

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Análise empírica das cláusulas de expropriação indireta nos acordos de investimentos a partir da Teoria do Continente do Direito Internacional

Empirical analysis of the indirect expropriation in investment agreements under the Theory of the Continent of International Law

Vivian Daniele Rocha Gabriel

VOLUME 20 • N. 1 • 2023
DOSSIÊ - HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL
PARTE II

Sumário

DOSSIÊ	10
“MEU MUNDO, MINHAS REGRAS” : DIREITO INTERNACIONAL, BRANQUITUDE E O GENOCÍDIO DO POVO NEGRO BRASILEIRO	12
Karine de Souza Silva	
DO AVESSE : ORGANIZAÇÃO INTERNA DOS ESTADOS E A NOÇÃO DE CIVILIZAÇÃO NOS TEXTOS DOS JURISTAS INTERNACIONALISTAS BRASILEIROS ENTRE 1889 E 1930	36
Fabia Fernandes Carvalho e Lucas Chaves de Freitas	
INDEPENDÊNCIA EM TRÊS MOVIMENTOS : ANTITRÁFICO E O BRASIL ESCRAVISTA NO DIREITO INTERNACIONAL	53
Adriane Sanctis de Brito	
O PAPEL DAS OPINIÕES DISSIDENTES DE ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	65
Matheus Macedo Lima Porto e Flávia de Ávila	
TEMAS GERAIS	89
INTERNATIONAL LAW’S PREMATURE FAREWELL TO THE CONCEPT OF WAR	91
Sven Peterke e Johannes van Aggelen	
O PROTOCOLO DE JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO COMO RESPOSTA INSTITUCIONAL À PRETENSA UNIVERSALIZAÇÃO DO FEMININO, AMPARADA NOS ESFORÇOS INTERNACIONAIS DE ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS MULHERES	115
Deise Brião Ferraz e Marli Marlene Moraes da Costa	
LEGALITY AND LEGITIMACY OF DOMESTIC COURT DECISION AS A SOURCE OF INTERNATIONAL LAW-MAKING	129
Eka An Aqimuddin e Atip Latipulhayat	

DUAS IDEIAS IRRECONCILIÁVEIS? REGIONALISMO E JUS COGENS NO DIREITO INTERNACIONAL142

Lucas Carlos Lima e Loris Marotti

IMPACTO E IMPORTÂNCIA, PARA O BRASIL, DE OITO RELATÓRIOS TEMÁTICOS DA RELATORIA ESPECIAL DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE TORTURA 158

Henrique Napoleão Alves

INTERCONSTITUCIONALIDADE ENTRE PORTUGAL E A UNIÃO EUROPEIA NO ACESSO AO SISTEMA JUDICIÁRIO: COMPREENSÃO DA LINGUAGEM E COMPETÊNCIAS INFOCOMUNICACIONAIS 181

Ana Melro

TAKING BIOLOGICAL SAMPLES FROM A PERSON FOR EXAMINATION IN CRIMINAL PROCEEDINGS: CORRELATION BETWEEN OBTAINING EVIDENCE AND OBSERVING HUMAN RIGHTS 195

Serhii Ablamskyi, Oleksandr Muzychuk, Eugenio D'Orio e Vitalii Romaniuk

ANÁLISE EMPÍRICA DAS CLÁUSULAS DE EXPROPRIAÇÃO INDIRETA NOS ACORDOS DE INVESTIMENTOS A PARTIR DA TEORIA DO CONTINENTE DO DIREITO INTERNACIONAL..... 214

Vivian Daniele Rocha Gabriel

DISCOURSE ON ONLINE TRANSPORTATION REGULATION UNDER POSNER'S THEORY: A COMPARATIVE ANALYSIS IN INDONESIA AND BRAZIL236

Sapto Hermawan e Febrian Indar Surya Kusuma

Análise empírica das cláusulas de expropriação indireta nos acordos de investimentos a partir da Teoria do Continente do Direito Internacional*

Empirical analysis of the indirect expropriation in investment agreements under the Theory of the Continent of International Law

Vivian Daniele Rocha Gabriel **

Resumo

Quanto mais cooperativo é um acordo internacional, menor é a probabilidade de as partes o violarem. Considerando que a questão da expropriação indireta tem sido frequentemente levada à arbitragem de investimentos, a problemática que se coloca é se acordos de investimentos têm sido cooperativos em relação à expropriação indireta. A hipótese é a de que os acordos de investimentos têm sido pouco cooperativos em relação ao tema, porém, há acordos de investimentos que estão sendo mais cooperativos que outros, e podem se tornar paradigmas de mudança no Direito Internacional dos Investimentos. Para comprovar a tese, o artigo analisou a expropriação indireta nos acordos de investimentos e se essas cláusulas, presentes em alguns acordos selecionados, ensejam a cooperação. Primeiramente, analisou-se, por meio do método histórico, a evolução da expropriação no Direito Internacional, iniciada com a expropriação direta. Posteriormente, realizou-se análise comparada da *regulatory taking* americana, oriunda do *common law*, com o intuito de comprovar a sua exportação para o âmbito internacional como expropriação indireta. Em seguida, examinou-se a Teoria do Continente do Direito Internacional, de Bárbara Koremenos, identificando-se os problemas que devem ser combatidos em prol da cooperação nas cláusulas dos acordos. A partir desse marco teórico, e a fim de dissuadir os problemas de cooperação ou incerteza para a cooperação na expropriação indireta, extraiu-se a moldura jurídica ideal e mais cooperativa possível a respeito do tema, que contém cláusulas de exceções de interesse público, mecanismo centralizado de monitoramento formal delegado e solução de controvérsias, regras de punição, assim como cláusulas com imprecisão na linguagem e reservas. Criou-se uma sistemática de gradação para cada uma dessas cláusulas em quatro graus distintos: ++, +, 0 e -. Para as variáveis dependentes: precisão, sobrevivência temporal, monitoramento e solução de controvérsias, o ++ representa a solução mais cooperativa incluída na redação dos acordos e o -, a opção menos cooperativa. Na variável exceção de interesse público, a mensuração se dá na ordem contrária, quanto mais flexível o acordo (nível -), mais cooperativo ele é. Por fim, por meio de pesquisa empírica, analisaram-se os acordos de investimento de Brasil, Rússia, Índia, China,

* Recebido em 14/09/2022

Aprovado em 19/12/2022

O presente artigo é baseado na tese de doutorado defendida pela autora em 2019, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), denominada “Expropriação Indireta no Direito dos Investimentos”, com a atualização da análise empírica empreendida, e foi apresentado no GT 11 – Aspectos Teóricos e Metodológicos e Proposições Normativas Baseadas em Evidências Empíricas, do XI Encontro de Pesquisa Empírica em Direito, realizado em Curitiba/PR, em agosto de 2022. A autora agradece os feedbacks recebidos, especialmente, dos Professores Fábio Morosini (UFRGS), Michelle Rattton (FGV/SP) e Leandro Ribeiro (FGV/RJ)

** Advogada em Comércio Internacional no Magalhães e Dias Advocacia. Doutora e mestre em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Email: vivian.d.rocha@gmail.com

Canadá e EUA, entre 2001 e 2022, e descobriu-se que o modelo de acordo que mais se aproxima do arranjo ideal cooperativo em relação à expropriação indireta é o canadense. Esse acordo possui grau máximo de precisão, exceções quanto ao interesse público, elevado grau de sobrevivência temporal, sistema centralizado de monitoramento, porém partilha o ônus da fiscalização do acordo com as próprias partes do acordo e com entidades não estatais, e sua solução de controvérsias é baseada na arbitragem de investimentos, com a exclusão de matérias não arbitráveis e que não poderão ser arguidas pelos investidores. Concluiu-se que o acordo canadense deve ser o paradigma de reforma dos acordos de investimento em relação à expropriação indireta.

Palavras-chave: expropriação indireta; *regulatory taking*; Teoria do Continente do Direito Internacional; cooperação.

Abstract

The more cooperative an international agreement is, the less likely parties are to violate it. Whereas the issue of indirect expropriation has often been brought up in investment arbitration, the issue that arises is whether investment agreements have been cooperative on indirect expropriation. The hypothesis is that investment agreements have been uncooperative in relation to this topic, however, there are investment agreements that have been more cooperative than others and may become paradigms of change in International Investment Law. To prove the thesis, this article analyzed indirect expropriation in investment agreements and whether these clauses, present in some selected agreements, result in cooperation. Firstly, the evolution of expropriation in International Law was analyzed, through the historical method, which begins with direct expropriation. Afterwards, a comparative analysis of the American regulatory taking, originated from the common law, was carried out, to prove its export to the international field as indirect expropriation. Then, the Theory of the Continent of International Law, by Bárbara Koremenos, was examined, identifying the problems that must be fought in favor of cooperation in the clauses of the agreements. From this theoretical framework and to dissuade problems of cooperation or uncertainty for cooperation in indirect expropriation, the ideal and most cooperative legal framework possible on the topic was extracted,

which contains clauses of exceptions of public interest, centralized mechanism of delegated formal monitoring and dispute resolution, punishment rules, as well as clauses with imprecise language and reservations. A gradation system was created for each of these clauses in four distinct degrees: ++, +, 0 and -. For the dependent variables of precision, temporal survival, monitoring and dispute resolution, the ++ represents the most cooperative solution included in the drafting of the agreements and the -, the least cooperative option. In the public interest exception variable, the measurement takes place in the opposite order, the more flexible the agreement (level -), the more cooperative it is. Finally, through empirical research, the investment agreements of Brazil, Russia, India, China, Canada, and the USA were analyzed between 2001 and 2022, and it was found that the agreement model that most closely approximates the ideal cooperative arrangement in relation to indirect expropriation is the Canadian. This agreement has a maximum degree of precision, exceptions regarding the public interest, a high degree of temporal survival, a centralized monitoring system, however, it shares the burden of supervising the agreement with the parties to the agreement and with non-state entities, and its dispute resolution clause is based on investment arbitration, excluding non-arbitrable matters that cannot be argued by investors. It was concluded that the Canadian agreement should be the paradigm for reforming investment agreements in relation to indirect expropriation.

Keywords: indirect expropriation; *regulatory taking*; Theory of the Continent of International Law; cooperation.

1 Introdução

A interferência estatal nos direitos de propriedade dos investidores estrangeiros trata-se de assunto correntemente discutido no Direito Internacional dos Investimentos. Inicialmente, referiu-se, essencialmente, à questão da transferência direta da propriedade do ente privado para o Estado sem o pagamento da devida compensação. Em reação aos efeitos negativos dessas medidas, criou-se um arcabouço jurídico protetivo para resguardar o investidor, o qual é consubstanciado pelos acordos de promoção e proteção de investimentos (AP-PRIs) e, especialmente, pelos tratados bilaterais de in-

vestimento (BITs¹). No entanto, conforme os casos de expropriação direta foram diminuindo na esfera internacional, paralelamente, também surgiam outros tipos de interferências à propriedade estrangeira. Estas não foram facilmente identificáveis, tampouco consistiram na transferência de posse dos direitos de propriedade estrangeira ao Estado. Entretanto, por meio de ações regulatórias estatais, ingeria-se no uso, no gozo, no valor e na condução dos investimentos de forma a gerar efeitos tão negativos ao investidor que se equipararam estes a uma expropriação clássica. Emergiu-se, portanto, a expropriação indireta.

Embora passasse a integrar o arcabouço dos BITs, a falta de clareza normativa e o aumento progressivo dos casos, levados a tribunais arbitrais de investimento, fez com que o tema se tornasse cada vez mais complexo. A prática variável dos tribunais arbitrais de investimento passou a causar certo grau de insegurança jurídica internacional aos investidores e aos Estados. Em primeiro momento, pela falta de consenso sobre o instituto da expropriação indireta. Em segundo, pois, muitas vezes, os árbitros deixaram de lado o conjunto de direitos e valores embutidos nas medidas regulatórias suscitadas como expropriatórias,² causando a apreensão dos Estados soberanos.

Diante disso, indaga-se se os acordos de investimento, em seu atual estado da arte, têm se apresentado de fato como cooperativos quanto à questão da expropriação indireta, ou seja, se os arranjos sobre expropriação indireta e outros dispositivos do acordo que os influenciam ensejam a não violação do acordo. Essa dúvida se torna importante, pois, quanto mais cooperativo é o acordo, teoricamente, menor a probabilidade de as partes o violarem e, conseqüentemente, a questão de a expropriação indireta ser levada à arbitragem de investimentos.

A tese que responde à problemática é a de que os acordos de investimentos têm sido pouco cooperativos em relação à expropriação indireta, porém, há acordos de investimentos que estão sendo mais cooperativos que outros, já que, conforme a sua configuração, suas cláusulas afastam mais ou menos problemas de cooperação e incertezas. Para comprovar a tese, o presente artigo se propôs a analisar acordos selecionados de países rele-

vantes na área dos investimentos, diante da inviabilidade de análise de mais de 3.000 BITs atualmente em vigor.

Nesse sentido, a partir do modelo de acordo mais cooperativo, encontrado nos acordos selecionados, este poderia servir como paradigma de mudança *ex ante* nos acordos de investimentos pouco cooperativos, o que refletiria, sobretudo, a arbitragem investidor-Estado, diminuindo-se a margem discricionária *ex post* dos tribunais arbitrais de investimento.

Desse modo, o objetivo central do presente artigo será analisar a expropriação indireta e se o arranjo de cláusulas dos acordos de investimento colabora para que sejam cooperativos quanto a esse instituto. A metodologia empregada consistirá, em um primeiro momento, na aplicação do método histórico para compreensão do contexto de surgimento da expropriação indireta no plano internacional e sua inclusão no regime internacional de proteção dos investimentos. Nesse contexto, será estudada também a *regulatory taking*, instituto advindo do Direito americano e que envolve a diminuição do uso economicamente viável de propriedades em razão de regulações estatais deletérias, a qual, aparentemente, foi transposta para o plano internacional por meio dos BITs e dos acordos preferenciais de comércio que os EUA fazem parte, especialmente o *North America Free Trade Agreement (NAFTA)*.

Em seguida, será analisado o arcabouço clausular dos acordos de investimento e seu reflexo em relação à cooperação e à expropriação indireta. Para isso, será aplicada a Teoria do Continente do Direito Internacional, desenvolvida por Bárbara Koremenos, que auxiliará a compreensão e instrumentalização da variação dos desenhos dos acordos internacionais. A Teoria possibilitará maior entendimento sobre as mudanças em relação ao recorte específico do Direito Internacional dos Investimentos e, especialmente, à questão da expropriação indireta. A escolha dessa teoria se justifica, pois se trata de aperfeiçoamento da Teoria do Desenho Institucional Racional, desenvolvida pela própria Koremenos, em parceria com Charles Lipson e Duncan Snidal, em 2004³, e oriunda das Relações Internacionais. O desenho institucional racional foi uma tentativa de explicar a racionalidade dos Estados na busca de arranjos variá-

¹ Créditos do autor

² Sigla para a nomenclatura inglesa *bilateral investment treaties*, a qual é mais utilizada no Direito Internacional.

³ ORTINO, Federico. Refining the Content and Role of Investment 'Rules' and 'Standards': A New Approach to International Investment Treaty Making. *ICSID Review*, v. 28, n. 1, p. 152-168, 2013. p. 162.

veis para seus acordos internacionais, para solucionar determinados problemas materiais e de cooperação, e atender aos seus interesses. Na Teoria do Continente, Koremenos⁴ considera o desenho institucional racional como ponto de partida e o atualiza em suas variáveis e conjecturas, ampliando sua aplicação empírica em diversas áreas do Direito Internacional. O refinamento técnico da teoria pode ser observado no alargamento dos problemas de cooperação e no refinamento das conjecturas,⁵ especificando, por exemplo, as flexibilidades adequadas a cada situação-problema, dentre outras variáveis dependentes que tiveram suas subdimensões mais bem trabalhadas.

A partir da análise dos problemas de cooperação e as incertezas verificados na questão da expropriação indireta, e das cláusulas específicas dos tratados que visam mitigar ou dissuadir esses problemas, será elaborado um arranjo ideal de cláusulas que, teoricamente, seria o mais apropriado para fomentar a cooperação em um acordo internacional de investimento. Serão selecionadas as variáveis dependentes (ou cláusulas) analisadas nos BITs selecionados, e será estabelecida uma gradação para que seja possível classificá-las como mais ou menos cooperativas.

Por fim, um dos pontos mais importantes do trabalho será o emprego do empirismo para que se possa efetuar uma análise qualitativa dos acordos internacionais de investimento. Essa será realizada com base em um recorte temporal específico dos BITs firmados no século XXI, de 1º de janeiro de 2001 a 1º de janeiro de 2022, e um recorte material dos acordos de China, Canadá, EUA, Índia, Rússia e Brasil. O lapso temporal selecionado foi escolhido também pensando nos tratados assinados ou renegociados no século XXI, e que, teoricamente, já são vetores da reforma em andamento e contêm alterações importantes a serem estudadas. A limitação da amostra dos países se deu, primeiramente, porque o universo de acordos de investimento assinados chega a mais de 3.000 BITs, por isso a necessidade de se focar em um número específico de acordos, para que o exame qualitativo seja mais profícuo. Além disso,

esses países são relevantes para o cenário econômico internacional e, em uma primeira leitura, possuem atuação destacada no atual cenário do Direito Internacional dos Investimentos. Ao final do artigo, será avaliado qual é o modelo que enseja mais cooperação em relação à expropriação indireta, dentre os padrões de proteção internacional empiricamente examinados.

2 Expropriação Indireta e sua Intervenção nos Direitos de Propriedade dos Investidores Estrangeiros

O Direito Internacional dos Investimentos é o principal arcabouço jurídico para o resguardo dos direitos dos investidores no exterior e foi desenvolvido com mais intensidade após a Segunda Guerra Mundial, especialmente em face de ações discriminatórias e arbitrárias de Estados receptores de investimento, as quais afetaram, dentre outras questões, o direito à propriedade dos investidores estrangeiros.

Inicialmente, as discussões concentravam-se em episódios de expropriação e nacionalização sem o pagamento de devida compensação, os quais ganharam grande repercussão com os casos da nacionalização do canal de Suez pelo Egito, em 1956, e da Companhia de Petróleo Anglo-Iraniana pelo Irã, em 1953⁶. Nesses casos, países em desenvolvimento arguíram o Princípio da Soberania Permanente sobre os recursos naturais, a riqueza e as atividades econômicas⁷ para afastar violações em sua soberania econômica em razão de direitos contratuais ou do direito de propriedade requeridos por outros Estados ou por companhias estrangeiras.⁸

Em um primeiro momento, as normas costumeiras forneceram os subsídios protetivos para lidar com a questão da expropriação. Posteriormente, essas diretrizes foram codificadas, primeiramente nos tratados de

⁴ KOREMENOS, Barbara; LIPSON, Charles; SNIDAL, Duncan. The Rational Design of International Institutions. In: KOREMENOS, Barbara; LIPSON, Charles; SNIDAL, Duncan (org.). *The rational design of international institutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 1-39.

⁵ KOREMENOS, Barbara. *The continent of international law explaining agreement design*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 2.

⁶ KOREMENOS, Barbara. *The continent of international law explaining agreement design*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 11.

⁷ TRUITT, J. Frederick. *Expropriation of private foreign investment*. Bloomington: Graduate School of Business Division of Research University of Indiana, 1974. p. 12 e 19.

⁸ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos investimentos e o petróleo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 18, p. 1-37, 2010. p. 2.

comércio, amizade e navegação e, posteriormente, nos BITs.

A partir da década de 1960, houve um arrefecimento desse tipo de intervenção estatal direta nos direitos de propriedade dos investidores estrangeiros. Desde então, outros tipos de interferências, com caráter mais sofisticado, porém igualmente impactante, apareceram. Estes se referem à denominada expropriação indireta.

Na expropriação indireta, há uma variedade de ações regulatórias, omissões ou outras condutas deletérias⁹ que impactam, negativamente, a operação da companhia estrangeira, privando o investidor do uso ou do gozo do investimento e comprometendo os benefícios substanciais da propriedade, sem que haja uma transferência formal do título da propriedade. As ações podem ser oriundas do Executivo (federal, estadual e municipal), do Legislativo, do Judiciário, de agências especializadas,¹⁰ dentre outras entidades estatais. Essas ações tornam a permanência do investimento ou a geração de lucros impossível, forçando o investidor a encerrar suas operações.¹¹

A expropriação indireta tem como antecedente relevante a *regulatory taking*, instituto oriundo do Direito Americano e que está no centro dos debates sobre os limites do controle governamental sobre a propriedade privada. O conceito tem sido levantado perante o judiciário americano, especialmente em casos em que a regulação estatal desvaloriza a propriedade ou impede que o proprietário prossiga com o seu uso, limitando o exercício dos direitos de propriedade, o que requer, segundo a interpretação da 5ª Emenda, necessariamente, compensação.

Dentre os casos envolvendo a *regulatory taking*, o caso *Penn Central Transportation Co. v. City of New York*,¹² de 1978 merece destaque. Neste, houve a tentativa da Penn Central, empresa que administrava a estação de trem Gran Central Railroad Station, de Nova York, de construir um prédio de escritórios acima do prédio histórico da estação. A Lei municipal de Preservação de Marcos

Históricos, de 1965, designou uma Comissão de Preservação municipal para avaliar edifícios, estruturas e bairros para preservar a arquitetura histórica da cidade e esta negou autorização para a construção do empreendimento, e a empresa entrou com ação alegando que, ao negar a construção no espaço aéreo acima da estação, a prefeitura havia realizado uma *regulatory taking*. Em sua análise, a Suprema Corte elaborou um teste multifatorial para determinar quando ocorreria uma *regulatory taking* e concluiu que a Penn Central falhou em comprová-lo. A corte concluiu que 3 fatores específicos deveriam ser analisados: (i) o impacto econômico da regulação; (ii) o nível de interferência da ação nas expectativas que se colocavam sobre o investimento; e (iii) o caráter da ação governamental.¹³ O método levantou questões importantes, como a de que um regulamento seria reconhecido como uma *regulatory taking* se tivesse ido “longe demais” em seu propósito e fosse excessivo na regulação da propriedade.

Segundo Waelde e Kolo,¹⁴ o termo *regulatory taking*, ainda, não foi formalmente utilizado na redação de nenhum BIT ou acordo preferencial de comércio, porém, ao se analisar a linguagem dos primeiros acordos de investimento envolvendo os EUA, especialmente na década de 1980 e no início dos anos 1990, sugere-se que os APPRI claramente incluíram em sua redação — até certo ponto — esse instituto, como uma forma não convencional e atual de expropriação e que demanda pagamento de compensação.¹⁵ No entanto, a expropriação indireta no Direito Internacional dos investimentos vai além da *regulatory taking* americana, pois (i) os direitos protegidos são mais amplos e envolvem direitos reais tangíveis, intangíveis, apresentando desde direitos contratuais, *market share* e lucros futuros até direitos de propriedade intelectual; (ii) as medidas envolvem uma diminuição no valor do direito real em si, normas que impliquem redução da atividade lucrativa,¹⁶ o que ocor-

¹³ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Penn Central Transportation Co. v. City of New York*. 438 U.S. 104, 1978.

¹⁴ MELTZ, Robert; MERRIAM, Dwight H.; FRANK, Richard M. *The takings issue: constitutional limits on land-use control and environmental regulation*. Washington: Island Press, 1999. p. 131.

¹⁵ WAELDE, Thomas; KOLO, Abba. Environmental regulation, investment protection and ‘regulatory taking’ in international law. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 50, n. 4, p. 811-848, 2001. p. 821.

¹⁶ STANLEY, Jon A. Keeping big brother out of our backyard: regulatory takings as defined in international law and compared to american fifth amendment jurisprudence. *Emory International Law Re-*

⁹ BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 43.

¹⁰ REISMAN, W. Michael; SLOANE, Robert D. Indirect expropriation and its valuation in the BIT generation. *Faculty Scholarship Series*, Paper 1002, p. 115-150, 2004. p. 118.

¹¹ BONNITCHA, Jonathan. *Substantive protection under investment treaties*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 5.

¹² SUBEDI, Surya P. *International investment law: reconciling policy and principle*. 3. ed. Oxford: Hart Publishing, 2016. p. 151.

re, por exemplo, quando licenças para operar são retiradas ou quando há restrições às exportações, limitando o acesso ao mercado do país. As ações do judiciário também podem ser consideradas expropriações e as medidas podem envolver normas de interesse geral, como as de proteção ambiental; (iii) não é necessário que o investidor seja privado de todo o seu investimento, podendo a restrição ser parcial¹⁷, isto é, deve-se analisar se houve destruição da capacidade de fazer uso do investimento em sentido econômico, não sendo necessária a tomada total e (iv) pode ser discutida por meio da arbitragem de investimentos, em que não é necessário o esgotamento dos recursos internos para tanto.

Paralelamente à proliferação dos APPRIs, houve algumas tentativas de negociação de acordos multilaterais sobre investimentos. Houve a discussão de acordos no âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), os quais foram precursores da positivação da expropriação indireta, porém não se trataram de instrumentos vinculantes. O primeiro refere-se à Convenção Ab-Shawcross, de 1959, que estipulou que nenhuma medida deveria ser efetuada para privar, direta ou indiretamente, a propriedade do estrangeiro, exceto por meio do devido processo legal. Em caso de prova de não discriminação das medidas, deveria haver o pagamento justo e equitativo de compensação, que deveria simbolizar o valor genuíno da propriedade afetada, ser realizada de maneira transferível e ser paga sem atrasos indevidos. Ainda, se a ação constituísse uma interferência ilegal na propriedade, isso não demonstraria um exercício soberano de pleno direito, pois a medida não atenderia ao interesse público¹⁸.

A segunda tentativa diz respeito ao Projeto de Convenção para a Responsabilidade dos Estados por Danos aos Estrangeiros (Projeto de Convenção de Harvard), de 1961, que dispunha que a tomada da propriedade incluía a apropriação absoluta da propriedade, além de qualquer interferência desmotivada no uso, no gozo ou na disposição desta, por um período razoável após o início da interferência. O documento abordou questões sensíveis sobre a fronteira tênue entre uma regulação legítima não compensável e uma expropriação indire-

ta. Haveria, portanto, uma categoria de regulações não compensáveis, aquelas que resultassem da execução de leis tributárias; de uma mudança geral no valor da moeda; da ação das autoridades competentes do Estado na manutenção da ordem pública, da saúde ou da moralidade; ou do exercício válido de direitos ou de outra forma incidentais relativas ao funcionamento normal das leis do Estado. Estas não seriam consideradas prejudiciais ao investidor e, portanto, não se configurariam como expropriação indireta¹⁹.

O Projeto de Convenção de 1961 passou por uma revisão, sendo sucedido por um terceiro documento, o Projeto da Convenção da Proteção da Propriedade Estrangeira, de 1967, com algumas modificações ao projeto anterior. Primeiramente, o termo “propriedade” se referiu a todos os bens, direitos e interesses tomados direta ou indiretamente, ficando estipulado que nenhuma parte tomaria medidas que privassem, direta ou indiretamente, a propriedade de um nacional de outra parte, a não ser que fossem justificadas pelo interesse nacional, seguissem o devido processo, não fossem discriminatórias e que fosse paga compensação justa. A expropriação indireta foi referida como uma privação, em última instância, do gozo ou do valor da propriedade do estrangeiro, sem que fosse identificável, por exemplo, como privação completa, a depender de sua extensão ou de sua duração. Porém, assim como no projeto anterior, se reconheceria, implicitamente, o direito soberano de um Estado, mediante lei, de privar os proprietários, incluindo estrangeiros, de bens que se encontrassem em seu território se isso se mostrasse importante para a persecução de seus fins políticos, sociais ou econômicos. O projeto de Convenção de Proteção da Propriedade Estrangeira de 1967 nunca foi aberto para assinaturas²⁰.

Diante da ausência de um arcabouço regulatório multilateral, a prescrição da expropriação indireta se difundiu com maior intensidade nos BITs, se iniciando de forma tímida e menos específica, progredindo para re-

view, v. 15, n. 1, p. 349-389, 2001. p. 356.

¹⁷ SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. 3. ed. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 368-370.

¹⁸ KRIEBAUM, Ursula. Regulatory takings: balancing the interests of the investor and the State. *Journal of World Investment & Trade*, v. 8, n. 5, p. 717-744, 2007. p. 723.

¹⁹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. “Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law. In: *OECD Working Papers on International Investment 2004/04*, OECD Publishing, 2004. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf. Acesso em: 04 jul. 2017. p. 7.

²⁰ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*. 12 out. 1967. Disponível em: <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2017. p. 41.

ferências desde textos vagos e pouco diretos, como medidas equivalentes à expropriação (*measures tantamount to expropriation* ou *equivalent to expropriation*) ou outras medidas similares (*other similar measures hereinafter referred to as “expropriation”*), até textos com menção expressa à expropriação indireta. Porém, tais termos podem ser intercambiáveis, havendo mais uma diferença formal do que substancial em seu significado²¹. Considerando-se essas características, questiona-se se os arranjos da expropriação indireta, combinados com outras cláusulas negociadas nos acordos de investimento, ensejam a cooperação, ou seja, a não violação dos acordos quanto a esse tema.

3 Teoria do Continente do Direito Internacional como Marco Teórico Explicativo para o Desenho das Cláusulas de Expropriação Indireta nos Acordos de Investimento

Diante da racionalidade inerente ao processo negociador, optou-se pelo racionalismo institucional como suporte explicativo para analisar a expropriação indireta nos acordos de investimento. Essa vertente teórica, desenvolvida nas Relações Internacionais, é trabalhada com foco em uma de suas ramificações, a Teoria do Continente do Direito Internacional, desenvolvida por Bárbara Koremenos. Sua premissa central é que, conforme certos problemas de cooperação e incertezas incidam na relação ou em determinada matéria, é possível escolher, de antemão, quais cláusulas seriam mais aconselháveis de forma a afastá-los. Assim, as disposições dos acordos não são escolhidas de forma aleatória, mas são moldadas por problemas de cooperação e incertezas (que podem incidir, inclusive, de forma combinada); e, ao combatê-los, busca-se tornar a cooperação a mais próxima do eficiente e diminuir as chances de o acordo ser violado.

Dentre os problemas de cooperação que os acordos tentam resolver, estão: (i) *problema quanto à distribuição*: preferências divergentes que os Estados têm sobre os termos substantivos do acordo e a distribuição de custos e benefícios a respeito; (ii) *problema quanto ao cum-*

primento: atores detêm incentivos individuais para abdicarem da cooperação enquanto outros cooperam; (iii) *problema quanto à coordenação*: os Estados devem coordenar exatamente um resultado para melhor cooperarem na sua efetivação, e caso isso não seja possível, abrir-se-á margem para que os Estados prefiram ações unilaterais à cooperação conjunta, minando o acordo; (iv) *problema quanto ao comprometimento*: um Estado assume um compromisso por meio de acordo internacional e, no curso da aplicação do tratado, já em um momento futuro, há uma mudança que torna inconsistente a cooperação; (v) *incerteza em relação ao comportamento*: dificuldade de saber o que os outros Estados estão fazendo e se estão cooperando ou se abandonaram os compromissos assumidos; (vi) *incerteza em relação ao estado no mundo*: é não saber se as condições e a conjuntura serão favoráveis ou não para a concretização dos compromissos, considerando as características dos próprios Estados e do cenário global; (vii) *número de Estados*: quanto mais Estados estão envolvidos, mais difícil é a cooperação em tarefas, desde a mais simples, como as de comunicação entre os Estados, até as mais complexas, como votações ou revisões dos acordos e (viii) *assimetria de poder entre os participantes*: quando há Estados com níveis de poder distintos e que podem exercer pressão relevante para a concretização da cooperação²².

A partir da Teoria, identificaram-se os problemas de cooperação incidentes na expropriação indireta, as soluções previstas na Teoria para combatê-los e desenhou-se um modelo de cláusula ideal que ensinaria maior cooperação, conforme o quadro 1.

Quadro 1: desenho cooperativo quanto à expropriação indireta

Problemas de cooperação ou incerteza	Desenho da cláusula
Incerteza quanto ao estado do mundo	Exceções de interesse público
	Mecanismo centralizado de monitoramento formal delegado e solução de controvérsias
Incerteza quanto ao comportamento	Mecanismo centralizado de monitoramento formal delegado e solução de controvérsias
Problema quanto ao cumprimento	Regras de punição
	Mecanismo centralizado de monitoramento formal delegado e solução de controvérsias

²¹ HOFFMANN, Anne K. Indirect expropriation. In: REINISCH, August (org.). *Standards of investment protection*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 151-170. p. 155.

²² S'TERN, Brigitte. In search of the frontiers of indirect expropriation. In: ROVINE, Arthur W. (ed.). *Contemporary issues in international arbitration and mediation*. Leiden: Brill, 2008. p. 29-52. (The Fordham Papers, v. 1). p. 33-34.

Problemas de cooperação ou incerteza	Desenho da cláusula
Problema quanto ao comprometimento	Regras de punição
	Mecanismo centralizado de monitoramento formal delegado e solução de controvérsias
Problema quanto à distribuição	Imprecisão e reservas

Fonte: KOREMENOS, 2016; GABRIEL, 2019, p. 184.

A respeito dos 5 problemas de cooperação selecionados, a criação de um mecanismo centralizado de monitoramento e de solução de controvérsias, formalmente delegado, pode ser utilizada para eliminar instabilidades em 4 deles, em vez de um monitoramento informal realizado por atores não estatais. Nesse caso, seria preferível um órgão conduzido por autoridade central delegada e com procedimentos formais bem-definidos, em vez de sistema descentralizado para troca de informações entre as próprias partes.

O próximo arranjo de cláusulas é a inclusão de punições. Esta será realizada pelo alargamento do escopo do tratado para que se incluam regras fortes, e não meros padrões de comportamento, que disponham sobre sanções a serem aplicadas pelo mecanismo de solução de controvérsias à parte violadora. Essa aplicação terá efeito inibidor e servirá de exemplo para terceiros, além dos custos reputacionais intrínsecos à sanção.

Devem ser incluídas, também, flexibilidades, porém, de forma pontual e em situações específicas. Primeiramente, as exceções de interesse público, que afastam a incerteza em relação ao estado do mundo. Sua incidência faz sentido ao trazer mais segurança sobre situações que não se encaixam na regra, e reafirmar que a proteção aos investidores não é absoluta, sendo relativizada quando se trata de medidas referentes a áreas específicas.

Posteriormente, a imprecisão da linguagem e as reservas incidirão no afastamento dos problemas quanto à distribuição. A vagueza na redação pode ocorrer de forma específica no texto, atingindo, apenas, a matéria da divergência relativa à distribuição de ganhos, não sendo necessária no acordo todo ou na cláusula sobre expropriação indireta em geral. Isso faria com que não se comprometesse a precisão em outros itens, como na definição do instituto e nas hipóteses de exceção, e se tentasse acomodar a cooperação. A interposição de reservas é o único ponto de discordância com a aplicação das variáveis dependentes extraídas da teoria do Conti-

nente para a presente análise. As reservas são flexibilidades características de acordos multilaterais, visto que são úteis quando há dificuldade de se alcançar consenso integral na redação de acordo multipartes. Sua incidência faz com que a parte que as interpõe continue cooperando com o restante do tratado, exceto em relação àquela matéria específica. Como os BITs são bilaterais, caso uma das partes não se comprometa com um tema, parece mais fácil excluí-lo em vez de adicionar reserva.

4 Pesquisa Empírica nas Cláusulas de Expropriação Indireta nos Acordos de Investimento Selecionados

Extraído o desenho ideal, realizou-se pesquisa empírica para identificar qual acordo de investimentos é o mais próximo desse modelo e que poderá servir de paradigma para os demais Estados. A análise qualitativa das cláusulas de expropriação indireta dos acordos selecionados avaliará se as variáveis precisão da linguagem, exceções de interesse público, sobrevivência temporal, monitoramento e solução de controvérsias estão presentes em maior ou menor intensidade. Como o universo dos BITs conta com mais de 3.000 acordos, decidiu-se analisar os acordos de China, Canadá, EUA, Índia, Rússia e Brasil, entre 01/01/01 e 01/01/22. A escolha desses países não foi por acaso, e engloba países de importância regional e global, e que renegociam seus acordos nos últimos anos. A limitação temporal visou abranger os acordos firmados ou renegociados no século XXI.

Para a pesquisa empírica, elegeram-se as variáveis dependentes para serem analisadas nos acordos foram as seguintes: (i) precisão; (ii) exceção; (iii) sobrevivência temporal; (iv) monitoramento; e (v) solução de controvérsias. Cada uma delas representa um traço do desenho do acordo que, conforme a teoria utilizada, serve para afastar problemas de cooperação e incertezas na expropriação indireta. De acordo com determinada cláusula ou arranjo de cláusulas inseridos nessas dimensões, em maior ou menor grau, o acordo será mais ou menos cooperativo para o Estado.

A gradação foi estabelecida em quatro graus distintos: ++, +, 0 e -. Para as variáveis dependentes: precisão, sobrevivência temporal, monitoramento e solução de controvérsias, o ++ representa a solução mais

cooperativa incluída na redação dos acordos e o –, a opção menos cooperativa. Quanto à variável exceção de interesse público, sua mensuração se dá na ordem contrária, haja vista que quanto mais exceções houver nos acordos, isto é, quanto mais flexível o acordo (nível –), mais cooperativo ele é. Assim, realizou-se a métrica de análise dos acordos conforme quadro 2.

Quadro 2: precisão

Gradação	Descrição
++	O acordo define a expropriação indireta; há fatores de avaliação para diferenciar a regulação compensável da não compensável e/ou incluem-se no acordo os requisitos para a expropriação paulatina.
+	O acordo menciona a expropriação indireta, mas não a define.
0	O acordo menciona a medida como equivalente ou similar à expropriação.
–	O acordo não menciona a expropriação indireta.

Fonte: GABRIEL, 2019, p. 190.

A dimensão referente à precisão foi escolhida para que se pudesse analisar as disposições sobre expropriação e avaliar, por meio de sua linguagem, como tem sido a evolução normativa desse instituto, ora mais vago, ora mais preciso. Em uma primeira leitura, pode se observar que as disposições sobre expropriação nem sempre vêm inteiramente nas cláusulas específicas no corpo do tratado, podendo aparecer, também, nos anexos dos acordos, por isso a abrangência da matéria é tratada no acordo como um todo. Assim, quanto mais definida é a cláusula de expropriação, mais ações ou comportamentos são limitados, favorecendo a proteção do investidor. A gradação varia, portanto, da situação em que não há definição, passando por uma definição mais fraca e vaga, sem sequer mencionar o instituto. Posteriormente, evolui-se para uma gradação ainda vaga, mas que já menciona a expropriação indireta, reconhecendo o instituto. E, por fim, o cenário em que o grau protetivo para o Estado é menor refere-se àquele em que aparecem disposições detalhadas sobre a expropriação indireta no acordo. Estas abrangeriam a nomenclatura “expropriação indireta”, sua definição, o estabelecimento de critérios para a diferenciação entre medidas compensáveis e não compensáveis e, em alguns casos e de forma ainda mais específica, requisitos para a expropriação paulatina.

Quadro 3: exceção de interesse público

Gradação	Descrição
++	Sem exceções.
+	Exceções nos anexos; exclusão de medidas relacionadas a proteção ambiental, saúde pública e segurança.
0	Exceções nos anexos e/ou cláusulas específicas no corpo do tratado que protegem o meio ambiente, a saúde pública e a segurança ou outra temática de interesse público.
–	Exceções nos anexos; exclusões de medidas de proteção ambiental, saúde pública, segurança, questões trabalhistas, licença compulsória de fármacos e outras medidas, relacionadas, entre outros setores, à propriedade intelectual; cláusulas específicas no corpo do tratado; cláusula específica sobre o direito de regular.

Fonte: GABRIEL, 2019, p. 191.

A dimensão da exceção de interesse público²³ é uma das mais importantes da análise, visto que é reconhecida como a principal inovação presente nos acordos de forma combinada com as disposições de expropriação indireta. Sua gradação inicia-se com a ausência de exceções. A gradação seguinte corresponde à presença de exceções às medidas de proteção ambiental, saúde pública e segurança, as quais não são compensáveis e, portanto, não constituirão expropriação indireta. Contudo, nesse caso, as demais medidas em áreas não especificadas ainda são passíveis de contestação e compensação.

O grau estabelecido inclui não somente as exceções contidas nos anexos, mas também cláusulas específicas relacionadas às temáticas de interesse público. Estas, normalmente, são de cunho mais programático, mas, ainda assim, reforçam o direito do Estado de regular essas matérias. Por fim, a última gradação seria aquela com a maior quantidade de exceções possíveis, em áreas e setores, menções ao direito do Estado de regular determinadas áreas e, o mais importante: nesses casos, há no acordo uma cláusula específica que legitima o direito de regular do Estado.

²³ KOREMENOS, Barbara. *The continent of international law explaining agreement design*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 27-37.

Quadro 4: sobrevivência temporal

Gradação	Descrição
++	Tempo de sobrevivência maior que 10 anos.
+	Tempo de sobrevivência de 5 a 10 anos.
0	Tempo de sobrevivência menor que 5 anos.
-	Sem tempo de sobrevivência.

Fonte: GABRIEL, 2019, p. 192.

A dimensão da sobrevivência temporal foi escolhida, pois se relaciona com o âmbito material dos acordos e, principalmente, pois, apesar de a Teoria do Continente do Direito Internacional estabelecer que a sobrevivência temporal, ou tempo de espera, seja parte das exceções, entende-se que o tempo de espera, vinculado a um acordo já denunciado e terminado, não deixa de representar uma punição ao Estado por desejar cessar a cooperação. Sua gradação foi moldada a partir do tempo de vinculação superveniente à saída do acordo, e o cenário mais rígido e favorável à eliminação de problemas que atrapalhem a cooperação constitui um tempo de sobrevivência maior que 10 anos. As outras gradações vinculam o Estado por menos tempo, até se chegar ao patamar mais fraco do ponto de vista da cooperação, que é a ausência de tempo de sobrevivência.

Quadro 5: monitoramento

Gradação	Descrição
++	Monitoramento por órgão centralizado formal delegado; presença de cláusula de transparência e/ou de cláusula de troca de informações, para fiscalização conjunta das partes; participação de <i>experts</i> e de atores não estatais na fiscalização.
+	Monitoramento por órgão centralizado formal delegado; presença de cláusula de transparência para fiscalização conjunta das partes.
0	Monitoramento por órgão centralizado formal delegado.
-	Sem monitoramento.

Fonte: GABRIEL, 2019, p. 193.

A dimensão do monitoramento foi selecionada para que se pudesse medir o grau de fiscalização e esforços para dar transparência às medidas regulatórias dos Estados. Sua gradação vai da ausência de monitoramento até o reforço progressivo na cooperação por meio de um órgão centralizador, do compromisso de troca de

informações e transparência entre as partes, estabelecido por cláusulas específicas, e do auxílio dos entes não estatais no monitoramento do acordo, como ONGs, associações e *experts*. O patamar em que haveria mais monitoramento seria, portanto, aquele em que há mais colaboração e todos atuam, conjuntamente, para garantir maior transparência às regulações estatais.

Quadro 6: solução de controvérsias

Gradação	Descrição
++	Arbitragem investidor-Estado para qualquer matéria.
+	Arbitragem investidor-Estado e entre Estados com a exclusão de determinadas matérias.
0	Arbitragem entre Estados.
-	Solução descentralizada.

Fonte: GABRIEL, 2019, p. 193.

A dimensão solução de controvérsias tem papel fundamental para o afastamento de problemas de cooperação nos acordos. Para sua análise, estabeleceu-se gradação que engloba desde uma situação em que há solução descentralizada, ou seja, as partes poderão resolver suas disputas entre si, até a inclusão de um órgão centralizado delegado. A variação ocorrerá conforme as peculiaridades desse sistema de solução de controvérsias.

A gradação consiste na inclusão da arbitragem entre Estados, a qual concentra a ação inteiramente nos Estados. Em seguida, o cenário progride para uma maior proteção do investidor, com o aparecimento de disposição acerca da arbitragem de investimentos, a qual pressupõe que o investidor pode acionar o Estado independentemente. O fato de o acordo ressaltar, normalmente, por meio de reservas, que determinada matéria não é arbitrável, traz benefícios protetivos aos Estados, que não terão tal matéria contestada na arbitragem (tanto de investimentos quanto entre Estados). Porém, quando a cláusula de solução de controvérsias é estabelecida sem reservas; o que ocorre na maioria dos casos, qualquer matéria poderá ser arguida *a posteriori* se houver uma disputa.

Dessa forma, conforme a métrica e a gradação estipuladas, o desenho mais propenso à cooperação seria um acordo preciso; com exceções nos anexos, normas relacionadas às áreas específicas, que reforçam o direito de regular no corpo do acordo, bem como cláusula específica sobre o direito de regular do Estado; com cláusula

de sobrevivência longa, abrangendo um período maior que 10 anos; com um monitoramento robusto, efetuado tanto pelas partes quanto por órgão centralizado delegado e entes não estatais; e com cláusula prevendo a arbitragem investidor-Estado como método de solução de controvérsias, sem nenhuma exclusão material sobre o que pode ser submetido à arbitragem. Destaca-se que essa métrica foi elaborada dessa maneira em razão de alguns acordos do século XXI já possuírem cláusulas específicas garantindo o direito de regular do Estado, o que fortalece ainda mais essa premissa.

Por outro lado, a moldura jurídica mais fraca à cooperação seria aquela em que a cláusula de expropriação é genérica, sem mencionar a expropriação indireta; não há exceções; não há cláusula de sobrevivência, ou seja, haveria a saída imediata do acordo após o período de notificação; não há monitoramento e a solução de controvérsias é descentralizada. Ressalta-se que esses são cenários extremos, havendo, ainda, a possibilidade de variação.

Assim, após apresentada a métrica e a gradação utilizada na análise dos acordos, ressaltam-se as limitações do método escolhido. Com a presente métrica e gradação, tentou-se conduzir a análise para critérios objetivos envolvendo as características dos acordos e sua relação com a cooperação. Contudo, a pesquisa não está isenta de subjetividade, especialmente porque a análise empírica foi realizada de forma individual, sem o auxílio de outros pesquisadores para realizar a dupla ou tripla análise que se costuma fazer no caso de pesquisas empíricas extensas e com mais tempo, capital humano e estrutura.

Outro esclarecimento necessário diz respeito à ausência de análise da cláusula de tratamento justo e equitativo e a cláusula guarda-chuva, ou *umbrella clause*. A primeira delas corresponde a um padrão de proteção ambíguo utilizado com frequência para cobrir lacunas deixadas por outros padrões de proteção internacional, referindo-se, normalmente, a comportamentos em consonância com o Direito Internacional, de acordo com padrões mínimos de proteção, ou a uma lista determinada de elementos, a depender do tratado.²⁴ A segunda, a mecanismo que amplia a proteção ao investidor estrangeiro por ter o efeito de estender ou alargar a obriga-

ção contratual entre o investidor e o Estado ao nível de proteção entre Estados, ou seja, em relação ao tratado de investimentos.²⁵

Nenhuma das cláusulas foi examinada, pois se optou por adequar o desdobramento teórico do Continente do Direito Internacional ao objeto de acordo com a lógica da interação de suas variáveis, e nem o tratamento justo e equitativo, nem a *umbrella clause* se encontram nas dimensões de variáveis dependentes úteis à dissolução dos problemas de cooperação. Apesar de se reconhecer a sua importância para o Direito Internacional dos Investimentos, elas não se adequam ao prisma aplicado no presente trabalho em razão da linha de raciocínio baseada no marco teórico utilizado²⁶.

A pesquisa empírica revelou os seguintes resultados:

(i) *China*

Entre os 48 acordos analisados, concluiu-se que a China iniciou o século XXI negociando tratados com caráter mais impreciso, sem exceções de interesse público, com um grau de punição fraco em relação à superveniência da cobertura do acordo após o seu término e com um mecanismo de monitoramento e solução de controvérsias concentrado e forte. Seu padrão de negociação não é coerente, haja vista sua variação de molduras jurídicas ao longo da série trabalhada, mesmo quando seguia um padrão anteriormente. Isso faz com que se perceba que a opção chinesa varia, principalmente, quanto ao parceiro, e não segue um modelo aplicável a todos de forma igual.

A China assinou o que pode ser considerado o acordo mais cooperativo dentre os arranjos mais modernos pactuados, qual seja, o BIT China-Canadá, de 2012, que apresenta todas as características necessárias para afastar entraves à cooperação e incertezas que possam incidir na temática da expropriação indireta. Possui cláusula de exceção em um grau alto (nível 0) e precisão da linguagem em grau muito alto (nível ++), assim como um mecanismo de solução de controvérsias centralizado, também responsável pelo monitoramento do acordo.

²⁵ XAVIER JÚNIOR, Ely Caetano. *Direito internacional dos investimentos: o tratamento justo e equitativo dos investidores estrangeiros e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

²⁶ YANNACA-SMALL, K. Interpretation of the Umbrella Clause in investment agreements. *OECD Working Papers on International Investment 2006/03*, OECD Publishing, 2006. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2006_3.pdf. Acesso em: 15 maio 2019.

²⁴ MONEBHURRUN, Nitish. Crônicas do direito internacional dos investimentos. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 65-77, 2014. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/viewFile/3187/pdf>. Acesso em: 13 set. 2022.

Quanto ao último, ressalta-se que a fiscalização é alta em seu grau máximo (nível ++), uma vez que não somente é realizada pelo órgão citado, mas também deve ser realizada pelas partes, com o apoio formal dos entes não estatais, que poderão participar do monitoramento do acordo. Além disso, o acordo com o Canadá possui uma exclusão à arbitragem no anexo D.34, afastando a Lei de Investimentos Canadense da arbitragem investidor-Estado. Isso faz com que sua centralização esteja em um grau menor (nível +) em comparação aos outros acordos, porém isso não prejudica seu caráter cooperativo.

Tabela 1: tratados bilaterais de investimento da China²⁷

Tratado bilateral de investimento	Ano de assinatura	Entrada em vigor	Precisão da linguagem	Exceções de interesse público	Sobrevivência temporal	Monitoramento	Solução de controvérsias
China-Chipre	2001	2002	0	++	+	0	++
China-Quênia	2001	Não está em vigor	0	++	+	0	++
China-Nigéria	2001	2010	0	++	+	0	++
China-Jordânia	2001	Não está em vigor	+	++	+	0	++
China-Holanda	2001	2004	0	++	++	0	++
China-Mianmar	2001	2002	0	++	+	0	++
China-Bósnia e Herzegovina	2002	2005	0	++	+	0	++
China-Trinidad e Tobago	2002	2004	0	++	+	0	++
China-Costa do Marfim	2002	Não está em vigor	0	++	+	0	++
China-Guiana	2003	2004	0	++	+	0	++
China-Djibouti	2003	Não está em vigor	0	++	+	0	++
China-Alemanha	2003	2005	+	++	++	0	++
China-Benin	2004	Não está em vigor	0	++	+	0	++
China-Letônia	2004	2006	0	++	+	+	++
China-Uganda	2004	Não está em vigor	+	++	+	0	++

²⁷ GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. *Expropriação indireta nos acordos de investimento*. Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 194-195.

China-Tunísia	2004	2006	0	++	+	0	++
China-Finlândia	2004	2006	0	++	++	+	++
China-Coreia do Norte	2005	2005	0	++	+	0	++
China-BLEU (União Econômica Bélgica-Luxemburgo)	2005	2009	+	++	+	0	++
China-Espanha	2005	2008	0	++	+	0	++
China-Madagascar	2005	2007	0	++	+	0	++
China-República Tcheca	2005	2006	0	++	+	0	++
China-Portugal	2005	2008	0	++	+	+	++
China-Rússia	2006	2009	0	++	+	0	++
China-Índia	2006	Terminado	++	+	++	0	++
China-Coreia do Sul	2007	2007	+	++	+	+	++
China-França	2007	2010	+	++	++	0	++
China-México	2008	2009	+	++	+	0	++
China-Colômbia	2008	2013	++	0	+	0	++
China-Suíça	2009	2010	+	++	+	0	++
China-Mali	2009	2009	0	++	+	0	++
China-Malta	2009	2009	0	++	+	0	++
China-Uzbequistão	2011	2011	++	0	+	0	++
China-Canadá	2012	2014	++	0	++	++	+
China-Tanzânia	2013	2014	++	-	+	0	++
China - Turquia	2015	2020	+	++	+	+	++

Fonte: GABRIEL, 2019, p. 197-198.

(ii) Canadá

Entre os 21 acordos analisados, todos possuem a mesma gradação em suas cláusulas. A partir disso, extrai-se que o objetivo do Canadá foi criar um modelo coerente, robusto e aplicável a qualquer parceiro. Seu padrão de proteção consiste em uma combinação muito cooperativa, em que a cláusula sobre expropriação indireta possui linguagem altamente precisa (nível ++), inclusive com o acréscimo da expressão “para maior certeza”, ou for greater certainty, ao se explicar o conceito e a abrangência de medidas tributárias como passíveis de constituírem expropriação indireta, havendo também a inclusão de exceções em grau alto (nível 0), as quais englobam flexibilidades nos anexos referente às

mais variadas áreas e setores, além de menções no corpo do texto do acordo. Além dessas cláusulas, também há rigidez na sobrevivência temporal, a qual prescreve uma vinculação superveniente após o fim do acordo de mais de 10 anos e a inclusão de um mecanismo de monitoramento forte, com órgão centralizado delegado e obrigação estipulada às partes de trocarem informações sobre suas regulações internas que possam afetar os investidores, como forma de dar mais transparência à relação.

O BIT Canadá-Benim ressalta, ainda, a criação de uma comissão conjunta, formada por representantes dos Estados para que aprofundem o monitoramento das regulações domésticas dos países, o que revela o esforço legislativo em determinar um monitoramento forte. Por fim, esse ônus de monitoramento ainda foi formalmente dividido nos acordos canadenses com o reconhecimento da possibilidade de fiscalização e acompanhamento por entidades não estatais, por meio do relatório de experts e das regras procedimentais para submissão por *amicus curiae* — as quais aparecem regulamentadas no BIT Canadá-Burkina Faso. A abertura canadense à participação de atores não estatais ocorre pelo Canadá desde 2006, enquanto países como China e Índia somente a incluíram, de forma pontual, em 2012 (no próprio acordo China-Canadá) e em 2016 (no acordo Índia-Belarus).

Quanto ao mecanismo de solução de controvérsias, a arbitragem investidor-Estado figura em todos os acordos. Contudo, ao final dos anexos dos acordos, há sempre ressalva quanto à lei doméstica canadense sobre investimentos, a qual se estipula que não será arbitrável. Essa medida tem caráter de reserva, pois expõe o desejo da parte em não se atrelar à arbitragem de investimentos se esta envolver determinada legislação, permanecendo aberta à cooperação em relação ao restante do tratado. Há reserva também da outra parte, apenas, no BIT Canadá-Mongólia, em que a Mongólia exclui da arbitragem decisões que proíbem ou restringem a aquisição dos investimentos em seu território.

Tabela 2: tratados bilaterais de investimento do Canadá²⁸

Tratado bilateral de investimento	Ano de assinatura	Entrada em vigor	Precisão da linguagem	Exceções de interesse público	Sobrevivência temporal	Monitoramento	Solução de controvérsias
Canadá-Peru	2006	2007	++	0	++	++	+
Canadá-Letônia	2009	2011	++	0	++	++	+
Canadá-República Tcheca	2009	2012	++	0	++	++	+
Canadá-Romênia	2009	2011	++	0	++	++	+
Canadá-Jordânia	2009	2009	++	0	++	++	+
Canadá-Eslováquia	2010	2012	++	0	++	++	+
Canadá-Kuwait	2012	2014	++	0	++	++	+
Canadá-China	2012	2014	++	0	++	++	+
Canadá-Benim	2013	2014	++	0	++	++	+
Canadá-Tanzânia	2013	2013	++	0	++	++	+
Canadá-Camarões	2014	2016	++	0	++	++	+
Canadá-Nigéria	2014	Não está em vigor	++	0	++	++	+
Canadá-Sérvia	2014	2015	++	0	++	++	+
Canadá-Senegal	2014	2016	++	0	++	++	+
Canadá-Mali	2014	2016	++	0	++	++	+
Canadá-Costa do Marfim	2014	2015	++	0	++	++	+
Canadá-Burkina Faso	2015	2017	++	0	++	++	+
Canadá-Guiné	2015	2017	++	0	++	++	+
Canadá-Hong Kong	2016	2016	++	0	++	++	+
Canadá-Mongólia	2016	2017	++	0	++	++	+
Canadá-Moldova	2018	Não está em vigor	++	0	++	++	+

Fonte: GABRIEL, 2019, p. 201-202.

(iii) EUA

No lapso temporal pesquisado, os únicos BITs firmados pelos EUA foram com Uruguai, em 2005, e com Ruanda, em 2008. Uma justificativa para tanto pode ser a preferência americana para com a assinatura dos acordos de livre comércio, que, dentre outras matérias,

²⁸ Elaboração própria com base em dados coletados pela UNCTAD.

também inclui capítulo sobre investimentos. Os BITs americanos são altamente precisos (nível ++), possuem exceções de interesse público altas, porém sem cláusula que reforça o direito de regular. Suas cláusulas quanto à sobrevivência temporal são altas, porém não em seu nível máximo, abrangendo um período de 5 a 10 anos de cobertura das proteções do acordo mesmo após o seu término. A gradação de seu monitoramento é alta e, assim como os acordos canadenses, envolve a fiscalização por órgão centralizado delegado, pelas partes do acordo e por entidades não estatais e experts.

A única variação entre os acordos é em relação ao sistema de solução de controvérsias, pois o anexo C, item 1, do acordo entre EUA e Uruguai estabelece que os EUA não poderão levar uma demanda que envolva os artigos 3 a 10 do acordo, que envolve também expropriação, à arbitragem de investimentos se ela já tiver sido analisada pelos tribunais administrativos internos uruguaios. Desse modo, a centralização do mecanismo de solução de controvérsias desse acordo é, apenas, alta, haja vista essa exclusão. Nesse sentido, o modelo de acordo americano é tão cooperativo quanto o canadense, mesmo sendo o acordo EUA-Ruanda mais rígido, permitindo a arbitragem sem qualquer exclusão.

Tabela 3: tratados bilaterais de investimento dos Estados Unidos²⁹

Tratado bilateral de investimento	Ano de assinatura	Entrada em vigor	Precisão da linguagem	Exceções de interesse público	Sobrevivência temporal	Monitoramento	Solução de controvérsias
E U A - Uruguai	2005	2006	++	0	+	++	+
E U A - Ruanda	2008	2012	++	0	+	++	++

Fonte: GABRIEL, 2019, p. 204.

(iv) Índia

De 2001 até 2022, a Índia contou com 46 BITs assinados, 23 acordos terminados, 6 que não estão em vigor e, do universo inicial, apenas 17 em vigor. Os BITs indianos começaram a ser negociados com um traço de imprecisão em sua linguagem, apenas referindo-se ao instituto da expropriação indireta como equivalente ou similar à expropriação. Contudo, mesmo havendo uma mudança pontual com o BIT Índia-Kuwait, que era al-

tamente preciso (nível ++), de 2001 a 2004, todos os acordos firmados continuaram com linguagem vaga. Somente em 2006, em relação ao BIT Índia-Arábia Saudita, o grau de detalhamento dos acordos voltou e, após períodos de alternância, de 2010 a 2022, a linguagem dos BITs indianos foi marcada por alta precisão (nível ++). No entanto, a definição de expropriação indireta no BIT Índia-Kuwait é uma das mais detalhadas e prevê que “expropriação” também se aplica a intervenções ou medidas regulatórias referentes ao congelamento ou ao bloqueio do investimento; imposição ou tributação arbitrária ou excessiva sobre o investimento; venda compulsória de todo o investimento ou de parte dele, ou outras medidas comparáveis, que tenham efeito confiscatório ou expropriador de fato. Embora haja detalhamento ao definir no que consiste a expropriação indireta, durante a análise também se constataram especificidades apresentando, o que não estaria inserido nesse conceito. Nesse sentido, vários acordos indianos determinam a exceção de que ações ou decisões judiciais que versem sobre o interesse público, incluindo temas como meio ambiente, saúde pública ou segurança, não poderão ser arguidas como expropriação indireta. Assim como nos BITs chineses, nos indianos, também, há uma ação recíproca de troca de padrões. Essa mudança ocorre, em particular, na transição do BIT Índia-Líbia para o Índia-Islândia, em que, de um acordo vago (nível 0) e sem exceções (nível ++), a Índia passa a negociar um tratado muito preciso (nível ++) e com um grau de exceções alto (nível 0), novamente alterando para o padrão anterior no acordo firmado a seguir, o BIT Índia-Etiópia, voltando ao segundo modelo alternado com o BIT Índia-Uruguai. Com exceção do BIT com a Macedônia do Norte, todos os seguintes apresentaram essa alternância, ora preciso e flexível, ora vago e sem exceções, até um período constante de 2009 a 2011 e uma alteração pontual com o TBI Índia- Emirados Árabes, que é preciso, porém sem exceções. Desse modo, essa alternância faz com que se perceba a falta de concerto dos modelos de acordo indiano. Além disso, ressalta-se que o nível de flexibilidade dos BITs indianos somente se elevou quando combinado com uma alta precisão de linguagem, gerando uma combinação. O mesmo não se pode dizer da precisão na linguagem, que já incidiu com cláusulas com menor flexibilidade.

Outra peculiaridade a ser destacada é o alto grau de sobrevivência temporal do acordo, possuindo a maioria deles cláusula de espera com mais de 10 anos, o que

²⁹ Elaboração própria com base em dados coletados pela UNCTAD.

leva a pensar que os BITs indianos são altamente punitivos nesse sentido. Esse quadro, entretanto, foi exce-tuado pelos acordos firmados com Belarus em 2018 e Quirguistão, em 2019, que incluiu um tempo de espera menor, de até 5 anos. Nesse contexto, esses acordos dispõem de um mecanismo de monitoramento de nível forte, em que a função será legitimamente exercida pelo órgão centralizado delegado, pelas partes e pelos entes não estatais. Ocorre que essa não era a prática até então, havendo, simplesmente, a fiscalização por meio do órgão central, o que se alterou com o BIT com a Islândia, que previa cláusula de transparência, prescrevendo que as partes também deveriam auxiliar na fiscalização. Nesse particular, os BITs com a Islândia, Belarus e Quirguistão mostram-se como os mais avançados em sua formatação, em comparação com o restante, visto que, além da combinação entre precisão e flexibilidade, possuem mecanismo de monitoramento mais forte que os outros. Contudo, mesmo que o acordo islandês possua, apenas, monitoramento alto (nível +), os BITs com Belarus e Quirguistão possuem monitoramento mais forte, no entanto, o grau de punição do BIT com o Quirguistão é baixo, pois não possui sobrevivência temporal. Por fim, o acordo com o Brasil segue uma tendência dos acordos de investimento brasileiros, não menciona a expropriação indireta (apenas a direta), por isso, considerou-se a inexistência de exceções de interesse público que as excluam da incidência expropriação indireta. Ainda, o acordo não indica sobrevivência temporal e submete as disputas à arbitragem entre Estados.

Tabela 4: tratados bilaterais de investimento da Índia³⁰

Tratado bilateral de investimento	Ano de assinatura	Entrada em vigor	Precisão da linguagem	Exceções de interesse público	Sobrevivência temporal	Monitoramento	Solução de controvérsias
Índia-Mongólia	2001	2002 Terminado	0	++	+	0	++
Índia-Croácia	2001	2002 Terminado	0	++	++	0	++
Índia-Kuwait	2001	2003 Terminado	++	++	++	0	++
Índia-Ucrânia	2001	2003 Terminado	0	++	++	0	++
Índia-Chipre	2002	2004 Terminado	0	++	+	0	++
Índia-Gana	2002	Não Ratificado	0	++	++	0	++

³⁰ Elaboração própria com base em dados coletados pela UNCTAD.

Tratado bilateral de investimento	Ano de assinatura	Entrada em vigor	Precisão da linguagem	Exceções de interesse público	Sobrevivência temporal	Monitoramento	Solução de controvérsias
Índia-Iêmen	2002	2004 Terminado	0	++	++	0	++
Índia-Taiwan	2002	2002 Terminado	0	++	+	0	++
Índia-Finlândia	2002	2003	0	++	++	0	++
Índia-Belarus	2002	2003 Terminado	0	++	++	0	++
Índia-Sérvia	2003	2009	0	++	+	0	++
Índia-Djibouti	2003	Terminado	0	++	++	0	++
Índia-Armênia	2003	2006 Terminado	0	++	++	0	++
Índia-Sudão	2003	2010	0	++	++	0	++
Índia-Hungria	2003	2006 Terminado	0	++	++	0	++
Índia-Barein	2004	2007 Terminado	0	++	++	0	++
Índia-Arábia Saudita	2006	2008	++	+	++	0	++
Índia-Bósnia e Herzegovina	2006	2008 Terminado	0	++	++	0	++
Índia-Eslováquia	2006	2007 Terminado	++	+	+	0	++
Índia-China	2006	2007 Terminado	++	+	++	0	++
Índia-Jordânia	2006	2009	++	+	++	0	++
Índia-Trinidad e Tobago	2007	2007 Terminado	++	+	++	0	++
Índia-Grécia	2007	2008 Terminado	0	++	+	0	++
Índia-México	2007	2008	+	+	+	0	++
Índia-Líbia	2007	2009	0	++	++	0	++
Índia-Islândia	2007	2008	++	0	++	+	++
Índia-Etiópia	2007	Terminado	0	++	+	0	++
Índia-Uruguai	2008	Terminado	++	0	++	0	++
Índia-Macedônia do Norte	2008	2008 Terminado	++	++	+	0	++
Índia-Brunel	2008	2009	++	0	++	0	++
Índia-Síria	2008	2009	++	0	+	0	++
Índia-Mianmar	2008	2009	0	++	++	0	++
Índia-Senegal	2008	2009	++	0	++	0	++
Índia-Bangladesh	2009	2011	0	++	+	0	++
Índia-Moçambique	2009	2009	0	++	++	0	++

Tratado bilateral de investimento	Ano de assinatura	Entrada em vigor	Precisão da linguagem	Exceções de interesse público	Sobrevivência temporal	Monitoramento	Solução de controvérsias
Índia-Colômbia	2009	Não está em vigor	++	0	+	0	++
Índia-Letônia	2010	2010	++	0	++	0	++
Índia-Congo	2010	Não está em vigor	++	0	++	0	++
Índia-Seychelles	2010	Terminado	++	0	++	0	++
Índia-Lituânia	2011	2011	++	0	++	0	++
Índia-Eslovênia	2011	Terminado	++	0	+	0	++
Índia-Nepal	2011	Terminado	++	0	+	0	++
Índia-Emirados Árabes Unidos	2013	2014	++	++	-	0	++
Índia-Belarus	2018	Não está em vigor	++	0	0	++	++
Índia-Quirguistão	2019	Não está em vigor	++	0	-	++	++
Índia-Brasil	2020	Não está em vigor	-	++	-	+	0

Fonte: GABRIEL, 2019, p. 205-207.

(v) Rússia

No século XXI, a Rússia firmou 28 BITs. Destes, 8 ainda não estão em vigor e 20 são inteiramente válidos. Os parceiros da Rússia são bastante variados, englobando países africanos, europeus, do Oriente Médio, da Ásia e alguns países latino americanos. A linguagem da cláusula de expropriação do acordo russo é tradicional em termos de elementos abrangidos e na forma como são abordados,³¹ mencionando o instituto apenas ao tratar da proibição de expropriação ou medidas com efeito equivalente à expropriação. Além disso, os acordos russos possuem um padrão de aplicação, uma vez que todos os acordos são iguais em todos os itens. As únicas exceções são o BIT Rússia-Guatemala, em que a linguagem se torna mais precisa quando há menção à expropriação indireta. Os outros acordos seguem as mesmas características comuns aos demais acordos russos, com ausência de exceções de interesse público; sobrevivência temporal alta ou muito alta; monitoramento realizado apenas pelos órgãos centralizados e sistema de solução de controvérsias forte por meio da arbitragem investidor-Estados. A segunda exceção é o BIT com o

³¹ Elaboração própria com base em dados coletados pela UNC-TAD.

Turcomenistão, em que se identificam, além do monitoramento centralizado, cláusula de transparência e obrigação de fiscalização também pelas partes. Os acordos russos especificam, em seu texto, que serão arbitráveis as disputas que surjam em relação aos investidores, incluindo, mas não se limitando, às controvérsias sobre o montante, as condições e o procedimento de pagamento de compensação.

A partir do BIT Rússia-Nicarágua, infere-se que, apesar da especificação acerca da arbitrabilidade do quantum e do procedimento da compensação, a discussão sobre a expropriação em si não está isenta de contestação perante a arbitragem de investimentos. Em outros acordos russos analisados, a disposição também aparece, mesmo sem o termo “mas não limitado unicamente”, prevendo que se inclui a análise do quantum expropriatório. Mesmo assim, o texto não fala que, em relação à expropriação, se este seria o único caso para análise. Frisa-se que essa cláusula é um resquício dos BITs assinados na era soviética, e, assim como muitos BITs chineses de primeira geração, limitaram a arbitragem a demandas sobre o pagamento de compensação em razão de expropriação e livre transferência de fundos.³² Ainda, no BIT Rússia-Irã, a proteção do acordo somente será aplicada aos investimentos aprovados sob a lei de investimentos do Irã e pela Organização para o Investimento e Assistência Econômica e Técnica do Irã ou outro órgão que a suceda. Nesse caso, há uma limitação do Estado iraniano à proteção dos investimentos, visto que cabe a ele decidir, ao final, o que será considerado investimento à luz de seu Direito doméstico.

continuação.

Tratado bilateral de investimento	Ano de assinatura	Entrada em vigor	Precisão da linguagem	Exceções de interesse público	Sobrevivência temporal	Monitoramento	Solução de controvérsias
Rússia-Turcomenistão	2009	2010	0	++	+	+	++
Rússia-Nigéria	2009	Não está em vigor	0	++	++	0	++
Rússia-Namíbia	2009	Não está em vigor	0	++	++	0	++
Rússia-Angola	2009	2011	0	++	+	0	++
Rússia-Emirados Árabes Unidos	2010	2013	0	++	++	0	++

³² RIPINSKY, Sergey. Russia. In: BROWN, Chester (ed.). *Commentaries on selected model investment treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 593-621. p. 610.

Tratado bilateral de investimento	Ano de assinatura	Entrada em vigor	Precisão da linguagem	Exceções de interesse público	Sobrevivência temporal	Monitoramento	Solução de controvérsias
Rússia-Gingapura	2010	2012	0	++	++	0	++
Rússia-Guiné Equatorial	2011	2016	0	++	++	0	++
Rússia-Nicarágua	2012	2013	0	++	+	0	++
Rússia-Zimbábue	2012	2014	0	++	++	0	++
Rússia-Uzbequistão	2013	2014	0	++	++	0	++
Rússia-Guatemala	2013	Não está em vigor	+	++	+	0	++
Rússia-Barcín	2014	2015	0	++	+	0	++
Rússia-Azerbaijão	2014	2015	0	++	+	0	++
Rússia-Camboja	2015	2016	0	++	++	0	++
Rússia-Irã	2015	2017	0	++	+	0	++
Rússia-Marrocos	2016	Não está em vigor	0	++	+	0	++
Rússia-Palestina	2016	Não está em vigor	0	++	++	0	++

Fonte: GABRIEL, 2019, p. 209-210.

(vi) Brasil

O Brasil passou por uma mudança de paradigma em seu modelo de acordo de investimentos nos últimos anos. Embora tenha assinado 14 BITs nos anos 1990, estes não foram ratificados. Além disso, o país tem um histórico de resistência à arbitragem investidor-Estado. Para o Brasil, esse sistema de solução de controvérsias pode limitar o espaço regulatório dos Estados na medida em que permite que investidores sejam sujeitos de Direito Internacional Público não por seus direitos garantidos — como no regime internacional de Direitos Humanos —, mas por meio de seus interesses privados, salvaguardados em detrimento do interesse público.

No entanto, em 2015, o país desenvolveu novo modelo de acordo de investimentos, o acordo de cooperação e facilitação de investimentos (ACFI). Foram 14 ACFIs assinados. Porém, apenas 2 estão em vigor (com Angola e México). Os ACFIs possuem tanto as disposições tradicionais dos BITs quanto cláusulas consideradas inovadoras, como as de responsabilidade social e corporativa, transparência e publicidade das informações regulatórias e instalação de entidades centralizadas, como um ombudsman e um comitê conjunto para cuidar da fiscalização e da dissuasão de disputas antes

que cheguem às vias adjudicatórias. Em caso de falha na dissuasão do entrave, poderá, por meio de seu Estado de origem, acionar um comitê conjunto interestatal para a solução da controvérsia. Caso esse meio também se mostre ineficiente, as partes do acordo, ou seja, os Estados, poderão acionar a arbitragem Estado-Estado, único meio jurisdicional disponível.

A expropriação indireta também figura como uma das resistências históricas do Brasil, que a considera um conceito abstrato e vago, que exige uma análise individual caso a caso, o que enseja que árbitros realizem análise subjetiva dos acordos e de disposições caras à sociedade — tais como direitos humanos, segurança nacional, proteção ao meio ambiente, entre outras — em tribunais ad hoc, o que geraria ingerência sobre seu espaço regulatório e seu direito de regular.³³

A cláusula de expropriação dos ACFIs é a mais vaga possível dentre todos os acordos examinados no presente trabalho, visto que não menciona a expropriação indireta (nível –). Nos primeiros acordos, firmados com Moçambique, Angola e México, dispôs-se o termo “expropriação” sem qualquer ressalva, o que deixou em aberto a cobertura de ambas as tipologias, tanto direta quanto indireta. Contudo, a partir do ACFI com o Chile, houve inclusão de item que esclarece que a cobertura do acordo se limita à expropriação direta. Desse modo, como o acordo sequer menciona expropriação indireta, excluindo-a, tampouco inclui exceções. Houve a inclusão de cláusulas assemelhadas a normas programáticas, reforçando o compromisso com a proteção do meio ambiente e com questões trabalhistas e de saúde. Quanto à sobrevivência temporal, ressalta-se que somente um não apresenta cláusula de espera. O ACFI com a Etiópia, de 2018, inclui uma cláusula dispondo que a cobertura do acordo permanecerá por 5 anos após o término do acordo. Mesmo sendo uma dimensão fraca, esta simboliza o único item distinto do padrão estabelecido nos acordos. No entanto, ressalta-se que os ACFIs mais recentes dispõem que, se as partes não acordarem sobre a denúncia, esta se concretizará somente após um ano. Nesse particular, considera-se que o período de espera de um ano até a desvinculação do acordo é equivalente a uma punição nos mesmos moldes do previsto nos acordos anteriores, que em sua esmagadora maioria

³³ RIPINSKY, Sergey. Russia. In: BROWN, Chester (ed.). *Commentaries on selected model investment treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 593-621. p. 614.

previam períodos longos de espera até a desvinculação total das proteções do acordo.

Ainda, salienta-se que os ACFIs brasileiros são bastante centralizados, apresentando sistema de monitoramento por meio de órgão centralizado; contudo, o ônus da fiscalização é dividido com as partes, tendo em conta a cláusula de transparência dos acordos, que prescreve o dever da parte de colaborar com a publicação de suas regulações, além da cláusula específica a respeito da troca de informações. Por fim, apesar de seu sistema de solução de controvérsias ser centralizado delegado, não se concentra na arbitragem investidor-Estado, mas sim na arbitragem entre Estados.

Tabela 6: acordos de cooperação e facilitação de investimento do Brasil³⁴

Tratado bilateral de investimento	Ano de assinatura	Entrada em vigor	Precisão da linguagem	Exceções de interesse público	Sobrevivência temporal	Monitoramento	Solução de controvérsias
Brasil-Moçambique	2015	Não está em vigor	-	++	-	+	0
Brasil-Angola	2015	2017	-	++	-	+	0
Brasil-México	2015	2018	-	++	-	+	0
Brasil-Malaui	2015	Não está em vigor	-	++	-	+	0
Brasil-Colômbia	2015	Não está em vigor	-	++	-	+	0
Brasil-Chile	2015	Não está em vigor	-	++	-	+	0
Brasil-Peru	2016	Não está em vigor	-	++	-	+	0
Brasil-Etiópia	2018	Não está em vigor	-	++	0	+	0
Brasil-Suriname	2018	Não está em vigor	-	++	-	+	0
Brasil-Guiana	2018	Não está em vigor	-	++	-	+	0
Brasil-Emirados Árabes Unidos	2019	Não está em vigor	-	++	-	+	0
Brasil-Marrocos	2019	Não está em vigor	-	++	-	+	0

³⁴ HEES, Felipe; CAVALCANTE, Pedro Mendonça; PARANHOS, Pedro. The Cooperation and Facilitation Investment Agreement (CFIA) in the context of the discussions on the reform of the ISDS System. *South Centre Investment Policy Brief*, n. 11, p. 2, 2018.

Tratado bilateral de investimento	Ano de assinatura	Entrada em vigor	Precisão da linguagem	Exceções de interesse público	Sobrevivência temporal	Monitoramento	Solução de controvérsias
Brasil-Ecuador	2019	Não está em vigor	-	++	-	+	0
Brasil-Índia	2020	Não está em vigor	-	++	-	+	0

Fonte: GABRIEL, 2019, p. 213.

5 Considerações finais

Realizada a análise, concluiu-se que os acordos analisados se demonstram pouco cooperativos em geral quanto à questão da expropriação indireta, conforme a tese apresentada. Porém, de fato, alguns acordos se mostram mais cooperativos que outros, sendo o mais cooperativo aquele acordo que mais se aproxima do modelo cooperativo propugnado, que é o BIT canadense. Essa conclusão foi possível a partir de um desenho metodológico ideal, contendo as características (variáveis) que tornariam os acordos mais cooperativos e que afastariam problemas que pudessem afetar a cooperação do acordo nesse aspecto. Tal modelo foi criado a partir de variáveis extraídas da Teoria do Continente do Direito Internacional, de Bárbara Koremenos. Essas variáveis foram contextualizadas, especificamente, à expropriação indireta e, nesse contexto, um dos méritos do trabalho foi criar uma escala valorativa para as variáveis presentes no modelo ideal. Isso possibilitou responder, de forma técnica, se os acordos de investimento, em seu atual estado da arte, têm se apresentado de fato como cooperativos quanto à questão da expropriação indireta, como ressaltado anteriormente.

A coerência normativa dos acordos canadenses é a primeira característica cooperativa benéfica do modelo, pois demonstra maior previsibilidade e simetria de informações quando, de antemão, um Estado cogitar negociar com o Canadá. Além disso, de forma mais contextualizada aos problemas de cooperação, o acordo canadense apresenta o grau máximo de precisão ao abordar a definição da expropriação indireta e seus fatores de análise por diferenciá-la de uma regulação não compensável, o que traz mais segurança jurídica às partes. Assim, quanto maior a precisão da redação do acordo, mais protegido estará o Estado contra decisões extensivas temerárias.

O modelo canadense contém exceções quanto ao interesse público, possibilitando uma redução da incerteza, pois esclarecem quais tipos de regulação não são caracterizados como expropriação indireta. Nesse sentido, demandas envolvendo o questionamento relacionadas à proteção ambiental, saúde pública, segurança, dentre outras áreas excetuadas no bojo do acordo serão claramente afastadas; contudo, se o investidor preferir ir adiante com a reclamação mesmo assim, o fará a seu próprio risco. Ademais, além de dirimir a incerteza em relação ao estado do mundo, as exceções não deixam de influenciar também no afastamento da incerteza quanto ao comportamento, pois os Estados terão ciência de que as regulações não enquadradas nas exceções poderão ser limitadas pelo compromisso internacional, podendo moldar suas ações regulatórias com base nessa informação.

A sobrevivência temporal dos acordos canadenses também parece adequada, pois o grau elevado de espera, de mais de 10 anos, serve como uma punição mais alta para o Estado que pretenda cessar a cooperação, o que poderá funcionar como coibição de seu comportamento no que diz respeito ao abandono do cumprimento e do comprometimento com o acordo. Essa dimensão torna-se importante, pois pode se refletir na inibição de futuras violações dos compromissos e diminuir a margem em favor do abandono da cooperação.

Quanto ao monitoramento, o BIT canadense está à frente comparado aos outros acordos analisados, visto que estabelece um sistema que partilha o ônus da fiscalização. Isso não quer dizer que o sistema de monitoramento deixou de ser centralizado, mas é compartilhado entre as próprias partes do acordo e entidades não estatais. Isso reforça a cooperação, além de ampliar a participação dos principais destinatários de certas regulações.

Ademais, quanto ao sistema de solução de controvérsias, o BIT canadense optou pela arbitragem de investimentos, porém, explicitamente excluiu da apreciação dos tribunais de investimento sua regulação interna sobre investimentos. Apesar de isso representar uma redução na centralização, em comparação ao grau máximo avaliado, em que toda e qualquer regulação poderia ser arbitrada, entende-se que não prejudica a efetividade do acordo e o propósito da cooperação, pois continuará havendo órgão adjudicatório e espaço para negociação.

O máximo efeito será o aumento da precisão acerca das regulações que o investidor não poderá arguir.

Além das peculiaridades técnicas relacionadas ao suporte teórico utilizado, o acordo canadense parece adequado por tentar deixar menos desiguais os direitos entre investidores e Estados. Especificamente no que se refere à expropriação indireta, o fato de ser abrangente quanto às exceções e ao interesse público faz com que se reconheça o direito do Estado de regular nessas áreas. Além disso, a abertura de participação à sociedade civil e aos entes não estatais legitima um movimento que tem se multiplicado cada vez mais, que é a participação da sociedade civil. Isso faz com que o acordo suavize um pouco o estereótipo de instrumento inteiramente voltado para a proteção dos investidores, assim como eram os BITs tradicionais dos anos 1990.

Por fim, diante da declaração de que o modelo canadense de BIT é o mais cooperativo entre a amostra analisada, seria interessante que servisse de paradigma à mudança *ex ante* em curso no Direito Internacional dos Investimentos. A mudança dos Estados em direção a um perfil de tratado mais cooperativo faz com que tanto Estados quanto investidores tenham mais estabilidade ao final. Isso poderá implicar menor nível de violação a esses instrumentos em comparação com os atuais.

Tal arcabouço fará com que se contenha a função interpretativa e quase legislativa dos tribunais arbitrais de investimento, pois menos casos serão direcionados a esses órgãos centralizados e, os que o forem, serão mais limitados, sem que haja a necessidade, ao menos no que se refere à expropriação indireta, de interferências significativas ou excessos. Isso gerará mais estabilidade, pois o Estado retoma sua centralidade na condução das diretrizes internacionais sobre investimentos, preserva seu *policy space*, pelo menos de maneira mais clara nas áreas destacadas nos acordos, e os investidores, apesar de abdicarem de sua ampla proteção em parte, terão mais previsibilidade e segurança jurídica na questão da expropriação indireta, considerando haver uma regra mais forte e uma restrição na margem subjetiva de apreciação dos tribunais arbitrais de investimento.

Referências

BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

- BONNITCHA, Jonathan. *Substantive protection under investment treaties*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. *Expropriação indireta nos acordos de investimento*. Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.
- HEES, Felipe; CAVALCANTE, Pedro Mendonça; PARANHOS, Pedro. The Cooperation and Facilitation Investment Agreement (CFIA) in the context of the discussions on the reform of the ISDS System. *South Centre Investment Policy Brief*, n. 11, 2018.
- HOFFMANN, Anne K. Indirect expropriation. In: REINISCH, August (org.). *Standards of investment protection*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 151-170.
- KOREMENOS, Barbara. *The continent of international law explaining agreement design*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- KOREMENOS, Barbara; LIPSON, Charles; SNIDAL, Duncan. The Rational Design of International Institutions. In: KOREMENOS, Barbara; LIPSON, Charles; SNIDAL, Duncan (org.). *The rational design of international institutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 1-39.
- KRIEBAUM, Ursula. Regulatory takings: balancing the interests of the investor and the State. *Journal of World Investment & Trade*, v. 8, n. 5, p. 717-744, 2007.
- MELTZ, Robert; MERRIAM, Dwight H.; FRANK, Richard M. *The takings issue: constitutional limits on land-use control and environmental regulation*. Washington: Island Press, 1999.
- MONEBHURRUN, Nitish. Crônicas do direito internacional dos investimentos. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 65-77, 2014. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/viewFile/3187/pdf>. Acesso em: 13 set. 2022.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*. 12 out. 1967. Disponível em: <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2017.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. “Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law. In: *OECD Working Papers on International Investment 2004/04*, OECD Publishing, 2004. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf. Acesso em: 04 jul. 2017.
- ORTINO, Federico. Refining the content and role of investment ‘rules’ and ‘standards’: a new approach to international investment treaty making. *ICSID Review*, v. 28, n. 1, p. 152-168, 2013.
- REISMAN, W. Michael; SLOANE, Robert D. Indirect expropriation and its valuation in the BIT generation. *Faculty Scholarship Series*, Paper 1002, p. 115-150, 2004.
- RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos investimentos e o petróleo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 18, p. 1-37, 2010.
- RIPINSKY, Sergey. Russia. In: BROWN, Chester (ed.). *Commentaries on selected model investment treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 593-621.
- SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. 3. ed. New York: Cambridge University Press, 2010.
- STANLEY, Jon A. Keeping big brother out of our backyard: regulatory takings as defined in international law and compared to american fifth amendment jurisprudence. *Emory International Law Review*, v. 15, n. 1, p. 349-389, 2001.
- STERN, Brigitte. In search of the frontiers of indirect expropriation. In: ROVINE, Arthur W. (ed.). *Contemporary issues in international arbitration and mediation*. Leiden: Brill, 2008. p. 29-52. (The Fordham Papers, v. 1).
- SUBEDI, Surya P. *International investment law: reconciling policy and principle*. 3. ed. Oxford: Hart Publishing, 2016.
- TRUITT, J. Frederick. *Expropriation of private foreign investment*. Bloomington: Graduate School of Business Division of Research University of Indiana, 1974.
- UNITED NATIONS. United Nations Conference on Trade and Development. *Investment Policy Hub*. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/>. Acesso em: 29 jul. 2022.
- UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Penn Central Transportation Co. v. City of New York*. 438 U.S. 104, 1978.

WAEDELDE, Thomas; KOLO, Abba. Environmental regulation, investment protection and ‘regulatory taking’ in international law. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 50, n. 4, p. 811-848, 2001.

WORTLEY, B.A. *Expropriation in public international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1959.

XAVIER JÚNIOR, Ely Caetano. *Direito internacional dos investimentos: o tratamento justo e equitativo dos investidores estrangeiros e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

YANNACA-SMALL, K. Interpretation of the Umbrella Clause in investment agreements. *OECD Working Papers on International Investment 2006/03*, OECD Publishing, 2006. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2006_3.pdf. Acesso em: 15 maio 2019.

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.