

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Uma proposta de reflexão sobre os ACFIs: Até que ponto o tratamento de nação mais favorecida pode minar a estratégia política que os embasa?

A proposal for reflection on ACFIs: To what extent the most favored nation treatment can undermine the political strategy on which ACFIs are based on?

Michelle Ratton Sanchez Badin

Daniel Tavela Luis

Mario Alfredo de Oliveira

Sumário

I. CRÔNICAS DO DIREITO INTERNACIONAL	1
<i>CRÔNICAS DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO</i>	3
A RESOLUÇÃO 2272 (2016) DO CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS – O POSICIONAMENTO DA ONU FACE ÀS ALEGAÇÕES DE ABUSO E EXPLORAÇÃO SEXUAL POR SUAS TROPAS DE PAZ	3
Sarah Dayanna Lacerda Martins Lima	
<i>CRÔNICAS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO.....</i>	9
Nadia de Araujo, Marcelo De Nardi, Gustavo Ribeiro, Fabrício Polido e Inez Lopes	
I. ATOS E FATOS INTERNACIONAIS.....	9
CRÔNICA 1. NOVIDADES DE 2017 SOBRE CIRCULAÇÃO FACILITADA DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS	9
CRÔNICA 2: O DIREITO TRANSNACIONAL E OS EPISÓDIOS DAS CARNES.....	16
II. DECISÕES	20
CRÔNICA 3: A IRRESISTÍVEL FORÇA DA ORDEM PÚBLICA E A HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS PELO STJ	20
III. LEGISLAÇÃO DOMÉSTICA OU COMPARADA	26
CRÔNICA 4 - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E MUDANÇA DE PARADIGMA DA LEI DE MIGRAÇÃO NO BRASIL.....	26
II. DOSSIÊ ESPECIAL: DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS	35
NON-ADJUDICATORY STATE-STATE MECHANISMS IN INVESTMENT DISPUTE PREVENTION AND DISPUTE SETTLEMENT: JOINT INTERPRETATIONS, FILTERS AND FOCAL POINTS	37
Catharine Titi	

MAPPING THE DUTIES OF PRIVATE COMPANIES IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW	50
Nitish Monebhurrn	
LA LÉGITIMITÉ DE L'INVESTISSEMENT DEVANT L'ARBITRE INTERNATIONAL: À LA RECHERCHE D'UN POINT D'ÉQUILIBRE	73
Hervé Ascensio	
HOST STATES AND STATE-STATE INVESTMENT ARBITRATION: STRATEGIES AND CHALLENGES.....	81
Murilo Otávio Lubamdo de Melo	
RIGHT TO REGULATE, MARGIN OF APPRECIATION AND PROPORTIONALITY: CURRENT STATUS IN INVESTMENT ARBITRATION IN LIGHT OF <i>PHILIP MORRIS V. URUGUAY</i>.....	95
Giovanni Zarra	
INVESTMENTS ON DISPUTED TERRITORY: INDISPENSABLE PARTIES AND INDISPENSABLE ISSUES....	122
Peter Tzeng	
THE INFLUENCE OF GENERAL EXCEPTIONS ON THE INTERPRETATION OF NATIONAL TREATMENT IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW	140
Louis-Marie Chauvel	
UMA PROPOSTA DE REFLEXÃO SOBRE OS ACFIS: ATÉ QUE PONTO O TRATAMENTO DE NAÇÃO MAIS FAVORECIDA PODE MINAR A ESTRATÉGIA POLÍTICA QUE OS EMBASA?	160
Michelle Ratton Sanchez Badin, Daniel Tavela Luis e Mario Alfredo de Oliveira	
ECUADOR'S 2017 TERMINATION OF TREATIES: HOW NOT TO EXIT THE INTERNATIONAL INVESTMENT REGIME.....	179
Jose Gustavo Prieto Muñoz	
ONE BELT, ONE ROAD: NOVAS INTERFACES ENTRE O COMÉRCIO E OS INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS	193
Flávio Marcelo Rodrigues Bruno e Marilda Rosado de Sá Ribeiro	
III. ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS.....	214
TOLERÂNCIA E REFUGIO: UM ENSAIO A PARTIR DO ACORDO EU-TURQUIA	216
Flávia Cristina Piovesan e Ana Carolina Lopes Olsen	

O TRATAMENTO DO APÁTRIDA NA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO: ENTRE AVANÇOS E RETROCESSOS...	237
Jahyr-Philippe Bichara	
O CARÁTER HUMANISTA DA LEI DE MIGRAÇÕES: AVANÇOS DA LEI N. 13.445/2017 E OS DESAFIOS DA REGULAMENTAÇÃO	254
Marcelo Dias Varella, Clarice G. Oliveira, Mariana S.C. Oliveira e Adriana P. Ligiero	
REFORM OF THE UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL: THE EMPEROR HAS NO CLOTHES.	268
Ljubo Runjic	
A IDEIA DE QUE OS LATINO-AMERICANOS PREFEREM O AUTORITARISMO À DEMOCRACIA À LUZ DA REINTERPRETAÇÃO DOS CRITÉRIOS DO PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO	286
Gina Marcilio Pompeu e Ana Araújo Ximenes Teixeira	
A PROTEÇÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO DIVERSAS NA CORTE PENAL INTERNACIONAL: ENTRE REALPOLITIKS E OS DIREITOS HUMANOS	313
Gustavo Bussmann Ferreira	
A DESNACIONALIZAÇÃO E AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS NA REPÚBLICA DOMINICANA.	331
Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro e Rodrigo Ichikawa Claro Silva	
COMPETÊNCIA DO TPI NO CASO DO ATAQUE AO HOSPITAL DE KUNDUZ: UMA ANÁLISE ENVOLVENDO A JURISDIÇÃO DO TPI EM RELAÇÃO A NACIONAIS DE ESTADOS NÃO-PARTE DO ESTATUTO DE ROMA	349
Filipe Augusto Silva e Renata Mantovani de Lima	
A CRIMINALIZAÇÃO DOS IMIGRANTES EM SITUAÇÃO IRREGULAR NA ITÁLIA: BIOPOLÍTICA E DIREITO PENAL DO AUTOR.....	369
Maiquel Angelo Dezordi Wermuth e Jeannine Tonetto de Aguiar	
THE NEW RULES ON TRADE AND ENVIRONMENT LINKAGE IN PREFERENTIAL TRADE AGREEMENTS	389
Alberto do Amaral Júnior e Alebe Linhares Mesquita	
BEYOND THE BORDER BETWEEN THE NORTH AND THE SOUTH: TOWARDS A DECOLONIZATION OF EPISTEMOLOGIES AND FIELDS OF RESEARCH ON MERCOSUR.....	413
Karine de Souza Silva	

A APLICABILIDADE DA CONVENÇÃO DE MONTREAL NO DIREITO BRASILEIRO.....	430
Aziz Tuffi Saliba e Alexandre Rodrigues de Souza	
REGIME DE TRANSPARÊNCIA FISCAL NA TRIBUTAÇÃO DOS LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR (CFC RULES): LACUNAS E CONFLITOS NO DIREITO BRASILEIRO	450
Paulo Rosenblatt e Rodrigo Torres Pimenta Cabral	
AS REGRAS BRASILEIRAS DE TRIBUTAÇÃO DE CONTROLADAS E COLIGADAS NO EXTERIOR: VERDADEIRAS CONTROLLED FOREIGN COMPANY (CFC) RULES?	465
Melina de Souza Rocha Lukic e Amanda Almeida Muniz	
O RETORNO DE BENS CULTURAIS.....	490
Aziz Saliba e Alice Lopes Fabris	
DIREITOS CULTURAIS E NAÇÕES UNIDAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DECLARAÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE INTOLERÂNCIA E DISCRIMINAÇÃO BASEADAS NA RELIGIÃO OU NA CRENÇA	511
Leilane Serratine Grubba e Márcio Ricardo Staffen	
OS REFLEXOS DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL PARA O DESENVOLVIMENTO INTERNO: UMA ANÁLISE SOBRE O SISTEMA PATENTÁRIO BRASILEIRO E A TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA.....	525
Michele M. Segala e Isabel Christine S. De Gregori	
O CASO HIPOTÉTICO DA MORTE DO EMBAIXADOR FRANCÊS NA ESPANHA: DUAS ESPÉCIES DE IUS GENTIUM EM FRANCISCO DE VITORIA	537
Rafael Zelesco Barretto	
DE VOLTA À BEVILAQUA: ANÁLISE ECONÔMICA DA APLICAÇÃO DO ART. 9º DA LINDB ÀS OBRIGAÇÕES CIVIS CONTRATUAIS	566
Danielle Cristina Lanius e Ivo Teixeira Gico Jr	

Uma proposta de reflexão sobre os ACFIs: Até que ponto o tratamento de nação mais favorecida pode minar a estratégia política que os embasa?*

A proposal for reflection on ACFIs: To what extent the most favored nation treatment can undermine the political strategy on which ACFIs are based on?

* Recebido em 01/06/2017
Aprovado em 02/09/2017

** Michelle Ratton Sanchez Badin é professora associada, em tempo integral, na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP). É doutora (2004) e bacharel (1998) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Foi pesquisadora visitante no Graduate Institute of International Studies (GIIIS), em Genebra, Suíça (2001), Global Crystal Eastman Research Fellow no Hauser Global Law School Program da New York University (2007), pesquisadora e colaboradora no Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP) e professora visitante na University of California, Irvine (2015). Foi uma das fundadoras da Society of International Economic Law (SIEL) e, atualmente, é diretora da RED-DEI (América Latina). Beneficiária de Auxílio Regular à Pesquisa da FAPESP 2014/25776-4. E-mail: Michelle.Sanchez@fgv.br

*** Doutor e mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito de São Paulo da Universidade de São Paulo, bacharel pela FGV Direito SP e coach da equipe para o Willem C. Vis International Arbitration Moot e FDI Moot Court na mesma instituição. Especialista em arbitragem internacional pela Academia Internacional de Arbitragem (Arbitration Academy, Paris). Também é Advogado, sócio de Manuel Luís Advogados Associados, com experiência nas áreas de direito empresarial, imobiliário, comércio internacional e resolução de conflitos. E-mail: danielavela@gmail.com

**** Mario Alfredo de Oliveira é graduando do curso de Direito da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP). Realizou Projeto de Iniciação Científica (2015/2016), como bolsista junto à FGV Direito SP, orientado pela Prof. Michelle Ratton na Área de Direito Internacional sob o título de “Linguagem legal e sua influência na articulação comercial internacional do Brasil”. Possui formação complementar na Université Paris-Sorbonne (Paris IV) e na Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). E-mail: mario.oliveira2014@gv-mail.br

Michelle Ratton Sanchez Badin**

Daniel Tavela Luis***

Mario Alfredo de Oliveira****

RESUMO

O presente artigo se propõe a fazer uma breve análise das possíveis consequências da inserção da cláusula de tratamento de nação mais favorecida (NMF) nos Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFIs), considerando tanto o escopo de aplicação dos acordos, como as disposições de tratamento específico do investimento. Para tanto, o artigo terá como amostra os ACFIs assinados pelo Brasil, entre março de 2015 e abril de 2017, o que resulta em um total de oito ACFIs. Em suma, o artigo se propõe a compreender o papel da cláusula de nação mais favorecida nos ACFIs e na sua relação, em especial, com outros acordos internacionais de investimento. O artigo busca realizar alguns apontamentos sobre as características e riscos que a inserção das cláusulas da nação mais favorecida nos ACFIs pode trazer para o modelo brasileiro de ACFI, considerando sua gênese de contestação do tradicional sistema de proteção internacional do investimento estrangeiro. As provocações levantadas no fim do texto procuram favorecer melhores negociações e desenhos de cláusulas NFM nos ACFIs, por parte do Poder Executivo quando da negociação de novos acordos, bem como que sirvam de subsídio ao Poder Legislativo, quando do processo de ratificação dos ACFIs já assinados.

Palavras-chave: International Investment Law – ACFI – MFN – Cláusula de nação mais favorecida – Direito Internacional Econômico – Acordos internacionais de investimento.

1 Os acordos assinados pelo Brasil com Peru e Mercosul não receberam a denominação de ACFIs, mas incorporaram as principais características desse modelo de acordo. O acordo assinado com o Peru, em abril de 2016, é um Acordo de Ampliação Econômico-Comercial, com um capítulo de investimentos, além de capítulos sobre o comércio de serviços e sobre contratação pública. No caso do Mercosul, o acordo tem o formato de Protocolo — Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos Intra-Mercosul — e está associado ao Tratado de Assunção de 1991. Além disso, ambos os acordos estão integrados ao guarda-chuva regional do Tratado de Montevidéu de 1980, que constitui a Associação Latinoamericana de Integração (ALADI). Dado que as estruturas na regulação sobre investimentos entre suas Partes seguem, basicamente, a linguagem e o conteúdo essencial do modelo ACFI, neste artigo serão incluídos na referência genérica de ACFI e, pontualmente, para o caso do Protocolo do Mercosul como PCFI.

ABSTRACT

This article proposes a brief analysis of the possible consequences of the insertion of the most favored nation treatment clause (MFN) into the Investment Cooperation and Facilitation Agreements (ACFIs), considering both the scope of application of the agreements and the provisions specific of treatment of investment. To do so, the article will have as a sample of analysis the ACFIs signed by Brazil between March 2015 and April 2017, resulting in a total of eight ACFIs. In short, the article aims to understand the role of the most favored nation clause in ACFIs and their relationship, in particular, with other international investment agreements. The article seeks to make some commentaries about the characteristics, and risks, that the insertion of most favored nation clauses in ACFIs can bring to the Brazilian model of ACFI, considering its origin as a contestation of the traditional system of international protection of foreign investment. The provocations raised at the end of the text seek to favor better negotiations and drafts of MFN clauses in ACFIs by the Executive Branch when negotiating new agreements, as well as to serve as a subsidy to the Legislative Branch, when ratifying the already signed ACFIs.

Keywords: International Investment Law – ACFI – MFN – Most Favored Nation Clause – International Economic law – International investment agreements.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo introduzir uma reflexão sobre as possíveis consequências da inserção da cláusula de tratamento de nação mais favorecida nos Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFIs)² considerando tanto o escopo de aplicação dos

2 Os acordos assinados pelo Brasil com Peru e Mercosul não receberam a denominação de ACFIs, mas incorporaram as principais características desse modelo de acordo. O acordo assinado com o Peru, em abril de 2016, é um Acordo de Ampliação Econômico-Comercial, com um capítulo de investimentos, além de capítulos sobre o comércio de serviços e sobre contratação pública. No caso do Mercosul, o acordo tem o formato de Protocolo — Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos Intra-Mercosul — e está associado ao Tratado de Assunção de 1991. Além disso, ambos os acordos estão integrados ao guarda-chuva regional do Tratado de Montevidéu de 1980, que constitui a Associação Latinoamericana de Integração (ALADI). Dado que as estruturas na regulação sobre

acordos como as disposições de tratamento específico do investimento. Para tanto, o artigo terá como amostra os ACFIs assinados pelo Brasil, entre março de 2015 e abril de 2017, o que resulta em um total de oito ACFIs, detalhados abaixo.

Considerando que o tratamento de nação mais favorecida pode ser entendido como um mecanismo de comunicabilidade entre dispositivos de diferentes acordos internacionais, permitindo a aplicação de definições, formas de tratamento e mecanismos institucionais para relações além das partes de um acordo, o artigo se propõe a compreender o papel dessa cláusula nos ACFIs e na sua relação entre si e, em especial, com outros acordos internacionais de investimento.

Para apresentar essa análise, realizar-se-á uma breve apresentação do histórico dos ACFIs como um movimento de contestação do Brasil aos padrões estabelecidos pelos acordos internacionais de investimento (2); posteriormente, será traçado um breve histórico da cláusula da nação mais favorecida e seu papel nos acordos internacionais de investimento (3); em seguida, será apresentado como a cláusula de nação mais favorecida foi integrada nos ACFIs assinados pelo Brasil (4). Por fim, serão feitos alguns apontamentos sobre as características e riscos que a inserção das cláusulas da nação mais favorecida nos ACFIs pode trazer para o modelo brasileiro, considerando sua gênese de contestação do tradicional sistema de proteção internacional do investimento estrangeiro (5).

2. ACFI: NOVO CONTEÚDO PARA VELHAS ESTRUTURAS DE ACORDOS DE INVESTIMENTO

O Brasil publicou, pela primeira vez, o modelo ACFI em março de 2015. Esse modelo de acordo de investimento pode ser considerado uma resposta a não ratificação dos 14 Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos (APPIs) assinados pelo Brasil, durante os anos 1990. Fortes oposições políticas no Congresso e no Judiciário, combinadas a um Executivo indeciso, impediram o país de ratificar tais acordos à época.³ Os

investimentos entre suas Partes seguem, basicamente, a linguagem e o conteúdo essencial do modelo ACFI, neste artigo serão incluídos na referência genérica de ACFI e, pontualmente, para o caso do Protocolo do Mercosul como PCFI.

3 Sobre o histórico de não ratificação dos APPIs dos anos 1990

principais pontos de rejeição aos APPIs eram: (i) previsões de expropriação indireta e suas formas de indenização; (ii) a cláusula de tratamento justo e equitativo e (iii) o mecanismo de solução de controvérsias investidor-Estado⁴.

Com vistas a repensar a estratégia de regulação dos investimentos, em 2003, foi criado um grupo de trabalho interministerial juntamente à Câmara de Comércio Exterior (CAMEX). Em 2007, o Conselho de Ministros da CAMEX aprovou as diretrizes gerais do grupo de trabalho, que sugeriram a renegociação dos acordos de investimento dentro do Mercosul e a negociação de novos acordos com países da América do Sul e com países extra-regionais. Contudo, apenas em 2012 a CAMEX concedeu mandato formal a um Grupo Técnico de Estudos Estratégicos de Comércio Exterior (GTEX) para trabalhar no rascunho de um novo acordo de investimento que fosse sensível às necessidades e às preocupações brasileiras, o que resultou no modelo lançado em 2015⁵.

O discurso oficial de lançamento do modelo do ACFI ressaltou três pilares desse novo acordo: (i) cooperação e facilitação de investimento, incluindo agendas temáticas; (ii) governança institucional; e (iii) mitigação de risco e prevenção de disputas⁶. Embora essa estrutu-

ra não seja original frente aos acordos internacionais de investimento, a proposta do ACFI procura trazer novos elementos para o seu conteúdo.

Nesses dois anos, o Brasil assinou ACFIs com Moçambique, Angola, México, Malawi, Colômbia, Chile, Peru e um Protocolo com os Estados Partes do Mercosul⁷. Esses oito ACFIs mantêm a estrutura geral anunciada, mas novas cláusulas e tópicos têm sido adicionados ao modelo de acordo, conforme o parceiro econômico do Brasil. Existe uma diferença mais acentuada entre alguns perfis de regras e seu grau de precisão e quanto ao grau de flexibilidade para restrições ao investimento ou quanto à prerrogativa das políticas públicas nacionais. Isso marca dois perfis de ACFIs assinados até o momento: (i) os acordos com países africanos de menor desenvolvimento relativo⁸ — que serão, neste artigo, denominados de ACFIs de 1ª geração; e (ii) os acordos com os países latinoamericanos da Aliança do Pacífico e do próprio Mercosul, denominados de ACFIs de 2ª geração⁹.

ver Campello, D.; Lemos, L. *The non-ratification of bilateral investment treaties in Brazil: a stooty of conflict in a land of cooperation*. In: Review of International Political Economy, pp. 1-32, 2015.

4 Uma opinião determinante no âmbito do Congresso está expressa na Opinião da Consultoria Legislativa Déborah Bithiah de Azevedo, *Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil*. Consultora Legislativa da Área XVIII, Direito Internacional Público, Relações Internacionais, Brasília, maio de 2001. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/arquivos-pdf/pdf/102080.pdf>>. Acesso em: 30/05/2017.

5 Uma breve apresentação do histórico de elaboração do modelo do ACFI é expressa em MOROSINI, F. C.; BADIN, M. R. S. *ACFI: o que está por trás desta inovação regulatória?* PONTES: Informações e análises sobre comércio e desenvolvimento sustentável, v. 12, pp. 9-12, 2016. Disponível em: <http://www.ictsd.org/sites/default/files/review/Pontes_12-1.pdf>. Acesso em: 30/05/2017. Uma análise mais completa é apresentada em MOROSINI, F.; BADIN, M. R. S. *Navigating between resistance and conformity with the international investment regime: The Brazilian Agreements on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFIs)*, In: MOROSINI, F.; BADIN, M. R. S. *Reconceptualizing International Investment Law from the Global South*. Cambridge: CUP. No prelo.

6 Ver GODINHO, D.; COZENDEY, C. *Novos acordos de investimentos no menu*. Valor Econômico, São Paulo, 24 de julho de 2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/opiniao/4148030/novos-acordos-de-investimentos-no-menu/>>. Acesso em: 30/05/2017. SOUZA, R. R. C. *Acordos de cooperação e facilitação de investimentos*. AM-

CHAM's Conference Brasil e os Acordos bilaterais de promoção de investimentos, São Paulo, 30 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/component/tags/tag/644-acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos>>. Acesso em: 30/05/2017. No mesmo sentido, UNCTAD, *World Investment Report 2016*. Investor Nationality: Policy Challenges, 22 Jun 2016, p. 108. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf>. Acesso em: 31/05/2017.

7 O texto completo dos acordos está disponível na base de dados do Ministério de Relações Exteriores do Brasil. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/>>. Acesso em: 30/05/2017. Vale explicitar que o Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos Intra-Mercosul (Mercosul/CIII GMC/P/DEC. N° 01/17) revoga o Protocolo de Colônia para a Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos no Mercosul (intrazona) (Mercosul/CMC/DEC. N° 11/93), o qual não havia sido ratificado apenas pelo Brasil. Isso porque o Protocolo de Colônia seguia a estrutura básica de um APPI, contendo as cláusulas questionadas pelo Brasil no processo de internalização dos APPIs da década de 1990, início dos anos 2000s.

8 O grupo dos países qualificados como de menor desenvolvimento relativo é oficialmente reconhecido pela Organização das Nações Unidas, para fins de benefícios de políticas internacionais específicas. A atualização mais recente ocorreu em maio de 2016 e incluiu Angola, Malawi e Moçambique. Ver UNITED NATIONS. *List of Least Developed Countries*. (as of May 2016). Disponível em: <http://www.un.org/en/development/desa/policy/cdp/ldc/ldc_list.pdf>. Acesso em: 30/05/2017.

9 O governo brasileiro, também, anunciou que estão em fase final de negociação acordos similares com Argélia, Índia, Jordânia, Marrocos e Etiópia, cf. COZENDEY, C.; NETO, A. A. *Um balanço até aqui dos acordos de investimentos*. Valor Econômico, São Paulo, 29 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www1.valor.com.br/opiniao/4984022/um-balanco-ate-aqui-dos-acordos-de-investimentos>>. Acesso em: 29/05/2017. Será interessante observar o padrão regulatório que esses novos ACFIs assinados apresentarão, como forma

Como parte da sua estrutura básica, o ACFI declara como seu principal propósito a facilitação de investimento¹⁰ — e, nesse sentido, o governo brasileiro se apresenta inovador na percepção sobre o principal papel dos acordos internacionais de investimento¹¹. O modelo para os ACFIs se propõe, dessa maneira, a retirar a noção de proteção do investimento e do investidor do eixo central e articulador dos acordos internacionais de investimento, deslocando esse eixo para os esforços contínuos dos Estados signatários para implementar suas obrigações de facilitação e cooperação no desenvolvimento e manutenção de investimentos. Para tanto, três tipos de compromissos foram introduzidos pelos ACFIs: (i) os que reconhecem a flexibilidade para aplicação de regras domésticas às principais definições e formas de tratamento do investimento estrangeiro¹²; (ii) os que definem uma agenda temática de cooperação entre as partes; e, finalmente, (iii) os canais de cooperação e diálogo entre as partes, seus investidores e outros interessados.

Além desses mecanismos cooperativos, a dimensão de mitigação do risco do ACFI inclui, ao lado de re-

de confirmar ou não esta classificação em gerações.

10 A UNCTAD elegeu a facilitação como um dos itens mais importantes a serem considerados na reforma do sistema de investimento internacional. A organização distingue promoção e facilitação como: “A promoção é sobre o marketing de um local como um destino de investimento e, portanto, é voltada a um país específico e competitivo por natureza. A facilitação consiste em facilitar aos investidores o estabelecimento ou a ampliação de seus investimentos e a condução de seus negócios diários” (tradução livre). Ver original, em inglês, em UNCTAD, *World Investment Report 2016*. Investor Nationality: Policy Challenges, 22 Jun 2016, p. 25. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf>. Acesso em: 31/05/2017.

11 De acordo com Carlos Cozende y e Abrão Árabe Neto, que estão entre os principais articuladores do modelo do ACFI e de suas negociações até o momento: “O pioneirismo do Brasil em incorporar a facilitação de investimentos a seus acordos internacionais tem gerado frutos nos planos plurilateral e multilateral. Impulsionado pela boa aceitação do ACFI, o tema de facilitação de investimentos tem ganhado relevância na OCDE, na Unctad e no G-20. Na OMC, o assunto tem sido discutido com crescente interesse e poderá produzir resultados na Conferência Ministerial (MC11), a ser realizada na Argentina no final de 2017.”, Ver COZENDEY, C.; NETO, A. A. *Um balanço até aqui dos acordos de investimentos*. Valor Econômico, São Paulo, 29 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www1.valor.com.br/opiniao/4984022/um-balanco-ate-aqui-dos-acordos-de-investimentos>>. Acesso em: 29/05/2017.

12 Isto está em sintonia com o relatório da UNCTAD sobre a crescente percepção da legislação nacional como um veículo importante para promover e facilitar o investimento estrangeiro. Ver UNCTAD, *World Investment Report 2016*. Investor Nationality: Policy Challenges, 22 Jun 2016, p. 92. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf>. Acesso em: 31/05/2017.

gras sobre o investimento estrangeiro e sua proteção, regras sobre expropriação e sua compensação, regras sobre transferência, regras sobre a responsabilidade dos investidores e mecanismos de prevenção e de solução de controvérsias. Na regra sobre expropriação, em geral, dá-se particular destaque à expropriação direta¹³ e à forma de compensação, que observe a legislação interna dos Estados signatários. No mesmo sentido, as regras de transferência admitem flexibilidades para casos de restrição no balanço de pagamentos, um ponto central para países com economias menores e mais vulneráveis. Por fim, ao enfatizar a prevenção de disputas, o ACFI apresenta um conjunto inovador de mecanismos institucionais para alcançar esse objetivo na seara dos investimentos.

Beneficiando-se do trabalho de organizações multilaterais, como a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD)¹⁴ e experiências de outros países, o Brasil enfatizou, fortemente, a prevenção de disputas em seu modelo de ACFI. Os papéis dos dois principais mecanismos institucionais de cooperação do ACFI — o Comitê Conjunto e o Ponto Focal — são, em primeiro lugar, promover o intercâmbio regular de informações e evitar litígios e, em caso de litígio, implementar o mecanismo de resolução de litígios baseado em consultas, negociações e mediação. Esse mecanismo visa dissuadir os investidores de desafiar, judicialmente, as medidas do governo anfitrião. A arbitragem Estado-Estado fica, nessa estrutura, como último recurso para a solução de controvérsias reagindo ao formato tradicional de arbitragem investidor-Estado, nos acordos internacionais de investimento¹⁵.

13 Os ACFIs de 1ª geração fazem uma referência expressa à noção de expropriação, sem qualificá-la como direta ou indireta. Já os ACFIs da 2ª geração traçam uma distinção na regulação entre expropriação direta e indireta. Para referência mais aprofundada sobre a distinção ver: LUÍS, D.T. *A Proteção do Investimento Brasileiro no Exterior: uma reflexão a partir do caso africano*. Tese de Doutorado (Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, pp. 137-139.

14 Ver UNCTAD. *Reform of investor-state dispute settlement: In search of a roadmap*. IIA Issues Note No. 2 (Junho 2013), p. 5. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdi-aepcb2013d4_en.pdf>. Acesso em: 30/05/2017. (Afirmando que “os métodos ADR podem ajudar a economizar tempo e dinheiro, encontrar uma solução mutuamente aceitável, evitar a escalada da disputa e preservar uma relação viável entre as partes em disputa” – tradução livre).

15 O novo Protocolo de investimento intraMercosul – PCFI, basicamente, segue o modelo do ACFI, em especial no tocante às cláusulas de definições e de tratamento. A estrutura institucional difere, apenas, no que se refere ao procedimento de solução de controvér-

As disposições do ACFI são, assim, resultantes de um processo técnico e político no âmbito do Estado brasileiro, mas também um produto e um agente da agenda internacional para reformar o regime internacional de investimento. Em síntese, o modelo brasileiro tem procurado responder com novos conteúdos nos acordos a preocupações sobre padrões dos tradicionais acordos internacionais de investimento, em especial os APPIs, quanto à proteção do investimento e suas formas de tratamento assim como quanto a procedimentos de indenização e de solução de controvérsias.

3. BREVE HISTÓRICO DE CLÁUSULAS DE NAÇÃO MAIS FAVORECIDA E SUA INFLUÊNCIA NOS ACORDOS INTERNACIONAIS DE INVESTIMENTO

3.1. Conteúdos da cláusula em diferentes acordos e momentos da história

A cláusula de nação mais favorecida, também conhecida pelo seu acrônimo em inglês MFN (*Most-Favoured-Nation*) ou NMF (nação mais favorecida) em português, está associada a um princípio de não discriminação. A definição mais precisa de seu conteúdo foi apresentada pela Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (CDI), na tentativa de codificação da cláusula da nação mais favorecida (conhecidos por 1978 *Draft Articles*). Conforme art. 5 da proposta:

“O tratamento de nação mais favorecida é o tratamento consensuado pelo Estado garantidor ao Estado beneficiário, ou a pessoas ou a coisas vinculadas a determinada relação com esse Estado, não menos favorável que o tratamento concedido pelo Estado garantidor a um terceiro Estado ou a pessoas ou coisas vinculadas a um mesmo tipo de relação com esse terceiro Estado” (tradução livre, ILC A/33/10).

Os trabalhos conduzidos pela CDI se iniciaram em 1968 e fizeram um resgate histórico do uso da cláusula de nação mais favorecida em acordos internacionais, o qual está sendo atualizado, com a manutenção da te-

sias. Os investimentos intraMercosul estão sujeitos aos mecanismos previstos no Protocolo de Olivos. Mas, nessa estrutura institucional, foi integrado o procedimento de prevenção de controvérsias que também é conduzido por uma Comissão formada por representantes dos Estados Partes (art. 23 do PCFI). Como no modelo do ACFI, a Comissão poderá convidar os representantes do investidor privado para participar de suas reuniões (art. 23.3 do PCFI).

mática na agenda da CDI. Esses trabalhos evidenciam o uso da cláusula NMF, de formas muito diferentes ao longo da história, especialmente quanto ao seu objeto; à forma de concessão de tratamento, desde uma garantia unilateral ao multilateralismo; à extensão, do contratualismo ao principiologismo; ao perfil das partes, da regra geral sob a presunção da igualdade formal às exceções relacionadas à desigualdade econômica¹⁶.

Embora os históricos de cláusulas de tratamento, com base no conceito de nação mais favorecida, tenham sido rastreados desde o século XII, tais cláusulas se tornaram mais conhecidas pela adoção recorrente em acordos de comércio e navegação durante os séculos XVIII e XIX. Nesse período, as cláusulas NMF eram frequentemente condicionais, o que significava que os benefícios concedidos por um Estado dependiam da concessão dos mesmos benefícios pelo outro Estado signatário. A abordagem de caráter incondicional surgiu durante a segunda metade do século XVIII, a partir do ideal de liberalização do comércio internacional, ainda que por meio de acordos bilaterais. O recurso à cláusula NMF, no seu formato incondicional nos acordos bilaterais, proporcionava o que se convencionou chamar de um multilateralismo *de facto* do sistema de comércio¹⁷.

Tal tendência no sistema internacional de comércio foi revertida após a Primeira Guerra Mundial e durante a depressão econômica de 1929, refletindo o forte protecionismo econômico da época. No entanto, após a Segunda Guerra Mundial, impulsionado por novos esforços de tendência multilateralista, a abordagem de caráter incondicional do tratamento de nação mais favorecida foi revitalizada no contexto da Carta de Havana (que foi negociada em 1949, porém nunca entrou em vigor). Foi reproduzida no Acordo Geral de Tarifas e Comércio (acrônimo em inglês, GATT) de 1947, quando a cláusula NMF na qualidade de princípio tornou-se um dos pilares do sistema multilateral de comércio¹⁸. O tratamento de NMF, hoje, nos acordos da Organização Mundial do Comércio (OMC) ultrapassa a sua aplicação

16 Um resumo desses diferentes conteúdos consta do verbete “Cláusula da Nação Mais Favorecida”, por Michelle Rattton Sanchez Badin, para a Enciclopédia Luso-Brasileira de Direito Internacional (no prelo).

17 SCHILL, Stephan W. *The Multilateralization of International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 11-19.

18 UNCTAD. *Most Favored Nation Treatment*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. New York and Geneva, 2010. p. 11.

original ao comércio de bens e foi incorporado às regras sobre o comércio de serviços e sobre os direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio.

Para além do comércio e com um histórico similar, a cláusula NMF passou a ser replicada em acordos bilaterais de investimentos. A sua incorporação a esses acordos não é, contudo, uniforme. Algumas cláusulas NMF em acordos internacionais de investimento têm uma linguagem mais aberta e abrangente, enquanto outras são mais estritas, acompanhadas de definições, critérios e situações para sua aplicação. O contexto dos acordos internacionais de investimento em que as cláusulas estão inseridas é, também, variável, identificando-se, inclusive, diferenças quanto aos propósitos de cada acordo. Apesar da falta de uniformidade em seu tratamento, a presença da cláusula NMF é marcante nos acordos internacionais de investimento: a UNCTAD, em 2010, estimou que a cláusula de nação mais favorecida estaria presente em mais de 80% dos acordos¹⁹. Essa ampla penetração da cláusula NMF nos acordos de investimento favorece o argumento de uma parte da doutrina que defende o efeito multilateralizador da cláusula em acordos internacionais de investimento²⁰; contudo a posição não é pacífica.

3.2. Perfil da cláusula em acordos internacionais de investimento

Como observado, diferentemente do campo do comércio internacional, não se pode observar um único perfil da cláusula NMF nos acordos internacionais de investimento. Isso deriva da própria natureza desses acordos que são, essencialmente, bilaterais. Apesar disso, é possível identificar características usuais nesse tipo de cláusula nos acordos internacionais de investimentos.

Primeiramente, considerando que as cláusulas NMF buscam assegurar aos investimentos cobertos tratamento não menos favorável que o concedido a investimentos de investidores de qualquer outra nacionalidade, a

igualdade de condições de competitividade é, então, fundamental. Existem duas características das cláusulas da nação mais favorecida que são relativamente comuns em acordos modelo de diversos países e que objetivam limitar seu alcance.

A primeira dessas características é a necessidade de se identificar “circunstâncias similares” entre os investidores ou investimentos. A definição de circunstâncias similares deve ser feita tendo em vista os casos concretos. Nesse sentido, em geral, observam-se se os setores econômicos, produtos e serviços são os mesmos, bem como se existe competição entre os investidores ou investimentos que se pretendem comparar.

A segunda é definir limites ao escopo de aplicação da cláusula. Há duas formas de definir esses limites: com base em uma lista de exceções de setores excluídos ou por alguns conceitos previstos no acordo. No primeiro caso, alguns acordos indicam que a cláusula NMF não seria aplicável a setores econômicos específicos²¹. No segundo caso, os limites podem ser dados por diversos conceitos, tais como os de “estabelecimento, aquisição, expansão, gestão, condução, operação e venda dos investimentos”, de tal sorte que o tratamento oferecido pela cláusula NMF estaria limitado a essas matérias²². Em outras palavras, a cláusula NMF pode abarcar tanto condições mais favoráveis anteriores ao estabelecimento do investimento como posteriores ao estabelecimento do investimento.

21 Esta foi a forma de limitar o escopo da cláusula da nação mais favorecida prevista no APPI modelo dos Estados Unidos de 1984. O tratado previa que a cláusula não se aplicaria aos seguintes setores: Transporte aéreo; navegação no oceano e na costa; atividades bancárias; seguro; subsídios do governo; seguros e programas de empréstimo governamentais; produção de luz e energia; agentes de alfândega; posse de bens imóveis; propriedade e operação de redes de transmissão ou as estações de rádio e televisão de operadoras comuns; propriedade de ações na *Communications Satellite Corporation*; a prestação de serviços de transmissão de telefone e telégrafos comuns; a prestação de serviços por cabos submarinos; uso de terras e recursos naturais. Uma comparação do modelo de APPI de 1984 com o de 2004 é apresentada de forma didática em: <http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_066871.pdf>. Acesso em: 30/05/17.

22 Esta foi a forma de limitar o escopo da cláusula NMF prevista no APPI modelo dos Estados Unidos de 2012 (artigo 4). Disponível em: <<https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>>. Acesso em: 30/05/17. Referência essa que passou a ser reproduzida nos acordos bilaterais de comércio e investimento e também no acordo mega-regional *Transpacific Partnership* (TPP) (artigo 9.5). Disponível em: <<https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Investment.pdf>>. Acesso em: 30/05/17.

19 UNCTAD. *Most Favored Nation Treatment*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, New York and Geneva, 2010, p. 12. Na época, a amostra da UNCTAD era de 715 acordos internacionais de investimento. Considere-se que, atualmente, exista mais de 3.330 acordos internacionais, cf. UNCTAD, *Investment Policy Monitor* No. 17, 16 de março de 2017. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2017d1_en.pdf> Acesso em: 30/05/17.

20 SCHILL, S. W. *The Multilateralization of International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 19-22.

Muito embora a cláusula NMF seja cada vez mais frequente no âmbito de acordos internacionais de investimento, sendo considerada como uma cláusula-padrão, ela, ainda, não chega a ser considerada representativa do direito internacional costumeiro ou mesmo um princípio do direito internacional dos investimentos²³. Ao contrário, é posição relativamente consensual que os efeitos do tratamento da nação mais favorecida apenas podem ser conferidos àqueles investidores ou investimentos que estejam dentro do escopo de um determinado acordo internacional. Isto é, a base legal para o benefício da NMF em acordos internacionais de investimento é, sempre, um determinado acordo que contenha essa cláusula, razão pela qual a leitura da cláusula é feita de forma restritiva, em uma abordagem contratualista e não principiológica²⁴.

Por esse motivo, se costuma dizer que o tratamento gerado pela cláusula é relativo, pois, diferentemente de parâmetros absolutos de tratamento (tais como tratamento justo e equitativo, proteção geral e segurança, parâmetro mínimo internacional, entre outros), que são aplicáveis aos investidores e investimentos independentemente do tratamento conferido a outros investidores e investimentos, o tratamento da cláusula NMF exige a comparação entre o tratamento conferido a investidores ou investimentos de diferentes nacionalidades.

Dessa característica de relatividade da cláusula deriva o princípio *ejusdem generis*. Assim, a operabilidade da cláusula NMF depende da identificação de assuntos relacionados à mesma matéria ou conjunto de matérias²⁵. Esse princípio limita a extensão do benefício da nação mais favorecida a acordos que tenham a mesma natureza. Assim, o princípio garante que os benefícios de um acordo eminentemente tributário (para evitar bitributação, por exemplo) não sejam extensíveis a acordos relacionados à imunidade diplomática, comerciais ou de investimentos. A compreensão dos limites impostos por esse princípio é relevante quando da comparação entre diferentes tipos de acordos internacionais de investimento, que podem ter escopo protetivo, liberalizante, promocionais ou uma combinação destas características.

Além disso, a proteção conferida pela previsão da

NMF apenas é conferida para remediar situações em que a discriminação do investidor ou do investimento se deu por conta da nacionalidade do investidor. Isto é, o tratamento NMF não impediria discriminações entre investidores e investimentos distintos que fossem razoáveis e proporcionais, considerando uma análise objetiva que justifique o tratamento diferenciado²⁶.

3.3. A cláusula interpretada pelos tribunais arbitrais de investimento

O contencioso internacional dos acordos internacionais de investimentos, em especial com base no procedimento arbitral investidor-estado, tem sido muito intenso desde a década de 1990²⁷. Apesar de violações do tratamento previsto pela cláusula NMF não terem sido fatores de muita controvérsia, a aplicação da previsão da cláusula por tribunais arbitrais de investimento gerou amplo debate, ainda não sedimentado.

Quanto à aplicação da cláusula NMF para direitos materiais previstos nos acordos, apesar de haver relativo consenso no sentido de permitir os benefícios da NMF para formas de tratamento, os tribunais arbitrais têm apresentado interpretação restritiva da cláusula. Por exemplo, no caso “ADF *vs.* Estados Unidos”, no âmbito do NAFTA, o requerente buscava se beneficiar da redação mais abrangente da cláusula do tratamento justo e equitativo de acordos celebrados pelos Estados Unidos com Albânia e Estônia. Nesse caso, o tribunal arbitral decidiu que não havia indicação clara de violação do parâmetro e, assim, não estendeu os benefícios da NMF²⁸.

Por outro lado, no caso “CME *vs.* Republica Tcheca”, o tribunal arbitral constituído sob o acordo entre Republica Tcheca e Países Baixos se utilizou do APPI

23 DOLZER, R.; SCHREUER, C. *Principles of international investment law*. Second ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p.206.

24 DOLZER, R.; SCHREUER, C. *Principles of international investment law*. Second ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p.207.

25 Cf. CDI 1978 *Draft Articles*, Art. 9.

26 Este foi o fundamento para a decisão no caso *Parkerings v. Lituânia*. *Parkerings-Compagniet AS v. República da Lituânia*, IC-SID Caso N. ARB/05/8, Sentença de 11 de Setembro de 2007.

27 O número de procedimentos do tipo investidor-Estado cresceu consideravelmente desde a década de 1990 até os dias de hoje. Os dados da UNCTAD indicam que, em 2016, eram conhecidos 696 procedimentos arbitrais do tipo investidor-Estado, dos quais 70 foram iniciados em 2015 (o recorde da série histórica iniciada em 1987). Para maiores informações sobre os dados quantitativos de disputas do tipo investidor-Estado, ver UNCTAD, *World Investment Report 2016*. Investor Nationality: Policy Challenges, 22 Jun 2016, 232 p. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf>. Acesso em: 31/05/2017.

28 *ADF Group Inc. v. Estados Unidos da América*, IC-SID Caso No. ARB (AF)/00/1, Sentença de 09 de janeiro de 2003. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/43>>. Acesso em: 31/05/2017.

da República Tcheca com os Estados Unidos para definir o conceito de “compensação justa” como sendo o mesmo de “valor justo de mercado”²⁹. Nessa decisão, portanto, a cláusula da NMF foi utilizada como forma de importar de outro APPI uma interpretação mais favorável ao investidor.

Em outros casos, tribunais arbitrais aceitaram a utilização da NMF para importar previsões materiais de acordos que não continham qualquer previsão a respeito de uma determinada proteção. Isso ocorreu, por exemplo, no caso “MTD *vs.* Chile”, no qual um tribunal arbitral, constituído no âmbito do APPI entre Chile e Malásia, utilizou-se de previsões contidas nos APPIs entre Chile e Dinamarca e entre Chile e Croácia para resolver a disputa³⁰. Nesse caso, o requerente pretendia ver reconhecido seu direito de receber algumas licenças para desenvolver um investimento no desenvolvimento imobiliário. O APPI com a Malásia não continha uma previsão obrigando os Estados a emitir as licenças necessárias para a realização do investimento, mas os APPIs com a Dinamarca e a Croácia continham essa previsão³¹. No mesmo sentido, observa-se o caso “Bayindir *vs.* Paquistão”, em que o tribunal arbitral, cuja jurisdição derivava do APPI entre Paquistão e Turquia, entendeu que poderia incorporar ao acordo o parâmetro de tratamento justo e equitativo de outro APPI, apesar de o primeiro não possuir uma cláusula expressa a respeito. O tribunal recorreu ao APPI Paquistão-Suíça para indicar, em uma análise *prima facie*, que os investidores e investimentos protegidos pelo APPI Paquistão e Turquia deveriam receber o tratamento justo e equitativo³².

29 CME Czech Republic B.V. v. República Tcheca, UNCITRAL, Sentença final de 14 de Março de 2003. Disponível em <<https://www.italaw.com/cases/281>>. Acesso em: 31/05/2017.

30 MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile, ICSID Caso N. ARB/01/7, Sentença de 25 de maio de 2004, para. 104. Nesse caso houve procedimento de anulação da sentença arbitral junto ao ICSID. Entretanto, o comitê de anulação não anulou a decisão do tribunal arbitral nesse ponto. O histórico e documentos do caso podem ser acessados em: <<https://www.italaw.com/cases/717>>. Acesso em: 31/05/2017.

31 O acordo entre Chile e Malásia está disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/690>>. O acordo entre Chile e Dinamarca está disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/671>>. O acordo entre Chile e Croácia está disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/667>>. Acesso aos links aqui referidos: 31/05/2017.

32 Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v. República Islâmica do Paquistão, ICSID Caso N. ARB/03/29, Decisão de Jurisdição de 14 de novembro de 2005, paras. 227–235. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/131>>. Acesso em: 31/05/2017.

Também houve casos em que requerentes de processos arbitrais buscaram alterar o escopo de aplicação do acordo, seja ele *ratione temporis* (“Tecmed *vs.* Mexico” e “MCI *vs.* Equador”, por exemplo), ou *ratione materiae* (“Société Générale *vs.* República Dominicana”). Nos casos que lidaram com a extensão do escopo *ratione temporis*, ambos os tribunais entenderam que os APPIs não poderiam ter efeitos retroativos³³. Já no caso que lidou com a extensão material do escopo dos APPIs, os tribunais entenderam que, primeiramente, deveria ser definida a aplicação do acordo em si, por meio de suas cláusulas de escopo e definição. Somente após esse primeiro passo, um investidor poderia invocar uma cláusula buscando um tratamento substantivo mais favorável a si³⁴.

Quanto à aplicação da cláusula NMF para direitos processuais previstos nos acordos, a possibilidade de importação de previsões relacionadas à cláusula de resolução de conflitos investidor-Estado de outros acordos é, ainda, bastante debatida. Pode-se distinguir entre duas categorias de casos: (i) casos em que os requerentes buscam suprimir um requisito procedimental que constitua uma condição para um pedido em uma arbitragem (questões de admissibilidade), e; (ii) casos em que requerentes buscam estender o limite jurisdicional de um tribunal arbitral por meio da cláusula NMF, garantindo que problemas ou disputas que o acordo base não contemplava sejam objeto de um procedimento arbitral (questões jurisdicionais).

O *leading case* que lida com as questões de admissibilidade é o caso “Maffezzini *vs.* Espanha”. Nesse caso, um tribunal arbitral, constituído sob a égide do APPI entre Argentina e Espanha, decidiu que a cláusula NMF poderia ser utilizada para dispensar o período de 18 meses exigido pela cláusula arbitral, antes do início de um procedimento arbitral³⁵. Fundamentalmente, o ar-

33 Técnicas Mediambientales Tecmed S.A. v. Estados Unidos do México, ICSID Caso no. ARB (AF)/00/02, Sentença de 29 de Maio de 2003. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/1087>>. Acesso em: 31/05/2017. M.C.I. Power Group L.C. and New Urbine, Inc. V. República do Equador, ICSID Caso No. ARB/03/6, Sentença de 31 de Julho de 2007. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/662>>. Acesso em: 31/05/2017.

34 Société Générale v. República Dominicana, UNCITRAL, LCAI Case No. UN 7927, Sentença de 19 de setembro de 2008, para. 41. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/1039>>. Acesso em: 31/05/2017.

35 Emilio Agustín Maffezzini v. Reino da Espanha, ICSID Caso N. ARB/97/7, Decisão do tribunal arbitral nas objeções jurisdicionais de 25 de janeiro de 2000. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/641>>. Acesso em: 31/05/2017.

gumento utilizado pelo requerente da arbitragem era o de que o acordo concluído entre Espanha e Chile não continha esse requisito e garantia, assim, acesso menos restrito ao mecanismo de arbitragem investidor-Estado. Esse mesmo argumento foi levantado em outros casos contra a Argentina, visando evitar o período de espera para início de arbitragens investidor-Estado, que consta em alguns acordos de investimento celebrados pela Argentina³⁶.

No caso *Maffezzini*, o tribunal arbitral considerou que a cláusula NMF permitiria a dispensa desse período no caso concreto. O tribunal levou em consideração as práticas da Espanha, cujos acordos, em geral, permitiam o acesso direto à jurisdição arbitral internacional e também a particular redação da cláusula NMF, que possuía redação genérica o suficiente, diferentemente de outros acordos da Espanha. Assim, o tribunal entendeu que se poderia compreender que a previsão da NMF autoriza a dispensa do período de 18 meses antes do início da arbitragem e que o recurso à arbitragem de investimento forma parte integral da proteção do investidor³⁷.

No entanto, o tribunal arbitral, também, notou que a cláusula NMF não poderia suprimir acordos que os Estados considerem importantes como questão de política pública, tais como: (i) necessidade de exaurir recursos locais, (ii) previsão bifurcação na estrada (tradicionalmente conhecida por seu acrônimo em inglês “*fork in the road*”); (iii) a escolha por uma determinada instituição para a resolução de disputas, como o Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (acrônimo em inglês, ICSID) ou sob uma regra muito específica, como no caso do NAFTA³⁸.

Apesar de haver relativa harmonia entre diversas decisões discutindo os requisitos de admissibilidade, há, também, casos que foram decididos em sentido contrário ao caso *Maffezzini*. É este o caso de “*Wintershall vs. Argentina*”, no qual o requerente, também, buscava suprimir o período de espera para iniciar uma arbitragem no âmbito do ICSID. O tribunal arbitral entendeu que o requisito de aguardar esse período era parte indissociável do consentimento da Argentina para arbitrar, bem como que a linguagem da cláusula NMF não permitiria

estender sua aplicação para mecanismos de resolução de disputas³⁹.

O segundo grupo de casos relacionados à extensão de proteções procedimentais de acordos internacionais de investimento busca estender requisitos jurisdicionais para garantir jurisdição a tribunais arbitrais. Nessas situações, em geral, os tribunais arbitrais têm sido mais reticentes em aplicar a cláusula NMF, indicando que não se poderia extrair a noção de consentimento por meio de uma incorporação por referência a outros acordos, exceto se isto estivesse, absolutamente, claro no acordo internacional de investimentos. Destacam-se três casos paradigmáticos ao lidar com esta questão: “*Salini vs. Jordânia*”, “*Plama vs. Bulgária*” e “*Telenor vs. Hungria*”.

No caso *Salini*, o tribunal arbitral baseou sua decisão no fato de que a cláusula NMF não continha previsão expressa estendendo sua aplicação para as disposições de resolução de conflitos⁴⁰. Nos casos de *Plama*⁴¹ e *Telenor*⁴², o requerente buscava utilizar-se de um acordo que permitisse que novos pedidos de compensação fossem feitos, mas o tribunal entendeu que o histórico de negociações da Bulgária indicava a intenção de ter escopos mais restritos de resolução de conflitos, de tal sorte que isto impediria a importação de previsões de outros acordos por meio da NMF.

Como no caso dos requisitos de admissibilidade, nas questões envolvendo extensão da jurisdição do tribunal arbitral, também há decisões que aceitaram estender a jurisdição do tribunal por meio da cláusula NMF. Isto ocorreu no caso “*RosInvestCo vs. Federação da Rússia*”, no qual o tribunal arbitral aceitou o argumento do requerente para expandir a jurisdição do tribunal arbitral, sob o fundamento de que traçar uma distinção entre garantias procedimentais e substantivas era irrelevante.

39 *Wintershall Aktiengesellschaft v. República da Argentina*, ICSID Caso N. ARB/04/14, Sentença de 8 de Dezembro de 2008. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/1171>>. Acesso em: 31/05/2017.

40 *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. v. Reino Haxemita da Jordânia*, ICSID Caso N. ARB/02/13, Decisão Jurisdicional de 09 de Novembro de 2004. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/954>>. Acesso em: 31/05/2017.

41 *Plama Consortium Limited v. República da Bulgária*, ICSID Caso N. ARB/03/04, Decisão jurisdicional de 8 de Fevereiro de 2005. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/857>>. Acesso em: 31/05/2017.

42 *Telenor Mobile Communications A.S. v. República da Hungria*, ICSID Caso N. ARB/04/15, Sentença de 13 de Setembro de 2006. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/1093>>. Acesso em: 31/05/2017.

36 UNCTAD, *Most Favored Nation Treatment*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. New York and Geneva, 2010, P. 66.

37 *Emilio Agustín Maffezzini v. Reino da Espanha*, *op. cit.*

38 *Emilio Agustín Maffezzini v. Reino da Espanha*, *op. cit.*

O tribunal, no caso, entendeu que a garantia de acesso à arbitragem formava parte integral do tratamento assegurado ao investidor estrangeiro, o que permitiria o uso da cláusula NMF para aumentar o escopo da jurisdição do tribunal arbitral e aceitar o pedido do requerente⁴³.

O Anexo 1 apresenta um resumo sistematizado destas principais interpretações apresentadas da cláusula NMF. E, como observações gerais, pode-se identificar que a possibilidade de incorporação de previsões substantivas e procedimentais por meio da cláusula NMF é assunto ainda bastante debatido e sobre o qual não há um posicionamento consistente de tribunais arbitrais. Ao tomarem a decisão em casos envolvendo a cláusula da nação mais favorecida, os tribunais arbitrais parecem levar em consideração a linguagem específica das cláusulas NMF e seu sentido comum, conforme previsto na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, bem como os objetivos gerais de proteção de investimento dos acordos e o contexto de sua negociação, particularmente em relação à identificação de tendências nas relações do Estado demandado.

4. A CLÁUSULA DE NAÇÃO MAIS FAVORECIDA NOS ACFIs

4.1. O contexto das cláusulas

O tratamento não discriminatório integra a estrutura básica dos ACFIs. Isso se traduziu já nos primeiros acordos assinados pelo Brasil, com Moçambique e Angola, em abril de 2015. Contudo, a estrutura das cláusulas difere, sensivelmente, trazendo à tona duas preocupações relevantes: (i) se, no conjunto de ACFI, esses serão considerados acordos similares e, portanto, com a possibilidade de extensão dos direitos e formas de tratamento entre as diferentes partes; e (ii) como os ACFIs dialogarão com o conjunto de outros tipos de acordos internacionais de investimento, incluindo os tradicionais APPIs. A seguir, apresenta-se a título de ilustração o quadro com as contrapartes do Brasil nos ACFIs e os acordos de investimentos por elas assinados com terceiros:

43 RosInvestCo UK Ltd. v. Federação da Rússia, Câmara de Arbitragem de Estocolmo, Caso N. 079/2005, Sentença em aspectos jurisdicionais de 01 de outubro de 2007. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/923>>. Acesso em: 31/05/2017.

Tabela 1 - Acordos de investimento assinados por contrapartes no ACFI

ACFI e contrapartes	APPIs	AIIs
Moçambique	26	8
Angola	10	8
México	32	16
Malawi	7	8
Colômbia	15	20
Chile	51	29
Peru	29	28
Mercosul	Argentina	16
	Paraguai	16
	Uruguai	18
	Venezuela*	5

Fonte: UNCTAD. *International investment agreements navigator*. Disponível em <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/IiasByCountry#iiaInnerMenu>>. Acesso em: 30/05/2017.

Obs. 1: Foram considerados todos os acordos assinados e não aqueles que estão em vigor.

Obs. 2: A Venezuela consta como contraparte por integrar o Mercosul. Mas, no momento de assinatura do Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (PCFI), em abril de 2017, a Venezuela estava suspensa do bloco e não assinou o Protocolo.

4.2. Conteúdo das cláusulas de nação mais favorecida nos ACFIs

Considerando os oito ACFIs assinados e os dois principais perfis de acordos (1ª e 2ª geração) nas suas diferenças, aquelas quanto a definições e formas de tratamento, o perfil da cláusula NMF é um dos pontos de destaque. A expressão “tratamento de nação mais favorecida” aparece, apenas, nos ACFIs assinados com Chile (artigo 6) e Peru (artigo 2.6), nos demais ACFIs o título do artigo é “tratamento aos investidores e investimentos” ou “não discriminação”. Essa forma de nominar os compromissos da cláusula tem reflexos nos compromissos delineados.

No caso dos ACFIs com Angola e Moçambique a cláusula de “tratamento aos investidores e investimentos” é mais genérica quanto à não discriminação e, ainda, apresenta ressalvas importantes sobre possíveis exceções atribuídas pela legislação doméstica.

A partir do primeiro ACFI assinado com um parceiro latino-americano, o ACFI Brasil-México, a cláusula passa a assumir um formato mais próximo ao de cláusula NMF de acordos internacionais de investimento, incluindo os APPIs da década de 1990. Nesse sentido, as cláusulas, além de preverem que uma parte garantirá aos investidores e aos investimentos da outra parte tratamento não menos favorável ao concedido a investidores e investimentos de um estado não parte, adicionam (i) as condições em que o tratamento deve ser garantido, (ii) os parâmetros para definir a discriminação, (iii) as situações em que o tratamento deve ser garantido e (iv) as exceções ao tratamento NMF.

As condições e os parâmetros são estabelecidos com referência a “condições similares” em todos os ACFIs assinados com países latino-americanos, com exceção de México. Mas nesse acordo, assim como no da Colômbia, traz-se o referencial das condições de concorrência proporcionadas aos investidores de diferentes países. Essa noção, como apresentado anteriormente, deriva da prática dos APPIs e de sua linguagem. De maneira similar, a referência enumerada das situações em que estas condições são consideradas — “no que se refere à expansão, administração, condução, operação, venda ou outra disposição dos investimentos em seu território” — reproduzidas a partir do ACFI assinado com a Colômbia com exceção do PCFI do Mercosul. Nota-se, portanto, na redação da cláusula NMF uma influência, a cada novo acordo mais presente, dos padrões e critérios dos APPIs que orientam a aplicação da não-discriminação.

As exceções são, contudo, os elementos mais interessantes para serem explorados quanto à aplicação do tratamento NMF. Isso porque é a partir desses dispositivos que está delimitada a aplicação da cláusula. Todos os ACFIs excluem do tratamento NMF as concessões feitas em acordos para evitar a dupla tributação e em acordos regionais de comércio⁴⁴. Além das exceções a

esses tipos de acordos, a partir do ACFI com o México, nos acordos com países da América Latina, passam a ser excepcionadas disposições de acordos internacionais de investimento.

O ACFI Brasil-México inova em relação aos ACFIs de 1ª geração ao fazer referência expressa que o tratamento de não discriminação não deve ser estendido às disposições de solução de controvérsias de investimentos — o que nos ACFIs subsequentes passa a ser reproduzido (art. 5.3(b) ACFI Brasil-Colômbia; art. 6.3(a) (ii) ACFI Brasil-Chile; art. 2.6.3 ACFI Brasil-Peru). Essas disposições respondem às interpretações de cláusula NMF apontadas na seção 3(c) acima que procuram entender o tratamento de um acordo a outro, tanto para fins procedimentais como jurisdicionais. Sua inserção nos ACFIs busca, assim, salvaguardar o Brasil de enfrentar os procedimentos de uma arbitragem no formato investidor-Estado via NMF, baseando-se em acordos, especialmente APPIs, que esses países possam ter com países terceiros⁴⁵. Ponto interessante nesse aspecto é que alguns dos ACFIs já fazem a referência não só aos acordos de investimento em si, mas a acordos com capítulos de investimento (ACFIs Brasil-México, Brasil-Chile e Brasil-Peru e PCFI) e acordos internacionais de comércio (ACFI Brasil-Peru).

É válido notar que os ACFIs com Colômbia e Chile, especificamente, procuram ser ainda mais precisos na limitação da aplicação da cláusula NMF, elucidando sua aplicação não somente para o mecanismo de solução de controvérsias (questões jurisdicionais e procedimentais) como também para os “padrões de tratamento” (aspectos materiais) dos demais acordos de investimento (artigos 5.3 dos ACFIs indicados). Nesse caso, há, então, uma espécie de “fechamento estrutural” dos ACFIs para as disposições estabelecidas em outros acordos internacionais. O ACFI Brasil-Chile, no entanto, faz essa restrição, apenas, para acordos de investimentos

Brasil e também do Brasil com outros parceiros.

⁴⁴ O ACFI Angola-Brasil tem uma previsão ampla no artigo 11.7 do acordo que, com uma interpretação muito extensiva — ou quase abusiva, poderia sugerir a possibilidade de se invocar a cláusula NMF em termos jurisdicionais: “Cada Parte, no seu território, concede aos investidores da outra Parte um tratamento não menos favorável do que o concedido em circunstâncias semelhantes aos seus próprios investidores ou aos investidores de uma Parte não contratante, com respeito ao acesso a tribunais de justiça e a agências administrativas, ou ainda à defesa de direitos de tais investidores.” Entendemos, no entanto, que a referência aos mecanismos de defesa está mais associada, dado o perfil do acordo e a redação da cláusula, aos institutos e instituições internas de cada parte no acordo.

⁴⁴ Aplica-se aqui a noção ampla de “acordos regionais de comércio”, a partir da definição promovida pela OMC: “RTAs in the WTO are taken to mean any reciprocal trade agreement between two or more partners, not necessarily belonging to the same region”. Conforme página eletrônica da OMC, *Regional trade agreements and the WTO*. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/scope_rta_e.htm>. Acesso em: 30/05/2017. Tal definição responde à referência, com algumas pequenas variações nos ACFIs a “zonas de livre comércio, uniões aduaneiras ou mercados comuns”. Interessante apenas destacar que o ACFI Angola-Brasil é o único que inclui nesse rol os Acordos Internacionais de Cooperação Econômica (artigo 11.4), ato comum na sua relação bilateral com o

assinados antes da data de entrada em vigor do ACFI (art. 6.3(b)). Tal fechamento estrutural está, portanto, no caso do Chile, limitado a outros acordos de investimentos assinados pelo Chile com terceiros países antes da entrada em vigor do ACFI. Não existem limitações para a aplicação do parâmetro NMF após a entrada em vigor do ACFI⁴⁶.

Uma restrição temporal nos mesmos moldes do ACFI Brasil-Chile foi inserida no PCFI do Mercosul (art. 5.6), que estende sua restrição a quaisquer acordos internacionais que tenham disposições sobre investimentos, assinados antes da entrada em vigor do PCFI. O PCFI ainda busca ser mais preciso sobre a aplicação da cláusula de nação mais favorecida, no seu artigo 5.7 ao explicitar que:

“Para maior certeza, as disposições deste Artigo não se aplicarão para incorporar disposições substantivas ou afetas à solução de controvérsias não contidas no presente Protocolo.”

Tal dispositivo procura assegurar o princípio *ejusdem generis* na aplicação do tratamento de nação mais favorecida, o que significa que o tratamento só pode ser concedido a questões pertencentes ao mesmo assunto ou a mesma categoria de assuntos a que se refere a cláusula. Portanto, o PCFI tenta explicitar um princípio que alguns entendem subentendido na cláusula de nação mais favorecida dos acordos internacionais de investimento, conforme apresentado na seção 3 acima.

Ainda no que diz respeito ao escopo de aplicação da cláusula NMF, é possível identificar uma diferença entre os ACFIs de 1ª e 2ª geração quanto à contemplação da fase pré-estabelecimento e da fase pós-estabelecimento. Os ACFIs de 1ª geração, explicitamente, garantem o tratamento da nação mais favorecida também antes do estabelecimento do investimento, isto é, assegura aos investidores igualdade de condições para realizar um investimento no outro Estado. Essa linguagem não é explícita nos acordos de 2ª geração, que limitaram o escopo da cláusula NMF à expansão, administração, condução, operação, venda do investimento e outra disposição dos investimentos em seu território. Em princí-

pio, a linguagem não parece ser suficiente para contemplar a fase anterior ao estabelecimento do investimento, muito embora se deva reconhecer que a expressão genérica “outra disposição dos investimentos” possa vir a ser interpretada como compreendendo a fase anterior ao estabelecimento do investimento.

Há, no entanto, dois pontos de inovação dos ACFIs que não foram refletidos, devidamente, nas disposições de nação mais favorecida. O primeiro deles é referente à abordagem mais valorizada pelo ACFI que é de facilitação de investimento e não de proteção de investimento. As disposições de tratamento NMF em todos os ACFIs assinados têm como pressuposto o interesse em atender à proteção do investidor e de seu investimento que é o eixo central dos acordos tradicionais de investimento⁴⁷. Fica, assim, marginalizada a perspectiva da flexibilidade conferida aos Estados anfitriões na condução de suas políticas. Se a perspectiva é de “nação” mais favorecida, poderia um Estado invocar as flexibilidades previstas em outro ACFI mais favorável a um terceiro Estado na implementação de suas políticas? A leitura dos dispositivos dos ACFIs sugere que não, na medida em que a redação da disposição de NMF, ainda, está fortemente atrelada à perspectiva do investidor. Por isso, a linguagem da cláusula com dispositivos de não discriminação indicando que se trata de “tratamento aos investidores e investimentos” é a mais apropriada para o conteúdo do capítulo nos ACFIs assinados até o momento.

Isso não significa, entretanto, que inovações não possam ser retrabalhadas para se pensar em como ampliar as noções de NMF nos acordos de investimento. O ACFI Brasil-Peru tem algumas tentativas nesse sentido, ao incluir uma diversidade de exceções dentro da cláusula de nação mais favorecida que estão relacionadas a políticas públicas consideradas essenciais por aquele Estado. Entre essas políticas, no caso do ACFI Brasil-Peru, foram excepcionados tratamentos específicos sobre: aviação, pesca, ou assuntos marítimos; pesca artesanal; indústrias culturais, inclusive audiovisual; serviços de readaptação social; serviços sociais estabelecidos ou mantidos por razões de interesse público; mino-

46 Um exemplo da possível extensão da cláusula NMF é o API entre Chile e Hong Kong, assinado em novembro de 2016, em moldes tradicionais. Tal como este, é possível que outros acordos de investimento sejam assinados com terceiros países e, então, poderão ter suas disposições invocadas no âmbito do tratamento NMF. Para acesso ao API Chile-Hong Kong, ver <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/41#iiaInnerMenu>>. Acesso em: 30/05/17,

47 Essa é a noção básica dos acordos tradicionais de investimento, em especial os APIs, cf. DOLZER: “MFN treatment is not required under customary law. The simple goal of MFN clauses in treaties is to ensure that the relevant parties treat each other in a manner at least as favourable as they treat third parties. The normal effect of an MFN clause in a BIT is to widen the rights of the investor” (p. 206).

rias social ou economicamente desfavorecidas e grupos étnicos; propriedade rural⁴⁸.

O segundo ponto de inovação não contemplado são as agendas temáticas. Grande parte dos temas contemplados nas agendas visa facilitar a relação de investimentos entre as partes. Eventualmente, regulações e procedimentos específicos ou facilitados discriminatoriamente e que possam prejudicar a concorrência entre as partes podem ser questionados. Por outro lado, a agenda de facilitação entre as partes é diferente porque está pautada nas necessidades das relações bilaterais de investimento e isso pode prejudicar a implementação da cláusula NMF sob o princípio *ejusdem generis*.

4.3. Efeitos das cláusulas intra e extra partes dos ACFIs

As diferenças pontuais existentes nos ACFIs assinados favorecem o questionamento sobre a extensão e as reais limitações da aplicação do tratamento NMF quanto aos direitos previstos em outros acordos, sejam eles ACFIs ou acordos tradicionais de investimento. Isso recai sobre alguns pontos essenciais dessas diferenças nas cláusulas:

- 1) No caso dos ACFIs sem restrição explícita aos direitos materiais – ACFIs Brasil-México, Brasil-Peru e os de 1ª geração – podem tratamentos mais favoráveis previstos em quaisquer acordos de investimentos (ACFIs ou outros) serem invocados em benefício dos investidores?
- 2) Ainda que o ACFI tenha previsões de limitação jurisdicional e material para outros acordos de investimento, se essa limitação for apenas para os “acordos assinados antes da entrada em vigor” do ACFI, o tratamento NMF pode ser aplicado aos acordos posteriores?⁴⁹
- 3) Quanto à restrição aos sistemas de solução de controvérsias de outros acordos internacionais de investimento, como pensar, especificamente, o caso dos ACFIs assinados com Angola, Moçambique e Malawi (sem esta previsão), e eventual demanda

48 Vale observar, no entanto, que esta não é uma inovação do ACFI, mas sim uma reprodução do padrão de cláusula apresentada no modelo de APPI dos Estados Unidos, desde 1984, cf. nota de fim 21.

49 Exemplos concretos disso são os acordos internacionais de investimento, no formato tradicional de APPIs, assinados entre México e Arábia Saudita e entre Chile e Hong Kong, ambos posteriores aos ACFIs assinados com Brasil. Para acesso a esses acordos, v. UNCTAD, International INvestment Navigator. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/IiasByCountry#iiiInnerMenu>>. Acesso em: 30/05/2017.

de aplicação de NMF para fins jurisdicionais para recurso às possibilidades de arbitragem investidor-Estado conforme os APPIs em vigor daqueles países com terceiros? Serão levadas em consideração as restrições explícitas de ACFIs posteriores ou mesmo o debate político interno no Brasil de resistência ao modelo de arbitragem investidor-estado?

Essas questões se relacionam, diretamente, com os efeitos intra e extra partes da cláusula da NMF. Esses efeitos, como apresentado anteriormente (seção 3.b), dependem de uma série de condições, dentre as quais destacamos (i) a linguagem específica das cláusulas NMF e seu sentido comum, conforme previsto na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, (ii) os objetivos gerais de proteção de investimento dos acordos, e (iii) o contexto de negociação dos acordos, particularmente em relação à identificação de uma postura política coerente do Estado demandado envolvido.

Assim, qualquer estudo sobre os efeitos da cláusula da NMF deve levar em consideração os diversos acordos celebrados pelo Estado contra o qual se busca aplicar um tratamento mais favorável. É inviável fazer um estudo com esse grau de profundidade neste artigo, de tal sorte que aqui ilustra-se o argumento apresentado a partir da análise da cláusula NMF nos acordos do Chile e do Peru, especificamente em relação ao acordo mantido entre esses dois Estados, destes Estados com a Holanda e do acordo entre Brasil e Chile.

Como uma das condições destacadas para aplicação da cláusula NMF é sua linguagem específica, transcrevemos abaixo as cláusulas NMF presente nos referidos acordos:

APPI Peru-Chile	APPI Holanda-Chile/ APPI Holanda-Peru
ARTICULO 4. 1. Cada Parte Contratante deberá garantizar un tratamiento justo y equitativo dentro de su territorio a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante. Este trato no será menos favorable que aquel otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones de sus propios inversionistas efectuadas dentro de su territorio, o aquel otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones de inversionistas de la nación más favorecida efectuadas dentro de su territorio , si este último tratamiento fuere más favorable.	Article 3. 5) [em ambos tratados] If the provisions of law of either Contracting Party or obligations under international law existing at present or established hereafter between the Contracting Parties in addition to the present Agreement contain a regulation, whether general or specific, entitling investments by nationals of the other Contracting Party to a treatment more favorable than is provided for by the present Agreement, such regulation shall, to the extent that it is more favorable, prevail over the present Agreement.

ACFI Brasil-Chile

Artigo 6º

Tratamento de Nação Mais Favorecida

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.

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.

Fonte: APPI Peru-Chile. Disponível em: < http://www.sice.oas.org/BITS/chiper_s.asp > APPI Holanda-Chile. Disponível em:

<http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/CHI_Netherlands.pdf>.

APPI Holanda-Peru. Disponível em:

<http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/PER_Netherlands.pdf>. Acesso aos links em: 31/05/2017.

ACFI Brasil-Chile. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/12526-acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-o-brasil-e-o-chile-santiago-23-de-novembro-de-2015#port>>. Acesso em: 16/08/2017.

Como se verifica em ambas as cláusulas dos APPIs acima transcritos, ainda que o propósito geral delas seja o mesmo, a linguagem delas difere significativamente. No acordo entre Peru e Chile, verifica-se que o tratamento NMF é lido conjuntamente com a noção de tratamento justo e equitativo. Isto sugere uma delimitação do escopo da cláusula, limitando seu alcance a garantias substantivas.

Os APPIs com a Holanda, por sua vez, parecem mais compreensivos, mas também limitados a garantias substantivas. Isso porque, diferentemente do quanto observado nos casos em que garantias procedimentais foram incorporadas por meio da NMF, não há linguagem suficiente para indicar que o escopo da NMF se aplica a todas as garantias. Ao contrário, a indicação é a de disposições que contenham uma regulação, que possa ser considerada mais favorável, podem ser importadas por meio da NMF. Não nos parece que uma garantia procedimental possa ser compreendida dentro desse conceito de regulação.

Como já verificado na seção anterior, o ACFI Brasil-Chile, busca limitar o escopo da cláusula NMF à expansão, administração, condução, operação ou venda de investimentos. Entretanto, a utilização da expressão genérica “ou outra disposição dos investimentos” pode dar margem à interpretação expansiva que compreenda também garantias procedimentais. Não nos parece, no entanto, que esta disposição seria suficiente para permitir que um investidor buscasse se utilizar de uma cláusula investidor-Estado no âmbito do ACFI, pelo simples motivo que não é possível identificar nos ACFIs qualquer tipo de consentimento à arbitragem investidor-Estado por parte dos Estados. Assim, parece-nos que a melhor interpretação da cláusula NMF nos ACFIs limita a importação de disposições substantivas para a proteção do investimento.

Como vimos, também, na seção indicativa da aplicação da NMF por tribunais arbitrais, parece-nos que as noções de investimento, investidor e os elementos derivados da cláusula de denegação de benefícios não poderiam ser importados via cláusula da NMF. Isto porque, na sistemática dos ACFIs e também dos APPIs indica-

dos nesta seção, em particular, o escopo de aplicação é definido pelos conceitos de investimento e investidor e denegação de benefícios, de tal sorte que não seria possível definir o escopo de aplicação do acordo em função da cláusula NMF. Como apresentado, deve-se, primeiramente, garantir a aplicação do acordo para que, na sequência, possa-se avaliar se é o caso de aplicação da NMF.

Assim, os benefícios da NMF, apenas, podem ser assegurados aos investidores sob um ponto de vista substantivo. Essas garantias substantivas, por sua vez, podem se referir a elementos que não foram inseridas nos ACFIs, mas que estão nos APPIs do Chile com o Peru ou a Holanda, tais como proteção integral e segurança, tratamento justo e equitativo, garantias contra expropriação indireta. Decerto que a ausência de mecanismos adjudicatórios nos ACFIs, do tipo investidor-Estado, torna qualquer previsão sobre essas garantias incerta e sujeita a debates que poderão ser resolvidos no âmbito dos Comitês Conjuntos, estabelecidos pelos ACFIs.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo se propôs a compreender o papel da cláusula NMF nos ACFIs e na sua relação, em especial, com outros acordos internacionais de investimento. Esse é um ponto fundamental para a agenda política representada pelos ACFIs, pois o tratamento NMF é mecanismo de comunicabilidade entre dispositivos de diferentes acordos internacionais, permitindo a aplicação definições, formas de tratamento e mecanismos institucionais para relações além das partes de um acordo bilateral.

Para atingir esses objetivos, foi apresentada neste artigo uma breve digressão do histórico dos ACFIs como um movimento de contestação, o histórico da cláusula NMF associado ao seu papel nos acordos internacionais de investimento, discutindo especificamente como elas foram transplantadas do sistema multilateral de comércio para os acordos internacionais de investimento, seu perfil e como elas foram interpretadas por tribunais arbitrais de investimento. O contraste desse último ponto com o curto histórico da cláusula NMF nos ACFIs, pretende favorecer a exploração de algumas questões relevantes sobre os efeitos que a cláusula pode gerar para os ACFIs, considerando seus efeitos intra e extra partes.

A análise apresentada permitiu identificar três questões que parecem essenciais para a compreensão dos riscos que a cláusula NMF pode trazer para a agenda política que os ACFIs representam para o Brasil. O objetivo deste artigo é incitar essa reflexão que, ainda, parece ausente do debate nacional, a partir desses três pontos.

A primeira questão relevante é delimitar como os ACFIs serão recebidos pelo chamado “regime internacional de investimentos”: se como um novo padrão, que surge da contestação dos tradicionais APPIs, ou como uma versão *light* do padrão tradicional de proteção de investimento. A distinção pode ser relevante para estabelecer como as cláusulas de não discriminação e, particularmente a harmonização almejada pela NMF, serão interpretadas e quais funções exercerão à luz do princípio *ejusdem generis*.

A segunda questão é se os ACFIs serão considerados como um conjunto, qualificados em suas gerações ou individualmente, em função das negociações exclusivamente bilaterais entre o Brasil e seus parceiros. A aceitação dos ACFIs como um conjunto pode, também, ter impactos na extensão da interpretação da cláusula da NMF, tendo em vista que os acordos previram linguagens diferentes nas diversas negociações já realizadas.

Uma terceira questão refere-se à própria sobrevivência dos ACFIs quando forem utilizados em processos de interpretação adjudicatórios, por exemplo, pelas cortes nacionais, se elas se depararem com pedidos de aplicação da cláusula NMF baseada em acordos de investimento tradicionais.

Espera-se que as provocações e questionamentos identificados neste artigo favoreçam, além de um aprofundamento do debate acadêmico sobre os eixos identificados, melhores negociações e desenhos de cláusulas NMF nos ACFIs, por parte do Poder Executivo quando da negociação de novos acordos, bem como que sirvam de subsídio ao Poder Legislativo, quando do processo de ratificação dos ACFIs já assinados.

Anexo 1 - Tabela Resumo das reivindicações de natureza de NMF

EFEITO BUSCADO	CASOS	RESULTADO
Sobrepôr um período de espera de 18 meses perante tribunais locais	<i>Maffezini v. Spain, Siemens, Gas Natural, Camuzzi, Suez, National Grid, Wintershall v. Argentina</i>	Concedido, exceto para Wintershall
Submeter disputas além do limite jurisdicional	<i>Plama v. Bulgaria, Salini v. Jordan, Telenor Mobile v. Hungary, RosInvestCo v. Russia, Berschader v. Russia, Renta 4S v. Russia, Tza Yap Shum v. Peru</i>	Negado, exceto para RosInvestCo
Beneficiar-se de conteúdo substancial adicional	<i>Bayindir v. Pakistan, MTD Equity v. Chile</i>	Concedido
Beneficiar-se de disposições semelhantes consideradas “mais favoráveis”	<i>AAPL v. Sri Lanka, ADF v. United States</i>	Negado
Alterar o âmbito de aplicação do BIT (ratione temporis ou ratione materiae)	<i>Tecmed v. Mexico, MCI v. Ecuador, Société Générale v. Dominican Republic</i>	Negado
Sobrepôr uma cláusula geral de exceção de emergência	<i>CMS v. Argentina</i>	Negado
Alterar o padrão de compensação para expropriação	<i>CME v. Czech Republic</i>	Concedido
Comparar o tratamento entre dois investidores estrangeiros	<i>Bayindir v. Pakistan, Parkerings v. Lithuania</i>	Nenhuma violação foi encontrada

Fonte: UNCTAD, *Most Favored Nation Treatment*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. New York and Geneva, 2010, p. 82-83.

REFERÊNCIAS

- ADF Group Inc. v. Estados Unidos da América, ICSID Caso No. ARB (AF)/00/1, Sentença de 09 de janeiro de 2003.
- AZEVEDO, D. B. *Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil*. Consultora Legislativa da Área XVIII, Direito Internacional Público, Relações Internacionais, Brasília, maio de 2001.
- BADIN, M. R. S.; MOROSINI, F. *ACFI: o que está por trás desta inovação regulatória?* In: PONTES: Informações e análises sobre comércio e desenvolvimento sustentável, v. 12, pp. 9-12, 2016.
- BADIN, M. R. S.; MOROSINI, F. *Navigating between resistance and conformity with the international investment regime: The Brazilian Agreements on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFIs)*, In: BADIN, M. R. S.; MOROSINI, F. *Reconceptualizing International Investment Law from the Global South*. Cambridge: CUP. No prelo.
- Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v. República Islâmica do Paquistão, ICSID Caso N. ARB/03/29, Decisão de Jurisdição de 14 de novembro de 2005, paras. 227–235.
- CAMPELLO, D.; LEMOS, L. *The non-ratification of bilateral investment treaties in Brazil: a story of conflict in a land of cooperation*. In: Review of International Political Economy, pp. 1-32, 2015.
- CME Czech Republic B.V. v. República Tcheca, UNCITRAL, Sentença final de 14 de Março de 2003.
- COZENDEY, C. GODINHO, D. *Novos acordos de investimentos no menu*. Valor Econômico, São Paulo, 24 de julho de 2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/opiniaio/4148030/novos-acordos-de-investimentos-no-menu/>>. Acesso em: 30/05/2017.
- COZENDEY, C.; NETO, A. A. *Um balanço até aqui dos acordos de investimentos*. Valor Econômico, São Paulo, 29 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www1.valor.com.br/opiniaio/4984022/um-balanco-ate-aqui-dos-acordos-de-investimentos>>. Acesso em: 29/05/2017.
- DOLZER, R.; SCHREUER, C. *Principles of international investment law*. Second ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p.206.
- DOUGLAS, Zachary, *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails*. J Int Disp Settlement 2011; 2 (1), pp. 97-113.
- Emilio Agustín Maffezini v. Reino da Espanha, ICSID Caso N. ARB/97/7, Decisão do tribunal arbitral nas objeções jurisdicionais de 25 de janeiro de 2000.
- FIGANMEŞE, İnci Ataman, *The Impact of the Maffezini decision on the interpretation of MFN clauses in investment treaties*. Ankara Law Review; Vol. 8 No. 2 (Winter 2011), pp. 221-237.
- ILC, First report on the most-favoured-nation clause, by Mr. Endre Ustor, Special Rapporteur, Yearbook of the International Law Commission, 1969, v. 2, Documento A/CN.4/213.
- ILC. Report of the International Law Commission on the work of its thirtieth session, Yearbook of the International Law Commission, 1978, v. 2, Documento A/33/10.
- KADRI, Jorge Geraldo. *O tratamento especial e diferenciado o mandato de Doha e os interesses do Brasil*. Tese - XLIV Curso de Altos Estudos, Instituto Rio Branco, Brasília, 2005.
- LUÍS, D.T. *A Proteção do Investimento Brasileiro no Exterior: uma reflexão a partir do caso africano*. Tese de Doutorado (Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, pp. 137-139.
- M.C.I. Power Group L.C. and New Urbine, Inc. V. República do Equador, ICSID Caso No. ARB/03/6, Sentença de 31 de Julho de 2007.
- MAUPIN, Julie A., *MFN-based Jurisdiction in Investor-State Arbitration: Is There Any Hope for a Consistent Approach?*. J Int Economic Law 2011; 14 (1). pp. 157-190.
- MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile, ICSID Caso N. ARB/01/7, Sentença de 25 de maio de 2004, para. 104.
- MULLER, C. J. *The role of the most-favored-nation clause in the multilateralization of preferential trade agreements: the example of international investment agreements*. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016.
- Parkerings v. Lituânia. Parkerings-Compagniet AS v. República da Lituânia, ICSID Caso N. ARB/05/8, Sentença de 11 de Setembro de 2007.

- PIETRO, Wilson Adalid Mamani,. *La dinámica de los acuerdos internacionales de inversión en los andinos*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Volume 13, Issue null, pp. 549-582.
- Plama Consortium Limited v. República da Bulgaria, ICSID Caso N. ARB/03/04, Decisão jurisdicional de 8 de Fevereiro de 2005.
- RosInvestCo UK Ltd. v. Federação da Rússia, Câmara de Arbitragem de Estocolmo, Caso N. 079/2005, Sentença em aspectos jurisdicionais de 01 de outubro de 2007.
- Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. v. Reino Haxemita da Jordânia, ICSID Caso N. ARB/02/13, Decisão Jurisdicional de 09 de Novembro de 2004.
- SCHILL, S. W. *The Multilateralization of International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 11-19.
- Société Générale v. República Dominicana, UNCTAD, LCAI Case No. UN 7927, Sentença de 19 de setembro de 2008, para. 41.
- SOUZA, R. R. C. *Acordos de cooperação e facilitação de investimentos*. AMCHAM's Conference Brasil e os Acordos bilaterais de promoção de investimentos, São Paulo, 30 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/component/tags/tag/644-acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos>>. Acesso em: 30/05/2017.
- Tecnicas Mediambientales Tecmed S.A. v. Estados Unidos do México, ICSID Caso no. ARB (AF)/00/02, Sentença de 29 de Maio de 2003.
- Telenor Mobile Communications A.S. v. República da Hungria, ICSID Caso N. ARB/04/15, Sentença de 13 de Setembro de 2006.
- NATIONS. *List of Least Developed Countries*. (as of May 2016). Disponível em: <http://www.un.org/en/development/desa/policy/cdp/ldc/ldc_list.pdf>. Acesso em: 30/05/2017.
- UNCTAD. *Most Favored Nation Treatment*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. New York and Geneva, 2010.
- UNCTAD. *Reform of investor-state dispute settlement: In search of a roadmap*. IIA Issues Note No. 2 (June 2013). Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf>. Acesso em: 11/11/2016.
- UNCTAD. *World Investment Report 2016*. Investor Nationality: Policy Challenges, 22 Jun 2016, 232 p. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf>. Acesso em: 31/05/2017.
- VICUNA, F.O. América Latina y la clausula de nación más favorecida. Inter-American Study Group of International Law. Santiago, 1972.
- Wintershall Aktiengesellschaft v. República da Argentina, ICSID Caso N. ARB/04/14, Sentença de 8 de Dezembro de 2008.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.