

INVESTIMENTO ESTRANGEIRO E MEIO AMBIENTE: ANÁLISE DOS ACORDOS BRASILEIROS DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS

FOREIGN INVESTMENT AND ENVIRONMENT: ANALYSIS OF THE NEW BRAZILIAN AGREEMENTS ON COOPERATION AND FACILITATION OF INVESTMENTS

Germana Parente Neiva Belchior¹

Doutora em Direito

Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7) - Fortaleza (CE) - Brasil

Alebe Linhares Mesquita²

Especialista e Pesquisador em Direito

Universidade de São Paulo (USP) - São Paulo (SP) - Brasil

RESUMO: O presente artigo propõe uma análise da relação entre investimento estrangeiro e meio ambiente, mais especificamente do tratamento dado à questão ambiental nos Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFIs) celebrados pelo Brasil em 2015. Nesse sentido, desenvolve-se um estudo sobre a relação entre meio ambiente e investimento estrangeiro, o avanço das cláusulas de promoção do desenvolvimento sustentável e proteção do meio ambiente no âmbito dos Acordos Bilaterais de Investimentos e, por fim, o atual posicionamento do Brasil diante dos fluxos internacionais de capital. Conclui-se que o novo modelo de Acordo pode ser aperfeiçoado a partir da inclusão de cláusulas sobre manutenção do espaço necessário para implementação de políticas públicas voltadas à proteção do meio ambiente e a não caracterização de medidas ambientais como expropriação indireta.

PALAVRAS-CHAVE: Investimento Estrangeiro; Meio Ambiente; Desenvolvimento Sustentável; Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos; Brasil

¹Doutora em Direito com área de concentração em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito com área de concentração em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Professora dos cursos de graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade 7 de Setembro. E-mails: germana_belchior@yahoo.com.br / germana.belchior@fa7.edu.br

²Mestrando em Direito Internacional e Comparado pela Universidade de São Paulo (USP). Pesquisador do Centro de Comércio Global e Investimento (CCGI) da Função Getúlio Vargas (FGV/EESP). E-mail: alebe.mesquita@fgv.br

ABSTRACT: The present paper analyzes the relation between foreign investment and the environment, more specifically the treatment given to environmental issues in the Agreements on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFIs) signed by Brazil in 2015. In this sense, this article develops a study about the relation between environment and foreign investment, the advancement of sustainable development promotion and environment protection clauses in Bilateral Investment Agreements and, at last, the current Brazilian position in the view of the international capital flows. It is concluded that the new model of agreement can be improved through the inclusion of clauses on the maintenance of the necessary policy space aimed at protecting the environment and on the non-characterization of environmental measures as indirect expropriation.

KEYWORDS: Foreign Investment; Environment; Sustainable Development; Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments; Brazil.

INTRODUÇÃO

A evolução dos meios técnicos, científicos e informacionais permitiu que os fluxos de capital se tornassem cada vez mais fluídos, transpondo com maior facilidade as fronteiras dos Estados soberanos. Esse fenômeno suscitou uma significativa mudança na forma como os países regulam e promovem o investimento tanto no plano interno com no internacional, demandando ações de cooperação e coordenação entre as nações envolvidas.

Observa-se, assim, um crescente regime internacional de investimento irradiado nos mais diversos níveis, sejam eles bilaterais, plurilaterais, regionais ou multilaterais. Apesar de a temática já ser regulada há tempos, desde o período das grandes navegações, pelas mais diversas nações, corporações e organizações, é no século XX que a sua normatização toma proporções verdadeiramente internacionais.

Percebe-se uma crescente proliferação dos tratados internacionais de investimento que, gradativamente, aumentam seu alcance e avançam em complexidade, buscando dar maior segurança e previsibilidade jurídica às transações de bens de capitais. Segundo relatório da United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) de 2015, o número total de acordos de investimento alcançou a cifra de 3.271, dos quais 2.926 são Acordos Bilaterais de Investimento e 345, outros tipos acordos.

Nessa perspectiva, observa-se uma florescente tendência de se incluir dispositi-

vos de preservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável no âmbito dos Acordos Bilaterais de Investimento. Na última década, o conteúdo desses Acordos vem procurando reconciliar a proteção e a liberalização do investimento estrangeiro com os novos imperativos do Direito Ambiental. Objetiva-se, assim, transformar essas duas áreas, previamente antagônicas, como mutuamente complementares e dialógicas.

Nesse contexto, insere-se a discussão sobre o atual posicionamento do Brasil diante dessa nova prática de se tentar conciliar investimento estrangeiro e proteção do meio ambiente. Apesar de o país se destacar como um dos principais receptores de investimento estrangeiro no mundo e começar a despontar como um ascendente exportador de capital, os acordos internacionais do país nessa temática são escassos. Apesar de o país ter assinado 14 Acordos Bilaterais de Investimento, durante a década de 1990, nenhum deles foi devidamente internalizado.

Contudo, nos últimos tempos, é possível perceber uma mudança da política nacional quanto à atração e promoção de investimentos. No primeiro semestre de 2015, o Brasil celebrou quatro Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI), respectivamente, com Angola, Moçambique, México, Malauí, Chile e Colômbia. Esse novo modelo de Acordo visa dar maior segurança e previsibilidade jurídica ao investidor estrangeiro, constituindo um novo paradigma à condução das relações econômicas internacionais do país.

Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo geral investigar a relação entre investimento estrangeiro e meio ambiente no direito internacional. Já no que concerne aos objetivos específicos, o presente trabalho pretende analisar os dispositivos de preservação do meio ambiente estabelecidos no âmbito dos Acordos Bilaterais de Investimento; produzir um levantamento dos principais Acordos Internacionais de Investimento celebrados pelo Brasil e avaliar o atual posicionamento do país diante dos fluxos de capital estrangeiro.

O presente estudo se justifica pelo fato de a procura por um equilíbrio entre, de um lado, os princípios em matéria de promoção do investimento estrangeiro e, do outro, os ditames relativos à proteção do meio ambiente, apresentar-se como um dos mais importantes desafios enfrentados pelo regime jurídico internacional. Ademais, ressalta-se a relevância do tema para o Brasil, um dos maiores receptores de investimento estrangeiro direto do mundo e crescente exportador de capital. Assim, a análise que ora se realiza visa a contribuir para uma reflexão sobre os dispositivos de proteção do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável

incluídos nos Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos recentemente celebrados pelo Brasil.

A partir de uma pesquisa teórica, bibliográfica, descritiva e exploratória, o presente artigo é dividido em três momentos distintos. Primeiramente, discorre-se sobre a interação entre meio ambiente e investimento estrangeiro. Em um segundo momento, evidencia-se o avanço das cláusulas ambientais nos Acordos Bilaterais de Investimento. Por fim, analisa-se o posicionamento do Brasil diante dos fluxos de investimento estrangeiro e a inserção de dispositivos de proteção do meio ambiente no novo modelo de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos.

1 Meio Ambiente e Investimento Estrangeiro

O intenso processo de globalização, impulsionado pela revolução tecnológica, possibilitou desarticulação da cadeia produtiva, proporcionando a redução dos custos de produção por meio da transferência de subsidiárias para países que oferecem condições que possam reduzir drasticamente os custos de produção. Dessa forma, as empresas transnacionais despontam como as principais protagonistas da atual dinâmica do ágil fluxo de capitais, ao ponto de, no âmbito econômico, tornarem-se muitas vezes mais poderosas que muitos Estados Nacionais.

Ao relativizar o princípio da territorialidade, referidos grupos econômicos desafiam a própria noção de soberania, elemento central da ordem internacional estabelecida pela Paz de Westfália (1648)³. Tal fato se fortalece diante da problemática ambiental, na medida em que barreiras alfandegárias não são suficientes para delimitar os impactos ambientais.

Assim, diante da multiplicidade e disparidade de regimes jurídicos, as empresas transnacionais, visando o lucro a qualquer custo, se aproveitam da leniência legislativa de alguns países para produzir seus produtos em desrespeito aos princípios fundamentais dos direitos humanos, sejam eles de cunho trabalhista ou ambiental. No que tange à regulamentação da matéria ambiental, a discrepância dos níveis de proteção do meio ambiente entre os Estados é alarmante⁴.

Ao mesmo tempo em que alguns países possuem normas ambientais extremamente rígidas, outros nem sequer normas ambientais possuem ou as que possuem são altamente permissivas e flexíveis. As exigências normativas referentes ao manejo

³AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Introdução ao Direito Internacional Público. São Paulo, Atlas, 2008.

⁴CAUBET, Christian Guy. A Irresistível Ascensão do Comércio Internacional: o meio ambiente fora da lei? Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 6, p. 81-99, abr./jun. 2001.

sustentável dos recursos naturais, ao estudo prévio de impacto ambiental, à política de tratamento de resíduos industriais, bem como a reparação e indenização do dano ambiental ainda não são consenso no âmbito internacional, o que dificulta a aplicação de princípios e regras ambientais⁵.

Conseqüentemente, um Estado que dispõe de leis de proteção ambiental mais duras se encontra em uma situação menos favorável do que aquele que apresenta leis de proteção ambiental mais flexíveis, haja vista que este dispõe de uma vantagem comparativa em razão do menor custo de produção de seus produtos. Isso decorre do fato de o valor dos bens produzidos em seu território não refletir os gastos correspondentes ao respeito de padrões mínimos de proteção ambiental.

Essa atual conjuntura demonstra um efeito negativo da liberalização comercial e a facilitação dos fluxos de capital ao redor do mundo, uma vez que incentiva a “migração de empresas altamente poluentes e/ou que fazem uso intensivo recursos naturais para os países cujas legislações e exigências ambientais sejam mais brandas.”⁶ Nesse sentido, Queiroz ressalta que:

Tais empresas, em sua grande maioria sediadas nos EUA e na União Europeia, pressionadas por padrões ambientais internos rigorosos e no intuito de fugir de custos produtivos mais elevados em virtude da aplicação de normas técnicas ambientais, migram para os *pollution havens* (refúgios da poluição), terminologia utilizada em referência àqueles países onde as normas ambientais são menos rigorosas ou até mesmo inexistentes⁷.

Desse modo, a discrepância do nível da regulamentação ambiental em diferentes países acaba incentivando a criação dos mencionados refúgios da poluição (*pollutions havens*), verdadeiros oásis de descaso ambiental. Esse fenômeno vai de encontro aos princípios e obrigações pactuados no âmbito dos acordos internacionais de proteção ao meio ambiente, colocando em risco os avanços até então alcançados.

Enfrentam-se, por conseguinte, ameaças políticas que permeiam a desregula-

⁵BELCHIOR, Germana Parente Neiva; MESQUITA, Alebe. O papel da OMC no Combate às Práticas de Dumping Ambiental para a Proteção Internacional do Direitos Humanos. In: SANTOS, Ricardo; ANNONI, Danielle (Org.). *Cooperação e Conflitos Internacionais: Globalização, Regionalismo e Atores*. Curitiba: Multideia, 2014.

⁶QUEIROZ, Fábio Albergaria de. Meio ambiente e comércio internacional: relação sustentável ou opostos inconciliáveis? Argumentos ambientalistas e pró-comércio do debate. *Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, v. 31, p. 251-283, mai./ago. 2009, p. 258.

⁷Ibid., p. 258.

mentação da matéria ambiental. Os países com baixos padrões de proteção ambiental não se veem motivados a adotarem normas ambientais mais rígidas, bem como países que já dispõem de normas severas se veem tentados a diminuir seu nível de proteção ambiental, a fim de atrair novos investimentos internacionais⁸.

Isso acontece em razão de essas normas ambientais mais severas, em sua maioria, exteriorizam-se por meio de instrumentos de comando e controle cujo objetivo principal é a punição. Atualmente, essa lógica normativa em matéria ambiental é vista como ultrapassada. Encontra-se em curso um processo de mudança em que se busca utilizar instrumentos econômicos que promovam a proteção do meio ambiente por intermédio de incentivos fiscais, financeiros e creditícios.

Nesse contexto, insere-se a discussão sobre a compatibilização entre os ditames do desenvolvimento sustentável⁹ com os fluxos de capital estrangeiro ao redor do globo. De acordo com Viñuales, a dimensão de mútuo apoio entre investimento estrangeiro e proteção do meio ambiente encontra-se no centro do conceito de desenvolvimento sustentável atualmente¹⁰.

Cumprе salientar que o princípio da sustentabilidade aqui discutido não se trata do mesmo conteúdo do desenvolvimento sustentável, haja vista que ele se tornou insuficiente para atender aos problemas da complexidade. A definição do desenvolvimento sustentável está no tripé: “desenvolvimento econômico, equidade social e equilíbrio ambiental.”¹¹

Nessa perspectiva, Kanas afirma que o aumento dos fluxos de investimentos pode promover o desenvolvimento sustentável a partir da transferência de tecnologias, harmonização de práticas ambientais e diminuição da pobreza¹². A importância dos investimentos estrangeiros para a promoção do desenvolvimento sustentável já foi até reconhecida pela Agenda 21¹³ que estabelece em seu Capítulo 2 (2.23) que:

⁸Ibid., p. 258-259.

⁹O conceito de desenvolvimento sustentável foi formalmente adotado pelos países no âmbito da Declaração do Rio de 1992, tendo sido previamente proposto pelo relatório das Nações Unidas de 1987, intitulado Nosso Futuro Comum. O estudo, também conhecido como Relatório Brundtland, definiu que o desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades.

¹⁰VIÑUALES, Jorge. *Foreign Investment and the Environment in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 17.

¹¹BELCHIOR, Germana Parente Neiva. *Fundamentos Epistemológicos do Direito Ambiental*. 2015. 300 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015, p. 154.

¹²KANAS, Vera. Investimentos e Meio Ambiente. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; SANCHEZ, Michelle (Coord.). *Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

O investimento é fundamental para que os países em desenvolvimento tenham condições de atingir o crescimento necessário a uma melhora do bem-estar de suas populações e ao atendimento de suas necessidades básicas de maneira sustentável, sem deteriorar ou prejudicar a base de recursos que escora o desenvolvimento¹⁴.

Esse preceito retoma a ideia de justiça ambiental, expressa no direito a um meio ambiente seguro e sadio para todos. A sua hermenêutica pressupõe o diálogo com vários sistemas e influxos - econômico, urbano, local, social, da cidade, político - para se alcançar, por meio do princípio dialógico e do princípio da transdisciplinariedade, pontos convergentes e, naqueles em que há divergência, novos componentes construtivos¹⁵.

Nesse passo, Sonarjah ressalta que a criação de objetivos concorrentes de proteger o meio ambiente de abusos das grandes empresas multinacionais leva a um reconhecimento do direito regulatório do Estado de interferir nas circunstâncias em que esses investidores abusam ou causem danos ambientais¹⁶. Assim, assevera Spears, o direito de regular decorre dos atributos básicos da soberania, enquanto dever de proteger advém de uma série de instrumentos jurídicos internacionais e domésticos¹⁷.

Destarte, a relação entre investimento estrangeiro e proteção do meio ambiente, sublinha Viñuales, apresenta uma natureza dual com características tanto conflitantes quanto sinérgicas. Os conflitos que podem advir dessa relação possuem duas naturezas distintas, uma normativa e outra de legitimidade. O conflito normativo ocorre quando há um choque entre uma obrigação pactuada no âmbito do direito internacional dos investimentos e outra no direito internacional do meio ambiente. Já o conflito de legitimidade ocorre na própria aplicação do tratado¹⁸.

Quanto aos instrumentos que aumentam as sinergias entre investimento estran-

¹³A Agenda 21 constitui um documento de planejamento para construção de sociedades sustentáveis que concilia métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica. O documento foi assinado por 179 países participantes da Rio 92. Vide: MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Agenda 21 Global. MRE. Disponível em: < <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global>>. Acesso em 27 jun. 2015.

¹⁴Ibid.

¹⁵BELCHIOR, Germana Parente Neiva, op. cit., p. 97.

¹⁶SORNARAJAH, M. The International Law on Foreign Investment. 3 ed. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 77.

¹⁷SPEARS, Suzanne. The Question for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements. Journal of international Economic Law, Oxford, v. 13, n. 4, p. 1037-1075, 2010, p. 1038.

geiro e proteção do meio ambiente, Viñuales destaca o financiamento de projetos ambientais, por meio, por exemplo, de fundos ambientais; e as parcerias público-privadas, voltadas ao aprimoramento tecnológico, tratamento de água e esgoto, produção de energia renovável e educação ambiental¹⁹.

Diante dessas possibilidades, Gunningham e Sinclair defendem que não há um instrumento único ou estratégia absoluta que seja capaz de proteger o meio ambiente por si só. Pelo contrário, todos os instrumentos possuem pontos positivos e pontos negativos que variam de acordo com o contexto no qual são aplicados. Logo, os autores defendem a combinação de diferentes tipos de políticas públicas voltadas à proteção do meio ambiente²⁰.

A fim de dirimir os conflitos que possam surgir entre meio ambiente e investimento estrangeiro, deve-se combinar os fatores acima descritos de acordo com o contexto específico de cada país. Faz-se necessário repensar o atual modelo econômico de modo com que ele promova a adoção de instrumentos sinérgicos entre as duas áreas.

O estabelecimento de cláusulas ambientais no bojo de Acordos Bilaterais de Investimento se apresenta como um dos diversos instrumentos voltados à harmonização entre proteção do meio ambiente e promoção do investimento estrangeiro. Logo, tendo em vista os objetivos do presente trabalho, cumpre avaliar essa nova tendência, a fim de que se possa compreender o seu verdadeiro alcance, restrições e benefícios.

2 O avanço das cláusulas ambientais nos acordos bilaterais de investimento

Os Acordos Bilaterais de Investimento, comumente conhecidos pela sigla em inglês BITs (*Bilateral Investment Treat*), constituem o conjunto mais significativo de regras sobre a promoção e a proteção de investimentos no exterior. Nas palavras de Perrone-Moisés, os BITs “são instrumentos através dos quais dois países, geralmente um país desenvolvido e um país em desenvolvimento, procuram regular relações em matérias de investimento, com a finalidade de aumentar o seu fluxo²¹.”

Nesse sentido, Kotschwar afirma que os BITs asseguram previsibilidade e estabilidade em ambientes, de outro modo, frequentemente incertos, uma vez que os

¹⁸VIÑUALES, Jorge, op. ci., p. 28.

¹⁹Ibid., p. 48.

²⁰GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. *Regulatory Pluralism: Design Policy Mixes for Environmental Protection*. Law&Policy, Oxford, v.21, n. 1, p. 49-76, jan. 1999.

países envolvidos concordam em aceitar certos padrões de tratamento e de tê-los executados por um mecanismo de solução de controvérsias internacional²². Segundo o *World Investment Report* da UNCTAD, os BITs chegaram à cifra de 2.926 ao final do ano de 2014²³. Esse fenômeno, independentemente do regime político ou do nível de desenvolvimento dos países, envolve a maioria dos países, impactando profundamente nos fluxos de capital no mundo.

De acordo com Carreau e Juillard, a inexistência de um tratado geral de investimento permitiu a proliferação de instrumentos convencionais e, particularmente, dos BITs. Os autores ressaltam que, até o presente momento, ainda não existe um só quadro normativo, ao mesmo tempo único e coerente que reja todos os aspectos do regime internacional de investimento. Externa-se o caráter fragmentado dessas fontes convencionais que não são coordenadas nem hierarquizadas entre si²⁴. Sublinha-se, assim, a importância do diálogo entre fontes do Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros e os outros ramos do Direito, a fim de se dirimir as controvérsias aparentes do regime de tratados internacionais.

A despeito de parecer um fenômeno relativamente novo, os acordos bilaterais de proteção de interesses comerciais existem desde muito tempo. De acordo com Sornarajah, os precursores desses acordos foram os Tratados de Amizade, Comércio e Navegação concluídos a partir do século XVIII. Dentre os diversos assuntos que esses acordos tratavam, destacam-se os direitos e garantias dos investidores estrangeiros quando se estabeleciam além mar para propósitos comerciais²⁵.

Os investimentos diretos, ressalta Scandiucci, “circunscreviam-se, em sua maior parte, aos domínios dos Impérios de cada país europeu, dentro dos quais a harmonização legal e regulatória era suficiente para a estabilidade jurídica.”²⁶ Apesar de não regularem especificamente os investimentos estrangeiros, eles apresentaram importantes fundamentos para a subsequente evolução dos tratados bilaterais de investimento²⁷.

²¹PERRONE-MOISÉS, Claudia. *Direito ao Desenvolvimento e Investimentos Estrangeiros*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 24.

²²KOTSCHWAR, Barbara. Mapping Investment Provisions in Regional Trade Agreements: towards an international investment regime? In: ESTEVADEORDAL, A.; SUOMINEN, K.; TEH, R. (Ed.). *Regional Rules in the Global Trading System*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 373.

²³UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2015: reforming international investment governance*. UNCTAD. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2015.

²⁴CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. *Droit International Économique*. 5 ed. Paris: Dalloz, 2013, p. 463.

²⁵SORNARAJAH, op. cit., p. 180.

SCANDIUCCI FILHO, José Gilberto. O Brasil e os Acordos Bilaterais de Investimento. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; SANCHEZ, Michelle Rattton (Coords.). *Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 274.

Todavia, foi no período pós-Segunda Guerra Mundial que os BITs começaram a ganhar maior notoriedade de que dispõem atualmente. Esse movimento se deu em um momento marcado pelo crescente movimento de descolonização, caracterizado pela criação de novos países e pela cessão de territórios, que ditava uma dinâmica fundada na necessidade de controle dos recursos naturais e nacionalização de indústrias-chave. Conseqüentemente, os países desenvolvidos, normalmente exportadores de capital, procuravam garantir uma maior segurança jurídica em face dos países em desenvolvimento, frequentemente, receptores de investimento²⁸.

Nesse sentido, os primeiros acordos assinados no pós-guerra demonstravam um viés muito mais de proteção do que de promoção dos investimentos estrangeiros. Segundo Sornarajah, o propósito dos tratados de investimento, a princípio, consistia em preservar algumas das normas que os países desenvolvidos tinham avançado como Direito Internacional consuetudinário, de modo a favorecer as normas de proteção ao investimento que tinham sofrido violações²⁹.

O primeiro Acordo de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos, nos moldes contemporâneos, foi concluído em 1959 entre Alemanha e Paquistão³⁰. Desde então, a Alemanha já entrou em mais de 100 acordos, acompanhada, em seguida, pela França e pela Suíça em programas similares, de modo que, atualmente, os Estados Unidos e todos os países da Europa Ocidental tornaram a negociação de BITs um elemento central da sua política externa econômica³¹.

A grande maioria dos BITs, ressalta Lowenfeld, ainda é celebrada entre países desenvolvidos e em desenvolvimento³². São raros os casos de BITs entre países desenvolvidos que, normalmente, valem-se de acordos plurilaterais (no âmbito do Nafta ou da União Europeia, por exemplo) ou de convenções de caráter recomendatório da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) para regular a matéria entre si³³. Contudo, chama-se atenção para o crescente número de BITs celebrados entre países em desenvolvimento.

Ao longo da última década e meia, o conteúdo dos BITs tem se tornado cada vez mais padronizado. Segundo Kotschwar, isso resulta, em parte, do fato de os Estados Unidos e a União Europeia utilizarem modelos para seus acordos, influenciando a

²⁷PERRONE-MOISÉS, Claudia, op. cit., p. 27.

²⁸UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. International Investment Agreements: key issues. UNCTAD. Disponível em: < http://unctad.org/en/docs/iteiit200410_en.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2015, p. 7.

²⁹SORNARAJAH, M., op. cit., p. 175.

³⁰SCANDIUCCI FILHO, José, op. cit., p. 278.

³¹LOWENFELD, Andreas F. International Economic Law. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 554.

³²Ibid., p. 554.

³³SCANDIUCCI FILHO, José, op. cit., p. 279.

formação do regime de investimento regional³⁴. Assim, os BITs são negociados com base em modelos convencionais que se exteriorizam como um conjunto de dispositivos³⁵.

Nessa perspectiva, o *World Investment Report* da UNCTAD, de 2015, chamou atenção para a crescente inclusão de dispositivos que resguardam o direito de os Estados perseguirem os seus objetivos de desenvolvimento sustentável. De acordo com o relatório, dos 18 Acordos Internacionais de Investimento (All) celebrados em 2014: (i) 14 continham dispositivos de exceções gerais que resguardavam, por exemplo, o direito dos países de proteger a vida ou saúde animal, vegetal e humana, bem como de conservar seus recursos naturais não renováveis; (ii) 14 incluíam cláusulas que explicitamente reconheciam que as partes não deveriam diminuir os seus níveis de proteção ambiental para atrair investimentos; e (iii) 12 referiam ao desenvolvimento sustentável ou à proteção do meio ambiente nos seus preâmbulos³⁶.

Aliás, o *World Investment Report*, de 2015, da UNCTAD ressalta que a inclusão de dispositivos que garantem o direito de os Estados legislarem, levando em conta os objetivos de desenvolvimento sustentável, não se traduziu necessariamente em um menor nível de proteção do investimento. Pelo contrário, segundo o relatório, a maioria dos Acordos Internacionais de Investimento (Alls) assinados em 2014 também apresentavam elevados níveis de proteção dos investimentos estrangeiros³⁷.

Nessa linha, o relatório da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), de 2014, identificou 6 categorias recorrentes de dispositivos ambientais nos Alls, quais sejam:

1. Disposições gerais no preâmbulo dos Acordos que menciona preocupações ambientais e estabelece a proteção do ambiente como uma preocupação das partes. Essa linguagem fornece contribuições essenciais para os procedimentos de interpretação do Tratado.
2. Cláusulas sobre preservação do espaço necessário para implementação de políticas públicas (policy space). A maioria dessas referências são específicas para preocupações ambientais.
3. Cláusulas sobre a não diminuição dos níveis de proteção ambiental. Esses

³⁴KOTSCHWAR, Barbara, op. cit., p. 374.

³⁵CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick, op. cit., p. 460.

³⁶UNCTAD, 2015, op. cit., p. 112.

³⁷Ibid., p. 112.

dispositivos visam a desencorajar a flexibilização da legislação ambiental para se atrair investimento estrangeiro.

4. Cláusulas que estabelecem que medidas ambientais tomadas com o intuito de proteger os objetivos do bem-estar público não constituem expropriação indireta.
5. Cláusulas que encorajam o fortalecimento da regulamentação e cooperação ambiental.
6. Disposições que estabelecem uma relação entre desenvolvimento sustentável e a solução de controvérsias entre Investidor-Estado, prevendo a possibilidade de se recorrer ao conhecimento de especialistas sobre o assunto nos tribunais arbitrais³⁸.

De acordo com Beharry e Kuritzky, esses dispositivos refletem três temas principais: (i) o reconhecimento da proteção do meio ambiente com um objetivo do tratado; (ii) a preservação do direito dos Estados de regular questões ambientais; e (iii) a garantia do dever permanente dos Estados de aplicar e promover medidas de proteção ambiental³⁹.

Ademais, pesquisa realizada pela OCDE, em 2014, também traz outros dados de grande relevância para a análise do avanço das cláusulas ambientais nos Acordos Bilaterais de Investimento. Segundo o estudo, mais de três quartos (3/4) dos Acordos Internacionais de Investimentos celebrados entre 2008 e 2013 contém linguagem sobre desenvolvimento sustentável e praticamente todos os Acordos de Investimento celebrados em 2012 e 2013 abrangem tais dispositivos. Dos 54 países investigados, pelo menos 47 já tinham inserido algum tipo de dispositivo sobre desenvolvimento sustentável nos seus acordos⁴⁰.

Todavia, acordos mais antigos sem qualquer linguagem sobre desenvolvimento sustentável continuam a dominar a amostra de tratados. Apenas 12% do total de Acordos Internacionais de Investimento contém dispositivos sobre essa matéria. Dentre as conclusões preliminares obtidas pela pesquisa da OCDE, destaca-se a de que a inclusão de dispositivos sobre proteção do meio ambiente nos Acordos Bilate-

³⁸GORDON, Kathryn; POHL, Joachim; BOUCHAD, Marie. Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: a fact finding survey. OECD Working Papers on International Investment, 2014/01, OECD Publishing. Disponível em: <<http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/5jz0xvqx1zlt.pdf?expires=1435611677&id=id&accname=guest&checksum=77A420B9FA2EBA0349BBDECE4D2AB75>>. Acesso em: 29 jun. 2015, p. 15-17.

³⁹BEHARRY, Christina; KURITZKY, Melinda. Going Green: managing the environment through interantional investment arbitration. The American University International Law Review, v. 30, n. 3, p. 383-429, 2015, p.

⁴⁰GORDON, Kathryn; POHL, Joachim; BOUCHAD, Marie, op. cit., p. 5.

rais de Investimento não contribuirá para os objetivos do desenvolvimento sustentável se outras questões mais amplas e outras cláusulas substantivas e processuais não avançarem⁴¹.

Em suma, pode-se afirmar que apesar de a maioria dos Acordos Internacionais de Investimento ainda não preverem cláusulas sobre proteção do meio ambiente, essa é uma tendência bem forte que pode ser comprovada nos tratados celebrados na última década. Assim, convém agora passar para a análise do posicionamento do Brasil diante dos fluxos de capital estrangeiro, investigando-se, mais precisamente, o novo modelo de Acordo Bilateral de Investimento, intitulado de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimento.

3 Brasil e investimento estrangeiro direto: O novo modelo de acordo de cooperação e facilitação de investimento

Segundo o World Investment Prospects Survey 2013-2015, o Brasil é o 5º país mais atraente para investimentos estrangeiros futuros no mundo⁴². De 2008 a 2015, o país deteve o status de grau de investimento, conforme as agências de classificação *Standard&Poors*, *Moodys* e *Fitch*, o que refletiu o contínuo e sólido desenvolvimento da política econômica brasileira⁴³. Apesar da atual crise política e econômica vivenciada pelo país, o amplo mercado interno e recursos naturais abundantes ainda tornam o país um importante polo de atração de investimentos estrangeiros.

O Brasil se destaca como o país que mais recebe investimentos estrangeiros diretos na América Latina, assim como se distingue como a maior fonte desses recursos na região desde a Segunda Guerra Mundial⁴⁴. Nesse aspecto, cumpre ressaltar o crescente papel do Brasil não mais apenas como receptor de investimentos, mas também como promotor. Nos últimos anos, o país vem ganhando cada vez mais espaço como exportador de capitais. Em 2014, o estoque de investimento estrangeiro direto brasileiro atingiu U\$ 394,2 bilhões, conforme Censo de Capitais Brasileiros no Exterior, elaborado pelo Banco Central. Essa cifra demonstra uma expansão de 0,7% em relação ao ano de 2013⁴⁵.

Segundo o Relatório dos Investimentos Brasileiros no Exterior de 2013, elaborado

⁴¹Ibid., p. 6.

⁴²UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. World Investment Prospects Survey 2013-2015. UNCTAD. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2013d9_en.pdf>. Acesso em: 22 set. 2014.

⁴³AGÊNCIA BRASILEIRA DE PROMOÇÃO DE EXPORTAÇÕES E INVESTIMENTOS. Investimento Estrangeiro Direto. ApexBrasil. Disponível em: <<http://www2.apexbrasil.com.br/atrain-investimentos/investimento-estrangeiro>>. Acesso em 20 jun. 2015.

⁴⁴Ibid.

pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), os investimentos externos brasileiros ainda são bastante concentrados setorialmente, com destaque para os serviços financeiros e os prestados às empresas. Na indústria extrativa, o setor de extração de minerais não metálicos apresenta-se como o de maior participação. Já na indústria de transformação, destacam-se três setores: alimentos e bebidas, metalurgia e produtos minerais não metálicos⁴⁶.

Nos últimos anos, devido a motivações políticas e econômicas, o Brasil tem desenvolvido uma estratégia ativa de aproximação dos países africanos, promovendo ações de cooperação tanto no âmbito comercial quanto no dos investimentos. Segundo Costa, grandes empresas transnacionais brasileiras, como a Vale e a Petrobras, detêm importantes investimentos em Angola, o principal receptor de investimentos brasileiros no continente, bem como na Nigéria e na África do Sul⁴⁷. Dentre os principais setores alvos do investimento brasileiro direto, destacam-se os de petróleo, mineração e construção civil.

Assim, diante do crescente volume de investimentos brasileiros no exterior, o país tende a defender regras internacionais que protejam seus investidores, mas que igualmente resguardem o direito de adotar políticas públicas voltadas ao desenvolvimento, uma vez que o país passou a desempenhar a dupla função de exportador e de receptor de investimentos.

Apesar de ter conduzido importantes reformas legislativas que favorecem a entrada de capital estrangeiro, notadamente no setor de serviços públicos, o Brasil ainda apresenta uma tímida política de atração de investimentos estrangeiros⁴⁸. Embora o país tenha assinado 14 Acordos Bilaterais de Investimento durante a década de 1990, eles não foram devidamente internalizados, não estando atualmente em vigor. A tabela 1 lista os Estados e as datas de assinatura desses acordos.

⁴⁵BANCO CENTRAL DO BRASIL. Censo de Capitais Brasileiros no Exterior (CBE): ano-base 2014. BCB. Disponível em: <<http://www4.bcb.gov.br/rex/CBE/Port/ResultadoCBE2014p.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2014.

⁴⁶CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Os Investimentos Brasileiros no Exterior: relatório 2013. CNI. Disponível em: <http://jornalggn.com.br/sites/default/files/documentos/investimentosbrasileirosnoexterior_cni.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2015.

⁴⁷COSTA, Katarina Pereira da. Continuities and changes in patterns of direct investment flows between South America and Africa. Atlantic Future, direct investment flows in the atlantic, scientific paper n. 1, 23 set 2014. Disponível em: <http://www.atlanticfuture.eu/files/305-ATLANTIC%20FUTURE_01_Continuities%20and%20changes%20in%20patterns%20of%20direct%20investment%20flows%20between%20South%20America%20and%20Africa.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2016. p. 7.

⁴⁸MENDES, Ricardo Camargo; SENNES, Ricardo Ubiraci. O Brasil e a Experiência do Nafta no Tema de Investimento. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; SANCHEZ, Michelle Ratton (Coords.). Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p 188.

Tabela 1 - Acordos Bilaterais de Investimento Assinados pelo Brasil na década de 1990

País	Data de Assinatura
Alemanha	21/09/1995
Chile	22/03/1994
Coréia do Sul	01/09/1995
Cuba	26/06/1997
Dinamarca	04/03/1995
Finlândia	28/03/1995
França	21/03/1995
Holanda	25/11/1998
Itália	03/04/1995
Portugal	09/02/1994
Reino Unido	19/07/1994
Suíça	11/11/1994
Venezuela	04/07/1995

Fonte: PIMENTA, 2014, p. 217.

A assinatura dos acordos supracitados, explica Pimenta, insere-se no contexto em que o Brasil passava por uma crescente liberalização comercial, mas necessitava de investimentos, principalmente em decorrência das sucessivas crises econômicas ocorridas ao longo da década⁴⁹. Com esse objetivo, o Brasil também adotou, concomitantemente à negociação desses BITs, a Emenda Constitucional nº 65/95, que estabelecia o fim da diferenciação entre empresa brasileira de capital nacional e empresa brasileira de capital estrangeiro, permitindo, assim, que “qualquer empresa que se estabelecesse no Brasil e estivesse em conformidade com a legislação nacional, fosse ela controlada por brasileiros ou estrangeiros, receberia status de empresa brasileira.”⁵⁰ Destarte, procurava-se atrair de forma maciça o investimento direto estrangeiro.

O único tratado desse gênero em vigor é o Acordo sobre Garantias de Investimentos, firmado com os Estados Unidos na década de 1960 e promulgado um ano após sua assinatura em 1966. Salvo esse acordo específico, o Brasil não apresenta mais nenhum outro tratado em vigor que regule o investimento internacional em âmbito bilateral, plurilateral ou regional⁵¹.

⁴⁹PIMENTA, José Luiz. O Brasil e o Regime Internacional de Investimentos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; CELLI JÚNIOR, Umberto. A OMC: Desafios e Perspectivas. 1 ed. São Paulo: Aduaneiras, 2014, p. 217.

⁵⁰PIMENTA, José Luiz, op. cit., p. 217.

Ademais, cumpre destacar que os 14 Acordos Bilaterais de Investimento assinados na década de 1990 e o Acordo sobre Garantias de Investimentos (1966) não apresentam nenhum dispositivo que preveja a perseguição dos objetivos do desenvolvimento sustentável. Isso demonstra que a causa ambiental ainda não se encontrava presente nos Acordos Internacionais de Investimento celebrados pelo Brasil, apesar de o constituinte de 1988 ter conferido status constitucional à proteção do meio ambiente.

Nessa perspectiva, Varella e Leuzinger ressaltam que o tratamento ao meio ambiente concedido pela Constituição Federal de 1988 perpassa os eixos centrais do meio ambiente como direito fundamental; da conservação da diversidade biológica e dos processos ecológicos; da criação de espaços territoriais especialmente protegidos; da necessidade de estudo prévio de impacto ambiental da realização de atividades potencialmente causadoras de significativa degradação ambiental; e a da educação⁵². Nenhum desses eixos centrais foi refletido no texto dos Acordos brasileiros da década de 90.

À época da análise dos 14 Acordos Bilaterais de Investimento, a Consultoria Legislativa da *Câmara dos Deputados*⁵³ proferiu parecer alegando os seguintes motivos jurídicos que impediam o Brasil de ratificar os tratados então assinados:

- A definição do termo investimento é bastante ampla, não sendo possível diferenciar o capital produtivo que atenda sua função social do capital especulativo, nos termos que prescreve o artigo 5o, XXII e XXIII da CF/88.
- As cláusulas da nação mais favorecida, do tratamento nacional e do tratamento justo e equitativo. Dentre esses dispositivos, a cláusula da Nação Mais Favorecida foi a que mais gerou apreensão, haja vista que a sua adoção permitiria que qualquer benefício concedido a um país poderia ser estendido a outros com os quais o Brasil possuísse acordos semelhantes.
- A proibição de nacionalização e desapropriação, salvo em razão do interesse nacional e mediante justa e pronta indenização. Esse dispositivo estaria em desacordo com o art. 184 da CF/88 que prevê a possibilidade de desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural mediante

⁵²VARELLA, Marcelo; LEUZINGER, M.D. O Meio Ambiente na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional: avanços ou retrocessos (1988 a 2014). *Nomos*, v. 34, p. 299-314, jul./dez. 2014, p. 300.

⁵³AZEVEDO, Débora Bithiah de. Os Acordos para Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos Assinados pelo Brasil. Brasília. Câmara dos Deputados, 2001, p. 3-11. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema3/pdf/102080.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

indenização em títulos da dívida agrária.

- A cláusula de vigência e denúncia segundo a qual estabelece-se um prazo mínimo de vigência de 10 anos, antes do qual o acordo não poderia ser denunciado. Esse dispositivo poderia comprometer um período demasiadamente longo, impedindo o tratado possa ser modificado.
- Solução de controvérsias entre Investidor-Estado que possibilitaria ao investidor escolher o foro os tribunais locais ou a arbitragem internacional para dirimir as controvérsias que porventura venham surgir no decorrer da execução dos BITs. Esse dispositivo iria de encontro aos artigos 1º, inciso I (princípio da soberania nacional) e art. 5º, inciso XXXV (princípio da inafastabilidade de jurisdição) da Constituição Federal de 1988 (Destacado)⁵⁴.

No âmbito das discussões políticas sobre as oportunidades e desafios que a ratificação dos 14 BITs poderiam trazer ao país, Veiga lista as seguintes razões pelas quais os referidos acordos foram tirados da pauta de ratificação do Congresso Nacional:

- Preservar a autonomia nacional e manter espaços para o Estado brasileiro exercer sua autoridade, especialmente no campo de desenvolvimento;
- Percepção de que o formato dos Acordos Bilaterais de Investimento assinados ao longo dos anos 90 reduz a capacidade regulatória dos Estados gerando um impacto negativo no exercício da política industrial do país.
- Entendimento de que o país tem sido um importante receptor de investimentos estrangeiros diretos sem ter nenhum Acordo Bilateral de Investimento em vigor.
- Pouca pressão doméstica por esses acordos. À época eram poucos os investimentos brasileiros no exterior.
- Percepção de que a assinatura de acordos que englobem mecanismos de solução de controvérsias Investidor-Estado possa ser visto como barreiras à melhoria do recente arcabouço jurídico criado nos anos 90⁵⁵.

Atualmente, dentre todos os argumentos ora levantados, sejam eles jurídicos ou políticos, que impediam o Brasil de avançar na celebração de Acordos Bilaterais de Investimento, o único que subsiste é o da cláusula de solução de controvérsias Inves-

⁵⁴PIMENTA, José Luiz, op. cit., p. 218-220; AZEVEDO, Débora Bithiah de, op. cit., p. 3-11.

⁵⁵VEIGA, Pedro da Motta. Foreign Direct Investment in Brazil: regulation, flows and contribution to development. International Institute for Sustainable Development. Winnipeg, maio 2004, p. 32-34. Disponível em: <http://www.iisd.org/pdf/2004/investment_country_report_brazil.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2016.

tidor-Estado. A possibilidade de utilização de arbitragem entre investidor estrangeiro e o Estado Brasileiro ainda é um assunto bastante controverso na doutrina nacional.

Entre o fim da década de 90 e o início de 2015, o Brasil não tinha mostrado mais nenhuma movimentação no sentido de renegociar os acordos já assinados, bem como firmar novos acordos de promoção e proteção de investimentos estrangeiros. Contudo, no primeiro semestre de 2015, houve uma mudança da estratégia nacional a partir da adoção de um novo modelo de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) pelo país. Desde então, segundo os novos moldes desse instrumento, o Brasil já celebrou ACFIs com Moçambique, Angola, México, Maláui, Colômbia e Chile. A tabela abaixo demonstra os países e as datas de celebração de ACFIs.

Tabela 2 - Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos assinados pelo Brasil

País	Data de Assinatura
Moçambique	30/03/2015
Angola	01/04/2015
México	26/05/2015
Malauí	25/06/2015
Colômbia	09/10/2015
Chile	23/11/2015

Fonte: Ministério das Relações Exteriores, 2016. Elaborado pelos autores.

Vale ressaltar que o modelo de ACFI do Brasil foi desenvolvido a partir de amplas consultas domésticas, especialmente com o setor privado, que levaram em consideração a experiência de outros países e de organizações internacionais sobre a matéria. Em linhas gerais, pode-se afirmar que esse modelo de cooperação e facilitação de investimentos adotado pelo Brasil apresenta três características principais: (i) a melhoria da governança institucional, por meio da criação de Pontos Focais e de um Comitê Conjunto; (ii) a identificação de agendas de cooperação e facilitação permanente; e (iii) a instituição de mecanismos de mitigação de riscos e prevenção de litígios⁵⁶.

Cumprir destacar que os Pontos Focais são institucionalizados por meio do sistema de Ombudsmen, pelo qual órgãos governamentais designados por cada Estado Parte servem de intermediários entre governo e investidor para resolver problemas relacionados aos investimentos e sugerir melhorias no ambiente de negócios. O

⁵⁶UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. World Investment Report 2015: reforming international investment governance. UNCTAD. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2015.

Comitê Conjunto, por sua vez, é composto por representantes governamentais de ambas as partes, cuja função consiste em: compartilhar informações sobre as oportunidades de investimentos nos dois países; monitorar a implementação do acordo e resolver possíveis divergências de forma amigável. Destarte, esse desenho institucional favorece a prevenção de disputas e facilita a sua solução⁵⁷.

No que se refere a agendas de cooperação e facilitação, estão previstos dispositivos sobre concessão de vistos especiais para negócios, responsabilidade social das empresas⁵⁸, transferência de fundos e transparência dos procedimentos. Ademais, quanto à mitigação e diminuição dos riscos de disputas, o modelo também estabelece um mecanismo obrigatório de prevenção de litígios antes do estabelecimento de um procedimento de arbitragem entre Estado-Estado. Além desses novos mecanismos, o modelo de ACFI também abrange dispositivos sobre expropriação, tratamento nacional⁵⁹, tratamento da nação mais favorecida (most-favoured-nation treatment), compensação por perdas e procedimentos para aumentar a transparência.

No que concerne à previsão de dispositivos ambientais, todos ACFIs brasileiros até então assinados reconhecem, na sua exposição de motivos, o papel essencial do investimento na promoção do desenvolvimento sustentável. Os Acordos estabelecem que os investidores e seus investimentos deverão se empenhar em realizar o maior nível possível de contribuições ao desenvolvimento sustentável do Estado receptor e da comunidade local, por meio da adoção de um elevado grau de práticas socialmente responsáveis⁶⁰.

Nesse sentido, os Estados devem tomar por referência os princípios voluntários e padrões que estabelecidos na cláusula de Responsabilidade Social e Corporativa⁶¹. Em consonância com essa diretriz, os investidores e os investimentos deverão “respeitar a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável e encorajar a utilização de tecnologias que não agridam o meio ambiente, de acordo com as

⁵⁷UNCTAD, 2015, op. cit., p. 108.

⁵⁸Cumprir destacar que a Organização Internacional para Padronização já estabeleceu um standard sobre a matéria. A ISO 26000 fornece orientação sobre como empresas e organizações podem operar de uma forma socialmente responsável, ou seja, como elas podem agir de forma ética e transparente de modo a contribuir para a saúde e o bem-estar da sociedade. Vide: INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. ISO 26000 - Social Responsibility. ISO. Disponível em: <<http://www.iso.org/iso/home/standards/iso26000.htm>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

⁵⁹De acordo com os ditames do tratamento nacional, cada Parte deve conceder aos investidores da outra Parte no seu território um tratamento não menos favorável do que o concedido em circunstâncias semelhantes aos seus próprios investidores ou aos investidores de uma Parte não contratante. Vide: artigo 11, parágrafo 7, do ACFI Brasil - Angola.

⁶⁰Vide: artigo 10 do ACFI Brasil - Angola.

⁶¹A cláusula sobre responsabilidade social e corporativa encontra-se prevista no Anexo II dos ACFIs Brasil- Moçambique e Brasil - Angola. Nos demais ACFIs, a cláusula encontra-se prevista no corpo do tratado: artigo 19 ACFI Brasil - Maláui; artigo 13 ACFI Brasil - México; artigo 15 ACFI Brasil - Chile; artigo 13 ACFI Brasil - Colômbia.

políticas nacionais das Partes, de modo a incentivar o progresso econômico, social e ambiental.⁶²”

Ademais, a cláusula sobre Responsabilidade Social e Corporativa também estabelece que os investidores e seus investimentos devem abster-se de procurar ou aceitar isenções que não estejam estabelecidas na legislação da parte receptora em relação ao meio ambiente, à saúde, à segurança, ao trabalho, aos incentivos financeiros e a outras questões⁶³. Esse dispositivo visa garantir que os países não diminuam seus níveis de proteção ambiental para atrair um maior volume de capital estrangeiro.

Insta observar que os dois últimos ACFIs celebrados pelo Brasil, avançaram ainda mais na matéria, prevendo cláusulas específicas sobre investimento e meio ambiente. De acordo com o parágrafo primeiro do artigo 17 do ACFI Brasil-Chile, “uma Parte poderá adotar, manter ou fazer cumprir qualquer medida que considere apropriada para garantir que as atividades de investimento no seu território se efetuem tomando em conta a legislação [...] ambiental dessa Parte.⁶⁴” Na mesma vertente, o parágrafo primeiro do artigo 15 do ACFI Brasil - Colômbia estabelece que:

Nada do disposto neste Acordo será interpretado como impedimento para que uma Parte adote, mantenha ou faça cumprir qualquer medida que considere apropriada para garantir que as atividades de investimento em seu território sejam efetuadas tomando em conta a legislação [...] ambiental [...] dessa Parte, desde que essa medida não se aplique de maneira que constitua uma forma de discriminação arbitrária ou injustificável ou uma restrição encoberta⁶⁵.

Esses dispositivos concedem o espaço necessário para que os países implementem suas políticas públicas voltadas à proteção do meio ambiente, sem que isso se caracterize como uma violação aos direitos do investidor. Ademais, os ACFIs Brasil - Chile e Brasil - Colômbia também reconhecem que não é apropriado estimular o investimento diminuindo os padrões de sua legislação ambiental. Destarte, os países devem recusar a aplicar ou de qualquer modo derrogar, flexibilizar ou oferecer renunciar, flexibilizar ou derrogar medidas ambientais para incentivar a manutenção ou a expansão de um investimento em seu território⁶⁶.

⁶²Vide: Anexo II - Responsabilidade Social e Corporativa - do ACFI Brasil-Angola.

⁶³Vide: artigo 9 (e) do ACFI Brasil - Maláui.

⁶⁴Vide: artigo 17 do ACFI Brasil - Chile.

⁶⁵Vide: artigo 15 do ACFI Brasil - Colômbia e artigo 17 do ACFI Brasil - Chile.

Em que pese os ACFIs Brasil - Chile e Brasil - Colômbia terem avançado na regulação do nexo entre investimento estrangeiro e meio ambiente, as medidas adotadas em aplicação de seus artigos sobre a matéria não podem ser objetivo de arbitragem. Isso significa que caso uma disputa entre as Partes advenha da aplicação desses dispositivos, o sistema de solução de controvérsias previsto nos Acordos não poderá ser utilizado para dirimi-la⁶⁷. Esse detalhe prejudica a aplicabilidade dos compromissos ambientais assumidos, diminuindo a sua efetividade.

Em síntese, percebe-se que o Brasil se apresenta como um importante receptor de investimento estrangeiro e um crescente exportador de capital para África e América Latina. Nesse sentido, o novo modelo de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimento surge como um importante dispositivo para dar segurança jurídica a esse novo posicionamento do país. Diferentemente dos Acordos Bilaterais de Investimento celebrados na década de 1990, os novos ACFIs estabelecem, ainda que timidamente, dispositivos sobre promoção do desenvolvimento sustentável e proteção do meio ambiente, caracterizando-se, portanto, como um avanço no diálogo entre os imperativos econômicos e os ambientais.

Considerações finais

A interação entre investimento estrangeiro e proteção do meio ambiente deve ser repensada, a fim de que as suas dimensões complementares sejam aprimoradas e as suas características contraditórias minimizadas. O fluxo de capitais de países desenvolvidos para os países em desenvolvimento pode contribuir para o alcance dos objetivos do desenvolvimento sustentável a partir da transferência de tecnologias menos poluentes, disseminação de boas práticas ambientais e redução da pobreza.

Nesse sentido, os Acordos Bilaterais de Investimento (BITs) constituem importantes ferramentas jurídicas para garantir segurança e previsibilidade à relação entre Estado e investidor estrangeiro. Com a inclusão de declarações interpretativas, cláusulas de exceção geral e nova linguagem preambular, os BITs estão passando por uma mudança significativa, abrangendo cada vez mais preocupações ambientais. Destarte, faz-se necessário adotar uma nova hermenêutica para os BITs, de modo que eles sejam executados em consonância com os princípios do Direito Ambiental internacionalmente reconhecidos.

⁶⁶Op.cit.

⁶⁷Vide: artigo 1 do Anexo I do CFI Brasil - Chile e parágrafo 2 do artigo 23 do ACFI Brasil - Colômbia.

Apesar de a quantidade de Acordos Bilaterais de Investimento com disposições sobre proteção do meio ambiente constituir uma pequena parcela do total de acordos celebrados, observa-se um aumento significativo dessa tendência na última década. Também não se pode olvidar do crescente número de casos levados a tribunais arbitrais que envolvem controvérsias sobre questões ambientais entre Estado receptor e investidor estrangeiro.

Presencia-se, na verdade, a consolidação de um conjunto de regras e princípios interpretativos ambientais que permeiam o regime jurídico dos fluxos de capital pelo mundo. Não é mais possível se imaginar uma ordem econômica internacional sustentável, sem o estabelecimento de um regime de promoção do investimento estrangeiro que diminua a canalização do capital internacional para países com menores níveis de proteção ambiental.

Nesse contexto, devido ao fato de ser um dos mais importantes destinos de investimento direto no mundo e crescente exportador de capital para África e América Latina, o Brasil desempenha um importante papel nos rumos da regulação internacional do investimento estrangeiro.

Cumprе ressaltar que nenhum dos 14 Acordos Bilaterais de Investimento assinados pelo Brasil na década de 90 continha disposições sobre proteção do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável. Todavia, esse posicionamento é alterado a partir da adoção do novo modelo de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos celebrados pelo país em 2015, respectivamente com Angola, Moçambique, México, Malauí, Colômbia e Chile.

O novo modelo de ACFI contém linguagem preambular que reconhece o papel essencial do investimento na promoção do desenvolvimento sustentável. Ademais, estabelece-se que os investidores e seus investimentos deverão se empenhar em realizar o maior nível possível de contribuições ao desenvolvimento sustentável do Estado receptor e da comunidade local, por meio da adoção de um elevado grau de práticas socialmente responsáveis.

Além disto, o modelo também prevê, em seu Anexo II (Responsabilidade Social Corporativa), que os investidores e seus investimentos devem abster-se de procurar ou aceitar isenções que não estejam estabelecidas na legislação da parte receptora em relação ao meio ambiente. Assim, pode-se afirmar que o novo modelo de ACFI adotado pelo Brasil avança no diálogo entre os imperativos econômicos e os ambientais contemporâneos.

Todavia, cumpre ressaltar que os dispositivos ambientais até então previstos nos

ACFIs brasileiros não dispõem de força coercitiva, impedindo com que sanções sejam impostas caso um investidor estrangeiro os violem. As cláusulas possuem apenas natureza de normas voluntárias (softlaw) desenhadas para pautar uma conduta empresarial responsável. Elas não se submetem ao sistema de solução de controvérsias previsto nos Acordos, o que diminui a sua efetividade.

Nesse sentido, a fim de aprimorar os dispositivos ambientais nos Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos celebrados pelo Brasil, sugere-se que sejam incluídas e replicadas no novo modelo cláusulas que estabeleçam: (i) a manutenção do espaço necessário para implementação de políticas públicas (policy space) voltadas à proteção do meio ambiente e (ii) que medidas ambientais tomadas com o intuito de proteger os objetivos do bem-estar público não constituem expropriação indireta.

Em suma, pode-se concluir que o Brasil, a partir da adoção do Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos, de 2015, avançou no diálogo entre investimento estrangeiro e proteção do meio ambiente. Todavia, o novo modelo de Acordo ainda pode ser aperfeiçoado a partir da inclusão de cláusulas sobre (i) manutenção do espaço necessário para implementação de políticas públicas voltadas à proteção do meio ambiente e (ii) a não caracterização de medidas ambientais como expropriação indireta.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASILEIRA DE PROMOÇÃO DE EXPORTAÇÕES E INVESTIMENTOS. *Investimento Estrangeiro Direto*. ApexBrasil. Disponível em: <<http://www2.apexbrasil.com.br/atrair-investimentos/investimento-estrangeiro>>. Acesso em 20 jan. 2015.

AZEVEDO, Débora Bithiah de. *Os Acordos para Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos Assinados pelo Brasil*. Brasília. Câmara dos Deputados, 2001, p. 3-11. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema3/pdf/102080.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Censo de Capitais Brasileiros no Exterior (CBE): ano-base 2014*. BCB. Disponível em: <<http://www4.bcb.gov.br/rex/CBE/Port/ResultadoCBE2014p.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2014.

BEHARRY, Christina; KURITZKY, Melinda. *Going Green: managing the environment through interantional investment arbitration*. The American University International Law Review, v. 30, n. 3, p. 383-429, 2015.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. *Fundamentos Epistemológicos do Direito Ambiental*. 2015. 300 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

_____; MESQUITA, Alebe. O papel da OMC no Combate às Práticas de Dumping Ambiental para a Proteção Internacional do Direitos Humanos. In: SANTOS, Ricardo; ANNONI, Danielle (Org.). *Cooperação e Conflitos Internacionais: Globalização, Regionalismo e Atores*. Curitiba: Multideia, 2014.

CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. *Droit International Économique*. 5 ed. Paris: Dalloz, 2013.

CAUBET, Christian Guy. A Irresistível Ascensão do Comércio Internacional: o meio ambiente fora da lei? *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 6, p. 81-99, abr./jun. 2001.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *Os Investimentos Brasileiros no Exterior: relatório 2013*. CNI. Disponível em: <http://jornalggn.com.br/sites/default/files/documentos/investimentosbrasileirosnoexterior_cni.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2015.

COSTA, Katarina. *Continuities and changes in patterns of direct investment flows between South America and Africa*. Atlantic Future, direct investment flows in the atlantic, scientific paper n. 1, 23 set 2014. Disponível em: <http://sb.fgv.br/catalogo-sp/index.asp?link_rapido=circulacoes>. Acesso em: 20 jun. 2015.

GORDON, Kathryn; POHL, Joachim; BOUCHAD, Marie. *Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: a fact finding survey*. OECD Working Papers on International Investment, 2014/01, OECD Publishing. Disponível em: <<http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/5jz0xvngx1zlt.pdf?expires=1435611677&id=id&accname=guest&checksum=77A420B9FA2EBA0349BBD>>

DECE4D2AB75>. Acesso em: 29 jun. 2015.

GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. *Regulatory Pluralism: Design Policy Mixes for Environmental Protection*. Law&Policy, Oxford, v.21, n. 1, p. 49-76, jan. 1999.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. *ISO 26000 - Social Responsibility*. ISO. Disponível em: <<http://www.iso.org/iso/home/standards/iso26000.htm>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

PERRONE-MOISÉS, Claudia. *Direito ao Desenvolvimento e Investimentos Estrangeiros*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

KANAS, Vera. Investimentos e Meio Ambiente. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; SANCHEZ, Michelle (Coord.). *Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

KOTSCHWAR, Barbara. Mapping Investment Provisions in Regional Trade Agreements: towards an international investment regime? In: ESTEVADEORDAL, A.; SUOMINEN, K.; TEH, R. (Ed.). *Regional Rules in the Global Trading System*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

LOWENFELD, Andreas F. *International Economic Law*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

MENDES, Ricardo Camargo; SENNES, Ricardo Ubiraci. O Brasil e a Experiência do Nafta no Tema de Investimento. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; SANCHEZ, Michelle Raton (Coords.). *Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Agenda 21 Global*. MMA. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global>>. Acesso em 27 jun. 2015.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e o Governo da Repúbli-*

ca de Moçambique. MRE. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8511&catid=42&Itemid=280&lang=pt-BR>. Acesso em: 13 jan. 2016.

_____. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República de Angola*. MRE. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8520:acordo-brasil-angola-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-acfi-luanda-1-de-abril-de-2015&catid=42&lang=pt-BR&Itemid=280#acord-invest>. Acesso em: 13 jan. 2016.

_____. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Maláui*. MRE. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-a-republica-federativa-do-brasil-e-a-republica-do-malauai>>. Acesso em: 13 jan. 2016.

_____. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil os Estados Unidos Mexicanos*. MRE. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-a-republica-federativa-do-brasil-e-os-estados-unidos-mexicanos>>. Acesso em: 13 jan. 2016.

_____. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República Federativa da Colômbia*. MRE. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_atosinter/20151009-ACFI-port2.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2016.

_____. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Chile*. MRE. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-a-republica-federativa-do-brasil-e-a-republica-do-chile>>. Acesso em: 13 jan. 2016.

PIMENTA, José Luiz. O Brasil e o Regime Internacional de Investimentos. In: AMARAL

JÚNIOR, Alberto; CELLI JÚNIOR, Umberto. *A OMC: Desafios e Perspectivas*. 1 ed. São Paulo: Aduaneiras, 2014.

QUEIROZ, Fábio Albergaria de. **Meio ambiente e comércio internacional: relação sustentável ou opostos inconciliáveis?** Argumentos ambientalistas e pró-comércio do debate. *Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, v. 31, p. 251-283, mai./ago. 2009.

SCANDIUCCI FILHO, José Gilberto. O Brasil e os Acordos Bilaterais de Investimento. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; SANCHEZ, Michelle Ratton (Coords.). *Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3 ed. New York: Cambridge University Press, 2010.

SPEARS, Suzanne. *The Question for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements*. *Journal of international Economic Law*, Oxford, v. 13, n. 4, p. 1037-1075, 2010.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2015: reforming international investment governance*. UNCTAD. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2015.

_____. *International Investment Agreements: key issues*. UNCTAD. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs/iteiit200410_en.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2015.

_____. *World Investment Prospects Survey 2013-2015*. UNCTAD. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2013d9_en.pdf>. Acesso em: 22 set. 2014.

VARELLA, Marcelo; LEUZINGER, M.D. O Meio Ambiente na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional: avanços ou retrocessos (1988 a 2014). *Nomos*, v. 34, p. 299-314, jul./dez. 2014.

VEIGA, Pedro da Motta. *Foreign Direct Investment in Brazil: regulation, flows and contribution to development*. International Institute for Sustainable Development. Winnipeg, mai./2004, p. 32-34. Disponível em: < http://www.iisd.org/pdf/2004/investment_country_report_brazil.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2015.

VIÑUALES, Jorge. *Foreign Investment and the Environment in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

Artigo recebido em 30/01/2017
Revisado em 26/03/2017
Aprovado em 25/04/2017