberesparahoy.wordpress.com/tag/flujos-financieros-ilicitos/>>

¹⁵ Mais informações em: <<http://mexico.gfintegrity.org/es/>>

na hora de salvar a mãe-terra dos níveis extremos de exploração que estão causando danos irreparáveis, como se observa claramente com as mudanças climáticas. Está na hora de subordinar os setores de especulação financeira, e fazê-los servir à economia produtiva para fomentar a distribuição de renda e a sustentabilidade social e ambiental como forma de sair da crise. Está na hora de transformar a globalização selvagem em um mundo integrado baseado na solidariedade, onde o respeito por cada pessoa é a base na qual a paz é construída.

CHAMADO PARA A DISCUSSÃO E CONSTRUÇÃO DE UMA AGENDA BÁSICA COMUM - PROPOSTAS A TRABALHAR

1. Estimular movimentos sociais, acadêmicos e advogados a aprofundar e melhorar as propostas para dismantelar a atual estrutura que dá proteção e direitos extraordinários aos investidores, substituindo-os por um novo conjunto de regras nacionais, regionais e internacionais sob controle democrático que levará a uma reavaliação das relações entre direitos humanos e soberania nacional, assim como direitos e obrigações dos investidores.
2. Fomentar avaliações coletivas internacionais, com participação da sociedade civil mundial, em relação aos impactos dos TBI e ALC, e disseminar os resultados dessas avaliações concomitantemente à divulgação de propostas alternativas a esses acordos, como forma de crescimento do movimento de resistência. Em alguns países é valioso também fazer comícios públicos, compartilhando os impactos dos TBI e dos ALC vigentes, assim como para casos extraordinários sendo julgados em tribunais internacionais.
3. Enquanto o paradigma de investimento, respeitoso de padrões mínimos internacionais como os citados acima, está sendo desenhado e implementado, chamamos uma união para garantir que os governos, em particular aqueles do Sul Global, trabalhem nas seguintes medidas estratégicas:
 - Parar as assinaturas de novos tratados de investimento (TBI e ALC) que incluam cláusulas de solução de controvérsia entre Investidor-Estado, e que protejam o investimento externo de acordo com os privilégios mencionados acima.
 - Resistir à pressão de governos hegemônicos, lobbies corporativistas e organizações internacionais visando a assinatura de TBI e ALC. Fazer com que os Estados realizem audiências gerais dos seus tratados de investimento e dos casos que já foram levados ao CIADI e outros tribunais.

- Sair dos acordos do CIADI e restringir o uso de outros tribunais de arbitragem internacionais que não sejam transparentes, assim como aqueles estabelecidos sob a UNCITRAL e aqueles da Câmara Internacional de Comércio.
- Regular investimentos internacionais através das legislações internacionais de acordo com o que foi posto anteriormente, e submeter as disputas estrangeiras aos tribunais nacionais.
- Para completar o que foi dito acima, é necessário promover a criação de mecanismos regionais de resolução de disputas com as características que foram sugeridas em diversos pontos deste documento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alternativa para as Américas. Aliança Social Continental (1998-2005). Disponível em: <<http://www.web.net/comfront/alts4americas/esp/esp.html>>

Tratado de Comércio dos Povos, 2006. Disponível em: <<http://www.web.net/comfront/alts4americas/esp/esp.html>>

Report of the Advisory Committee on International Economic Policy regarding the (U.S.) Model Investment Treaty; Septiembre, 2009. http://www.ips-dc.org/reports/report_of_the_advisory_committee_on_international_economic_policy_regarding_the_model_bilateral_investment_treaty

Top 10 Changes to Build a Pro-Labor, Pro-Community and Pro-Environment Trans-Pacific Partnership, Agosto, 2010. <http://www.citizen.org/documents/InvestmentPacketFINAL.pdf>

“Más de 250 Economistas Llanan a Reformas que Permitan Controles de Capital”, Enero, 2011 http://www.ase.tufts.edu/gdae/policy_research/CapCtrlLetterPressSpanish.pdf

Declaración Pública sobre el Régimen Internacional de Inversiones, Junio, 2011. <http://www.osgoode.yorku.ca/public-statement/documents/Declaraci%C3%B3n%20P%C3%BAblica%20%28June%202011%29.pdf>

Chamado a um modelo alternativo de Investimentos, Semana de Ação contra os TBIs e por um Regime de Investimentos alternativo, Bruxelas, 6 de Novembro de 2011.

Texto: <http://www.s2bnetwork.org/fileadmin/dateien/downloads/STATEMENT-SP.pdf>

Assinaturas: http://www.s2bnetwork.org/fileadmin/dateien/downloads/signatories_-_6_dec.pdf

Campanha não ao CIADI e aos TBIs: por uma nova arquitetura financeira e comercial. http://www.enlazandoalternativas.org/IMG/pdf/Campana_CIADI-TBI_s.pdf

The 2009 Trade Reform, Accountability, Development & Employment (TRADE) ; <http://www.citizens-trade.org/ctc/activist-resources/background-on-trade/organizing-materials-for-the-trade-act/>

Declaração do Equador em nome do grupo de países na 24ª edição de sessões sobre o Conselho de Direitos Humanos. Genebra, Setembro 2013. <http://cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/09/DECLARACION.pdf>

Declaração perante o Conselho de Direitos Humanos em apoio à iniciativa de um grupo de Estados para a instituição de um instrumento legalmente vinculante sobre corporações internacionais. <http://www.stopcorporateimpunity.org/?p=3832&lang=es>

Tratado dos Povos: http://www.stopcorporateimpunity.org/?page_id=2061&lang=es

Alternative Trade Mandate; 2014. <http://www.alternativetrademandate.org/>

ACORDO DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS ENTRE A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E A REPÚBLICA DO CHILE¹

A República Federativa do Brasil e a República do Chile, doravante denominadas como as “Partes” ou, individualmente, como “Parte”,

Desejando reforçar e aprofundar os laços de amizade e o espírito de cooperação contínua entre as Partes;

Almejando estimular, agilizar e apoiar investimentos bilaterais, abrindo novas iniciativas de integração entre ambos os países;

Reconhecendo o papel fundamental do investimento na promoção do desenvolvimento sustentável, do crescimento econômico, da redução da pobreza, da criação de empregos, da expansão da capacidade produtiva e do desenvolvimento humano;

Entendendo que o aprofundamento das relações entre as Partes em matéria de investimentos trará benefícios amplos e recíprocos;

Com o propósito de alcançar uma expansão contínua do investimento bilateral em benefício das Partes e de melhorar o ambiente de investimentos mediante o intercâmbio de informação, a promoção e cooperação e a identificação e eliminação de barreiras ao investimento;

Destacando a importância de se fomentar um ambiente transparente, ágil e amigável para os investimentos bilaterais;

Reconhecendo o direito das Partes de adotar normas relativas a investimentos realizados em seus territórios, para alcançar objetivos legítimos de políticas públicas;

Desejando fomentar e fortalecer os contatos entre o setor privado e os Governos das Partes;

¹ Fonte: <http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12526:acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-o-brasil-e-o-chile-santiago-23-de-novembro-de-2015&catid=42&Itemid=280&lang=pt-BR> (Acesso em 03/02/16).

Com o objetivo de criar um mecanismo de diálogo técnico e iniciativas governamentais que contribuam para o aumento significativo de seus investimentos mútuos;

Acordam o que Segue

PARTE I – DEFINIÇÕES E ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Artigo 1º – DEFINIÇÕES

Para efeitos deste Acordo:

1.1 “**Acordo TRIPS**” significa o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio, contidos no Anexo 1 C do Acordo pelo qual se estabelece a Organização Mundial do Comércio.

1.2 “**Empresa do Estado**” significa uma empresa de propriedade ou controlada, integral ou majoritariamente, por uma Parte, para efeitos de exercer atividades de negócios.

1.3 “**Estado Anfitrião**” significa a Parte em cujo território se encontra o investimento.

1.4 “**Investimento**” significa um investimento direto, ou seja, todo ativo de propriedade ou controlado, direta ou indiretamente, por um investidor de uma Parte, estabelecido ou adquirido de conformidade com o ordenamento jurídico da outra Parte, no território dessa outra Parte, que permita exercer a propriedade, o controle ou um grau significativo de influência sobre a gestão da produção de bens ou da prestação de serviços no território do Estado Anfitrião, incluindo em particular, mas não exclusivamente:

- (a) uma empresa;
- (b) ações, capital ou outros tipos de participação no patrimônio ou capital social de uma empresa;
- (c) títulos, debêntures, empréstimos ou outros instrumentos de dívida de uma empresa, independentemente do prazo de vencimento inicial, mas não incluindo, no caso do Brasil, um instrumento de dívida ou um empréstimo a uma empresa do Estado que não desenvolva atividades econômicas em condições de mercado e, no caso do Chile, um instrumento de dívida emitido por uma empresa do Estado ou um empréstimo a uma empresa do Estado;
- (d) direitos contratuais, incluindo contratos de “turnkey”, construção, gestão, produção, de concessão, de partilha de receitas e outros contratos similares;

(e) licenças, autorizações, permissões e direitos similares outorgados de conformidade com a legislação interna do Estado Anfitrião;

(f) direitos de propriedade intelectual tal como definidos ou referidos no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio da Organização Mundial do Comércio (TRIPS).

(g) direitos de propriedade, tangíveis ou intangíveis, móveis ou imóveis, e quaisquer outros direitos reais, como hipoteca, penhor, usufruto e direitos similares;

1.4.1 Para maior certeza, “**Investimento**” não inclui:

(a) as operações de dívida pública;

(b) uma ordem ou sentença emitida em uma ação judicial ou administrativa;

(c) os investimentos de portfólio; e

(d) as reclamações pecuniárias decorrentes exclusivamente de contratos comerciais para a venda de bens ou serviços por parte de um investidor no território de uma Parte a um nacional ou uma empresa no território da outra Parte ou a concessão de crédito no âmbito de uma transação comercial.

1.5 “**Investidor**” significa um nacional, residente permanente ou empresa de uma Parte, que tenha realizado um investimento no território da outra Parte.

1.6 “**Empresa**” significa qualquer entidade constituída ou organizada conforme a legislação aplicável, tendo ou não fins lucrativos, de propriedade privada ou governamental, incluindo qualquer sociedade, fundação, empresa de proprietário único, “joint venture”, e entidades sem personalidade jurídica.

1.7 “**Empresa de uma Parte**” significa uma empresa constituída ou organizada conforme a legislação de uma Parte, que realize atividades substanciais de negócios no território da mesma Parte.

1.8 “**Nacional**” significa uma pessoa natural que tenha a nacionalidade de uma Parte, de acordo com seu ordenamento jurídico.

1.9 “**Medida**” significa qualquer lei, regulamento, procedimento, requisito ou prática.

1.10 “**Rendimentos**” significa os valores obtidos por um investimento e que, em particular, embora não exclusivamente, incluem royalties, lucro, juros, ganhos de capital e dividendos.

1.11 “**Território**” significa:

(a) com relação ao Chile, o espaço terrestre, marítimo e aéreo sob a sua soberania, e a zona econômica exclusiva e a plataforma continental sobre as quais exerce direitos de soberania e jurisdição, de acordo com o direito internacional e seu direito interno; e

(b) com relação ao Brasil, o território, incluindo seus espaços terrestres e aéreos, a zona econômica exclusiva, o mar territorial, plataforma continental, solo e subsolo, dentro da qual exerce seus direitos de soberania ou jurisdição, de acordo com direito internacional e com sua legislação interna.

1.12 “**Moeda de livre uso**” significa a moeda de livre uso, tal como se determina em conformidade com o “Convênio Constitutivo do Fundo Monetário Internacional”.

Artigo 2º – OBJETIVO

O objetivo deste Acordo é facilitar e promover o investimento mútuo, mediante o estabelecimento de um marco de tratamento para os investidores e seus investimentos, e de governança institucional para a cooperação, assim como de mecanismos de prevenção e solução de controvérsias.

Artigo 3º – ÂMBITO DE APLICAÇÃO

3.1 Este Acordo aplica-se a todos os investimentos realizados antes ou depois de sua entrada em vigor.

3.2 Para maior certeza,

(a) a exigência de uma Parte de que um prestador de serviços da outra Parte deposite uma fiança ou outra forma de garantia financeira, como condição para prestar um serviço no seu território, não estabelece por si só a aplicação deste Acordo à prestação transfronteiriça deste serviço. Este Acordo aplica-se ao tratamento que outorgue essa Parte à fiança ou garantia financeira depositada, na medida em que essa fiança ou garantia financeira seja um investimento;

(b) este Acordo não limitará de forma alguma os direitos e benefícios que a legislação vigente no território de uma Parte ou o direito internacional, incluindo o Acordo sobre Medidas em Matéria de Investimentos relacionadas ao Comércio (TRIMS) da Organização Mundial do Comércio, confirmam a um investidor da outra Parte; e

(c) o disposto neste Acordo não impede a adoção e implementação de novos requisitos ou restrições sobre os investidores e seus investimentos, desde que não sejam desconformes com este Acordo.

3.3 Este Acordo não se aplica a subsídios ou subvenções concedidos por uma Parte, incluindo empréstimos, garantias e seguros, garantidos pelo Estado, sem prejuízo de que o tema possa ser tratado no Comitê Conjunto previsto no Artigo 18 (Comitê Conjunto para a Administração do Acordo).

PARTE II – TRATAMENTO OUTORGADO AOS INVESTIDORES E SEUS INVESTIMENTOS

Artigo 4º – ADMISSÃO

4.1 Cada Parte admitirá em seu território os investimentos de investidores da outra Parte, que sejam realizados de acordo com seu ordenamento jurídico interno.

Artigo 5º – TRATAMENTO NACIONAL

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

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

5.3 Para maior certeza, o tratamento ser acordado em “circunstâncias similares” depende da totalidade das circunstâncias, incluindo que o tratamento pertinente distinga entre investidores ou investimentos com base em objetivos legítimos de interesse público.

5.4 Para maior certeza, este Artigo não será interpretado no sentido de obrigar as Partes a compensar desvantagens competitivas intrínsecas, que resultem do caráter estrangeiro dos investidores e seus investimentos.

Artigo 6º – TRATAMENTO DE NAÇÃO MAIS FAVORECIDA

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

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

6.3 Este Artigo não se interpretará como:

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

(i) disposições relativas à solução de controvérsias em matéria de investimentos constantes de um acordo internacional de investimentos, incluindo um acordo que contenha um capítulo de investimentos; ou

(ii) qualquer acordo comercial internacional, incluindo acordos tais como os que criam uma organização de integração econômica regional, área de livre comércio, união aduaneira ou mercado comum do qual uma das Partes seja membro antes da entrada em vigor deste Acordo.

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

Para maior certeza, este Acordo não se aplica às disciplinas relativas a comércio de serviços constantes de qualquer acordo internacional vigente ou subscrito até a entrada em vigor deste Acordo sobre: aviação; pesca; assuntos marítimos, incluindo salvamento; e qualquer união aduaneira, união econômica, união monetária e acordo resultante de tais uniões ou instituições similares.

Artigo 7º – DESAPROPRIAÇÃO

7.1 Nenhuma Parte expropriará nem nacionalizará os investimentos de um investidor da outra Parte, exceto se:

- (a) por utilidade pública ou interesse público;
- (b) de forma não discriminatória;
- (c) mediante o pagamento de uma indenização, de acordo com os parágrafos 2 a 3; e
- (d) de conformidade com o princípio do devido processo legal.

7.2 A indenização deverá:

(a) ser paga sem demora;

(b) ser equivalente ao valor justo de mercado que tenha o investimento expropriado na data imediatamente anterior a que a desapropriação seja efetuada;

(c) não refletir uma alteração no valor devido ao fato de que a intenção de desapropriar foi conhecida antes da data indicada no subparágrafo (b); e

(d) ser livremente pagável e transferível, de acordo com o Artigo 11 (Transferências).

7.3 A indenização referida no parágrafo 1 (c) não será inferior ao valor justo de mercado na data indicada no subparágrafo (b) do parágrafo 2, mais os juros fixados com base em critérios de mercado, acumulados desde a data indicada no subparágrafo (b) do parágrafo 2 até a data do pagamento.

7.4 Este Artigo não se aplica à expedição de licenças obrigatórias outorgadas em relação a direitos de propriedade intelectual, ou à revogação, limitação ou criação de ditos direitos na medida em que a referida expedição, revogação, limitação ou criação seja compatível com o Acordo TRIPS. Para maior certeza, o termo “revogação” de direitos de propriedade intelectual mencionado neste parágrafo inclui o cancelamento ou a nulidade desses direitos, e o termo “limitação” de direitos de propriedade intelectual também inclui as exceções a esses direitos.

7.5 Para maior certeza, este Artigo só prevê a expropriação direta, em que um investimento é nacionalizado ou de outro modo expropriado diretamente mediante a transferência formal do título ou do direito de domínio.

Artigo 8º – TRATAMENTO EM CASO DE CONTENDA

8.1 Com respeito a medidas tais como restituição, indenização, compensação e outro mecanismo, cada Parte outorgará aos investidores da outra Parte que tenham sofrido perdas em seus investimentos no território daquela Parte, devidas a conflitos armados ou contendas civis, tais como guerra, revolução, insurreição ou distúrbios civis, um tratamento não menos favorável que aquele outorgado a seus próprios investidores ou investidores de qualquer país que não seja Parte, segundo o que seja mais favorável ao investidor afetado.

8.2 Sem prejuízo do estabelecido no parágrafo 1, cada Parte proverá ao investidor da outra Parte a restituição, compensação ou ambas, segundo corresponda, conforme o Artigo 7 parágrafos (2) a (3) (Desapropriação), no caso em que os investimentos dos investidores da outra Parte sofram perdas em seu território, em qualquer situação contemplada no parágrafo 1, que resultem:

- (a) da requisição de seu investimento ou de parte dele por forças ou autoridades do Estado Anfitrião; ou
- (b) da destruição de seu investimento ou de parte dele pelas forças ou autoridades do Estado Anfitrião.

Artigo 9º – TRANSPARÊNCIA

9.1 Cada Parte garantirá que todas as suas leis e regulamentações relativas a qualquer assunto compreendido neste Acordo sejam publicadas sem demora e, quando seja possível, em forma eletrônica.

9.2 Na medida do possível, cada Parte deverá:

- (a) dar publicidade antecipada às medidas mencionadas no parágrafo 1 que pretenda adotar; e
- (b) conceder às pessoas interessadas e à outra Parte oportunidade razoável para comentar sobre as medidas propostas.

9.3 Cada Parte estabelecerá ou manterá mecanismos adequados para responder às consultas de pessoas interessadas referentes a suas normas relativas às matérias objeto do presente Acordo, de conformidade com suas leis e regulamentos sobre transparência. A implementação da obrigação de estabelecer mecanismos adequados levará em conta as limitações orçamentárias e de recursos no caso de pequenas entidades administrativas.

Artigo 10 – REGULAMENTAÇÃO NACIONAL

10.1 Cada Parte assegurará que todas as medidas que afetem o investimento sejam administradas de maneira razoável, objetiva e imparcial, de conformidade com seu ordenamento jurídico.

Artigo 11 – TRANSFERÊNCIAS

11.1 Cada Parte permitirá que as seguintes transferências relacionadas ao investimento de um investidor da outra Parte sejam feitas livremente e sem demoras a partir de e para seu território:

- (a) a contribuição inicial ao capital ou toda adição dos mesmos em relação à manutenção ou expansão desse investimento;
- (b) os rendimentos diretamente relacionados ao investimento;
- (c) o produto da venda, liquidação total ou parcial do investimento;

(d) pagamentos realizados conforme um contrato de que seja parte o investidor ou o investimento, incluídos pagamentos efetuados conforme um contrato de empréstimo;

(e) os pagamentos de qualquer empréstimo, incluídos os juros sobre o mesmo, diretamente relacionados ao investimento; e

(f) pagamentos efetuados em conformidade com o Artigo 7 (Desapropriação) e com o Artigo 8 (Tratamento em caso de contenda). Quando a indenização for paga com bônus da dívida pública, o investidor poderá transferir o valor recebido com a venda de tais bônus no mercado, de acordo com este Artigo.

11.2 Cada parte permitirá que as transferências relacionadas ao investimento se realizem em moeda de livre uso de acordo com o câmbio vigente no mercado na data dessa transferência.

11.3 Sem prejuízo do disposto no parágrafo 1, uma parte poderá impedir uma transferência mediante a aplicação equitativa, não discriminatória e de boa fé de suas leis relativas a:

(a) procedimentos falimentares, quebra, insolvência ou proteção dos direitos dos credores;

(b) cumprimento de resoluções, sentenças ou laudos proferidos em procedimentos judiciais, administrativos ou arbitrais. Para maior certeza, este subparágrafo inclui o cumprimento de resoluções, sentenças ou laudos proferidos em procedimentos judiciais, administrativos ou arbitrais de natureza tributária ou trabalhista;

(c) infrações penais; ou

(d) relatórios financeiros ou conservação de registros de transferências quando seja necessário para colaborar com o cumprimento da lei ou com as autoridades financeiras regulatórias.

11.4 Cada Parte poderá adotar ou manter medidas que não sejam consistentes com as obrigações adquiridas nesse Artigo, sempre que sejam não discriminatórias e em conformidade com o Convênio Constitutivo do Fundo Monetário internacional:

(a) no caso de desequilíbrios graves do Balanço de pagamentos ou de dificuldades financeiras externas ou a ameaça dos mesmos; ou

(b) nos casos em que, por circunstâncias especiais, os movimentos de capital gerem ou ameacem gerar graves complicações para a gestão macroeconômica, em particular para as políticas monetárias ou cambiais.

Artigo 12 – TRIBUTAÇÃO

12.1 Nenhuma disposição deste Acordo se aplicará a medidas tributárias.

12.2 Para maior certeza, nenhuma disposição deste Acordo:

(a) afetar os direitos e obrigações das Partes que derivem de qualquer convênio tributário vigente entre as Partes; ou

(b) será interpretada de maneira que se evite a adoção ou aplicação de qualquer medida destinada a garantir a imposição ou cobrança equitativa ou eficaz de tributos, conforme o disposto na legislação das Partes.

Artigo 13 – MEDIDAS PRUDENCIAIS

13.1 Nada neste Acordo será interpretado de modo a impedir que qualquer das Partes adote ou mantenha medidas prudenciais, tais como:

(a) a proteção dos investidores, depositantes, participantes do mercado financeiro, detentores de apólices, beneficiários de apólices ou pessoas com quem alguma instituição financeira tenha uma obrigação fiduciária;

(b) a manutenção da segurança, solidez, solvência, integridade ou responsabilidade de instituições financeiras; e

(c) para garantir a integridade e estabilidade do sistema financeiro de uma Parte.

13.2 Quando essas medidas não forem conformes com as disposições deste Acordo, não serão utilizadas como meio para evitar os compromissos ou obrigações contraídos pela Parte no marco deste Acordo.

Artigo 14 – EXCEÇÕES DE SEGURANÇA

14.1 Nenhuma disposição deste Acordo será interpretada no sentido de:

(a) exigir de uma Parte que proporcione qualquer informação cuja divulgação seja considerada contrária a seus interesses essenciais em matéria de segurança;

(b) impedir que uma Parte adote as medidas que estime necessárias à proteção de seus interesses essenciais em matéria de segurança, tais como aquelas relativas:

(i) a matérias cindíveis ou de fusão, ou aquelas destinadas a sua fabricação;

(ii) ao tráfico de armas, munições e instrumentos de guerra, ou outros bens e materiais afins ou relativos à prestação de serviços, destinados direta ou indiretamente ao abastecimento ou suprimento de estabelecimentos militares;

(iii) às adotadas em tempos de guerra ou outras emergências nas relações internacionais; ou

(c) impedir que uma Parte adote medidas destinadas ao cumprimento das obrigações por ela contraídas em virtude da Carta das Nações Unidas para a manutenção da paz e da segurança internacional.

Artigo 15 – POLÍTICAS DE RESPONSABILIDADE SOCIAL

15.1 As Partes reconhecem a importância de estimular as empresas que operem em seu território ou que estejam sujeitas a sua jurisdição para que apliquem políticas de sustentabilidade e responsabilidade social e que impulsionem o desenvolvimento do país receptor do investimento

15.2 Os investidores e seus investimentos deverão realizar os seus melhores esforços para cumprir as “Linhas Diretrizes para Empresas Multinacionais” da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico, em particular:

(a) contribuir para o progresso econômico, social e ambiental com o propósito de alcançar um desenvolvimento sustentável;

(b) respeitar os direitos humanos internacionalmente reconhecidos daqueles envolvidos nas atividades das empresas;

(c) estimular a geração de capacidades locais, mediante uma estreita colaboração com a comunidade local;

(d) fomentar a formação do capital humano, em particular, por meio da criação de oportunidades de emprego e oferecendo capacitação aos empregados;

(e) abster-se de procurar ou aceitar isenções não contempladas no marco legal ou regulatório, relacionadas com os direitos humanos, o meio ambiente, a saúde, a segurança, o trabalho, o sistema tributário, os incentivos financeiros ou outras questões;

(f) apoiar e defender os princípios de boa governança corporativa e desenvolver e implementar boas práticas de governança corporativa;

(g) desenvolver e implementar práticas de autodisciplina e sistemas de gestão eficazes que promovam uma relação de confiança mútua entre as empresas e as sociedades nas quais exercem sua atividade;

(h) promover o conhecimento e o cumprimento, por parte dos empregados, das políticas da empresa mediante sua difusão adequada, inclusive por meio de programas de capacitação;

(i) abster-se de adotar medidas discriminatórias ou disciplinares contra os empregados que elaborarem, de boa fé, relatórios à direção ou, quando apropriado, às autoridades públicas competentes, sobre práticas contrárias à lei ou às políticas da empresa;

(j) fomentar, na medida do possível, que seus sócios comerciais, incluindo provedores de serviços e contratados, apliquem princípios de conduta empresarial consistentes com os princípios previstos neste Artigo; e

(k) abster-se de qualquer ingerência indevida nas atividades políticas locais.

Artigo 16 – MEDIDAS SOBRE INVESTIMENTOS E LUTA CONTRA A CORRUPÇÃO E A ILEGALIDADE

16.1 Cada Parte adotará e manterá medidas e esforços para prevenir e combater a corrupção, a lavagem de ativos e o financiamento ao terrorismo relacionados às matérias cobertas por este Acordo.

16.2 Nada do disposto neste Acordo obrigará a qualquer das Partes a proteger investimentos realizados com capitais ou ativos de origem ilícita ou investimentos em cujo estabelecimento ou operação forem verificados atos ilícitos que tenham sido sancionados com a perda de ativos ou atos de corrupção.

Artigo 17 – INVESTIMENTO E MEDIDAS SOBRE SAÚDE, MEIO AMBIENTE, ASSUNTOS TRABALHISTAS E OUTROS OBJETIVOS REGULATÓRIOS

17.1 Uma Parte poderá adotar, manter ou fazer cumprir qualquer medida que considere apropriada para garantir que as atividades de investimento no seu território se efetuem tomando em conta a legislação trabalhista, ambiental ou de saúde dessa Parte, de maneira consistente com o disposto neste Acordo.

17.2 As Partes reconhecem que não é apropriado estimular o investimento diminuindo os padrões de sua legislação trabalhista, ambiental ou de saúde. Como consequência, as Partes não deverão se recusar a aplicar ou de qualquer modo derrogar, flexibilizar ou oferecer renunciar, flexibilizar ou derrogar as citadas medidas como meio para incentivar o estabelecimento, a manutenção ou a expansão de um investimento em seu território.

PARTE III – GOVERNANÇA INSTITUCIONAL E PREVENÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Artigo 18 – COMITÊ CONJUNTO PARA A ADMINISTRAÇÃO DO ACORDO

18.1 As Partes estabelecem um Comitê Conjunto para a gestão deste Acordo (doravante designado “Comitê Conjunto”).

18.2 Esse Comitê Conjunto será composto por representantes dos Governos de ambas as Partes.

18.3 O Comitê Conjunto reunir-se-á nas datas, nos locais e pelos meios que as Partes acordarem. As reuniões serão realizadas pelo menos uma vez por ano, com presidências alternadas entre as Partes a cada reunião.

18.4 O Comitê Conjunto terá as seguintes atribuições e competências:

- (a) supervisionar a administração e implementação deste Acordo;
- (b) compartilhar e discutir oportunidades de investimentos em seus territórios;
- (c) coordenar a implementação da Agenda para Cooperação e Facilitação de Investimentos;
- (d) convidar o setor privado e a sociedade civil, quando seja aplicável, para que apresentem seus pontos de vista sobre as questões específicas relacionadas com os trabalhos do Comitê Conjunto; e
- (e) resolver amigavelmente quaisquer questões ou controvérsias sobre os investimentos, em conformidade com o Artigo 24 (Consultas e Negociações Diretas para a Prevenção de Controvérsias).

18.5 As Partes poderão estabelecer grupos de trabalho *ad hoc*, que se reunirão conjuntamente com o Comitê Conjunto ou separadamente.

18.6 O setor privado poderá ser convidado a integrar os grupos de trabalho *ad hoc*, quando assim autorizado pelo Comitê Conjunto.

18.7 O Comitê Conjunto poderá elaborar seu próprio regulamento interno.

Artigo 19 – PONTOS FOCAIS NACIONAIS OU OMBUDSMEN

19.1 Cada Parte designará um único Ponto Focal Nacional, que terá como função principal dar apoio aos investidores da outra Parte em seu território.

19.2 No caso da República Federativa do Brasil, o Ponto Focal Nacional, também chamado de Ombudsman será estabelecido na Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), que é um Conselho de Governo da Presidência da República Federativa do Brasil, de natureza interministerial.

19.3 No caso da República do Chile, o Ponto Focal Nacional será estabelecido na Agencia de Promoción de la Inversión Extranjera.

19.4 O Ponto Focal Nacional, entre outras atribuições, deverá:

- (a) buscar atender às recomendações do Comitê Conjunto e interagir com o Ponto Focal Nacional da outra Parte;
- (b) administrar as consultas da outra Parte ou dos investidores da outra Parte com as autoridades competentes e informar aos interessados sobre os resultados de suas gestões;
- (c) avaliar, em diálogo com as autoridades governamentais competentes, sugestões e reclamações recebidas da outra Parte ou de investidores da outra Parte e recomendar, quando aplicável, ações para melhorar o ambiente de investimentos.

(d) procurar prevenir diferenças em matéria de investimentos, em coordenação com as autoridades governamentais e em colaboração com entidades privadas pertinentes;

(e) prestar informações tempestivas e úteis sobre questões normativas relacionadas a investimentos em geral ou a projetos específicos, quando solicitadas, e

(f) relatar ao Comitê Conjunto suas atividades e ações, quando aplicável.

19.5 Cada Parte buscará que as atribuições de seu Ponto Focal Nacional sejam executadas com celeridade e de maneira coordenada entre si e com o Comitê Conjunto.

19.6 Cada Parte estabelecerá regras e prazos para a execução das atribuições e competências do seu Ponto Focal Nacional, os quais serão comunicados à outra Parte.

19.7 O Ponto Focal Nacional deverá dar respostas precisas e oportunas às solicitações do Governo e dos investidores da outra Parte.

Artigo 20 – TROCA DE INFORMAÇÃO ENTRE AS PARTES

20.1 As Partes trocarão informações, sempre que possível e relevante aos investimentos recíprocos, sobre oportunidades de negócio e procedimentos e requisitos para investimentos, em particular através do Comitê Conjunto e de seus Pontos Focais Nacionais.

20.2 As Partes fornecerão informação com celeridade, quando solicitadas, em especial sobre os seguintes aspectos:

(a) o marco jurídico que regula o investimento em seu território;

(b) programas governamentais em matéria de investimentos e eventuais incentivos específicos;

(c) as políticas públicas e marcos legais que possam afetar o investimento;

(d) tratados internacionais relevantes, incluídos os acordos em matéria de investimentos;

(e) procedimentos aduaneiros e regimes tributários;

(f) informações estatísticas sobre mercados de bens e serviços;

(g) a infraestrutura disponível e os serviços públicos relevantes;

(h) regime de compras governamentais e as concessões;

(i) a legislação trabalhista e previdenciária;

(j) a legislação migratória;

(k) a legislação cambial;

(l) informações sobre legislação dos setores econômicos específicos; e

(m) informação pública sobre Parcerias Público-Privadas.

Artigo 21 – TRATAMENTO DA INFORMAÇÃO PROTEGIDA

21.1 As Partes respeitarão o nível de proteção da informação estabelecido pela Parte que a tenha apresentado, de acordo com suas leis aplicáveis.

21.2 Nada do estabelecido no Acordo será interpretado no sentido de exigir de qualquer das Partes a divulgação de informação protegida cuja divulgação pudesse dificultar a aplicação da lei ou, de outra maneira, fosse contrária ao interesse público, ou pudesse prejudicar a privacidade ou interesses comerciais legítimos. Para os propósitos deste parágrafo, a informação protegida inclui informação sigilosa de negócios ou informação privilegiada ou protegida contra divulgação, de acordo com as leis aplicáveis de uma Parte.

Artigo 22 – INTERAÇÃO COM O SETOR PRIVADO

22.1 Reconhecendo o papel fundamental que desempenha o setor privado, cada Parte disseminará, nos setores empresariais pertinentes da outra Parte, as informações de caráter geral sobre investimentos, marcos normativos e oportunidades de negócio em seu território.

22.2 Sempre que possível, cada Parte dará publicidade sobre este Acordo a seus agentes financeiros públicos e privados, responsáveis pela avaliação técnica dos riscos e pela aprovação dos empréstimos, créditos, garantias e seguros relacionados com o investimento no território da outra Parte.

Artigo 23 – COOPERAÇÃO ENTRE ORGANISMOS ENCARREGADOS DA PROMOÇÃO DE INVESTIMENTOS

23.1 As Partes promoverão a cooperação entre seus organismos encarregados de promover investimentos, com o fim de facilitar o investimento em seus territórios.

Artigo 24 – CONSULTAS E NEGOCIAÇÕES DIRETAS PARA A PREVENÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

24.1 Antes de iniciar um procedimento de arbitragem nos termos do Artigo 25 (Arbitragem entre as Partes) deste Acordo, as Partes procurarão resolver as controvérsias mediante consultas e negociações diretas entre si, e deverão submetê-las ao exame do Comitê Conjunto, de acordo com o procedimento seguinte.

24.2 Uma Parte poderá recusar que se discuta, no Comitê Conjunto, uma questão relativa a um investimento realizado por um nacional dessa Parte no território dessa Parte.

24.3 Uma Parte poderá submeter ao Comitê Conjunto uma questão específica que afete um investidor, de acordo com as seguintes regras:

(a) para iniciar o procedimento, a Parte interessada deverá apresentar, por escrito, a sua solicitação à outra parte, especificando o nome do investidor afetado e a medida específica em questão, e os fundamentos de fato e de direito que motivaram a solicitação. O Comitê Conjunto deverá se reunir dentro de sessenta (60) dias, a partir da data da solicitação;

(b) com objetivo de alcançar uma solução para o assunto, as Partes trocarão as informações que sejam necessárias;

(c) com objetivo de facilitar a busca de solução entre as Partes, e sempre que possível, poderão participar das reuniões do Comitê Conjunto:

(i) representantes dos investidores afetados; e

(ii) representantes das entidades governamentais e não governamentais relacionadas com a medida;

(d) o Comitê Conjunto deverá, sempre que possível, convocar reuniões extraordinárias para avaliar as questões que lhe tenham sido submetidas.

(e) o Comitê Conjunto terá o prazo de sessenta (60) dias, contados a partir da data de sua primeira reunião, prorrogável por igual período, de comum acordo, mediante justificativa, para avaliar as informações relevantes do caso que tenha sido apresentado e preparar um relatório.

(f) o Comitê Conjunto apresentará seu relatório em reunião que será realizada, no mais tardar, até trinta (30) dias após o transcurso do prazo previsto na alínea (e).

(g) o relatório do Comitê Conjunto deverá incluir:

(i) a identificação da Parte que adotou a medida;

(ii) o investidor afetado, identificado conforme o parágrafo 3 (i);

(iii) a descrição da medida objeto da consulta;

(iv) a relação das gestões realizadas, e

(v) a posição das Partes a respeito da medida.

(h) no caso em que uma das Partes não compareça à reunião do Comitê Conjunto à qual se faz referência na alínea (a) deste Parágrafo, a controvérsia poderá ser submetida a arbitragem pela outra Parte, nos termos do Artigo 25 (Arbitragem entre as Partes); e

(i) o Comitê Conjunto realizará todos os esforços para alcançar uma solução satisfatória para ambas as Partes.

Artigo 25 – ARBITRAGEM ENTRE AS PARTES

25.1 Uma vez terminado o procedimento previsto no Artigo 24 (Consultas e Negociações Diretas para a Prevenção de Controvérsias) sem que a controvérsia tenha sido resolvida, qualquer das Partes poderá solicitar por escrito à outra Parte o estabelecimento de um tribunal arbitral para que decida sobre a mesma matéria objeto das consultas a que se refere o Artigo 24, de acordo com as disposições do Anexo I (Arbitragem entre as Partes).

PARTE IV – AGENDA PARA COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS

Artigo 26 – AGENDA PARA COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS

26.1 O Comitê Conjunto desenvolverá e discutirá uma Agenda para Cooperação e Facilitação de Investimentos em temas relevantes para a promoção dos investimentos bilaterais. Os temas a serem inicialmente tratados inicialmente serão determinados em sua primeira reunião.

26.2 Os resultados que possam surgir de discussões no âmbito da Agenda, poderão constituir protocolos adicionais a este Acordo ou instrumentos jurídicos específicos, conforme seja o caso.

26.3 O Comitê Conjunto estabelecerá cronogramas de atividades para alcançar uma maior cooperação, facilitação de investimentos.

26.4 As Partes deverão apresentar ao Comitê Conjunto os nomes dos órgãos governamentais e os de seus representantes oficiais envolvidos nessas atividades.

26.5 Para maior certeza, o termo “cooperação” entender-se-á em um sentido amplo e não no sentido de cooperação ou assistência técnica ou similar.

PARTE V – DISPOSIÇÕES GERAIS E FINAIS

Artigo 27 – DISPOSIÇÕES FINAIS

27.1 Nem o Comitê Conjunto, nem os Pontos Focais Nacionais substituirão os canais diplomáticos existentes entre as Partes.

27.2 Os anexos deste Acordo formam parte integral do mesmo.

27.3 As Partes não assumiram compromissos em relação aos investidores e seus investimentos em serviços financeiros, entendendo-se por serviços financeiros o definido no parágrafo 5 (a) do Anexo sobre Serviços Financeiros do Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS) da Organização Mundial do Comércio (OMC). Tendo em conta a relevância do investimento mútuo neste setor, as Partes negociarão um Protocolo ou outro instrumento jurídico separado, em matéria de serviços financeiros, com a maior brevidade. A ratificação deste Acordo e do instrumento sobre serviços financeiros será simultânea.

27.4 Sem prejuízo das suas reuniões ordinárias, depois de dez (10) anos da entrada em vigor deste Acordo, ou antes, se considerar necessário, o Comitê Conjunto realizará uma revisão geral de sua aplicação e fará recomendações adicionais que forem necessárias.

27.5 Este Acordo entrará em vigor noventa (90) dias depois da data de recepção da última notificação pela qual uma Parte informa à outra o cumprimento de todos os procedimentos internos necessários para a entrada em vigor deste Acordo.

27.6 A qualquer momento, qualquer das Partes poderá denunciar este Acordo, pela via diplomática. A denúncia surtirá efeito na data que as Partes acordem ou, se as Partes não alcançarem um acordo, um (1) ano após a data de entrega da notificação de denúncia.

FEITO em Santiago, em 23 de novembro do ano de 2015, em dois originais, nos idiomas português e espanhol, sendo ambos os textos igualmente autênticos.

ANEXO I – ARBITRAGEM ENTRE AS PARTES

Artigo 1º – ÂMBITO DE APLICAÇÃO

1.1 As controvérsias que surjam entre as Partes com relação à interpretação ou aplicação das disposições contidas neste Acordo poderão ser submetidas ao procedimento de arbitragem estabelecido neste Anexo.

1.2 Não poderão ser objeto de arbitragem as medidas adotadas em aplicação dos Artigos 14 – (Exceções de Segurança), 16 – (Medidas sobre investimento e luta contra a corrupção e a ilegalidade), 17

– (Investimento e medidas de saúde, meio ambiente, assuntos trabalhistas e outros objetivos regulatórios) e os compromissos estabelecidos no Artigo 15 – (Políticas de Responsabilidade Social).

1.3 Uma Parte poderá denegar a submissão à arbitragem de uma questão relativa a um investimento realizado por um nacional desta Parte no território desta Parte.

1.4 Este Anexo não se aplicará a qualquer ato ou fato que tenha ocorrido ou qualquer situação que tenha cessado de existir, antes da data de entrada em vigor deste Acordo;

1.5 Este Anexo não se aplicará a nenhuma controvérsia se houver transcorrido mais de cinco (5) anos a partir da data na qual a Parte teve conhecimento ou deveria ter tido conhecimento dos fatos que deram causa à controvérsia.

Artigo 2º – ESTABELECIMENTO DOS TRIBUNAIS ARBITRAIS

2.1 Uma vez terminado o procedimento previsto no Artigo 24 (Consultas e Negociações Diretas para a Prevenção de Controvérsias) sem que a controvérsia tenha sido resolvida, qualquer das Partes poderá solicitar por escrito à outra Parte o estabelecimento de um tribunal arbitral *ad hoc* para que decida sobre a mesma matéria objeto das consultas a que se refere o referido Artigo 24. Alternativamente, as Partes poderão optar, de comum acordo, por submeter a controvérsia a uma instituição arbitral permanente para a solução de controvérsias em matéria de investimentos.

2.2 O tribunal arbitral será estabelecido e desempenhará suas funções em conformidade com as disposições deste Anexo. Se as Partes optarem, de comum acordo, por submeter a controvérsia a uma instituição arbitral permanente para a solução de controvérsias em matéria de investimentos, esta instituição será regida pelo estabelecido neste Anexo, salvo que as Partes decidam de maneira diversa.

2.3 A solicitação de estabelecimento de um tribunal arbitral identificará a medida específica em questão e os fundamentos de fato e de direito da reclamação.

2.4 A data de estabelecimento do tribunal arbitral será a data em que seu presidente for designado.

Artigo 3º – TERMOS DE REFERÊNCIA DOS TRIBUNAIS ARBITRAIS

3.1 Ressalvado que as Partes acordem de forma diversa no prazo de vinte (20) dias seguintes à data de solicitação para o estabelecimento do tribunal arbitral, os termos de referência do tribunal arbitral serão:

(a) “Examinar, de maneira objetiva e à luz das disposições pertinentes deste Acordo, o assunto indicado na solicitação para o estabelecimento do tribunal arbitral, e formular conclusões de fato e de direito, determinando de forma fundamentada se a medida em questão está ou não em conformidade com o Acordo.”

Artigo 4º – COMPOSIÇÃO DOS TRIBUNAIS ARBITRAIS E SELEÇÃO DOS ÁRBITROS

4.1 O tribunal arbitral será composto por três árbitros.

4.2 Cada Parte designará, dentro do prazo de sessenta (60) dias seguintes à data de solicitação para o estabelecimento do tribunal arbitral, um árbitro que poderá ser de qualquer nacionalidade.

4.3 Os dois árbitros designados, dentro do prazo de sessenta (60) dias contados a partir da designação do último deles, designarão um nacional de um terceiro Estado, com o qual ambas as Partes mantenham relações diplomáticas, e que não poderá ter sua residência habitual em nenhuma das Partes, nem ser dependente de nenhuma das Partes, nem ter participado de qualquer forma na controvérsia, e que, ao ser aprovado por ambas as Partes, no prazo de trinta (30) dias contados da data da sua nomeação, será designado presidente do tribunal arbitral.

4.4 Se, dentro dos prazos especificados nos parágrafos 2 e 3, não tiverem sido efetuadas as designações necessárias, qualquer das Partes poderá solicitar ao Secretário-Geral da Corte Permanente de Arbitragem da Haia que faça as designações necessárias. Se o Secretário-Geral da Corte Permanente de Arbitragem da Haia for nacional de uma das Partes ou estiver impedido de exercer a referida função, o membro da Corte Permanente de Arbitragem da Haia de maior antiguidade, e que não seja nacional de qualquer das Partes, será convidado a efetuar as designações necessárias.

4.5 Todos os Árbitros deverão:

(a) ter experiência ou especialidade em Direito Internacional Público, regras internacionais sobre investimento, ou em solução de controvérsias que surjam em relação a Acordos Internacionais de Investimentos;

(b) ser eleitos estritamente em função de sua objetividade, credibilidade e reputação;

(c) ser independentes e não estar vinculados a qualquer das Partes ou aos outros árbitros ou a potenciais testemunhas, direta ou indiretamente, nem receber instruções das Partes; e

(d) cumprir as “Normas de Conduta para a aplicação do entendimento relativo às normas e procedimentos que regem a resolução de controvérsias” da Organização Mundial do Comércio (OMC/DSB/

RC/1, de 11 de dezembro de 1996), no que seja aplicável à controvérsia, ou qualquer outra norma de conduta estabelecida pelo Comitê Conjunto.

4.6 Em caso de renúncia, incapacidade ou falecimento de algum dos árbitros designados em conformidade com este Artigo, um sucessor será designado no prazo de quinze (15) dias de acordo com o estabelecido nos parágrafos 2, 3, 4 e 5, que serão aplicados respectivamente no que for cabível. O sucessor terá toda a autoridade e as mesmas obrigações que o árbitro original. O procedimento do tribunal arbitral será suspenso a partir da data em que o árbitro original renuncie, seja incapacitado ou faleça e terá continuidade na data em que seu sucessor for designado.

Artigo 5º – PROCEDIMENTOS DOS TRIBUNAIS ARBITRAIS

5.1 Um tribunal arbitral, estabelecido em conformidade com este Anexo, seguirá as Regras de Procedimento que as Partes estabelecerão, ressalvado que as mesmas acordem de forma diversa. O tribunal arbitral poderá estabelecer, em consulta com as Partes, regras de procedimento suplementares que não entrem em conflito com as disposições deste Artigo e com as Regras de Procedimento.

5.2 As Regras de Procedimento deverão assegurar que:

(a) as Partes tenham a oportunidade de oferecer ao menos uma exposição por escrito e presenciar qualquer exposição, declaração ou réplica durante o procedimento. Toda informação ou exposição escrita apresentada por uma Parte ao tribunal arbitral e as respostas aos questionamentos do tribunal arbitral serão colocadas à disposição da outra Parte;

(b) o tribunal arbitral fará consultas às Partes quando necessário e oferecerá as oportunidades adequadas para alcançar uma solução mutuamente satisfatória;

(c) mediante notificação prévia às Partes e sujeito aos termos e condições que as Partes possam acordar nos dez (10) dias seguintes, o tribunal arbitral poderá buscar informações de qualquer fonte pertinente e consultar especialistas para obter opinião ou assessoria sobre alguns aspectos da matéria. O tribunal arbitral deverá oferecer às Partes uma cópia de cada opinião ou assessoria obtida, dando a oportunidade de formular comentários;

(d) as deliberações do tribunal arbitral e os documentos entregues serão sigilosos, sempre que a Parte que os tenha fornecido assim os qualificar;

(e) sem prejuízo do estabelecido no subparágrafo (d), qualquer das Partes poderá fazer declarações públicas sobre seus pontos de vista em relação à controvérsia, porém deverá tratar como sigilosa toda

informação e exposições escritas entregues pela outra Parte ao tribunal arbitral qualificadas como sigilosas; e

(f) cada Parte assumirá os custos dos árbitros por ela designados, assim como seus gastos. Os custos do presidente do tribunal arbitral e outros gastos associados ao procedimento serão assumidos pelas partes em proporções iguais.

Artigo 6º – SUSPENSÃO OU ENCERRAMENTO DO PROCEDIMENTO

6.1 As Partes poderão acordar a suspensão do procedimento arbitral a qualquer tempo, por um período que não exceda doze (12) meses contados da data da comunicação conjunta ao presidente do tribunal arbitral, interrompendo-se o cômputo dos prazos pelo tempo que durar a suspensão. Se o procedimento arbitral for suspenso por período superior a doze (12) meses, será considerado encerrado o procedimento iniciado, ressalvado acordo em contrário.

6.2 As Partes poderão acordar o encerramento do procedimento arbitral por notificação conjunta ao presidente do tribunal arbitral a qualquer tempo antes da notificação do laudo às Partes.

Artigo 7º – LAUDO

7.1 O tribunal arbitral emitirá seu laudo por escrito no prazo de seis (6) meses contados do seu estabelecimento, prorrogável pelo máximo de trinta (30) dias, mediante notificação prévia às Partes.

7.2 O laudo será adotado por maioria, fundamentado e subscrito pelos membros do tribunal arbitral.

Sem prejuízo de outros elementos que o tribunal arbitral entender pertinentes, o laudo deverá conter necessariamente um sumário das exposições e argumentos das Partes; e as conclusões de fato e de direito, determinando de forma fundamentada se a medida em questão está ou não em conformidade com o Acordo.

7.3 O laudo será definitivo, inapelável e obrigatório para as Partes, que deverão cumpri-los sem demora.

7.4 O laudo será disponibilizado ao público no prazo de quinze (15) dias após a data da sua emissão, sujeito ao requisito de proteção de informação de grau sigiloso.

Artigo 8º – ESCLARECIMENTO E INTERPRETAÇÃO DO LAUDO

8.1 Sem prejuízo do estabelecido no Artigo 7º (Laudo), qualquer das Partes poderá solicitar ao tribunal arbitral, no prazo de quinze (15) dias contados da notificação do laudo, um esclarecimento ou interpretação do mesmo.

8.2 O tribunal arbitral se pronunciará no prazo de quinze (15) dias a contar da solicitação.

8.3 Se o tribunal arbitral considerar que as circunstâncias assim o exigem, poderá suspender o cumprimento do laudo até que se decida sobre a solicitação apresentada.

Artigo 9º – CUMPRIMENTO DO LAUDO

9.1 Salvo que as Partes decidam de maneira diversa, a Parte reclamada cumprirá o laudo imediatamente, ou se assim não for possível, dentro de um prazo razoável determinado de comum acordo entre as Partes. Quando as Partes não puderem alcançar um acordo a respeito do prazo razoável no prazo de noventa (90) dias seguintes à data de emissão do laudo, o tribunal arbitral determinará tal prazo razoável.

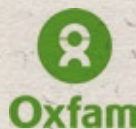
ISBN 978-85-60794-19-5



Realização:



Apoio:



FORD
FOUNDATION



FUNDAÇÃO
HEINRICH
BÖLL