

Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito.
Programa de Doutorado em Direito.

Anderson Fonseca Machado

**DIREITO REGULATÓRIO E DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA NO DIREITO
INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS E NOS DIREITOS HUMANOS**

Área de concentração: Políticas
Públicas, Estado e Desenvolvimento.

Linha de pesquisa: Políticas Públicas e
Desenvolvimento Econômico.

Brasília, 2018.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA

O término da 2ª Guerra Mundial marca o início de dois processos extremamente relevantes no cenário econômico internacional. O primeiro é a necessidade de alocação de recursos financeiros na reconstrução da Europa, o que absorve durante este período quase todos os recursos econômicos disponíveis¹; e o segundo a descolonização da África e da Ásia.

Ao final da reconstrução europeia, o excedente de recursos financeiros existentes necessitava ser alocado fora da Europa Ocidental. O movimento de independência das antigas colônias europeias representou a oportunidade de absorção destes excedentes financeiros internacionais pela necessidade de capital para estruturação das nações recém-surgidas.

Até aproximadamente a primeira metade do Séc. XX, o Costume Internacional regulamentava satisfatoriamente a proteção de investimentos estrangeiros. Porém, a emergência das ex-colônias como destino do capital das antigas metrópoles aumentou de forma significativa o número de litígios entre investidores e Estados², demonstrando a limitação no sistema internacional de proteção dos investidores estrangeiros.

Como solução deste problema, foi assinado em 1959 o primeiro tratado internacional de proteção de investimentos entre Alemanha e Paquistão, inaugurando uma série de outros acordos internacionais para proteção de investimentos internacionais e solução de disputas a eles relacionadas. A instabilidade política a que são submetidos os investimentos internacionais é particularmente nociva pela característica de continuidade temporal dos investimentos, ao contrário das relações comerciais que se exaurem rapidamente com a troca imediata entre mercadoria e dinheiro. Uma vez realizado o investimento, o investidor tem seus recursos permanentemente atrelados ao Estado anfitrião, favorecendo a dinâmica de poder em favor deste³.

O crescimento no número de tratados internacionais de investimentos assinados na década de 1960, foi obstaculizada, em parte, pela atuação política dos novos Estados independentes nas Nações Unidas. O número destas novas nações, em sua maioria países em desenvolvimento, ultrapassou o número de votos dos países desenvolvidos, conseguindo a adoção da Resolução n. 1803, em 1962, intitulada Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais; e as Resoluções n. 3201; 3202 e 3281, em 1974, denominadas Nova Ordem Econômica Internacional; que garantem

¹ GASPAR, Ricardo Carlos. A trajetória da economia mundial: da recuperação do pós-guerra aos desafios contemporâneos. *Cadernos Metrópole*, v. 17, n. 33, São Paulo, 2015.

² UNCTAD. *World investment report 2015: reforming international investment governance*. Nova Iorque e Genebra: ONU, 2015, p. 121-122.

³ DOLZER, Rudolf. SCHEURER, Christoph. *Principles of international investment law*. OUP, Oxford, 2008, p. 3-4.

o direito dos Estados à desapropriação de propriedades privadas estrangeiras mediante o pagamento de compensação⁴.

A dicotomia ideológica entre países desenvolvidos e em desenvolvimento no tocante à proteção de investidores estrangeiros permaneceu acentuada até o começo da década de 1990, quando, logo após a implosão do mundo socialista e o esfacelamento do bloco soviético, floresce a ideologia neoliberal⁵, resultante da hegemonia do sistema capitalista de produção.

O neoliberalismo tem como premissa a liberdade internacional dos mercados, isto é a liberdade de circulação de capitais, bens e serviços, distinguindo-se do liberalismo clássico por atuar diretamente no mercado mundial⁶. De outro lado, ainda que vise a liberalização dos mercados, o neoliberalismo também necessita da atuação do Estado para garantia do funcionamento interno das instituições⁷, permitindo a utilização do Direito Internacional para fornecer proteção aos investimentos realizados nos territórios de outros Estados.

Com efeito, na década de 1990 ocorre uma rápida expansão da celebração de tratados internacionais de investimentos⁸ como forma de garantir, por meio do Direito Internacional, a proteção de investimentos estrangeiros, que passam de 404, entre os anos de 1965 e 1999; para 3.067, entre os anos de 1990-2007⁹.

Após esta fase de proliferação, com a crise econômica mundial de 2007, observa-se um arrefecimento no número de tratados internacionais de investimentos assinados e uma reflexão no modelo utilizado, resultando em uma proposta de reforma do regime jurídico internacional de investimentos com a reorientação para valorização do desenvolvimento sustentável. Os objetivos da mencionada reforma são: (i) resguardar o direito de regular; (ii) reformar o sistema de solução de controvérsias; (iii) promover e facilitar o investimento; (iv) assegurar o investimento responsável; e melhorar a consistência sistêmica da proteção ao investimento estrangeiro¹⁰.

Dentre estes objetivos destaca-se como um dos pontos fulcrais desta pesquisa o ressurgimento ao centro do cenário internacional da discussão acerca do direito regulatório do Estado, que consiste na permissão legal e excepcional que permite ao Estado receptor de um investimento derogar as obrigações por ele assumidas em tratados internacionais de investimentos sem incorrer na obrigação de indenizar¹¹. O direito de regular, de caráter

⁴ DOLZER, SCHEURER, (nota 3), p. 14-15.

⁵ FIORI, José Luis. *60 lições dos 90: uma década de neoliberalismo*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 60.

⁶ IANNI, Octávi., *A sociedade global*. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 140.

⁷ ROBINSON, William. *Globalisation: nine thesis on our epoch*. *Race and Class*, 38 (2), p. 13-31.

⁸ RADI, Yannick. *International Investment Law and Development: A History of Two Concepts*, *Grotius Centre Working Paper* 2015/045 – IEL, 2015, p. 3.

⁹ UNCTAD, (nota 2), p. 121.

¹⁰ UNCTAD, (nota 2), p. 124-128.

¹¹ TITI, Aikaterini. *The right to regulate in International Investment Law*, Baden-Baden: Nomos, 2014, p. 33.

internacional, não se confunde com a mera capacidade regulatória de natureza administrativa interna, interferindo diretamente no direito de propriedade do investidor.

Independente das definições previstas no direito interno de cada Estado, a propriedade pode ser entendida no Direito Internacional como o conjunto de bens tangíveis e intangíveis, tais como direitos contratuais ou direitos artísticos, literários e industriais que sejam passíveis de valoração econômica¹².

No Direito Internacional, a intervenção estatal no direito de propriedade ocorre por meio de desapropriações, que são as transferências involuntárias do patrimônio privado para a esfera de uma entidade pública¹³. O Costume Internacional não proíbe a desapropriação de investimentos estrangeiros, mas a condiciona a presença de um interesse público, a realização de forma não discriminatória e ao mediante o pagamento de compensação¹⁴.

A necessidade do pagamento de indenização como condição de legalidade da desapropriação gerou dois fenômenos: primeiro, a tentativa dos Estados de interferir nos investimentos estrangeiros sem retirar-lhes formalmente a propriedade; e, segundo, a postura dos investidores de tentar enquadrar todas as medidas estatais como atos de desapropriação. Destes movimentos, evolui na doutrina e na prática arbitral de investimentos internacionais o conceito de desapropriação indireta, posteriormente integrado aos textos dos tratados internacionais de proteção aos investimentos. Ocorre a desapropriação indireta quando uma medida adotada pelo Estado não é formalmente direcionada à supressão da propriedade do investimento internacional, mas tem os mesmos efeitos de uma desapropriação por afetar de forma drástica o investimento¹⁵.

As medidas em questão, usualmente possuem cunho regulatório em áreas que exigem forte intervenção estatal. Por isso, existe uma corrente que afirma ser prerrogativa do Estado o direito de regular, desde que destinada a alcançar objetivos de políticas públicas¹⁶, entre os quais a proteção à saúde, à segurança, ao meio ambiente, aos direitos humanos, aos consumidores, à diversidade cultural, à propriedade intelectual, e o combate à corrupção, afastando a possibilidade de incidência das normas relativas às desapropriações do Direito Internacional dos Investimentos.

¹² DOLZER, Rudolf. Indirect expropriation and alien property, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, v. 1, n. 1, 1986, p. 41.

¹³ MONEBHURRUN, Nitish. “A desapropriação”, in, *Crônicas do Direito Internacional dos Investimentos, Brazilian Journal of International Law*, v. 11, 2015, p. 72.

¹⁴ OECD. “Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law. *OECD Working Papers on International Investment, 2004/04*. OECD Publishing: Paris, 2004, p. 3.

¹⁵ MONEBHURRUN, (nota 13), p. 73.

¹⁶ BROWNLIE, Ian. *Public International Law*, Oxford University Press, 6ª ed., 2003, p. 509.

O Costume Internacional reconheceria esse direito regulatório do Estado com base no princípio da soberania territorial¹⁷.

Em posição contrária, é possível encontrar autores¹⁸ que, na ausência de previsão normativa em tratados internacionais de investimentos, negam o valor consuetudinário do direito de regular do Estado.

O exercício do direito de regular do Estado ganha musculatura com a exigência cada vez mais intensa da opinião pública de intervenção estatal na defesa de interesses coletivos, resultando em situações que se adequam às medidas restritivas de desapropriação indireta previstas nos tratados internacionais de investimentos, quando as normas regulatórias internas adotadas impedem o exercício da atividade econômica pelo investidor, reduzindo ou até mesmo anulando o valor do investimento.

A prática dos tribunais arbitrais internacionais revelou-se vacilante ao decidir quanto à necessidade do pagamento de indenização por medidas desapropriatórias indiretas decorrentes do exercício do direito regulatório do Estado, variando seu entendimento entre os extremos de negar¹⁹ ou conceder²⁰ a compensação.

Entre os extremos, percebe-se que existe uma posição na prática arbitral internacional de investimentos que procura utilizar parâmetros intermediários, ponderando as expectativas legítimas e razoáveis dos investidores, por um lado, e o interesse público regulatório do Estado, por outro; além de estabelecer alguns critérios para delimitar a legitimidade do exercício do direito de regular pelo Estado soberano²¹.

As divergências práticas entre o direito de regular do Estado e a necessidade de indenizar o investidor por desapropriações indiretas ganharam corpo na doutrina, sendo até mesmo defendido que o direito de regular, em contraste com a simples capacidade regulatória, consiste na permissão legal e excepcional que permite ao Estado receptor do investimento derogar suas obrigações assumidas nos tratados internacionais de investimentos sem incorrer na obrigação de indenizar²².

¹⁷ HENCKELS, Caroline. Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration, *Journal of International Economic Law*, v. 15, n. 1, 2012, p. 225; OLYNYK, Stephen, A balanced approach to distinguishing between legitimate regulation and indirect expropriation in investor-state arbitration, *International Trade and Business Law Review*, v.15, 2012, p. 265.

¹⁸ ZARRA, Giovanni. Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: current status in investment arbitration in light of Phillip Morris v. Uruguay. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, 2017, p. 114.

¹⁹ *Methanex Corporation v. United States of America*, NAFTA/UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 03/08/2005.

²⁰ *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, ICSID, Case n. ARB(AF) 97/1, Award, 30/08/2000.

²¹ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29/05/2003.

²² TITI, Aikaterini. *The right to regulate in International Investment Law*, Baden-Baden: Nomos, 2014, p. 33.

Sem elucidar a questão, com fundamento na recomendação da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD)²³, desde 2015, alguns tratados internacionais de investimentos, em processo de negociação ou de revisão, passaram a incorporar previsões expressas relativas ao direito de regular dos Estados, sem, contudo, definir a amplitude deste direito em relação a necessidade de compensação por eventuais medidas que resultem indiretamente em desapropriação do patrimônio de investidores²⁴.

Ainda que expresso nos tratados mais recentes de forma expressa, a distinção entre o exercício do direito de regular do Estado em relação às medidas desapropriatórias é imprescindível na interpretação dos tratados internacionais de investimentos pelos tribunais arbitrais, e continua sendo atualmente um grande desafio no Direito Internacional dos Investimentos²⁵.

Em outro ramo do Direito Internacional, com a demora histórica no reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos, a propriedade somente adquiriu relevância no contexto internacional com a proeminência dos Direitos Humanos ao fim da 2ª Guerra Mundial. A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos expressamente se proclama o direito de propriedade como direito do todo ser humano, limitando a interferência arbitrária do Estado na propriedade, o que refletiu na redação de tratados internacionais multilaterais de proteção dos direitos humanos com força vinculante²⁶.

Interpretando e aplicando os tratados internacionais de Direitos Humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) consolidaram jurisprudência específica de julgamento de casos de direito de propriedade e desapropriações, em paralelo às decisões de tribunais arbitrais internacionais de investimentos²⁷.

Percebe-se que apesar de habitem searas jurídicas distintas, a prática arbitral de investimento internacional e a jurisprudência internacional da CEDH e CIDH se entrelaçam por meio de citações²⁸; além de ser comum algumas violações dos direitos humanos, em especial do

²³ UNCTAD, (nota 2), p. 129.

²⁴ Tratado de Livre Comércio entre Argentina e Chile (02/11/2017), artigo 8.4; Tratado Internacional Bilateral entre Marrocos e Nigéria (03/12/2016), artigo 23; Tratado Internacional Bilateral entre Argentina e Qatar (06/11/2016), artigo 10; Tratado Compreensivo Econômico e Comercial entre Canada e União Europeia (30/10/2016), artigo 8.9.

²⁵ OECD, (nota 14), p. 3. KRIEBAUM, Ursula. Regulatory takings: balancing the interests of the investor and the State, *Journal of World Investment & Law*, v. 8, n. 5, 2007, p. 718. NEWCOMBE Andrew. The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, v. 20, n. 1, 2005, p. 2-3.

²⁶ Protocolo Adicional à Convenção Europeia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, art. 1º; Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 21; e Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, art. 14º.

²⁷ Apesar de constar na Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, não se localizou decisão do Tribunal Africano de Direitos dos Homens e dos Povos passível de menção.

²⁸ O laudo arbitral *Tecmed v. Mexico* (nota 20) cita a decisão da CEDH no caso *James v. Reino Unido*; a decisão no

direito de propriedade, também constituírem descumprimento de obrigações previstas em tratados internacionais de investimentos²⁹.

Essa interseção entre os direitos humanos e o direito internacional dos investimentos quanto ao direito de regular do Estado e a proteção do direito de propriedade contra a desapropriação revela potencial para ser utilizado de forma sistemática, o que até o momento não foi exaustivamente estudado pela doutrina internacional.

2. PROBLEMA DE PESQUISA

Ante o contexto sucintamente apresentado, emerge questionamento jurídico quanto aos limites do exercício do direito de regulamentar dos Estados sem que haja a caracterização de uma expropriação indireta, que conduz a um problema jurídico atual e relevante necessitando de reflexão e resposta.

A pesquisa será desenvolvida para responder a seguinte problemática jurídica: há um padrão estabelecido pelos tratados internacionais de direitos humanos e de investimentos, pela prática arbitral investidor-Estado e pela jurisprudência das cortes internacionais de direitos humanos do qual se possa extrair uma diretriz que defina a extensão do poder estatal soberano de regulação sem a ocorrência de desapropriação indireta dos investimentos estrangeiros e o conseqüente dever de indenizar do Estado com valor consuetudinário no Direito Internacional dos Investimentos?

3. HIPÓTESES DE PESQUISA

A leitura de tratados regionais de direitos humanos e dos mais modernos acordos internacionais referentes aos investimentos estrangeiros demonstra que existe uma relativa uniformidade nos dispositivos normativos do Direito Internacional quanto ao respeito ao direito de propriedade e a vedação de sua expropriação sem a correspondente indenização.

Já nas decisões das cortes internacionais regionais de direitos humanos (Corte Europeia e Interamericana de Direitos Humanos) e dos tribunais arbitrais internacionais de investimentos, percebe-se um cruzamento de referência as decisões entre ambos.

caso Salvador *Chirigoba v. El Salvador* da CIDH cita o laudo arbitral *Santa Elena v. Costa Rica*.

²⁹ REINER, Clara, e SCHEUER, Human Rights and International Investment Arbitration. In DUPUY, Pierre-Marie; FRANCIONI, Francesco, e PETERSMANN, E-U, *Human Rights in International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

Ainda que haja essa interseção, nota-se que as sentenças arbitrais e as decisões destas cortes internacionais de direitos humanos não demonstram uma homogeneidade quanto à necessidade do pagamento de indenização quando se trata do legítimo exercício do poder regulatório do Estado o causador de efeitos análogos ao da expropriação.

Nesse contexto, pode-se vislumbrar a existência de duas hipóteses contestáveis de pesquisa:

- a) há um padrão de extensão contido nos tratados internacionais de investimento e de direitos humanos e critérios orientadores definidos pelos tribunais arbitrais e pelas cortes regionais de direitos humanos para o exercício do poder soberano estatal de regulação sem a caracterização de uma desapropriação indireta com valor consuetudinário;
- b) os tratados internacionais; os laudos arbitrais e a jurisprudência das cortes regionais de direitos humanos não revelam uma extensão definida do exercício do direito regulatório com valor consuetudinário no Direito Internacional sem incidência de desapropriação indireta, dependendo de base normativa; soluções convencionais e decisões casuísticas em relação à matéria.

4. OBJETIVOS

O objetivo geral do trabalho de pesquisa é investigar e concluir se existe um padrão delimitador da extensão do direito regulatório nacional do Estado, nos tratados internacionais, na prática arbitral de investimentos internacionais e na jurisprudência das cortes regionais de direitos humanos, sem que haja a ocorrência de caracterização de expropriação indireta conforme definido nos tratados e nos costumes do Direito Internacional dos Investimentos.

Para atingir o objetivo geral determinado, a partir do estado atual da arte referente ao direito de regular do Estado e à desapropriação indireta no Direito Internacional; serão adotados como estágios de pesquisa os seguintes objetivos específicos:

- (i) mapear os tratados internacionais de direitos humanos e de proteção de investimentos a existência de artigos referentes aos direito de regular do Estado e às medidas de desapropriação indireta e examinar sua extensão;
- (ii) pesquisar nos laudos de arbitragem internacional de investimentos e nas decisões da CEDH e da CIDH as condições consideradas lícitas e ilícitas no exercício do direito de regular do Estado e os requisitos de caracterização de desapropriação indireta;
- (iii) sistematizar as informações levantadas no mapeamento dos tratados internacionais e na pesquisa de decisões arbitrais e jurisprudência internacional para cotejamento de forma metodológica e qualitativa;

- (iv) analisar os dados colhidos para concluir se existe extensão padronizada de direito regulatório nacional do Estado que permita o exercício do direito de regular do Estado, sem a ocorrência de expropriação indireta;
- (v) pesquisar a existência de uma diretriz decorrente da análise dos dados colhidos com valor consuetudinário para distinguir o uso de poderes do direito de regular da expropriação indireta passível de compensações para ser utilizada pelos tribunais internacionais e tribunais arbitrais de investimento.

5. JUSTIFICATIVA

Os investimentos estrangeiros recebem proteção por meio de tratados internacionais de investimentos, mecanismo jurídico mais utilizado para promoção do Direito Internacional dos Investimentos. Além de terem a função precípua de proteger o investimento estrangeiro nos países anfitriões, os tratados internacionais de investimentos também têm a finalidade secundária de induzir a liberalização dos mercados internos destas nações. Como consequência, esses instrumentos criam um ciclo virtuoso e resultam em aumento do montante de capital e dos recursos tecnológicos aportados³⁰.

A análise da doutrina internacional revela que não há entendimento cristalizado acerca da influência da assinatura de tratados internacionais de investimentos no recebimento de recursos internacionais. Em maior ou menor medida, vários autores demonstraram com o uso da econometria que ao se vincularem em tratados internacionais de investimentos, ocorreu um incremento no volume de investimentos nos países em desenvolvimento³¹. Todavia, há aqueles que utilizam a mesma ferramenta econômica para negar a existência de evidências que comprovem o aumento no fluxo de investimento para os países em decorrência da assinatura de tratados internacionais de investimentos³².

Ainda que não haja consenso entre os pesquisadores quanto ao protagonismo do papel da assinatura dos tratados internacionais de investimentos na atração de capital estrangeiro, é possível afirmar que há um relativo consenso no fato de que mesmo estes acordos não

³⁰ SALACUSE, Jeswald W.; e SULLIVAN, Nicholas. Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain. *Harvard international law journal*, v. 46, n. 1, 2005, p. 9.

³¹ GUZMAN, Andrew T. Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties. *Virginia Journal of International Law*, Vol. 38, 1998; NEUMAYER, Eric e SPESS, Laura. Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries? *World development*, v. 33, n. 10, 2005.

³² HALLWARD-DRIEMEIER, Mary. Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit And They Could Bite (June 2003). *World Bank Policy Research Working Paper* n. 3121; YACKEE, Jason W. Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment? Some Hints from Alternative Evidence. *University of Wisconsin Legal Studies Research Paper* n. 1114.

promovendo o aumento no investimento externo, eles influenciam nas decisões de investimentos internacionais como um dos fatores relevantes no processo decisório.

Em que pese o fluxo global de investimentos estrangeiros diretos tenha chegado a 1,8 trilhões de dólares em 2017, com previsão de chegar a 1,85 trilhões de dólares em 2018³³, o Brasil parece não ter sentido necessidade da celebração de tratados internacionais de investimentos pelo tamanho de sua economia, grande o suficiente para atrair investimentos mesmo sem as proteções internacionais tradicionais, e pela adoção pelos investidores de medidas extrajurídicas contra a interferência política nos investimentos, tais como a pulverização da produção e a retenção de tecnologia³⁴.

Durante décadas o Brasil passou ao largo da assinatura dos tratados internacionais de investimento, celebrando alguns, mas não ratificando nenhum deles. Contribuiu para essa decisão política brasileira o entendimento de que os tratados internacionais de investimentos eram instrumentos de interferência internacional em assuntos internos e uma afronta a soberania nacional pela adoção de arbitragens internacionais privadas. Desta forma, mesmo resultassem na atração de investimentos estrangeiros, a proteção impediu a plena adoção pelo Brasil de tratados internacionais de investimentos.

Adotando uma postura política internacional pragmática em relação a proteção de investimentos³⁵, o primeiro tratado internacional de proteção de investimentos internacionais foi assinado pelo Brasil em 1994, com Portugal³⁶, seguido de 13 outros tratados na mesma linha até 1998³⁷, todavia, não houve ratificação pelo Congresso Nacional de nenhum deles.

A estratégia brasileira de se abster de participar mais ativamente em tratados internacionais de investimento parece ter sido exitosa até o começo do Século XXI, em função de dois fatores: o fluxo contínuo de investimentos estrangeiros no Brasil, mesmo sem tratados de proteção, e a reduzida quantidade de empresas brasileiras que investiam no exterior e necessitavam de proteção³⁸.

³³ UNCTAD. *World investment report 2017: investment and the digital economy*. Genebra: ONU, 2017, p. x.

³⁴ YACKEE, Jason W. Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment? Some Hints from Alternative Evidence. University of Wisconsin Legal Studies Research Paper n. 1114, p. 30-32.

³⁵ MONEBHURRUN, Nitish. Reflexão sobre os (futuros) acordos brasileiros relativos à proteção dos investimentos: os acordos de cooperação e de facilitação de investimentos. In: _____ (Org.). *Crônicas do direito internacional dos investimentos: 2014*. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 65-72, 2015.

³⁶ Acordo para Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos entre Brasil e Portugal (09/02/1994).

³⁷ Tratados assinados com: Chile (1994), Reino Unido (1994), Suíça (1994), França (1995), Finlândia (1995), Itália (1995), Dinamarca (1995), Venezuela (1995), República da Coreia (1995), Alemanha (1995), Cuba (1997), Holanda (1998) e União Econômica Bélgica-Luxemburgo (1999).

³⁸ MONEBHURRUN, Nitish, Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model”, *Journal of International Dispute Settlement*, v. 8, 2017, p. 81.

Em novo rumo, entre 2007 e 2016 foi constatado o aumento expressivo do investimento direito brasileiro³⁹ no exterior em função do crescimento no número de empresas brasileiras com maior envergadura econômica e comercial, que passaram a investir no exterior, fazendo surgir a necessidade do Brasil se integrar ao regime dos tratados internacionais de investimentos.

Assim, após 16 anos, em 2015, adotando uma nova postura, o Brasil voltou a negociar e firmou 8 Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFIs)⁴⁰, que possuem como característica relevante o fato de terem sido todos firmados com países em desenvolvimento, que são destino de investimentos por parte de empresas transnacionais brasileiras.

Em 11/10/2017, o Brasil ratificou seu primeiro tratado internacional de proteção de investimentos o ACFI com Angola, por meio do Decreto n. 9.167, que se encontra plenamente em vigor. Não por coincidência, Angola é o principal destino de investimentos brasileiros na África⁴¹.

Apesar da crescente importância do tema, em virtude da assinatura de novos ACFIs e pela entrada em vigor do primeiro tratado internacional de investimentos adotado pelo Brasil, foram identificados menos de uma dezena de títulos de livros brasileiros publicados sobre o tema⁴², demonstrando a carência da produção de conhecimento científico e doutrinário nesta área.

Existe uma dificuldade prática e doutrinária de diferenciar as medidas regulatórias do Estado de uma desapropriação indireta. Por conseguinte, a pesquisa proposta merece ser realizada porque não há no cenário internacional uma delimitação do direito de regular do Estado de forma a não caracterizar uma expropriação indireta no Direito Internacional, seja no direito dos investimentos, seja nos direitos humanos, bem como o Direito brasileiro encontra-se embrionário em termos de estudos acerca do tema.

Estes limites a serem pesquisados são importantes no contexto global, pois quase todos os países do mundo celebraram tratados internacionais de investimentos e possuem, naturalmente, interesse na manutenção do seu direito regulatório interno no exercício de sua soberania, equilibrando-o com atração de investimentos estrangeiros e a manutenção da proteção dos investimentos aportados no exterior.

³⁹ Banco Central do Brasil, Disponível em: <http://www4.bcb.gov.br/rex/CBE/Port/ResultadoCBE2016p.pdf>.

⁴⁰ Tratados assinados com: Moçambique (2015), Angola (2015), México (2015), Malawi (2015), Colômbia (2015), Chile (2015), Etiópia (2018) e Suriname (2018).

⁴¹ RODRIGUES, Pietro Carlos de Souza; e GONÇALVES, Sonia Delindro Gonçalves. Política Externa e Investimentos brasileiros em Angola, *Revista Brasileira de Estratégia e Relações Internacionais*, v.5, n.9, Jan./Jun. 2016, p.249-273.

⁴² Foram identificados apenas 8 livros publicados em língua portuguesa, sendo um editado em 1998 e os demais entre 2009 e 2017.

É necessário ainda se estabelecer um padrão, a partir da prática arbitral internacional de investimentos e dos tratados internacionais de proteção aos investimentos, para facilitar esta tarefa, que pode hipoteticamente ser realizada com o auxílio da jurisprudência das cortes regionais de direitos humanos.

Em que pese o Direito Internacional ser entendido na prática como uma disciplina fragmentada⁴³, isto é, uma mesma questão poder ser objeto de discussão em diferentes instâncias internacionais, a desfragmentação do Direito Internacional por meio da interpretação sistêmica e integrativa de seus princípios é desejável na área dos investimentos, com a aplicação de outros ramos do Direito Internacional⁴⁴. A aproximação entre as áreas de especialização do Direito Internacional pode proporcionar a solução do problema de pesquisa⁴⁵.

Assim, partindo da premissa de que existe uma interconectividade intrínseca entre o Direito Internacional dos Investimentos e os Direitos Humanos⁴⁶, a pesquisa irá tentar encontrar o embasamento comum entre as decisões relativas às desapropriações indiretas e ao direito de regular do Estado nos dois ramos do Direito Internacional.

A novidade da pesquisa encontra-se nesta interligação, pois existem estudos acerca da aplicação de institutos e soluções adotados nos Direitos Humanos para resolver disputas relativas aos Direitos dos Investimentos Internacionais, mas em nenhum deles se vislumbrou a tentativa de encontrar os alicerces compartilhados entre estes dois ramos do Direito Internacional utilizados para distinguir o direito regulatório e desapropriação indireta que possam caracterizar um princípio geral de Direito Internacional ou tenha valor consuetudinário, e com eles traçar a linha divisória aplicável independentemente da existência de autorização normativa.

O Direito Internacional dos Investimentos encontra-se em um período de transição no qual os tratados internacionais estão sendo revistos e questionados pela opinião pública de diversos países em função especificamente de arbitragens internacionais vinculadas ao direito de regular dos Estados. Pode ser citado como exemplo desta tendência a abertura de arbitragem proposta pela Phillip Morris contra a Austrália, solicitando compensação por lei australiana que determinou que os maços de cigarro devem conter apenas o nome da marca, em tamanho, fonte e local

⁴³ VARELLA, Marcelo D. e OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares de. Da unidade à fragmentação do direito internacional: o caso Mox Plant, *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, p. 119-140, jan./jun. 2009, p. 136.

⁴⁴ AAKEN, Anne van. Fragmentation of International Law: the case of international investment protection. In *Finnish Yearbook of International Law*. Leiden: Brill, 2008, p. 129.

⁴⁵ SCHEURER, Christoph e KRIEBAUM. The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law, in S. Breitenmoser (ed.) *Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, Liber amicorum Luzius Wildhaber, Nomos, 2007.

⁴⁶ FRY, James D. International Human Rights in Investment Arbitration: evidence of International Law's unity. *Duke Journal of Comparative and International Law*, v. 18:77, 2007, p. 148.

predeterminados, sem cores, imagens, logotipos ou marcas, além de imagens vinculadas aos problemas relacionados ao consumo de tabaco. Outro exemplo são as arbitragens da empresa de energia Vattenfall contra a Alemanha em que são requeridas compensações por uma alteração legislativa que prevê o desligamento das usinas nucleares no país e restrições ambientais às usinas termoeletricas movidas a carvão que tornam sua operação antieconômica.

Logo, o momento é propício à pesquisa idealizada, sendo imprescindível e premente a elaboração de estudos para servir de embasamento para novos textos normativos e para solução de conflitos decorrentes de investimentos internacionais.

Em relação ao Brasil, o tema ganha especial relevância diante de sua recente inclusão no cenário internacional dos direitos dos investimentos. Os países que firmaram ACFIs com o Brasil são normalmente destino de investimentos das empresas brasileiras, que apresentam sistemas jurídicos instáveis e incapazes de proteger adequadamente estes investimentos, que serão melhor garantidos por tratados internacionais de investimentos.

O Brasil, diante da opção política de retardar a adesão ao sistema internacional de proteção de investimentos realizada ainda de forma tímida; bem como da via de acesso escolhida, com a adoção de um modelo autêntico e único; tem a necessidade de maior urgência na realização de pesquisa acerca do tema para proteção das empresas brasileiras que investem no exterior, precavendo-se contra decisões de Estados estrangeiros que prejudiquem o patrimônio de empresas brasileiras no exterior, como no caso da expulsão da empresa Odebrecht do Equador no ano de 2008. Além do mais, estes argumentos exigem que seja produzida mais doutrina sobre Direito Internacional dos Investimentos no Brasil, considerando esta mudança de política pública em matéria de investimentos e a celebração de tratados especializados no tema.

Deve-se destacar também outra lacuna importante que a pesquisa tentará suprir, a ausência de previsão de definição e aplicação de desapropriação indireta nos ACFIs⁴⁷, que sendo uma das grandes críticas destes tratados, exigirá maior necessidade de interpretação das medidas regulatórias estatais estrangeiras em relação aos investimentos brasileiros.

A conclusão da pesquisa representa considerável auxílio para os formuladores de políticas públicas relativas à proteção de investimentos estrangeiros no Brasil e em outros países, no momento em que ocorre a revisão de tratados internacionais de investimentos.

Em outra frente, as empresas transnacionais podem se utilizar dos resultados da pesquisa em arbitragens internacionais e na avaliação de risco destes processos. As empresas brasileiras necessitam mais ainda da pesquisa, diante da novidade do tema no país e da escassez de

⁴⁷ MONEBHURRUN, (nota 37), p. 93.

conhecimento acumulado para utilização dos ACFIs que estão sendo celebrados e ratificados pelo Brasil quando os inevitáveis conflitos de interesses entre investidores brasileiros e Estados estrangeiros começarem a surgir.

6. REFERENCIAL TEÓRICO

Apesar de ser objeto de estudo há algum tempo⁴⁸, a linha divisória entre o exercício do direito regulatório não-indenizável⁴⁹ e a ocorrência de desapropriação indireta indenizável continua sendo um dos maiores desafios para os tribunais arbitrais e pesquisadores do Direito Internacional dos Investimentos⁵⁰.

As abordagens teóricas partem dos seguintes critérios para definir se uma desapropriação é legal ou ilegal: a) forma não-discriminatória; b) presença de interesse público; c) respeito ao devido processo legal; e d) pagamento de compensação. Uma vez que a medida desapropriatória seja caracterizada como um ato ilícito internacional, os tribunais arbitrais utilizam um critério de reparação denominado *The Factory at Chorzow*⁵¹.

A adoção deste rol de condições para testar a legalidade da desapropriação tem como efeito um sistema binário situado em extremos, sendo que ou é devido o pagamento integral da compensação pela medida desapropriatória ou nenhuma compensação é devida, sem a existência de uma posição intermediária⁵². Este sistema binário tem reflexo direto nos efeitos das interferências regulatórias no direito de propriedade dos investimentos estrangeiros, exigindo construção doutrinária para explicar os parâmetros utilizados para enquadrar os litígios entre investidores e Estado nestas duas hipóteses.

Com fundamento no texto normativo dos tratados internacionais de investimentos e nas sentenças de arbitragem internacional de investimentos, a doutrina desenvolveu uma base de sustentação teórica em 3 (três) linhas de abordagem para distinguir o exercício do direito regulatório não-indenizável e uma desapropriação indireta indenizável.

⁴⁸ HERZ, Jonh. Expropriation of foreign property. *American Journal of International Law*, v. 35, n. 2., 1941. CHRISTIE, George C. What constitutes a taking of property under International Law? *Brit. Y. B. International Law*, v. 38, 1962.

⁴⁹ FORTIER, L Yves & DRYMER, Stephen L. Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, v. 19, n. 2, 2004, p. 294.

⁵⁰ OECD, (nota 14), p. 3. KRIEBAUM, (nota 24), p. 718. NEWCOMBE, (nota 24), p. 2-3.

⁵¹ *The Factory at Chorzów*, Jurisdiction Case, Judgment n. 8, P.C.I.J., Series A, n. 9, 1927; Merits, Judgment n. 13, P.C.I.J., Series A, n. 17, 1928. SAMPAIO, Jorge Silva. Do direito internacional do ambiente à responsabilidade ambiental e seus meios de efectivação no âmbito do direito internacional. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, ano 2, n. 10, Lisboa, 2013.

⁵² KRIEBAUM, (nota 24), p. 719-720.

A primeira corrente de entendimento, considerada favorável aos interesses do investidor, adota como determinante para configuração da desapropriação indireta apenas os efeitos da medida regulatória (*sole-effect doctrine*), também denominada teoria dos efeitos⁵³. É a intensidade dos efeitos da medida sobre o investimento que configura a medida desapropriatória, pouco importando o objetivo almejado. No caso, a ausência do interesse público na origem da medida desapropriatória não elide o pagamento da compensação, mas apenas afasta a ilicitude da medida e, em consequência, o pagamento de indenização.

Adotando-se a teoria dos efeitos (*sole-effect doctrine*) é possível medir os efeitos das medidas regulatórias sobre os investimentos de 3 (três) formas: a) pela interferência na utilização do investimento; b) pela existência de uma série de medidas equivalentes a uma expropriação (desapropriação progressiva); ou c) pela frustração das expectativas legítimas do investidor⁵⁴.

Em sentido diametralmente oposto, surge uma segunda corrente doutrinária decorrente do crescimento das arbitragens internacionais propostas por investidores contra medidas adotadas no interesse do bem-estar público, favorável ao direito regulatório estatal, que para se considerar uma medida regulatória como desapropriação indireta devem ser considerados o contexto e o propósito da medida, ou seja, a intenção na adoção da medida é o vetor predominante na definição de uma ocorrência da desapropriação indireta (*radical police-powers doctrine*)⁵⁵.

Ante a ausência de consenso entre qual das abordagens teóricas seria mais defensável, em situação intermediária entre as duas posições extremas, a doutrina percebe o desenvolvimento de uma terceira linha de entendimento na prática arbitral de investimentos internacional que considera o efeito da medida sobre o investimento o principal fator de classificação de uma medida regulatória, sopesando na análise outros fatores como a intenção da medida ou as legítimas expectativas do investidor para definir a existência de uma medida desapropriatória (*moderate police-powers doctrine*)⁵⁶.

A construção da terceira abordagem estabelece que a relação entre os critérios dos efeitos e a intenção da medida regulatória deve ser aferida com um exame de proporcionalidade inspirado no paradigma utilizado pela CEDH, visando a alcançar um maior equilíbrio entre os interesses dos investidores e dos Estados⁵⁷.

⁵³ MONEBHURRUN, (nota 34), p. 74.

⁵⁴ MONEBHURRUN, (nota 34), p. 74-75.

⁵⁵ BRUNETTI, Maurizio. Indirect Expropriation in International Law. *International Law FORUM du droit international*, 5(3):150-154, agosto de 2003. MOSTAFA, Ben. The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law, *Australian International Law Journal*, v. 15, 2008.

⁵⁶ KRIEBAUM, (nota 24), p. 727.

⁵⁷ HENCKELS, Caroline. Indirect expropriation and the right to regulate: revisiting proportionality analysis and the standard of review in investor-state arbitration. *Journal of International Economic Law*, v. 15, n. 1, 2012, p. 230-231.

O exame de proporcionalidade, que tem origem no direito administrativo alemão, é um método de interpretação legal nos casos de colisão entre princípios e objetivos das políticas públicas⁵⁸, contrapondo os direitos de proteção dos indivíduos e o interesse público perseguido pela medida regulatória, vislumbrando-se sua emergência como um princípio geral de Direito Internacional⁵⁹.

Este instrumento não é proposto como uma alternativa às regras de interpretação dos tratados internacionais previstas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, mas sim como um método de interpretação legal de tratados internacionais para solucionar conflitos de direitos e interesses quando outras normas de interpretação dos tratados não indicar prioridade entre eles⁶⁰.

O emprego do exame de proporcionalidade para diferenciar medidas regulatórias da desapropriação indireta pelos tribunais arbitrais de investimentos é criticada por problemas metodológicos de fundamentação e pela utilização mais rígida das medidas regulatórias estatais do que o padrão da Corte Europeia de Direitos Humanos⁶¹.

A doutrina alerta ainda que a utilização do exame de proporcionalidade nas medidas estatais possui uma diferença fundamental entre a prática arbitral de investimentos internacionais e a jurisprudência da CEDH. A primeira considera o exame de proporcionalidade para determinar se ocorreu uma desapropriação; já a segunda utiliza a proporcionalidade para verificar se a desapropriação é justificável⁶².

A utilização do exame de proporcionalidade está condicionada à observância de 3 (três) requisitos cumulativos: a) adequação (a medida deve ter a capacidade de atingir seu objetivo); b) necessidade (inexistência de outro meio que interfira menos no direito do investidor); e c) equilíbrio ou proporcionalidade *strictu sensu* (avaliação da medida em comparação com o direito do investidor)⁶³.

Independentemente da abordagem teórica adotada, a investigação demonstrou que o debate situa as teorias em torno de dois extremos: o pagamento integral da compensação pela medida desapropriatória (*sole-effect doctrine*), ou nenhuma compensação é devida (*police-powers*

⁵⁸ KINGSBURY, Benedict. SCHILL, Stephan W. Public law concepts to balance investor's rights with state regulatory actions in the public interest – The concept of proportionality, in SCHILL, Stephan W, *International investment law and comparative public law*, OUP, Oxford, 2010, p. 78.

⁵⁹ HENCKELS, (nota 56), p. 226. ESCARCENA, Sebastián López. La propiedad y su restricción em la jurisprudência de la Corte Interamericana, *Revista Ius et Praxis*, ano 21, n. 1, 2015, p. 562.

⁶⁰ KINGSBURY, SCHILL, (nota 57), p. 78-79.

⁶¹ HENCKELS, (nota 56), p. 224.

⁶² KRIEBAUM, (nota 24), p. 728.

⁶³ KUPRIEIEVA, Anna. *Regulatory freedom and indirect expropriation: seeking compatibility with sustainable development in new generation bilateral investment treaties*. Dissertação de Mestrado, University of Ottawa, Ottawa, 2015, p. 26.

doctrine radical ou moderada), ainda que seja adotado o exame de proporcionalidade. A única divergência encontrada foi a proposta de utilização do teste de proporcionalidade nos moldes definidos pela CEDH aos casos de efeitos desapropriatórios decorrentes de medidas regulatórias que permitiria o pagamento de compensação intermediária entre a compensação integral e a ausência de compensação⁶⁴.

De toda forma, nenhum dos diversos estudos teóricos e pesquisas realizadas, nem os métodos utilizados pelos tribunais arbitrais de investimentos resultaram satisfatoriamente na definição de uma diretriz específica para delimitação entre o direito regulatório e a desapropriação indireta⁶⁵.

7. METODOLOGIA DE PESQUISA

A partir da determinação do estado da arte do Direito Internacional relativo a proteção de direitos humanos e investimentos internacionais, para responder o problema de pesquisa apresentado será utilizada pesquisa documental, do tipo qualitativa, decomposta em 4 (quatro) etapas: (i) exploração dos tratados regionais de direitos humanos e de proteção dos investimentos estrangeiros; (ii) levantamento das decisões arbitrais para solução de controvérsias entre investidores e Estados derivadas de tratados internacionais de investimentos; (iii) exame da jurisprudência internacional das cortes regionais de direitos humanos; e (iv) comparação dos conceitos relativos ao direito regulatório do Estado e à desapropriação indireta nos documentos obtidos e analisados nas etapas anteriores.

Para execução da primeira etapa foram identificados três tratados internacionais básicos de direitos humanos de cunho regional⁶⁶ que preveem a proteção ao direito de propriedade, impactando na desapropriação estatal. Devem ser acrescentados ainda os tratados internacionais de proteção de investimentos, que totalizam 3.322 acordos, sendo 2.946 tratados bilaterais e 376 tratados com previsão de proteção de investimentos; dos quais 2.638 estão em vigor, em maio de 2018⁶⁷.

Para o levantamento prévio das decisões da prática arbitral, previsto na segunda etapa, observou-se que as disputas entre investidores internacionais e Estados são solucionadas por

⁶⁴ KRIEBAUM, (nota 24), p. 719 -730.

⁶⁵ NEWCOMBE, (nota 24), p. 2-3; KRIEBAUM, (nota 24), p. 719.

⁶⁶ Protocolo Adicional à Convenção Europeia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais; Convenção Americana de Direitos Humanos; e Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos.

⁶⁷ UNCTAD. *International investment agreements* - issues note. Issue 1, maio de 2018. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2018d1_en.pdf>.

tribunais arbitrais institucionais ou *ad hoc*, cuja opção é prevista nos tratados internacionais de proteção dos investimentos estrangeiros que preveem a arbitragem como solução de litígios.

A arbitragem institucional é administrada diretamente por uma instituição arbitral permanente, que fornece todos os meios para solução do conflito, inclusive as regras e disposições a serem aplicadas que normalmente são previstas em seus regulamentos⁶⁸, com especial destaque para o Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimento (ICSID) no Direito Internacional dos Investimentos. Na arbitragem *ad hoc* as próprias partes administram o estabelecimento e funcionamento do tribunal arbitral, determinando também as regras procedimentais a serem utilizadas, podendo, entretanto, recorrer a regras processuais já estabelecidas internacionalmente.

Apesar de alguma dificuldade na obtenção dos laudos arbitrais em função do sigilo inerente à arbitragem, sendo que a publicação das decisões depende da concordância das partes, o que nem sempre acontece, foi possível constatar a existência de pelo menos 35 laudos arbitrais internacionais que versam sobre direito de regular, desapropriação indireta e compensação e aparecem de forma recorrente nas fontes pesquisadas.

A terceira etapa consistirá no exame de aproximadamente 40 sentenças proferidas pela Corte Europeia de Direitos Humanos e 20 sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, registrando-se que o sistema africano será excluído da pesquisa em função de sua limitação de representatividade no palco internacional.

Na quarta etapa, os dados levantados nas etapas anteriores serão a matéria prima da compilação e cotejamento de conceitos e institutos jurídicos obtidos, com a finalidade de responder ao problema de pesquisa proposto.

Considerando que a pesquisa enquadra-se na área de concentração de Políticas Públicas, Estado e Desenvolvimento, na linha de pesquisa Políticas Públicas e Desenvolvimento Econômico; do Programa de Doutorado em Direito desta Instituição, espera-se que a participação em grupos de pesquisa, em particular o Grupo de Pesquisa de Novas Tendências do Direito Internacional, revele outras informações e documentos relevantes para seu desenvolvimento, além de proporcionar debates, reflexões e o teste das hipóteses de pesquisa.

Em função da origem estrangeira da esmagadora maioria dos documentos a serem examinados, é possível que seja necessária a exploração destas fontes diretamente nos locais de origem, o que não deixará de ser executado.

⁶⁸ Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimento (ICSID); Câmara de Comércio Internacional (ICC); Corte de Arbitragem Internacional de Londres (LCIA); Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo (SCC).

8. REFERÊNCIAS

- AAKEN, Anne van. Fragmentation of International Law: the case of international investment protection. In *Finnish Yearbook of International Law*. Leiden: Brill, 2008, p. 129.
- BROWNLIE, Ian. *Public International Law*, Oxford University Press, 6^a ed., 2003,
- BRUNETTI, Maurizio. Indirect Expropriation in International Law, *International Law FORUM du droit international*, 5(3):150-154, agosto de 2003.
- CHRISTIE, George C. What constitutes a taking of property under International Law?, *Brit. Y. B. International Law*, v. 38, 1962.
- DOLZER, Rudolf. Indirect expropriation and alien property, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, v. 1, n. 1, 1986.
- DOLZER, Rudolf e SCHEURER, Christoph. *Principles of international investment law*. OUP, Oxford, 2008.
- ESCARCENA, Sebastián López. La propiedad y su restricción em la jurisprudência de la Corte Interamericana, *Revista Ius et Praxis*, ano 21, n. 1, 2015.
- FIORI, José Luis. *60 lições dos 90: uma década de neoliberalismo*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 60.
- FORTIER, L Yves & DRYMER, Stephen L. Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, v. 19, n. 2, 2004.
- FRY, James D. International Human Rights in Investment Arbitration: evidence of International Law's unity. *Duke Journal of Comparative and International Law*, v. 18:77, 2007, p. 148.
- GASPAR, Ricardo Carlos. A trajetória da economia mundial: da recuperação do pós-guerra aos desafios contemporâneos. *Cadernos Metrópole*, v. 17, n. 33, São Paulo, 2015.
- GUZMAN, Andrew T. Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties. *Virginia Journal of International Law*, Vol. 38, 1998.
- HALLWARD-DRIEMEIER, Mary. Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit And They Could Bite (June 2003). *World Bank Policy Research Working Paper* n. 3121.
- HENCKELS, Caroline. Indirect expropriation and the right to regulate: revisiting proportionality analysis and the standard of review in investor-state arbitration. *Journal of International Economic Law*, v. 15, n. 1, 2012.
- HERZ, Jonh. Expropriation of foreign property. *American Journal of International Law*, v. 35, n. 2, 1941.

IANNI, Octávio, *A sociedade global*. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

KINGSBURY, Benedict. SCHILL, Stephan W. Public law concepts to balance investor's rights with state regulatory actions in the public interest – The concept of proportionality, in SCHILL, Stephan W, *International investment law and comparative public law*, OUP, Oxford, 2010.

KRIEBAUM, Ursula. Regulatory takings: balancing the interests of the investor and the State, *Journal of World Investment & Law*, v. 8, n. 5, 2007.

KUPRIEIEVA, Anna. *Regulatory freedom and indirect expropriation: seeking compatibility with sustainable development in new generation bilateral investment treaties*. Dissertação de Mestrado, University of Ottawa, Ottawa, 2015.

MONTEBHURRUN, Nitish. A desapropriação, in, Crônicas do Direito Internacional dos Investimentos, *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, 2015.

_____. Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model, *Journal of International Dispute Settlement*, v. 8, 2017, pp. 79-100.

_____. Reflexão sobre os (futuros) acordos brasileiros relativos à proteção dos investimentos: os acordos de cooperação e de facilitação de investimentos. In: _____ (Org.). Crônicas do direito internacional dos investimentos: 2014. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 1, 2015.

MOSTAFA, Ben. The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law, *Australian International Law Journal*, v. 15, 2008.

MUCHLINSKI, Peter. Corporations and the Uses of Law: International Investment Arbitration as a “Multilateral Legal Order”, *Oñati Socio-Legal Series*, v. 1, n. 4, 2011, p. 3.

NEUMAYER, Eric e SPESS, Laura. Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries? *World development*, v. 33, n. 10, 2005.

NEWCOMBE Andrew, The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, v. 20, n. 1, 2005, p. 1-57.

OECD. “Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law. *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/04. OECD Publishing: Paris, 2004.

RADI, Yannick. International Investment Law and Development: A History of Two Concepts, *Grotius Centre Working Paper 2015/045 – IEL*, 2015.

REINER, Clara, e SCHEUER, Human Rights and International Investment Arbitration. In DUPUY, Pierre-Marie; FRANCONI, Francesco, e PETERSMANN, E-U, *Human Rights in International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

ROBINSON, William. Globalisation: nine thesis on our epoch. *Race and Class*, 38 (2), 1995, p. 13-31.

SALACUSE, Jeswald W.; e SULLIVAN, Nicholas. Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain. *Harvard international law journal*, v. 46, n. 1, 2005.

SAMPAIO, Jorge Silva. Do direito internacional do ambiente à responsabilidade ambiental e seus meios de efectivação no âmbito do direito internacional. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, ano 2, n. 10, Lisboa, 2013.

SCHEURER, Christoph e KRIEBAUM. The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law, in S. Breitenmoser (ed.) *Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, Liber amicorum Luzius Wildhaber, Nomos, 2007.

TITI, Aikaterini. *The right to regulate in International Investment Law*. Baden-Baden: Nomos, 2014.

UNCTAD. *International investment agreements - issues note*. Issue 1, maio de 2018. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2018d1_en.pdf>.

_____. *World investment report 2015: reforming international investment governance*. Nova Iorque e Genebra: ONU, 2015.

_____. *World investment report 2017: investment and the digital economy*. Genebra: ONU, 2017.

VARELLA, Marcelo D. e OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares de. Da unidade à fragmentação do direito internacional: o caso Mox Plant, *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, p. 119-140, jan./jun. 2009.

YACKEE, Jason W. Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment? Some Hints from Alternative Evidence. *University of Wisconsin Legal Studies Research Paper* n. 1114.

ZARRA, Giovanni. Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: current status in investment arbitration in light of Phillip Morris v. Uruguay. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, 2017.

O término da 2ª Guerra Mundial marca o início de dois processos extremamente relevantes no cenário econômico internacional. O primeiro é a necessidade de alocação de recursos financeiros na reconstrução da Europa, o que absorve durante este período quase todos os recursos econômicos disponíveis⁶⁹; e o segundo a descolonização da África e da Ásia.

Ao final da reconstrução europeia, o excedente de recursos financeiros existentes necessitava ser alocado fora da Europa Ocidental. O movimento de independência das antigas colônias europeias

⁶⁹ GASPAR, Ricardo Carlos. A trajetória da economia mundial: da recuperação do pós-guerra aos desafios contemporâneos. *Cadernos Metrópole*, v. 17, n. 33, São Paulo, 2015.

representou a oportunidade de absorção destes excedentes financeiros internacionais diante da necessidade de capital para estruturação das nações recém-surgidas.

A emergência das ex-colônias como destino do capital das antigas metrópoles aumentou de forma significativa o número de litígios entre investidores e Estados⁷⁰, demonstrando a limitação do sistema internacional de proteção dos investidores estrangeiros.

A instabilidade política a que são submetidos os investimentos internacionais é preocupante pela sua característica de continuidade temporal, ao contrário das relações comerciais que se exaurem com a troca imediata entre mercadoria e dinheiro. Uma vez realizado, o investidor tem seus recursos permanentemente atrelados ao Estado anfitrião, favorecendo a dinâmica de poder em favor deste⁷¹.

Como solução deste problema, foi assinado em 1959 o primeiro tratado de proteção de investimentos entre Alemanha e Paquistão, inaugurando uma série de outros acordos internacionais para proteção de investimentos internacionais e solução de disputas a eles relacionadas, mecanismo jurídico mais utilizado para promoção do Direito Internacional dos Investimentos.

Além de terem a função precípua de proteger o investimento estrangeiro nos países anfitriões, os tratados de proteção de investimentos também têm a finalidade secundária de induzir a liberalização dos mercados internos destas nações. Como consequência, criaram um ciclo virtuoso e resultaram em aumento do montante de capital e dos recursos tecnológicos aportados⁷².

Na década de 1990 ocorreu uma rápida expansão da celebração de tratados de investimentos⁷³ como forma de garantir, por meio do Direito Internacional, a proteção dos investimentos estrangeiros, que passam de 404, entre os anos de 1965 e 1999; para 3.067, entre os anos de 1990-2007⁷⁴.

Após esta fase de proliferação, com a crise econômica mundial de 2007, observou-se um arrefecimento no número de tratados internacionais de investimentos assinados e uma reflexão no modelo utilizado, resultando em uma proposta de reforma do regime jurídico internacional de investimentos com a reorientação para valorização do desenvolvimento sustentável. Os objetivos da mencionada reforma são: (i) resguardar o direito de regular; (ii) reformar o sistema de solução de

⁷⁰ UNCTAD. *World investment report 2015: reforming international investment governance*. Nova Iorque e Genebra: ONU, 2015, p. 121-122.

⁷¹ DOLZER, Rudolf. SCHEURER, Christoph. *Principles of international investment law*. Oxford: OUP, 2008, p. 3-4.

⁷² SALACUSE, Jeswald W.; e SULLIVAN, Nicholas. Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain. *Harvard international law journal*, v. 46, n. 1, 2005, p. 9.

⁷³ RADI, Yannick. International Investment Law and Development: A History of Two Concepts, *Grotius Centre Working Paper 2015/045 – IEL*, 2015, p. 3.

⁷⁴ UNCTAD, (nota 2), p. 121.

controvérsias; (iii) promover e facilitar o investimento; (iv) assegurar o investimento responsável; e melhorar a consistência sistêmica da proteção ao investimento estrangeiro⁷⁵.

De outro lado, o Direito Internacional dos Investimentos encontra-se em um período de transição no qual os tratados estão sendo revistos e questionados pela opinião pública de diversos países em função de arbitragens internacionais vinculadas ao direito de regular dos Estados. Pode ser citado como exemplo desta tendência a abertura de arbitragem proposta pela Phillip Morris contra a Austrália, solicitando compensação por lei australiana que determinou que os maços de cigarro devam conter apenas o nome da marca, em tamanho, fonte e local predeterminados, sem cores, imagens, logotipos ou marcas, além de imagens vinculadas aos problemas relacionados ao consumo de tabaco. Outro exemplo são as arbitragens da empresa de energia Vattenfall contra a Alemanha em que são requeridas compensações por uma alteração legislativa que prevê o desligamento das usinas nucleares no país e restrições ambientais às usinas termoelétricas movidas a carvão que tornam sua operação antieconômica.

⁷⁵ UNCTAD, (nota 2), p. 124-128.