



# Negociações em matéria de Investimento da ZCLCA

Notas sobre conceitos

Max Mendez-Parra (eds)

Maio de 2020

---

# Agradecimentos

Essas notas foram produzidas, para ajudar os participantes do programa on-line de reforço de capacidades sobre Negociação e Implementação de Políticas de Investimento na ZCLCA, organizado em conjunto pelo ODI e pela CUA. As mesmas foram preparadas pelos respectivos formadores que farão parte do evento. Max Mendez-Parra foi o responsável pela introdução e a edição da coleção. Agradecemos o apoio recebido do DPDI/DFID.

As opiniões expressas nesta publicação são da inteira responsabilidade dos autores. Elas não pretendem refletir as opiniões ou pontos de vista da CUA, DPDI/DFID, ou do ODI.

---

## **Conteúdo**

### **3.1 O que é investimento?**

### **3.2 O impacto econômico do investimento**

### **3.3 Como a integração regional se enquadra?**

### **Referências**

### **Apêndice: IDE e desenvolvimento econômico**

### **4.1 Investimento intra-africano – qual a quantidade existente?**

### **4.2 Investimento Sul-Sul versus Norte-Sul**

### **4.3 Considerações sobre investimento intra-africano e a economia doméstica**

### **Referências**

### **5.1 O universo dos acordos internacionais de investimento**

### **5.2 Arquitetura e preocupações do All de geração mais antiga**

### **5.3 Arquitetura moderna de Alls**

### **5.4 Acordos multilaterais de investimento**

### **5.5 Protocolo de Investimento da ZCLCA e os TBIs entre os Estados Membros da União Africana**

### **6.1 Contextualização do CPAI e do Protocolo de Investimento da ZCLCA**

### **6.2 Contexto de um Protocolo de Investimento: reajustamento do regime de investimento**

### **6.3 CPAI: um modelo para o reajustamento do regime de investimentos em África**

### **6.4 Do CPAI ao Protocolo de Investimentos**

### **Referências**

### **7.1 Preocupações relacionadas à solução de controvérsias Investidor-Estado**

### **7.2 Abordagens modernas para resolução de controvérsias investidor-Estado**

### **8.1 Definição de promoção e facilitação de investimentos?**

### **8.2 Em que consiste a facilitação de investimentos com vista ao desenvolvimento sustentável?**

### **8.3 Governança e ferramentas nacionais, regionais, continentais ou internacionais**

### **8.4 Utilização de acordos internacionais para a promoção e facilitação do investimento sustentável**

### **8.5 O modelo brasileiro – utilização de acordos internacionais de investimento para promover a cooperação e facilitação de investimentos**

### **8.6 Organização Mundial do Comércio - discussões estruturadas sobre facilitação de investimentos**

### **8.7 Conclusão: como os Governos devem abordar essas questões complexas?**

---

## Referências

9.1 Porque a reforma?

9.2 Opções para a abordagem dos tratados

9.3 Como atualmente os países procuram abordar essas disposições nos tratados modernos?

9.4 Questões transversais

9.5 Resolução de controvérsias.

9.6 Como é que os países devem pensar sobre o que é necessário / desejado?

9.7 Referências

---

# Acrónimos

ACFI	Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos
ACL	Acordo de Comércio Livre
AGCS	Acordo Geral sobre Comércio de Serviços
AII	Acordo de Investimento Internacional
AIRA	Avaliando a Integração Regional na África
AMI	Acordo Multilateral de Investimento
APE	Acordo de Parceria Económica
BAD	Banco Africano de Desenvolvimento
CISC	Centro sobre Investimento Sustentável da Colômbia
CMARI	Conferência dos Ministros Africanos Responsáveis pela Integração
CMN	Corporação Multinacional
CNUCED	Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento
CNUDCI	Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional
COMESA	Mercado Comum da África Oriental e Austral
CPAI	Código Pan-Africano de Investimento
CUA	Comissão da União Africana
CVB	Cadeia de Valor Global
ECA	Comissão Econômica das Nações Unidas para a África
EU	Estados Unidos
F&A	Fusões e Aquisições
FMI	Fundo Monetário Internacional
IDE	Investimento Direto Estrangeiro
IIDS	Instituto Internacional para o Desenvolvimento Sustentável
<i>ISDS</i>	Resolução de Controvérsias Investidor-Estado
NMF	Nações Mais Favorecidas
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
<i>ODI</i>	Instituto de Desenvolvimento Ultramarino
ODS	Objetivos de Desenvolvimento Sustentável
PCID	Pesquisa Coordenada de Investimento Direto
PONU	Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos
RU	Reino Unido
<i>SADC</i>	Comunidade de Desenvolvimento da África Austral
TBI	Tratado Bilateral de Investimento
TDI	Tratados/acordos com disposições para investimentos
TJE	Tratamento Justo e Equitativo
T-MEC	Tratado entre México, Estados Unidos e Canadá
UA	União Africana
UE	União Europeia
ZCLCA	Zona de Comércio Livre Continental Africana

---

# 1 Introdução

A Zona de Comércio Livre Continental Africana (ZCLCA) visa aumentar o comércio intra-africano e transformar as economias do continente africano. Estes são os objetivos críticos estabelecidos na Agenda 2063 da União Africana, com o objetivo de reduzir a dependência externa das exportações de mercadorias, e aumentar a agregação de valor no continente.

A implementação da Fase I da ZCLCA, com início marcado para janeiro de 2021, reduzirá gradualmente as barreiras ao comércio entre seus membros. Embora não aborde as barreiras físicas infraestruturais que limitam o comércio entre os países africanos, ou as barreiras institucionais e legais, a ZCLCA poderá criar oportunidades que permitem trabalhar com vista a resolver esses flagelos.

Na Fase II, a ZCLCA estipula aprofundar as relações econômicas entre os países africanos, negociando as disposições destinadas a aumentar o investimento bilateral<sup>1</sup>. A execução da Agenda 2063 requer o esboço e a implementação de ferramentas que, além de eliminar barreiras comerciais, também possam contribuir para o desenvolvimento de capacidades de produção em todo o continente. Assim, o aumento do investimento em África contribuirá simultaneamente para transformar as economias e aumentar os fluxos comerciais bilaterais.

A maioria dos países africanos negociou tratados bilaterais de investimento (TBIs) entre si, e com países não africanos. Em geral, esses acordos visam liberalizar os fluxos e eliminar as restrições de investimento entre os países; e fornecer um campo e / ou procedimento para resolver disputas relacionadas a investimentos que possam surgir entre entidades nos países signatários. Nesse sentido, o tratamento não discriminatório dos parceiros com relação aos investidores domésticos e a proteção de concessões e direitos de propriedade no país signatário aparecem como disposições essenciais nesses tipos de acordos.

No entanto, o investimento tem efeitos que vão além das relações comerciais e negócios estritamente privadas. Tem impactos significativos nas dimensões sociais, ambientais e de direitos humanos. Os investimentos não geram apenas lucros para os seus acionistas, mas também afetam de várias formas a vida das pessoas no país anfitrião. Pelo que existe uma responsabilidade do investidor que ultrapassa os limites legais do investimento o que significa que serão necessárias ações para mitigar eventuais impactos negativos.

Os TBIs, pelos seus esboços, não têm sido capazes de abordar essas questões e, em muitos casos, acabam por funcionar como barreiras às políticas governamentais para responder á essas situações. As disposições sobre a proteção de investimentos complicaram a implementação de políticas numa serie de áreas sempre que os lucros ou investimentos dos investidores foram afetados.

Além disso, as evidências sobre a eficácia dos TBIs tradicionais em termos de aumento do investimento são particularmente fracas. As disposições não discriminatórias parecem ser insuficientes em termos de atração do investimento necessário para desenvolver as capacidades de produção. Assim, a facilitação do investimento deve fazer parte da estratégia para aumentar o investimento.

Isso sugere que um acordo de investimento moderno e eficaz deve proporcionar uma alocação equilibrada de direitos e responsabilidades entre os atores. Os investidores precisam de garantias e valores mobiliários para garantir que os seus investimentos sejam seguros e que serão tratados de

---

<sup>1</sup> A Fase II também incluirá as negociações sobre política de concorrência e direitos de propriedade intelectual.

---

forma justa em relação aos concorrentes domésticos. Eles também são responsáveis por conduzir os seus negócios no país anfitrião de um modo em que respeite a legislação, além de assumir o seu papel no desenvolvimento econômico do país anfitrião.

Os Governos, por outro lado, têm a obrigação de maximizar o bem-estar social para toda a sociedade. Os acordos de investimento não devem impedir que os Governos implementem suas políticas sempre que tiverem um objetivo final genuíno. Além disso, os Governos têm a responsabilidade de criar um campo que facilite o investimento, tornando transparente e claro todos os requisitos.

As negociações sobre investimentos “na Fase II” pretendem reunir todos esses elementos. As mesmas visam criar um ambiente comum no continente para fluxos de investimento intra-africano, de modo a facilitar e proteger isso sem abrir mão de um espaço mais alargado de atuação política. A Fase II também tenciona criar uma plataforma comum para as negociações sobre investimentos que os países africanos poderão realizar com países terceiros. O objetivo passa por garantir que essas negociações contribuam para o fortalecimento do continente ao invés de enfraquece-la.

Esta coleção de contribuições tem o objetivo de facilitar e auxiliar os negociadores em cada país africano a navegar na complexidade dos tópicos da negociação em discussão. O objetivo é de fornecer algumas informações básicas, conceitos, discussões e referências adicionais de modo a contribuir para a compreensão e a formação da respetiva posição de negociação em cada país. As notas não se destinam a orientar as negociações em direção a um resultado específico, mas sim a explicar as opções disponíveis.

Esta coleção começa com uma discussão de definições muito simples de investimento e de seus efeitos econômicos, fornecidas por Dirk Willem te Velde, da ODI. Esta sessão deve fornecer aos negociadores orientações sobre como o investimento pode afetar a transformação econômica no seu país.

Thierry Mutombo destaca a arquitetura dos TBIs com o objetivo de explicar como a ZCLCA pode ser estruturada, bem como discutir as disposições típicas. Isso fornecerá uma visão inicial dos principais componentes que a ZCLCA pode ter.

Jamie MacLeod apresenta uma visão geral do Código Pan-Africano de Investimentos (CPAI) e a sua relação com as atuais negociações da Fase II da ZCLCA, especificamente em relação ao projeto de protocolo de investimento.

Sarah Brewin, do IIDS, discute a proteção de investimentos e resolução de controvérsias. Sua sessão descreve o escopo e os limites de diferentes disposições que visam proteger o investimento e resolver controvérsias. Isso inclui mecanismos de resolução de disputas entre os Estados e entre o Estado e investidor.

Brooke Güven, da CCIS, analisa a promoção e facilitação de investimentos, apresentando as disposições típicas para atrair e facilitar investimentos. Numa outra sessão, ela discute as disposições modernas em TBIs associadas a resultados sociais, ambientais, laborais e sanitárias.

Por fim, Stephen Gelb, do ODI, descreve as principais características do investimento na África, destacando as diferenças entre os investimentos intra e extracontinentais. Especificamente, essa discussão visa mostrar como os dois tipos de investimento contribuem para a transformação econômica.

---

## 2 Os Autores

**Sarah Brewin** é uma consultora internacional em direito de investimentos do Instituto Internacional para o Desenvolvimento Sustentável (IIDS). Sarah aconselha Governos de países em desenvolvimento e órgãos regionais em leis, políticas, contratos e tratados relacionados a investimentos para o desenvolvimento sustentável. Sarah está sediada em Kigali, Ruanda, onde trabalhou por dois anos como consultora jurídica no Ministério de Comércio e Indústria de Ruanda. Sarah também trabalhou como consultora jurídica integrada no Ministério de Comércio, Indústria e Trabalho de Samoa, e como consultora numa firma de consultoria internacional de desenvolvimento especializada em leis, justiça e reforma do ambiente de investimento. Sarah começou a sua carreira como investigadora na aplicação da lei de concorrência na autoridade australiana de concorrência e proteção ao consumidor. Sarah possui um Bacharel em Direito (*LLB*) e um diploma de Pós-graduação em prática jurídica pela *Australian National University* e um Mestrado em desenvolvimento internacional pela Escola de Economia e Ciência Política de Londres. Ela tem igualmente permissão para exercer advocacia na Austrália.

**Brooke Güven** é pesquisadora jurídica no Centro de Investimentos Sustentáveis da Columbia (CISC). O seu trabalho se concentra na análise de contratos, quadros internos e acordos legais internacionais que regem os investimentos transfronteiriços e os impactos que estes têm sobre os objetivos de desenvolvimento sustentável. Ela dá conferências, publica e ensina regularmente sobre assuntos relacionados ao investimento internacional sustentável e ao direito de investimento. Antes de ingressar na CISC em 2016, ela passou sete anos a trabalhar como advogada financeira especializada em transações transfronteiriças, mais recentemente na *Hogan Lovells US LLP*, e durante o ano de 2011 trabalhou no Projeto Internacional de Advogados Seniores como consultora jurídica no Ministério da Saúde e Bem-Estar Social da Libéria. Ela possui um Mestrado em Direito (*LLM*) na Faculdade de Direito da Universidade de Nova York, onde estudou Direitos Humanos, JD (*cum laude*) e um Mestrado em Relações Públicas Internacionais pela Universidade de Wisconsin e um Bacharelado em Economia e Ciência Política pela Universidade *Northwestern*. Ela é admitida na Ordem dos Advogados em Nova York.

**Stephen Gelb** é pesquisador principal e lidera a secção do Desenvolvimento do Setor Privado no ODI. Ele possui um Doutorado em economia, e fez pesquisas e análises de políticas na África do Sul por trinta anos, assessorando o Presidente Mbeki, a Tesouraria Nacional e outros departamentos governamentais sobre crescimento, macroeconomia e gastos públicos, e sobre investimentos internacionais e políticas Africanas. Trabalhou no Banco de Desenvolvimento da África Austral e criou um instituto independente de pesquisa de políticas em Joanesburgo. Ele ensinou pós-graduação em economia, ciência política e estudos de desenvolvimento na África do Sul, Canadá, EUA e Suíça, além de ter prestado consultorias para o Banco Mundial, agências da ONU e Governos da África e da Ásia. Ele foi consultor da CNUCED no Relatório Mundial de Investimentos por muitos anos. Ele escreveu extensivamente sobre macroeconomia, investimento direto estrangeiro e economia política na África do Sul, além de IDE e cadeias de valor na África e na Ásia. Seu trabalho foi moldado por um interesse de longa data na estratégia de negócios e processos de decisão, e seus efeitos econômicos e políticos mais amplos. Sua pesquisa atual se concentra na estratégia corporativa e ação coletiva nas cadeias de valor; sobre migração e fluxos de recursos econômicos; na renovação da economia política; e no desenvolvimento, habilidades e tecnologia das empresas em países de baixa renda.

**Jamie MacLeod** é especialista em políticas comerciais do Centro Africano de Políticas Comerciais da Comissão Econômica das Nações Unidas para a África (ECA) em Adis Abeba, Etiópia, onde faz parte do apoio técnico do ECA às negociações da ZCLCA desde 2016. Ele liderou a redação de mais de 10



---

documentos técnicos e dois relatórios principais da ECA em apoio às negociações da ZCLCA, além da coedição de 'Comércio Inclusivo na África: A Zona de Comércio Livre Continental Africana'- o primeiro pedaço de livro de análise sobre a ZCLCA. Ele consultou amplamente sobre política comercial e negociações, inclusive com o Banco Mundial, a Comissão Europeia, o BFA Global e a Agência Dinamarquesa de Desenvolvimento Internacional, e foi economista de comércio no Ministério do Comércio e Indústria do Gana. Ele possui um mestrado em Economia para o Desenvolvimento pela Universidade de Oxford, onde foi bolsista da Escola *Snell*.

**Thierry Mutombo** possui Mestrado em Direito Econômico e em Economia e Desenvolvimento. Ele iniciou sua carreira como advogado em 1988. Antes de ingressar no Mercado Comum da África Oriental e Austral (COMESA) em 2007, trabalhou na República Democrática do Congo como auditor estadual por 15 anos e como gerente de promoção de investimentos. Ele trabalhou como consultor em várias agências internacionais e bancos multilaterais de desenvolvimento, em diferentes capacidades, incluindo regras de investimento internacional e investimento direto estrangeiro, industrialização sustentável e o Programa de Desenvolvimento Agrícola da África Abrangente. Ele também atuou como presidente ou palestrante durante eventos internacionais e facilita o treinamento de especialistas em investimentos sobre o regime internacional de investimentos e o investimento responsável na agricultura. Atualmente, Thierry está a conduzir o desenvolvimento de cadeias de valor no âmbito do Programa Regional de Competitividade Empresarial e Acesso a Mercados. Ele representa o COMESA, a Comunidade da África Oriental e a Comissão do Oceano Índico no Pilar de Desenvolvimento do Setor Privado da África, Caribe e Pacífico – UE desde 2017.

**Dirk Willem** te Velde é Pesquisador Principal e Diretor de Desenvolvimento Econômico Internacional do Instituto de Desenvolvimento Ultramarino. Ele dirige o Programa de Apoio à Transformação Econômica, e é Líder de Pesquisa no Programa de Pesquisa de Crescimento do DFID-ESRC. Ele escreveu e editou uma dúzia de livros, 30 artigos revisados por pares, 40 capítulos de livros, e livros relacionados principalmente a investimentos, comércio e transformação econômica. Sua pesquisa foi apresentada pela BBC, *China Daily*, *Economist*, *Financial Times*, *The Guardian*, jornais asiáticos e africanos e TV. Ele assessorou agências doadoras (inclusive *DFID*, Sida e Ministério das Relações Exteriores da Holanda), a casa parlamentar do Reino Unido e Ministros do Governo do Reino Unido, Ministros de países em desenvolvimento e organismos multilaterais (incluindo *IFIs* e agências da ONU). Ele é membro do Grupo de Assessoria Estratégica em Comércio DIT do Reino Unido, lidera um projeto de capacitação comercial em Bangladesh, e propôs uma Comissão de Prosperidade entre o Reino Unido e a África. Ele é doutorado em economia pelo Colégio Birkbeck, Universidade de Londres.

**Max Mendez-Parra** é pesquisador sênior da ODI. Ele é um economista com mais de 20 anos de experiência em análise de políticas comerciais e investimento nos países em desenvolvimento. Foi funcionário comercial do Ministério da Agricultura da Argentina, onde prestou apoio analítico nas negociações multilaterais e bilaterais. Ele trabalhou para o Banco Interamericano de Desenvolvimento na análise de impacto de negociações multilaterais e bilaterais na América Latina. Ele possui amplo conhecimento da OMC e de acordos bilaterais envolvendo países desenvolvidos e em desenvolvimento. Ele forneceu pesquisas e apoios analíticos na revisão intermediária do SGP da UE, incluindo a avaliação do uso de preferências pelos beneficiários. Ele trabalhou em várias tarefas envolvendo a avaliação do impacto das políticas comerciais e investimentos no crescimento econômico da África. Recentemente, ele esteve envolvido na avaliação das capacidades de implementação da ZCLCA no Gana, bem como na avaliação de oportunidades de investimento e barreiras na Nigéria. Ele obteve o seu doutorado na Universidade de Sussex.

---

# 3 Investimento: definições e efeitos econômicos

## *Dirk Willem te Velde*

Esta nota analisa as definições de investimento comumente usadas nas negociações de investimento e apresenta uma discussão geral dos principais efeitos econômicos do investimento.

### 3.1 O que é investimento?

Investimento, frequentemente refere-se à formação bruta de capital fixo nas Contas Nacionais, mas, no contexto de acordos de comércio e investimento, tende a se referir ao investimento (direto) estrangeiro (IDE), uma categoria na Balança de Pagamentos do país (Caixa 3.1). O investimento é diferente de outros compromissos internacionais, como cadeias de valor globais, em que um comprador faz pedidos aos fabricantes (muitas vezes) sem investir neles.

Os acordos internacionais de investimento (AIIs) podem abordar o investimento como um capítulo separado ou como parte de serviços, como um dos modos de fornecimento. A definição de investimento nesses AIIs é significativa, pois define seu escopo e alcance. A principal questão ao definir o investimento é **se o investimento que não seja o IDE deve ser incorporado**, como investimento de portfólio, componentes de patrimônio e dívida, outros fluxos de capital e vários ativos de investimento tangíveis e intangíveis, incluindo direitos de propriedade intelectual.

Se a definição for ampla e as disposições sobre tratamento nacional forem gerais e vinculativas, isso também pode significar que a proteção cobre emissões de títulos soberanos e os chamados fundos oportunistas. É importante avaliar se é isso que se pretende, especialmente em tempos de crise.

#### **Box 3.1: O que investimento direto estrangeiro?**

“Investimento direto é uma categoria de investimento transfronteiriço feita por um residente numa economia (o investidor direto) com o objetivo de estabelecer um interesse duradouro numa empresa (a empresa de investimento direto) que reside em uma economia que não seja a do investidor direto. A motivação do investidor direto é um relacionamento estratégico de longo prazo com a empresa de investimento direto, para garantir um grau significativo de influência do investidor direto na gestão da empresa de investimento direto. O “interesse duradouro” é evidenciado quando o investidor direto possui pelo menos 10% do poder de voto da empresa de investimento direto. O investimento direto também pode permitir que o investidor direto tenha acesso à economia da empresa de investimento direto, o que de outra forma poderia ser incapaz de fazer. Os objetivos do investimento direto são diferentes dos do investimento em portfólio, pelo qual os investidores geralmente não esperam influenciar a gestão da empresa.”

Fonte: OCDE (2008)

Não existe uma definição universal de investimento, e nem todos os acordos incorporam uma definição precisa. No nível multilateral, por exemplo, o Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio não define investimento, e o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (AGCS) define-o simplesmente como uma “presença comercial”. De modo geral, onde os AIIs definem “investimento”, eles empregam três tipos de definições: com base em ativos, com base em transações e com base na empresa.

- 
1. **Definição baseada em ativos:** isso é comum em acordos de proteção ao investimento (por exemplo, tratados bilaterais de investimento) e inclui ativos e fluxos de capital, propriedades móveis e imóveis, interesses em empresas, reivindicações de dinheiro, direitos de propriedade intelectual e concessões. Embora a definição seja ampla o suficiente para incluir investimentos diretos e de portfólio, tende a excluir ativos que não estão relacionados a investimentos de longo prazo. O escopo da definição geralmente é restrito (por exemplo, para excluir investimentos de portfólio ou para limitar o tamanho mínimo de um investimento).
  2. **Definição baseada em transações:** este tipo de definição é normalmente encontrado nos AIIs que dizem respeito à liberalização dos fluxos financeiros transfronteiriços através dos quais é feito um investimento. Um exemplo dessa abordagem é a definição usada no Anexo A do Código de Liberalização dos Movimentos de Capital da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). O Código não define investimento, mas lista uma série de transações de capital entre residentes e não residentes que estão sujeitas a compromissos de liberalização.
  3. **Definição baseada na empresa:** restringe as disposições de investimento às empresas estabelecidas por investidores estrangeiros num país anfitrião. A definição de investimento do AGCS como uma “presença comercial” é, na verdade, um exemplo desse tipo de definição. Outro exemplo dessa abordagem é o Acordo de Comércio Livre entre o Canadá e os EUA de 1988 (Capítulo 16, Investimento).

Os negociadores de investimentos geralmente pensam em atrair o IDE (Quadro 3.1) ao projetar disposições para investimentos. No entanto, nem todos os IDE são iguais. A literatura das escolas internacionais de negócios define **quatro categorias de motivações para o IDE**: busca de recursos naturais, busca de eficiência, busca estratégica de ativos e busca de mercado. A **entrada dominante de firmas estrangeiras** dá-se através de fusões e aquisições transfronteiriças, e não através de operações de raiz. **Os instrumentos financeiros** relacionados ao IDE incluem ações, depósitos, títulos de dívida, empréstimos, crédito comercial e outras contas. **Os dados sobre o IDE** costumam distinguir entre capital social, lucros reinvestidos e outros capitais, incluindo dívidas. Grande parte do IDE na África, por exemplo, inclui lucros reinvestidos por multinacionais. Além disso, como as subsidiárias podem conceder empréstimos a seus parentes por razões fiscais, os fluxos de dados sobre o IDE podem ser negativos num determinado ano.

## 3.2 O impacto econômico do investimento

Os protocolos de investimento geralmente contêm objetivos de desenvolvimento, como desenvolvimento sustentável ou transformação econômica. A promoção, facilitação e proteção do investimento visa contribuir para o mesmo. Muito foi escrito sobre o relacionamento entre o IDE e o desenvolvimento nas últimas décadas e sobre a questão de se a integração regional pode facilitar o IDE (de qualidade). As principais lições são que (i) o IDE tem um enorme potencial para estimular o desenvolvimento, mas os efeitos não são automáticos e exigem políticas e instituições complementares; e (ii) a integração regional tende a levar ao aumento do IDE, inclusive através do papel das disposições para investimentos, mas toda uma série de outros fatores é crucial e provavelmente muito mais importante. Isso significa que os protocolos de investimento sempre devem ser vistos em conjunto com outras políticas e fatores num país.

A Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (CNUCED) (1999) analisa várias áreas através das quais o IDE afeta o desenvolvimento econômico (ver tabela no Apêndice; para revisões adicionais, ver OCDE, 2002; Farole e Winkler, 2013):

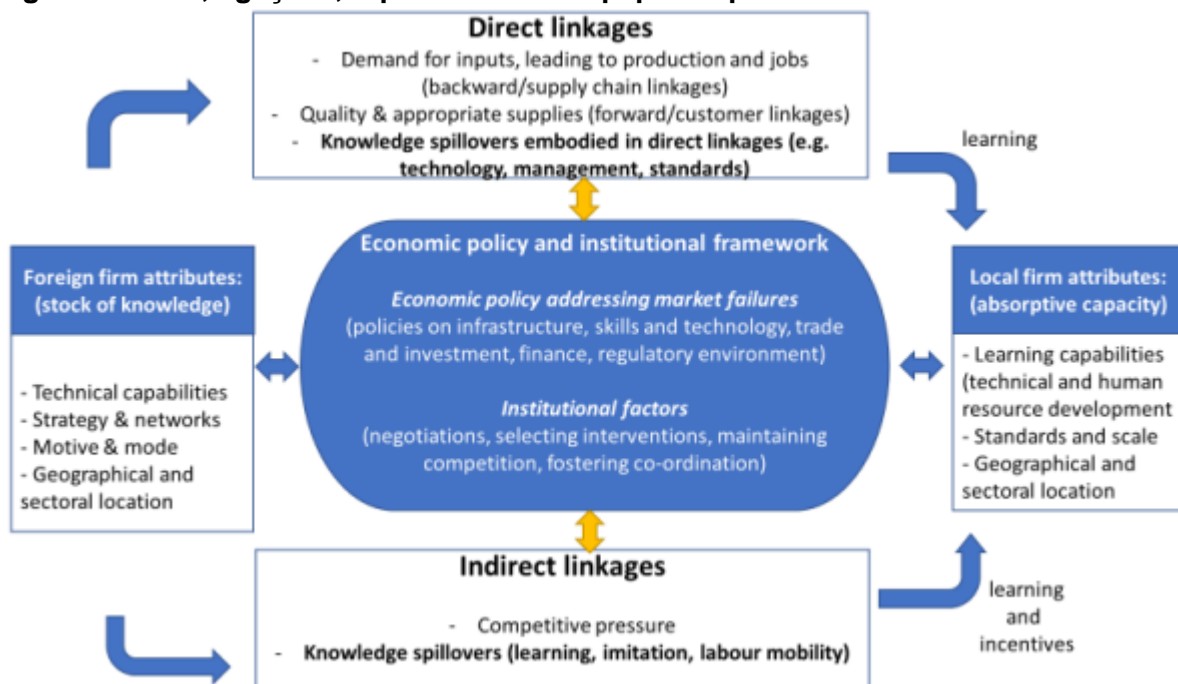
1. emprego e rendimento
2. formação de capital e acesso ao mercado
3. estrutura de mercados
4. tecnologia e habilidades
5. receitas fiscais e
6. política econômica.

O IDE leva ao crescimento econômico, aumentando a quantidade de fatores de produção (direta ou indiretamente aumentando o capital ou o emprego em fornecedores e concorrentes locais), no contexto contábil do crescimento ou aumentando a eficiência com a qual esses fatores são usados (através da tecnologia superior ou localização em setores de alta produtividade, ou através de repercussões de produtividade para empresas locais), conforme expresso na literatura de crescimento endógeno, com o IDE a ser o porto pelo qual um país pode ter acesso a novas ideias.

Um fator crucial por trás da questão de se o IDE afeta temporariamente ou permanentemente a economia local é a extensão das repercussões da produtividade. A acumulação induzida de IDE de fatores de produção sem efeitos de produtividade pode levar a uma mudança pontual nas capacidades produtivas. Isso levará a uma mudança pontual no rendimento, mas uma mudança temporária no crescimento econômico. A longo prazo, a mudança de produtividade induzida pelo IDE é importante para um crescimento econômico duradouro. Isso pode acontecer através de repercussões de conhecimento que aprimoram as capacidades nas empresas locais.

A Figura 3.1 conceitua o impacto do IDE por meio de vínculos e repercussões, e as funções que a política desempenha nesse processo (apenas alguns deles estão incluídos nos protocolos de investimento). As empresas estrangeiras trazem consigo um leque de conhecimentos e um conjunto de estratégias, padrões e outros atributos. Eles afetam as empresas locais por meio de vínculos diretos (firmas locais que vendem ou compram de firmas estrangeiras) e indiretos. As repercussões se referem às difusões de conhecimento na forma de conhecimento das novas (incluindo, por exemplo, na exportação) ou conhecimento de novas técnicas de gerenciamento que estão sendo transferidas de empresas estrangeiras para empresas locais. Tais repercussões podem ocorrer por meio de vínculos diretos, por exemplo, como parte de um relacionamento com fornecedores ou indiretos, como quando empresas locais imitam o que empresas estrangeiras estão a fazer (por exemplo, a exportar, desenvolver e adaptar novas tecnologias). Ligações diretas referem-se a ligações verticais a montante e a jusante; os vínculos indiretos vão além dos horizontais e abrangem os vínculos entre firmas nos níveis iguais ou diferentes na cadeia de valor da firma estrangeira, desde que não estejam comprando ou vendendo diretamente uma à outra.

**Figura 3.1: IDE, ligações, repercussões e o papel da política**



Fonte: te Velde (2019)

Dependendo da definição usada no protocolo de investimento, o investimento também pode incluir empréstimos bancários e dívida de portfólio e investimento em ações. Os fluxos de portfólio

---

geralmente são mais voláteis que o IDE e podem contribuir para booms e bustos de crédito e consumidor. O impacto dos fluxos de portfólio e empréstimos bancários é menos positivo em comparação com o IDE (Hou et al., 2013), embora, como sempre, dependa de como os fluxos são usados.

Os dados da CNUCED sugerem que a maior parte do IDE é em busca de recursos naturais (por exemplo, IDE do Reino Unido ou dos EUA em petróleo e gás; IDE em cobre da Zâmbia; ouro da Tanzânia e do Gana), ou em busca de mercado (supermercados da África do Sul, grandes bancos, telecomunicações). Isto também se refere ao IDE intra-africano. Há muito menos IDE que procuram eficiência (exportação de matérias intensivas), que países (incluindo os Tigres Asiáticos e Costa Rica) em todo o mundo usaram para atualizar suas estruturas de produção e transformar suas economias. Existem algumas exceções na África, como roupas e calçados etíopes e automóveis sul-africanos. Também há IDE intra-africano na manufatura, como entre países da Comunidade da África Oriental.

Também pode haver efeitos diferenciais do IDE dependendo da forma de entrada. A curto prazo, fusões e aquisições (F&A) levam a uma transferência financeira, enquanto o investimento de raiz também levará ao aumento da formação de capital fixo, embora essa distinção seja menos forte a longo prazo. A longo prazo, a principal diferença parece ser que as fusões e aquisições tendem a levar ao aumento da concentração, enquanto o investimento de raiz tem efeitos contrários (UNCTAD, 1999).

### 3.3 Como a integração regional se enquadra?

À medida que os países se integram como parte da ZCLCA, espera-se que eles aumentem o IDE tanto em busca de eficiência quanto em busca de mercado. A variedade de fatores que atraem o IDE pode ser dividida em:

1. condições econômicas gerais e específicas do país anfitrião, que incluem tamanho e crescimento do mercado; infraestrutura e habilidades adequadas e de boa qualidade; e recursos naturais
2. políticas, instituições, procedimentos administrativos e governança gerais e específicos do país anfitrião (por exemplo, a facilidade de fazer negócios) e
3. regras e atividades internacionais (multilaterais, bilaterais e regionais); e políticas do país de origem (por exemplo, crédito direcionado, garantias de investimento etc.).

Te Velde (2006b), Te Velde e Bezemer (2006), Te Velde (2011) e Te Velde e Munakula (2015) sintetizam como diferentes tipos de disposições na integração regional podem apoiar o IDE e a mudança de produtividade. A teoria sugere que os acordos comerciais regionais devem levar ao aumento do IDE extrarregional, mas há resultados mais ambíguos para o IDE intrarregional. Uma razão importante para a ambiguidade dos efeitos das regras comerciais é que as empresas multinacionais são motivadas pela exploração de ativos específicos da empresa (por exemplo, custos fixos específicos da empresa) e, portanto, desejam desfrutar de economias de escala e escopo, além de simplesmente pular barreiras comerciais.

No entanto, o escopo das disposições regionais é crucial. Dee e Gali (2003) e Te Velde e Bezemer (2006), fornecem mais detalhes sobre a relevância de diferentes tipos de disposições de investimentos regionais. Dee e Gali (2003), sugerem que o IDE responde significativamente às disposições não comerciais de acordos comerciais regionais (incluindo disposições de investimento). Te Velde e Bezemer (2006) consideram que a participação numa região como tal não está significativamente relacionada ao IDE, mas, crucialmente, quando um país é membro de uma região com número e nível suficientes de disposições para comércio e investimento (por exemplo, descrevendo tratamento de empresas estrangeiras, preferências comerciais significativas), isso ajudará a atrair mais IDE interno para a região.

## Referências

- Dee, P. and Gali, J. (2003) The trade and investment effects of preferential trading arrangements, Working Paper 10160, Cambridge MA: NBER
- Farole, T. and Winkler, D. (2013) *Making foreign direct investment work for Sub-Saharan Africa: local spillovers and competitiveness in global value chains*. Directions in Development: Trade. Washington DC: World Bank Group
- Hou, Z., Keane, J., Kennan, J., Massa, I. and te Velde, D.W. (2013) *Shockwatch bulletin: the changing nature of private capital flows to sub-Saharan Africa*. Working Paper, March
- OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development (2002) *Foreign direct investment for development. Maximising benefits, minimising costs*, Paris: OECD
- OECD (2008) *Benchmark definition of foreign direct investment*, Paris: OECD
- Te Velde, D.W. (2006a) ‘Foreign direct investment and development, an historical perspective’, Background Paper for World Economic and Social Survey for 2006
- Te Velde, D.W. (2006b) (ed.) *Regional integration and poverty*, Aldershot: Ashgate
- Te Velde, D.W. (2011) ‘Regional integration, growth and convergence’, *Journal of Economic Integration* 26(1): 1–28
- Te Velde, D.W. (2019) ‘Enhancing spillovers from foreign direct investment’. London: ODI, SET
- Te Velde, D.W. and Bezemer, D. (2006) ‘Regional integration and foreign direct investment in developing countries’, *Transnational Corporations* 15(2): 41–70.
- Te Velde, D.W. and Munakula, T. (2015) ‘Regional integration and foreign direct investment in COMESA’, in N. Jansen Calamita *The regionalization of international investment treaty arrangements*, BII ECL
- UNCTAD – United Nations Conference for Trade and Development (1999) *World investment report*, Geneva: UNCTAD

## Apêndice: IDE e desenvolvimento econômico

Área de Impacto	Efeitos estáticos		Efeitos dinâmicos	
	Indicadores	Diferenças entre empresas estrangeiras e locais	Processo de Impacto	Indicadores
Emprego e rendimento	Geração de emprego em empresas estrangeiras  Níveis salariais para funcionários com determinadas características.	Empresas estrangeiras são maiores e pagam salários mais altos comparando com as empresas locais (especialmente para funcionários qualificados)	Oferece emprego e rendimento diretamente. Também indiretamente, através da aquisição de empresas locais, que por consequência podem crescer. O trabalho assalariado pode induzir gastos e outros efeitos. Pode também indiretamente excluir outros empregos, substituindo os empregos existentes ou aumentando os preços dos fatores; pode levar ao aumento da desigualdade salarial, aumentando a demanda de acordo com as habilidades	Geração de emprego a longo prazo na empresa e em fornecedores e compradores  Desenvolvimento salarial a longo prazo nas empresas estrangeiras e efeitos de repercussão nos níveis salariais em outras empresas
Capital físico	Formação de capital fixo  Transferências financeiras	Empresas estrangeiras tendem a ser mais intensivas relativamente ao capital	Fonte estável de financiamento externo, melhorando a balança de pagamentos e potencialmente aumentando a formação de capital fixo  Pode se destacar e competir com investimentos e oportunidades de empresas domésticas	Relação de longo prazo entre o IDE e a formação de capital nacional

Área de Impacto	Efeitos estáticos		Efeitos dinâmicos	
	Indicadores	Diferenças entre empresas estrangeiras e locais	Processo de Impacto	Indicadores
			O aprofundamento do setor financeiro aumenta a disponibilidade e reduz o custo do financiamento	
Acesso a mercados e exportações	Participação da produção importada  Participação da produção exportada	Empresas estrangeiras tendem a ser mais intensivas no comércio	As empresas podem obter acesso aos mercados de exportação usando redes globais de empresas estrangeiras  Empresas estrangeiras podem manter controles rígidos dos canais de exportação	Relacionamento de longo prazo entre exportações e IDE e entre importações e IDE
Estrutura dos mercados de fatores e de produtos	Concentração nos mercados de produtos e de fatores  Margens de lucro	Muitas vezes, empresas estrangeiras podem ser encontradas em setores com "barreiras à entrada"	A entrada através de uma empresa estrangeira pode levar a uma maior concorrência. Isso pode reduzir os preços dos produtos, oferecendo mais opções aos consumidores  A entrada de empresas estrangeiras também pode levar a uma maior concentração e poder de mercado. Isso pode aumentar os preços dos produtos próprios e de outros produtos	Relacionamento de longo prazo entre IDE e lucratividade
Tecnologia, habilidades e técnicas de gestão	Nível de habilidade dos funcionários  Orçamentos destinados a treinamentos  Produção por funcionário  Orçamentos destinados a pesquisa e desenvolvimento  Tipos de tecnologias utilizadas	As empresas estrangeiras exigem mais habilidades e tendem a usar as tecnologias mais atualizadas e a treinar mais	Fornecer técnicas atualizadas, pessoal qualificado e técnicas avançadas de gerenciamento, aumentando o retorno às habilidades que oferecem incentivos adicionais para a educação. Efeitos de repercussão positivos nas empresas domésticas por meio de vínculos a montante a jusante, aprendizado, efeitos de demonstração e desenvolvimento de recursos humanos. Repercussões não são automáticas ou gratuitas. A dependência de tecnologia e habilidades estrangeiras pode inibir o desenvolvimento de capacidades locais. O aumento de vínculos aumenta a dependência de firmas domésticas em relação às firmas estrangeiras	Efeitos de derramamento vertical (intra-setorial) e horizontal (extra-setorial) sobre a produtividade local; proporção de insumos adquiridos localmente  Desenvolvimento de fornecedores  Atualização e desenvolvimento de tecnologia a longo prazo, treinamento e níveis de habilidade nas empresas estrangeiras e locais
Receitas fiscais	Pagamentos fiscais  Concessões a empresas estrangeiras	Às vezes, são oferecidas isenções fiscais ou subsídios diretos a empresas estrangeiras	Empresas estrangeiras podem aumentar as receitas fiscais para o Governo interno através do pagamento de impostos no caso de novas atividades econômicas com maior valor agregado. Se empresas estrangeiras afastam empresas domésticas, as receitas fiscais podem ser menores com o uso de concessões fiscais especiais, levando a uma erosão da base tributária. Concessões fiscais	Pagamentos fiscais de longo prazo através de empresas estrangeiras e através de uma mudança na atividade econômica em geral.

Área de Impacto	Efeitos estáticos		Efeitos dinâmicos	
	Indicadores	Diferenças entre empresas estrangeiras e locais	Processo de Impacto	Indicadores
			especiais são um subsídio implícito, que pode levar a um comportamento de busca de aluguel	
Política econômica	Negócios acordados entre Estado e empresa	<p>Maior concorrência para empresas estrangeiras</p> <p>Relações Estado-empresas</p>	Empresas estrangeiras podem expor o país anfitrião a outras normas e valores, por exemplo gestão ambiental, governança corporativa, ética, mas também podem levar a problemas políticos, sociais e culturais, impondo valores inaceitáveis que interferem no regime político, e dizem exacerbar os problemas existentes de corrupção. Os tratos entre empresas e Governo podem ter benefícios de governança	

Fonte: Te Velde (2019)



---

# 4 Investimento intra e extra-africano - que diferença faz o país de origem do investidor?

## **Stephen Gelb**

A ZCLCA está preocupada em promover a facilitação e a regulação do investimento intra-africano para apoiar a transformação e o desenvolvimento sustentável da África, como expresso na Agenda 2063. O Investimento Direto Estrangeiro (IDE) pode auxiliar o desenvolvimento sustentável por via de três canais, embora não seja inevitável que o IDE tenha um impacto positivo líquido no desenvolvimento. Do lado da demanda da economia, o IDE pode aumentar o total de poupanças e de reservas cambiais a curto prazo, além de investimentos e empregos fixos, caso for um "investimento de raiz". Talvez ainda mais importante para o desenvolvimento a longo prazo seja a potencial contribuição do lado da oferta para a tecnologia e os recursos, ou o conhecimento produtivo. O IDE também pode ter impactos positivos no desenvolvimento sustentável por meio de um terceiro canal, elevando os padrões nas práticas ambientais, sociais (incluindo trabalho e gênero) e governamentais.

### **4.1 Investimento intra-africano – qual a quantidade existente?**

O foco da ZCLCA na facilitação de investimentos promete aumentar o investimento intra-africano a longo prazo. Atualmente, porém, uma fração muito grande de IDE (interno) na África vem de fora do continente, e uma proporção igualmente grande de IDE (externo) da África está fora do continente, de modo que a missão direta da ZCLCA será muito limitada a médio prazo, no que diz respeito ao investimento.

É muito difícil ter dados precisos sobre a extensão do investimento intra-africano. No entanto, é possível fazer uma estimativa aproximada a partir do exame do banco de dados do Investimento Direto Coordenado (PCID) do Fundo Monetário Internacional (FMI) sobre investimento bilateral, em conjunto com os dados nacionais sobre o IDE “total de entrada e saída”, dados esses vindos da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (CNUCED)<sup>2</sup>. Até agora, a PCID inclui apenas 24 países africanos, mas no banco de dados da CNUCED, que abrange todos os países africanos, esses 24 contribuem com 85,8% do estoque total de investimentos externos da África (bem como 58,7% do estoque total de investimentos internos da África). Segundo a CNUCED, somente a África do Sul fornece 74,8% do IDE externo da África, com Marrocos e Argélia - também na PCID – a contribuir com mais 2,7%. No lado interno, esses países juntamente com a Nigéria recebem do resto do mundo 36,7% do IDE interno para a África, de acordo com a CNUCED. Os investidores externos africanos mais expressivos, que não participam da PCID são Libéria, Egito, Líbia, República Democrática do Congo e Angola, além da Nigéria para investimentos externos. Juntos, esses países representam 17,8% do estoque externo de IDE da África nos dados da CNUCED.

O total de investimentos inter-regionais indicam que os 24 países africanos incluídos na PCID tinham um estoque total de IDE de 551,4 bilhões de dólares americanos no final de 2018, dos quais apenas

---

<sup>2</sup> A CNUCED fornece dados bilaterais de países para a maioria dos países, mas apenas até 2012, e os dados parecem estar incompletos para a maioria dos países africanos.

---

84,7 bilhões (15,4%) foram investidos em África, principalmente da África do Sul (35,4 bilhões de dólares, ou 41,8%) e Maurícias (US \$ 36,97 bilhões, ou 43,6%). Se excluirmos as Ilhas Maurícias das como um caso particular (discutido abaixo), esse valor será de 47,75 bilhões de dólares americanos (8,67%). Do total de ações externas de IDE da África do Sul, 14,4% foram para o restante da África, embora isso caia para 6,1% se excluirmos as Ilhas Maurícias<sup>3</sup>. Excluindo inteiramente as Ilhas Maurícias, a participação da África no total do IDE interno dentro da África provavelmente varia de 3,06% a 6,05%. Os limites inferior e superior assumem que 16,5% e 50%, respectivamente, do IDE externo da África (além da África do Sul) vai para outro local dentro do continente. A hipótese mais baixa é baseada na média da PCID de 8,67%, enquanto a hipótese mais alta de 50% é a parcela do IDE externo de Marrocos que entra na África.

As Maurícias são um caso especial, ilustrando um ponto importante - o país investidor nem sempre é o país de origem do investidor. A maior parte dos estoques de IDE de entrada e saída de Maurício é um investimento não mauritano, roteado pelas Ilhas Maurício para países terceiros<sup>4</sup>. Enquanto isso, de acordo com o CDIS, as Maurícias têm estoques de investimento interno e externo muito grandes, maiores até que os da África do Sul, embora apenas cerca de 5% do estoque de entrada das Maurícias seja da África e 8 a 9% do estoque de saída das Maurícias esteja em África. Por outro lado, a CNUCED relata que as ações das Maurícias são muito pequenas, da mesma ordem que as do Botsuana. A diferença entre os dois é que os dados da CNUCED relatam apenas estoques de IDE relacionados a residentes nas Maurícias, enquanto os dados do PCID incluem a categoria de Detentores de licenças comerciais globais. As autoridades das Ilhas Maurícias utilizam essa categoria para classificar os não residentes que investem nas Ilhas Maurícias, a fim de fazer negócios fora das Ilhas Maurícias. Esse encaminhamento para países terceiros é comum, pois os investidores procuram tirar proveito dos tratados de dupla tributação e / ou proteção contra acordos internacionais de investimento favoráveis.

Mas, embora pequenos em volume, os investimentos diretos dos países africanos na África compreendem uma ampla rede: por exemplo, a África do Sul e a Nigéria têm investimentos em mais de 20 outros países africanos, enquanto o Togo possui ativos de investimento direto em mais de 30 outros países africanos<sup>5</sup>.

Também digno de menção é que o investimento estrangeiro pode não ser registrado como tal nos dados oficiais, porque os cidadãos locais são usados para "antecipar" o investimento para evitar restrições do país anfitrião ou porque os fundos são trazidos por via de canais financeiros informais. Evidentemente, isso é amplamente aplicável a pequenas operações e, mesmo incluído nos dados oficiais, é improvável que aumente significativamente o valor agregado do investimento. Mas este IDE não oficial - que é mais provável de vir de outras economias em desenvolvimento na África e em outros lugares - pode ser importante em termos do número de empresas envolvidas em investimentos intra-africanos.

## 4.2 Investimento Sul-Sul versus Norte-Sul

No entanto, com apenas 3 a 6% do investimento africano (entrada) vindo da própria África, é obviamente importante considerar também o investimento não africano. Podemos assim distinguir entre investimento "Norte-Sul" (N-S) e investimento "Sul-Sul" (S-S) - ou seja, investimento de uma economia desenvolvida numa economia em desenvolvimento versus investimento de uma economia em desenvolvimento numa outra semelhante. O investimento intra-africano está incluída nessa última categoria, juntamente com investimentos da China, Índia e outros países asiáticos, como Malásia e Indonésia, Brasil e Turquia, como também de Hong Kong e Singapura.

---

<sup>3</sup> Com base nos dados do Banco de Reserva da África do Sul: [www.resbank.co.za](http://www.resbank.co.za)

<sup>4</sup> Ver Banco de Maurícias, Posição de investimento internacional: ativos e passivos externos no final de dezembro de 2018: [https://www.bom.mu/sites/default/files/iip\\_2018\\_provisional.pdf](https://www.bom.mu/sites/default/files/iip_2018_provisional.pdf)

<sup>5</sup> Os investimentos do Togo são provavelmente através das operações do *Ecobank*.

---

O significado da distinção entre os países<sup>6</sup> de origem (remetentes) do Norte e do Sul reside tanto na disposição dos investidores estrangeiros em entrar nos países anfitriões (recetores) no Sul, e no seu impacto após o investimento (ver CNUCED, 2006; Gelb, 2005). Todos os investidores estrangeiros enfrentam desafios ao entrar num novo mercado, isso devido à falta de familiaridade com o mercado, seu ambiente operacional e práticas de negócios, bem como a falta de redes. Os investidores usam várias estratégias para lidar com essa 'responsabilidade de estrangeiro', tal como exportar primeiro para o mercado de modo a adquirir a sua própria compreensão do sistema. Mas, a responsabilidade dos estrangeiros pode ser menor para os investidores das economias do Sul em comparação com os das economias do Norte, porque é provável que os investidores do Sul estejam mais familiarizados com os desafios no ambiente operacional do país anfitrião - regulamentos, infraestrutura, disponibilidade de habilidades, acesso a financiamento – que podem ser semelhantes aos do país de origem. Consequentemente, os investidores do Sul podem ser menos avessos ao risco do que os investidores do Norte ao considerar a entrada para outras economias do Sul e, portanto, podem entrar em maior número.

O impacto do IDE sobre o desenvolvimento nas economias do Sul também pode diferir entre os investidores das economias domésticas do Sul e do Norte. Os primeiros podem produzir bens ou serviços cuja qualidade ou preço de venda sejam mais apropriados para os clientes do Sul - empresas a comprar equipamentos e insumos de produção, chefes de família a comprar bens de consumo. Os investidores do Sul também podem catalisar entradas de conhecimento produtivo mais significativas e desenvolvimento de capacidade nas empresas domésticas nas economias do Sul do que os investidores do Norte, porque o "hiato" tecnológico é menor entre o investidor estrangeiro e as empresas domésticas, uma consideração importante, dada a limitada capacidade de absorção de tecnologia nas economias do Sul. Os vínculos a montante e a jusante podem ser mais eficazes como mecanismos de transferência de conhecimento e melhoria da produtividade pelas empresas domésticas, enquanto transbordamentos 'horizontais' no mesmo mercado como resultado do aumento da concorrência podem ter mais chances de levar a melhorias de produtividade nas empresas domésticas do que contração ou encerramento.

O IDE 'não oficial' pode ter impactos significativos no bem-estar das economias africanas, expandindo o escopo ou diminuindo o preço de bens ou serviços de consumo, ou fornecendo um impulso à eficiência por meio de uma pressão competitiva efetiva sobre as empresas domésticas.

As percepções de risco dos investidores e a sua consequente disposição para participar, bem como o impacto de seus investimentos após a entrada, dependerão não apenas da questão de se o seu país de origem é uma economia em desenvolvimento ou não, mas também do setor industrial sob o qual o seu investimento está localizado e, relacionado a isso, também a questão de se o motivo de seu investimento é o mercado ou a busca de recursos<sup>7</sup>. Os investimentos em busca de mercado do Sul, certamente que têm maior probabilidades de expandir o escopo de bens disponíveis para consumidores e empresas na economia anfitriã e reduzir seus custos, além de potencialmente alavancar maiores ganhos no que tange a conhecimentos relativos à produção por meio de vínculos de a montante e a jusante. Investimentos na busca de recursos - motivados por recursos naturais, como depósitos minerais, terras agrícolas ou atrações turísticas, ou por recursos trabalhistas, incluindo mão-de-obra com baixos salários - podem oferecer maiores ganhos no emprego e nas exportações, mas também podem impor maiores custos ao país anfitrião em termos de padrões ambientais e sociais.

O enfoque no IDE *sustentável*, levando em consideração esses padrões, sublinha dois pontos importantes. Primeiro, os impactos no desenvolvimento incluem benefícios e custos, e se o impacto líquido é positivo pode depender significativamente das políticas de facilitação de investimentos no país anfitrião. Segundo, a suposição *a priori* seria de que o IDE do Sul tivesse padrões ambientais e sociais mais baixos do que o IDE do Norte, de modo que, nessas zonas significativas, o impacto do IDE do Sul no desenvolvimento pudesse ser menos benéfico para os anfitriões do Sul.

---

<sup>6</sup> O país de origem ou o país remetente é considerado aqui como o país de origem de fato do qual o investidor se origina, e não um país terceiro através do qual o investimento é roteado por razões de proteção de impostos ou tratados.

<sup>7</sup> Outros motivos comumente mencionados para o IDE são a busca de eficiência e a busca estratégica de ativos, mas essas são talvez as razões menos frequentes para o IDE nas economias africanas.

---

No entanto, é importante lembrar que os investidores do Norte só recentemente elevaram os seus padrões sob questões socio-ambientais, e em grande parte devido às demandas regulatórias dos Governos do país de origem. Assim, a questão é se os Governos do Sul são igualmente capazes de elevar os seus padrões. A recente mudança de ênfase na regulamentação de investimentos, da proteção ao investidor à facilitação de investimentos para o desenvolvimento sustentável - ver contribuição de Brooke Güven (Seção 9) - melhorará as perspectivas de padrões mais elevados por meio de ações conjuntas dos Governos, em contextos multilaterais, regionais, plurilaterais e bilaterais. A ação colaborativa dos Estados do Sul (em conjunto) de modo a elevar os padrões pode ser mais provável (como resultado da pressão dos pares) e mais eficaz comparando com a ação individual dos mesmos Estados.

Os padrões ambientais e sociais estão a ser elevados em muitas atividades nos países do Sul como resultado da intervenção dos investidores do Norte como parte de seu papel de 'empresa líder' nas cadeias de valor globais (CVGs). Em vários contextos, as CVGs combinam o IDE Sul-Sul e Norte-Sul como complementos, ao em vez de colocá-las como alternativas, por exemplo, nas indústrias de vestuário voltadas para a exportação, que exigem muito trabalho, surgidas em muitos países da África e do Sudeste Asiático, em resposta às preferências comerciais nos mercados europeu e norte-americano. Aqui, investimentos muito pequenos nos países produtores do Sul que sejam investimentos das grandes marcas multinacionais e empresas compradoras (em grande parte do Norte) são acompanhados por IDE em operações de fabricação, geralmente também relativamente pequenas em termos de valor, em grande parte do Sul<sup>8</sup>. Nessas CVGs, as marcas e os compradores têm um papel crucial não apenas na garantia do aumento dos padrões socio-ambientais, mas também no incentivo a vínculos a jusante mais fortes com as empresas locais e no apoio ao desenvolvimento da empresa. A cooperação entre marcas e compradores estrangeiros e o Governo anfitrião é essencial, mas pode ser dificultada por uma dinâmica econômica abaixo do ideal, diminuindo os benefícios do IDE Sul-Sul.

### 4.3 Considerações sobre investimento intra-africano e a economia doméstica

É importante considerar o investimento intra-africano também da perspectiva da economia doméstica. Além da China e talvez da Índia, o impacto do IDE externo no país de origem do Sul tem sido pouco analisado.

Uma preocupação primordial dos formuladores de políticas ao considerar o investimento externo, seja do Norte ou do Sul, tem sido se é um complemento ou substituto do investimento doméstico, com efeitos contrastantes na produção e no emprego domésticos. Mas é importante enfatizar que o impacto potencial do IDE, tanto pelo conhecimento produtivo quanto pelos canais de sustentabilidade, pode ser positivo não apenas para o país anfitrião, mas também para o país de origem. A internacionalização da empresa - operando além-fronteiras em mercados de vários países com diferentes ambientes regulatórios e operacionais - pode melhorar os recursos gerais de negócios de uma empresa, com 'repercussões reversos' aumentando a sua própria eficiência no mercado doméstico e nos de seus concorrentes. Os ganhos de eficiência das economias de escala e escopo também podem resultar da internacionalização, enquanto as pressões regulatórias e de mercado nos mercados estrangeiros de uma empresa podem levar ao aprimoramento de suas práticas de sustentabilidade, não apenas nesses mercados, mas também no seu mercado doméstico.

A capacidade de operar internacionalmente precisa ser adquirida. Na Europa e Ásia, a maioria das empresas desenvolveu inicialmente essa capacidade por meio de pequenos investimentos em sua própria região. Ao incentivar o IDE intra-africano, a ZCLCA oferece alguma promessa de um impulso muito necessário às capacidades das empresas africanas.

## Referências

---

<sup>8</sup> A maior parte do IDE nessas atividades manufatureiras é da Ásia e da África, embora algumas sejam europeias.

- 
- Gelb, S. (2005) 'South-South investment: the case of Africa', in J.J. Teunissen and A. Akkerman (eds) *Africa in the world economy –the national, regional and international challenges*, The Hague: Fondad
- UNCTAD – United Nations Conference on Trade and Development (2006) *World investment report 2006: FDI from developing and transition economies: implications for development*, Geneva: UNCTAD

## 5 Arquitetura de tratados bilaterais de investimento

**Thierry Mutombo**

### 5.1 O universo dos acordos internacionais de investimento

A Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (CNUCED) registrou 3.317 acordos internacionais de investimento (AIIs) no final de 2018, dos quais 2.932 são tratados bilaterais de investimento (TBIs) e 385 tratados / acordos com disposições para investimento (TDIs).

Um BIT é um acordo que estabelece os termos e condições para o investimento privado de nacionais e empresas de um Estado em outro Estado. Esse tipo de investimento é chamado de investimento direto estrangeiro (IDE).

No nível regional, as provisões para investimentos podem estar contidas numa estrutura específica ou num anexo, protocolo ou capítulo de uma estrutura jurídica abrangente, como um Acordo de Comércio Livre. Para a África, o seu Protocolo de Investimentos, a ZCLCA, será um dos acordos comerciais Mega regionais, juntamente com a Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento, o Acordo de Parceria Trans-pacífico e o Acordo Econômico e Comercial Global Canadá-EU.

### 5.2 Arquitetura e preocupações do AII de geração mais antiga

A maioria dos AIIs de geração mais antiga concede aos investimentos feitos por um investidor de um Estado contratante no território do outro uma série de garantias, que geralmente incluem padrões substantivos para a proteção do IDE. Para alguns, eles até incluem 'proteção e segurança completas', transferência gratuita de meios e um mecanismo alternativo de resolução de disputas, pelo qual um investidor cujos direitos sob o TBI foram violados poderia recorrer à arbitragem internacional, geralmente sob os auspícios do Centro Internacional para a solução de controvérsias sobre investimentos. Os Estados exportadores de capital geralmente negociam TBI com base em seus próprios textos 'modelo', com o objetivo de proteger e facilitar seus nacionais e empresas.

Desde 1996, o ano em que o maior número de AIIs assinados - mais de 230 - foi registrado, foi observado um declínio permanente no número de AIIs. Isso deve-se ao número de rescisões, que continua a aumentar: em 2018, pelo menos 24 rescisões entraram em vigor ('rescisões efetivas'), das quais 20 eram unilaterais e 4 substituições (através da entrada em vigor de um novo tratado). Isso levou à reforma do AII e às políticas de investimento a nível nacional. Nesse contexto, observa-se que a arquitetura dos AIIs recém-concluídos mudou, sobretudo em resposta aos desafios enfrentados pelos países em desenvolvimento, especificamente como resultado do espaço regulatório limitado, disputas

sobre investimentos consequentes de reivindicações dos investidores e a necessidade de refletir os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável nos AIIs.

Geralmente, existem cinco preocupações comuns e interconectadas nas diferentes narrativas de reforma de tratados, levantadas por Estados anfitriões, organizações internacionais e outras partes interessadas:

- matéria abrangente sobre a proteção do investimento e do investidor
- pouca flexibilidade política
- definições abrangentes de investimento e do investidor
- linguagem compreendida como carente de precisão e
- Cláusulas de Resolução de Controvérsias Investidor-Estado (ISDS) que proporcionam altos níveis de discricção ou alocação legal para os árbitros.

### 5.3 Arquitetura moderna de AIs

A arquitetura da nova geração de AIIs é diversa e baseia-se nos princípios orientadores estabelecidos no Quadro de Política de Investimentos da CNUCED para o Desenvolvimento Sustentável (WIR12, atualizado em 2015), ou segue o Roteiro da CNUCED para a Reforma do AII, conforme incluído no Pacote de Reforma da CNUCED para o Regime Internacional de Investimentos. Também é informado pelo trabalho analítico e pela defesa de direitos realizados pelo Instituto Internacional para o Desenvolvimento Sustentável (IIDS) e outras instituições internacionais. As abordagens a seguir foram identificadas para orientar a arquitetura moderna dos BITs

<b>Abordagens ao projetar as principais disposições</b>	<b>Foco principal da disposição.</b>
Cobertura do Tratado	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Proteção do investimento e do investidor</li> <li>✓ promoção e facilitação de investimentos</li> <li>✓ pré-estabelecimento e admissão</li> <li>✓ liberalização do investimento</li> <li>✓ escopo de provisões (definições de investimento e investidor, exclusões para áreas de política ou setores econômicos)</li> <li>✓ Tratamento Justo e Equitativo (FET) - direito internacional consuetudinário, obrigações específicas do Estado, ausência de FET</li> </ul>
Inclusão de disposições orientadas para o desenvolvimento sustentável	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ sinalizar a importância geral do desenvolvimento sustentável (p.e, preâmbulo, cláusula sobre objetivos)</li> <li>✓ preservar a flexibilidade das políticas (p.e, exceções para saúde, meio ambiente e políticas sociais)</li> <li>✓ orientar o comportamento do Governo e as expectativas dos investidores (p.e, cláusulas sobre a não redução de padrões, responsabilidade social corporativa, avaliações de impacto)</li> <li>✓ apoiar pequenas e médias empresas locais nas cadeias de suprimentos, bem como proteger a segurança nacional</li> <li>✓ apoiar e proteger indústrias locais críticas</li> <li>✓ saúde pública por meio de triagem de investimentos estrangeiros</li> </ul>
Equilíbrio entre as proteções e as obrigações do investidor	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ cumprir com as leis e regulamentos nacionais do Estado anfitrião</li> <li>✓ abster-se da corrupção</li> <li>✓ defender os direitos trabalhistas</li> <li>✓ realizar avaliações de impacto</li> <li>✓ cumprir os padrões de responsabilidade social corporativa</li> <li>✓ incentivar investimentos responsáveis</li> <li>✓ defender os direitos humanos e as principais normas</li> </ul>

	laborais
Esclarecimento do escopo e significado dos padrões de tratamento das cláusulas dos investimentos e dos investidores	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ cobertura (investidor ou investimento) a ser protegida</li> <li>✓ desapropriação indireta, tratamento nacional e nação mais favorecida,</li> <li>✓ proteção e segurança completas, transferências gratuitas</li> </ul>
Direito que permite o Estado anfitrião regular	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ exceções (p.e, para objetivos gerais de políticas públicas, segurança nacional, medidas sensatas)</li> <li>✓ exclusões (p.e, do escopo do tratado, obrigações específicas, <i>ISDS</i>)</li> </ul>
Equilíbrio entre os poderes dos árbitros e os dos Estados Partes	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ determinar conjuntamente certas questões sob consideração de um tribunal</li> <li>✓ emitir interpretações conjuntas vinculativas para os tribunais</li> <li>✓ visualizar e comentar o projeto de sentença arbitral</li> <li>✓ lançar reconvenção</li> </ul>
Diferentes abordagens para resolução de controvérsias sobre investimentos	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ sem o <i>ISDS</i></li> <li>✓ tribunal do <i>ISDS</i> permanente</li> <li>✓ <i>ISDS</i> limitado</li> <li>✓ procedimentos do <i>ISDS</i> aprimorados</li> </ul>
Planos para ajustes do tratado ao longo do tempo	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ programas para trabalhos futuros ou negociações</li> <li>✓ revisões periódicas do tratado</li> </ul>

## 5.4 Acordos multilaterais de investimento

A atual arquitetura econômica global é caracterizada pela ausência de um acordo multilateral sobre IDE. Um acordo multilateral de investimentos (AMI) foi amplamente discutido de 1970 a 1998, mas nunca foi chegou a ser concluído.

No entanto, a necessidade de tal acordo aumentou na última década. O IDE cresceu substancialmente e agora flui em ambas as direções, entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, com corporações multinacionais (CMN) vindas de todas as partes do mundo. Os numerosos TBIs garantem um conjunto padronizado de regras internacionais para o IDE. Com o investimento agora claramente identificado com as CMNs e integrado ao comércio, a Organização Mundial do Comércio emergiu como um lar natural para uma AMI. As discussões estão sendo realizadas nesta agencia especializada da ONU.

## 5.5 Protocolo de Investimento da ZCLCA e os TBIs entre os Estados Membros da União Africana

O Protocolo de Investimentos da ZCLCA é um conjunto de disposições de âmbito continental destinado a regular a relação de investimento nos Estados Membros da UA. A lógica é que não será necessário que esses Estados-Membros concluam entre si novos TBI; e dos que estão em vigor, não deverão ser renovadas após o seu termino.

A relação de investimento entre os Estados africanos e terceiros pode continuar a ser orientada pelos TBI existentes ou novos, a menos que cumpram os principais padrões estabelecidos no Protocolo de Investimentos da ZCLCA.

---

# 6 Uma visão geral do CPAI em relação ao Protocolo de Investimento da ZCLCA

**Jamie MacLeod**

## 6.1 Contextualização do CPAI e do Protocolo de Investimento da ZCLCA

A terceira Conferência dos Ministros Africanos Responsáveis pela Integração (CMARI III, Abidjan, 2008) mandou a UA e os seus parceiros de desenvolvimento (incluindo a Comissão Económica das Nações Unidas para África, ECA) para 'desenvolver um Código de investimento abrangente para África, com vista a promoção da participação do setor privado'.

O Comitê Técnico Especializado em Finanças, Assuntos Monetários, Planeamento Económico e Integração (outubro de 2017, Adis Abeba) adotou o Código Pan-Africano de Investimentos (CPAI) como um 'instrumento não vinculativo'.

Em Julho de 2018, a CUA, juntamente com a ECA, a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (CNUCED) e o Banco Africano de Desenvolvimento (BAD) começaram uma pesquisa sobre a 10ª edição do relatório emblemático da Avaliação da Integração Regional em África (AIRA), que consideraria os tópicos da Fase II da ZCLCA, e contribuiria para fornecer uma análise situacional do investimento em África. O relatório da AIRA IX, incluindo seu capítulo sobre o Protocolo de Investimento da ZCLCA, foi publicado em julho de 2019.

As negociações sobre o Protocolo de Investimento estão calendarizadas para começar em 2020 e ser concluídas em meados de 2021, embora o surto de coronavírus possa atrapalhar essa calendarização.

## 6.2 Contexto de um Protocolo de Investimento: reajustamento do regime de investimento

Tradicionalmente, os acordos internacionais de investimento têm sido orientados para a proteção de investimentos. As obrigações de proteção ao investimento visam diminuir os riscos políticos decorrentes de mudanças nas políticas com efeitos prejudiciais para os investidores, incluindo a nacionalização ou conduta das autoridades estaduais. As obrigações de proteção do investidor forneceram aos investidores internacionais uma camada adicional de proteção do investidor acima da legislação nacional (Salacuse e Sullivan, 2005; Sprenger e Boesma, 2014).

No entanto, os acordos internacionais tradicionais de investimento enfrentaram uma reação negativa, principalmente por causa de seu impacto no que se refere à limitação do espaço político, agravado pela incerteza e inconsistência. Desde então, os acordos de investimento projetados mais recentemente procuraram fornecer um maior equilíbrio. Estes incluem os acordos da Comunidade de Desenvolvimento da África Austral (SADC), o Mercado Comum da África Oriental e Austral (COMESA) e o Pacote de Reforma da CNUCED; as leis revisadas dos tratados de investimento interno da África do Sul, Equador e Indonésia; e os tratados modelo formulados do Brasil, Nigéria,

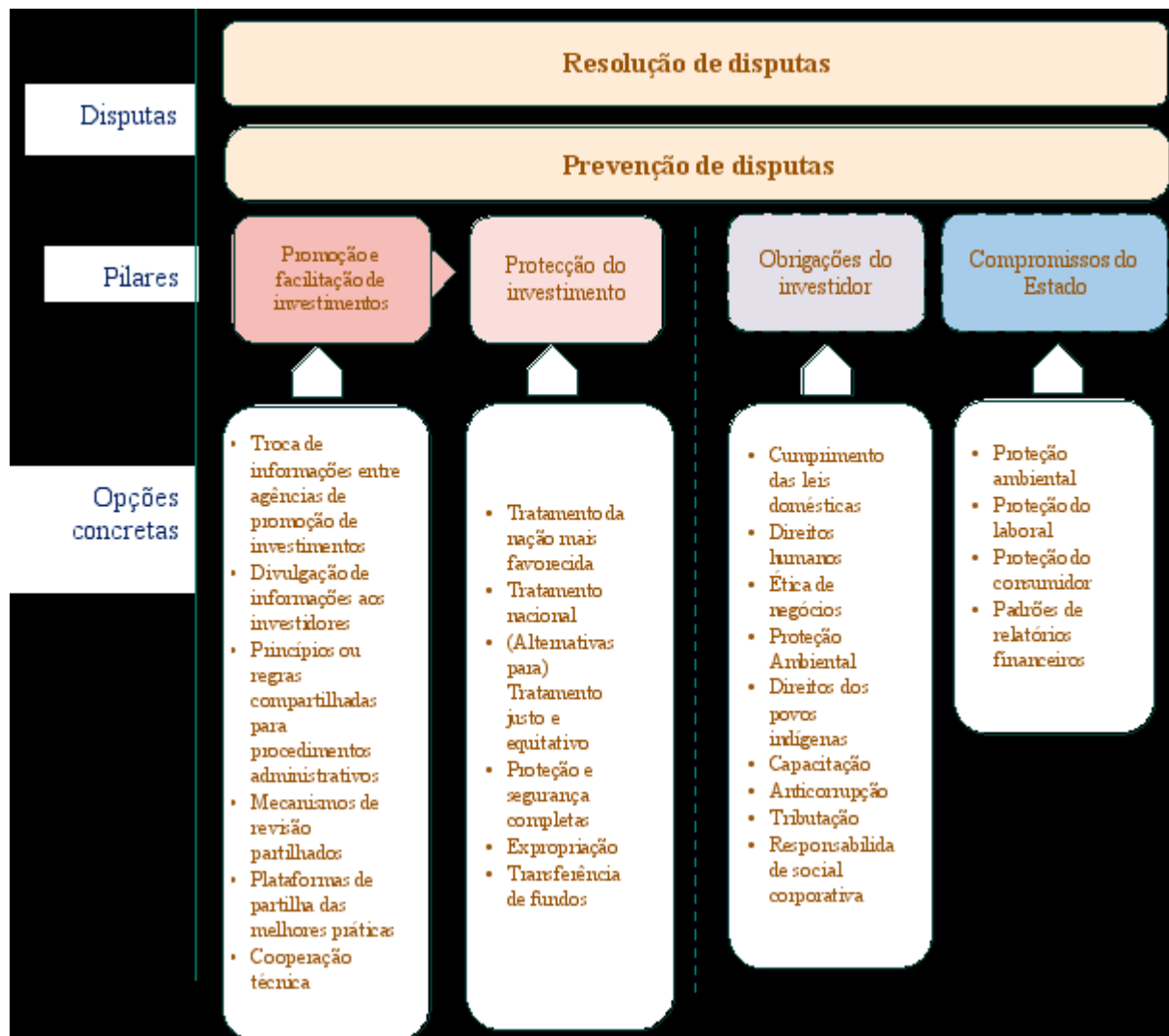


Índia e Holanda, bem como a substituição da resolução de controvérsias Investidor –Estado (*ISDS*) por um tribunal permanente (promovido pela UE).

As novas abordagens que tem sido incluída nos regimes de investimento incluem:

- proteção do espaço político e administrativo, transparência e uso indevido e abuso de tratados
- Um foco crescente na promoção e facilitação de investimentos (embora o segundo tenha sido algo irregular) nos últimos anos;
- obrigações dos investidores, que devem ser cumpridas para que os mesmos possam usufruir dos benefícios da proteção; e
- Compromissos dos Estados, para a redução de questões regulatórias da "corrida ao fundo" em tópicos como a tributação ou os direitos laborais.

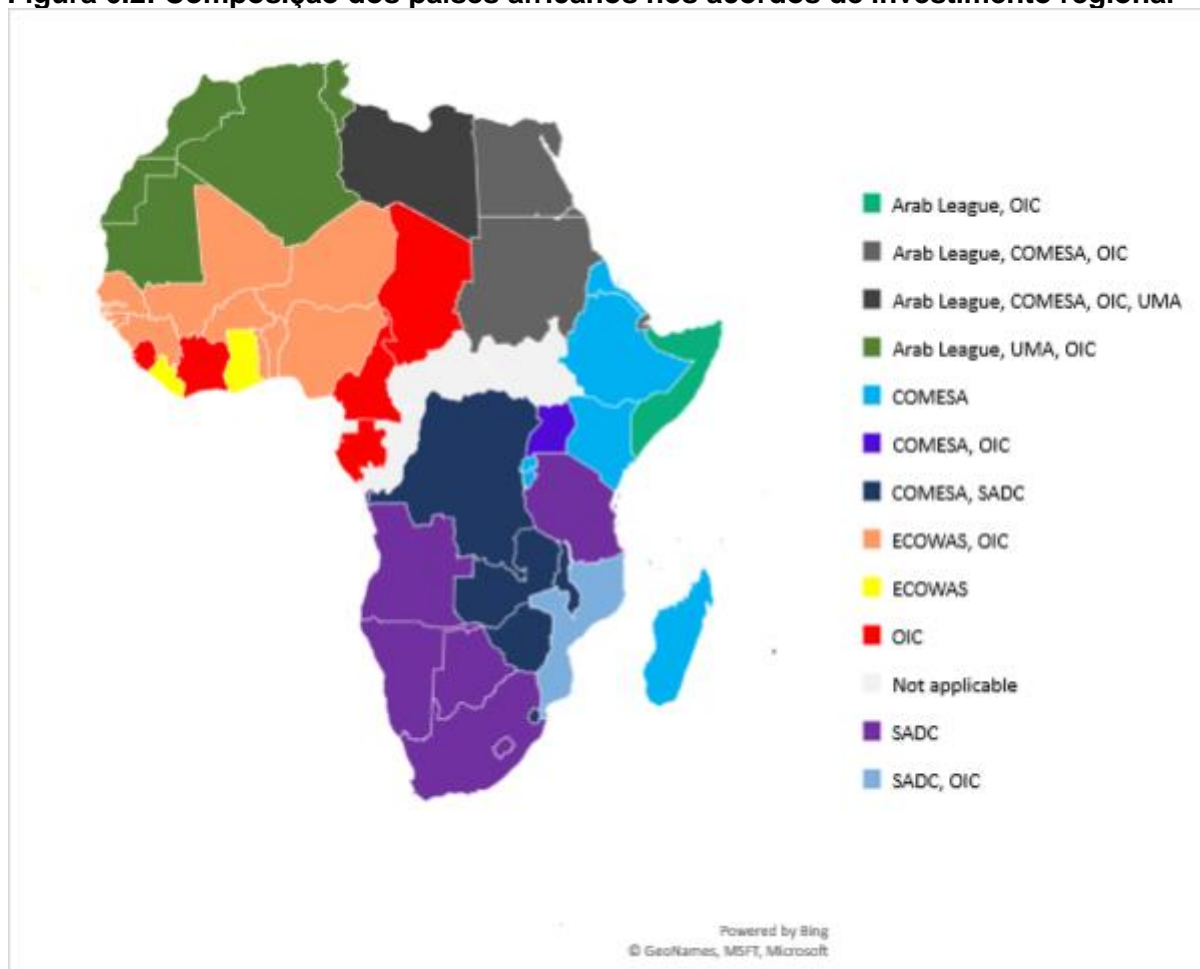
**Figura 6.1: Perspetiva esquemática das opções do Protocolo de investimento da ZCLCA**



Fonte: ECA et al. (2019)

Um segundo importante progresso nos acordos de investimento em África foi a proliferação muitas vezes em sobrepostos de tratados bilaterais e regionais, entre os Estados Membros e com parceiros externos. Alguns países estão a aumentar o seu número de tratados com parceiros africanos e esses tratados nem sempre incluem todas as salvaguardas necessárias.

**Figura 6.2: Composição dos países africanos nos acordos de investimento regional**



Fonte: Núcleo de Políticas de Investimentos da CNUCED

The Investment Protocol needs to sufficiently address these issues. It also offers Africa an opportunity to articulate and put forward an alternative vision of the investment regime and guide future negotiations (ECA et al., 2019). O Protocolo de Investimento precisa ter uma abordagem suficiente sobre essas questões. Também oferece à África a oportunidade de pronunciar e apresentar uma visão alternativa do regime de investimentos e orientar futuras negociações (ECA *et al.*, 2019).

### 6.3 CPAI: um modelo para o reajustamento do regime de investimentos em África

O CPAI foi amplamente celebrado devido às suas inovações e novas abordagens de tópicos existentes nos acordos internacionais de investimento (Chidede, 2019). Em particular, as considerações de desenvolvimento sustentável ocupam um espaço central, inclusive no preâmbulo, objetivos, escopo e disposições substantivas (Mbengue e Schacherer, 2017). O investimento naos constitui um objetivo em si, mas sim é claramente articulado como um meio para atingir o desenvolvimento sustentável.

Basicamente, o CPAI integra e enfatiza as obrigações dos investidores relacionadas a direitos humanos, trabalho infantil, proteção ambiental, respeito às leis domésticas e corrupção e responsabilidade social corporativa, entre outros. Inclui igualmente disposições sobre promoção e facilitação de investimentos (Mbengue, 2018).

O CPAI reavalia criticamente as regras tradicionais de proteção de investimentos. Por exemplo, uma provisão para Tratamento Justo e Equitativo foi descartada. A disposição de nação mais favorecida (NMF) foi redesenhada de modo a impedir a compra de tratados. A par do tratamento nacional, ele foi ancorado em "circunstâncias semelhantes" e incluiu uma lista de exceções. Ao fazê-lo, o CPAI foi

---

construído para proteger o espaço político para permitir que os Governos africanos continuem a regular e a inovar na esfera da política de investimento.

O CPAI era um projeto ambicioso, abrangendo um grande número de questões relacionadas a investimentos, incluindo direitos de propriedade intelectual, concorrência, transferência de tecnologia e tributação.

## 6.4 Do CPAI ao Protocolo de Investimentos

O CPAI foi adotado como um 'código' não vinculativo para ajudar a informar na elaboração de futuros acordos de investimento em África. São necessárias várias etapas para transposição e verificação das ideias do CPAI para um Protocolo de Investimento da ZCLCA.

### Alinhamento com a arquitetura da ZCLCA

É preciso que o Protocolo de Investimento esteja alinhado com a arquitetura geral da ZCLCA nas dimensões jurídica e institucional.

Uma questão fundamental aqui é a relação entre o Protocolo de Investimento e os restantes Protocolos de Fase I e da Fase II, sobretudo nos pontos em que as disputas de investimento cruzam com questões do comércio, concorrência ou propriedade intelectual. Essas questões precisam estar sempre presentes (p.e, definição de ativos, referência potencialmente problemática ao Acordo sobre Aspectos Relacionados ao Comércio, Direitos de Propriedade Intelectual e exceções ao levar em consideração o Protocolo de Investimento).

### Desenvolvimento das disposições dentro do CPAI

Várias áreas de elaboração de tratados de investimento se desenvolveram nos últimos anos, e isso pode levar a possíveis revisões e atualizações. Isso inclui a promoção e facilitação de investimentos, que poderiam ser fortalecidas para promover a integração (mas, de preferência, permanecer separadas da proteção do investimento para não criar obrigações adicionais dos Estados anfitriões em relação aos investidores estrangeiros).

As escolhas sobre a parte operacional do tratado precisam ser escrupulosas, pois elas moldarão o caminho para o futuro da integração regional. Por exemplo, o desenvolvimento sustentável e o espaço político precisam permanecer como fundamentais para um novo ambiente de investimento previsível, claro e voltado para o futuro. Deve-se igualmente preocupar com o risco de colocar as empresas africanas em desvantagem relativa sob proteções mais fortes, por exemplo, empresas europeias ou asiáticas sob acordos de investimento paralelos (Kidane, 2017-2018) e em risco de fazer compras de tratados.

As disposições substantivas sobre proteção de investimentos, baseadas nas melhores práticas do continente (ou inspiradas em abordagens além) incluem:

- Necessidade de definição de investimento e ativos excluídos
- A NMF e o tratamento nacional estão bem desenvolvidos no CPAI, mas podem, no entanto, ser revistos
- O tratamento justo e equitativo pode ser deixado de fora (como é a abordagem no CPAI) ou pode-se ser proposta uma alternativa africana avançada (como na SADC)
- proteção e segurança completas podem ser circunscritas à segurança física
- direito de regulamentar a limitação ou expansão
- a prevenção de provisões de corrida para o fundo poderia ser poderosa em um contexto pan-africano.

### Disposições técnicas e administrativas

É necessário tomar decisões sobre como o Protocolo de Investimento será administrado. As principais decisões nesse campo estão relacionadas a:

- a operacionalização das obrigações dos investidores por meio de reclamações e reconvenção (ou seja, procedimento, técnico, institucional - ver, por exemplo, Amado et al., 2017; Krajewski, 2020)
- métodos para prevenção de disputas (parte da facilitação de investimentos)
- escolha de provisões para resolução de controvérsias, pois elas incorporam o relacionamento subjacente com investimentos e investidores

Especificamente, o CPAI permite que os países ofereçam uma proposta de *ISDS* (Resolução de Controvérsias Investidor-Estado), “sujeita às leis aplicáveis no Estado anfitrião e / ou ao acordo mútuo das partes em disputa” (uma solução intermediária para os países africanos que são pró-ISDS ou anti-ISDS’) (Kane, 2018). Essa abordagem pode ser revista no contexto da ZCLCA e outras opções, incluindo um Tribunal Pan-Africano de Investimentos ou um tribunal híbrido – ISDS devem ser consideradas. Deve-se também ter atenção com o alinhamento com os mecanismos de resolução de controvérsias existentes (Estado -Estado) do Protocolo da ZCLCA sobre resolução de controvérsias, que foi projetado ser grande foco nos investidores e questões de investimento.

## Referências

- Amado, J. D., Kern, J. S., & Rodriguez, M. D. (2018). *Arbitrating the Conduct of International Investors*. Cambridge University Press.
- Chidede, T. (2019). Chapter Fifteen Decolonising Investment Regimes for Development Purposes in Contemporary Africa. *Grid-locked African Economic Sovereignty: Decolonising the Neo-Imperial Socio-Economic and Legal Force-fields in the 21st Cen*, 395.
- ECA – United Nations Economic Commission for Africa, AUC – African Union Commission, AfDB – African Development Bank and UNCTAD – United Nations Conference on Trade and Development (2019) ‘Assessing regional integration in Africa IX: next steps for the African Continental Free Trade Area.
- Kane, M. M. (2018). The Pan-African Investment Code: a good first step, but more is needed.
- Kidane, W. (2017). Contemporary International Investment Law Trends and Africa's Dilemmas in the Draft Pan-African Investment Code. *Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, 50, 523.
- Kidane, W. (2018). China's and India's Differing Investment Treaty and Dispute Settlement Experiences and Implications for Africa. *Loyola of Chicago Law Journal*, 49, 406.
- Krajewski, M. (2020). A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application. *Business and Human Rights Journal*, 5(1), 105-129.
- Mbengue, M. M. (2018). Facilitating investment for sustainable development: it matters for Africa.
- Mbengue, M. M., & Schacherer, S. (2017). The ‘Africanization’ of international investment law: the Pan-African Investment Code and the reform of the international investment regime. *The Journal of World Investment & Trade*, 18(3), 414-448.
- Salacuse, J. W., & Sullivan, N. P. (2005). Do BITs really work: An evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain. *Harv. Int'l LJ*, 46, 67.
- Sprenger, H., & Boersma, B. (2014). The Importance of Bilateral Investment Treaties (BITs) When Investing in Emerging Markets. *Bus. L. Today*, 1.

---

# 7 Resolução de Controvérsias Investidor- Estado

**Sarah Brewin**

A maioria dos tratados internacionais de investimento permite que os investidores estrangeiros imponham os direitos que lhes são devidos pelos Estados sob esses tratados através do processo de resolução de disputas entre investidores e Estados (*ISDS*). O termo *ISDS* refere-se à resolução de controvérsias baseadas em tratados por meio de arbitragem, onde (i) o requerente-investidor pode apresentar uma reclamação diretamente contra um Estado anfitrião; (ii) a disputa é resolvida por um tribunal estabelecido numa base *ad hoc* para a disputa; e (iii) ambas as partes na disputa, incluindo o requerente-investidor e o Estado requerido, desempenham um papel importante na seleção do tribunal arbitral. As questões apresentadas abaixo são aquelas levantadas pelos Estados para consideração pelo Grupo de Trabalho III da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (CNUDCI) sobre Reforma de Investimentos.

Esta nota expõe antes de mais, algumas das preocupações amplamente reconhecidas e problemas com a *ISDS* sob acordos internacionais de investimento e, em seguida, analisa as abordagens modernas da *ISDS*.

## 7.1 Preocupações relacionadas à solução de controvérsias Investidor-Estado

O Grupo de Trabalho numero III da CNUDCI está a considerar três conjuntos de preocupações

### 1. Preocupações com a falta de consistência, coerência, previsibilidade e correção das decisões arbitrais pelos tribunais da ISDS

- Como não existe um sistema de precedentes vinculativos na ISDS, os árbitros interpretam os padrões substantivos (como o nível de proteção que os Estados devem aos investidores) de formas **conflitantes, inconsistentes e imprevisíveis**. O mesmo vale para questões processuais e jurisdicionais (um tribunal que decide se tem ou não competência para julgar um caso).
- Os Estados podem enfrentar vários processos movidos por diferentes investidores que contestam a mesma medida ou vários processos movidos pelo mesmo investidor em diferentes fóruns. Mas **não existe uma estrutura para tratar de múltiplos procedimentos**, agravando as questões de resultados inconsistentes e aumentando os custos para os Estados.
- Os Estados têm **oportunidade limitada de contestar ou recorrer** de decisões incorretas ou inconsistentes, exceto os atuais procedimentos de anulação, que são de escopo muito restrito.

### 2. Preocupações com árbitros e os decisores

- Como as partes apontam e pagam seus próprios árbitros, é mais provável que designem árbitros que eles conhecem e com quem esperam ser mais simpáticos ao seu caso, e que **não são necessariamente os mais imparciais, competentes e bem qualificados**.
- Há **pouca diversidade** em termos de gênero, etnia, geografia, idioma, idade e tradição jurídica no pequeno grupo de pessoas que tendem a ser apontadas como árbitros. Isso é preocupante para a representação de diferentes opiniões e perspectivas e pode aumentar o custo e a duração dos **procedimentos** nos quais os árbitros individuais tenham agendas preenchidas e sobrecarregadas.

- A questão da “dupla representação” levanta preocupações de **que os árbitros podem não ser imparciais, ou de prejudicarem as questões em causa em algum caso**. A dupla representação refere-se a um indivíduo capaz de desempenhar ao mesmo tempo várias funções no processo da *ISDS*, por exemplo como árbitro, advogado, testemunha especialista e conselheiro de um financiador terceiro.
- Não há um **conjunto consistente, claro e universal de padrões para a independência e imparcialidade** dos árbitros, para orientar questões como o uso de chapéu duplo.
- Existe um mecanismo de desafio limitado e ineficiente para que os Estados possam contestar a indicação de um árbitro devido a questões de falta de independência e imparcialidade.

### 3. Inquietações com o custo e a duração dos casos de ISDS

- Os procedimentos de *ISDS* tendem a ser longos e caros. O custo médio estimado para defender uma reivindicação é de 8 milhões de dólares americano, mas às vezes excede em muito isso. Por exemplo, as Filipinas gastaram US \$ 58 milhões de dólares americano para defender dois casos apresentados por um investidor alemão, e a Austrália gastou US \$ 39 milhões na defesa de um caso apresentado pela empresa de tabaco Philip Morris.
- Não existe uma **abordagem clara e consistente para a alocação de custos** pelos tribunais arbitrais
- Não existe um mecanismo para os Estados **solicitarem que os tribunais tratem ou denunciem** reivindicações frívolas ou sem supervisão em um estágio inicial do processo, o que ajudaria a reduzir custos

Além das questões acima, Estados e comentaristas manifestaram, durante muitos anos, preocupações mais amplas sobre a *ISDS*. Isso inclui preocupações com a *ISDS*:

- operar sob condições de estrita confidencialidade, impedindo a supervisão e a participação de outras partes interessadas
- substituir decisões judiciais domésticas e leis e instituições domésticas
- operação contra os interesses dos Estados em desenvolvimento
- criar condições para o "frio regulatório"
- criar uma categoria exclusiva de solução de controvérsias para investidores estrangeiros
- permitir prêmios monetários de tamanho muito grande aos investidores (nesse sentido, prêmios de bilhões de dólares agora não são incomuns).

**Outras formas de resolução de controvérsias estão disponíveis e merecem consideração.** Muitas das preocupações acima são mais fundamentais e inerentes ao conceito de *ISDS*. Elas podem não ser tratadas com facilidade pelas salvaguardas processuais estabelecidas na próxima seção desta nota. Em vez disso, podem exigir uma reconsideração mais ampla da inclusão da *ISDS* nos acordos internacionais de investimento, especialmente no contexto de um instrumento regional como o Protocolo de Investimentos da ZCLCA. Outras formas de solução de controvérsias incluem arbitragem entre Estados, opções baseadas em tribunais nacionais ou regionais e mecanismos de prevenção de disputas, explorados mais adiante na próxima seção. Tais opções podem ser abordadas como mecanismos alternativos ao *ISDS*, ou em combinação com ele.

#### Leituras adicionais

- [UNCITRAL and reform of investment dispute settlement](#)
- [Phase 2 of the UNCITRAL ISDS review: why ‘other matters’ really matter](#)
- [International Centre for the Settlement of Investment Disputes rule amendment: an attempt to remedy some of the concerns regarding ISDS identified by UNCITRAL WG III](#)

---

## 7.2 Abordagens modernas para resolução de controvérsias investidor-Estado

A linguagem moderna dos tratados de investimento inclui salvaguardas e limitações na *ISDS* de modo a tentar resolver os problemas e minimizar os riscos com a *ISDS* estabelecida na seção anterior.

### Requisitos para a apresentação de uma disputa

Os tratados modernos estabelecem requisitos ou obstáculos que os investidores requerentes precisam resolver antes de iniciarem uma reivindicação de *ISDS*. Por exemplo, os requerentes geralmente devem **tentar resolver a disputa amigavelmente**<sup>9</sup> durante um determinado período (por exemplo, seis meses) e **renunciar ao seu direito de prosseguir com a reivindicação por outras vias**<sup>10</sup>. Os requerentes também podem ser instados a fazer uso de todos os recursos<sup>11</sup> locais (ou seja, submeter seu pedido de resolução para os tribunais nacionais ou processos administrativos), geralmente por um período de três anos, antes de poderem recorrer à *ISDS*. Muitos novos tratados também impõem um **período de limitações**<sup>12</sup>, exigindo que o investidor apresente a sua reclamação dentro de um certo período de tempo a partir da suposta violação do tratado (geralmente três anos).

Os tratados mais recentes também podem exigir o **consentimento prévio por escrito das partes em disputa** para submissão de uma disputa à arbitragem<sup>13</sup>. Isso pode ajudar a evitar uma situação em que os árbitros decidem sobre leis e políticas importantes de interesse público ou outros assuntos delicados de política pública que não podem ser adequadamente resolvidos por meio de arbitragem. Alguns tratados também **elaboram certas medidas** do escopo da *ISDS* ou descrevem uma lista específica de obrigações às quais a *ISDS* pode ser aplicada<sup>14</sup>. A redação moderna também pode conter disposições que fortaleçam os processos Estado-Estado em relação à *ISDS*, particularmente nas áreas políticas mais sensíveis ou mais técnicas. Isso permite que as partes, e não os árbitros, decidam se certas medidas cumprem o teste das exceções que pretendem criar.<sup>15</sup>

Por fim, devido ao comportamento do investidor, alguns dos novos tratados **condicionam o acesso do investidor à *ISDS***<sup>16</sup>. Isso significa, por exemplo, que um investidor que estabeleceu seu investimento por meio de corrupção ou fraude ou cometeu graves violações de direitos humanos, danos ambientais, graves violações da lei laboral ou similares, pode ser impedido de usar o *ISDS*.

### Salvaguardas processuais

Muitos dos tratados modernos contêm salvaguardas processuais para tentar resolver os problemas descritos na nota anterior e mitigar os riscos para os interesses dos Estados apresentados pela *ISDS*. Os tratados mais recentes podem estabelecer padrões para a **imparcialidade e independência dos árbitros**<sup>17</sup>, ou referir-se a **códigos de conduta**<sup>18</sup> dos árbitros. Alguns tratados abordam essa questão exigindo que as partes estabeleçam uma **lista de árbitros**<sup>19</sup> previamente selecionados pelas partes no tratado, ao em vez de serem selecionados pelas partes em disputa quando um caso é iniciado.

---

<sup>9</sup> Ver, por exemplo, Art. 9(3) do TBI entre Cabo Verde–Hungria (2019).

<sup>10</sup> Ver, por exemplo, Art. 16(6)(c) do TBI entre Marrocos–Japão (2020).

<sup>11</sup> Ver, por exemplo, o Protocolo da SADC de 2006 sobre Finanças e Investimentos, Anexo 1, Art. 28, par. 1. NB, o texto atual já não o inclui, pois o tratado foi alterado para remover o *ISDS*.

<sup>12</sup> Ver, por exemplo, Art. 13(1)(f) do TBI entre Ruanda–EAU (2017).

<sup>13</sup> Ver, por exemplo, Art. 10. Do TBI entre Maurícias–Egipto (2014).

<sup>14</sup> Muitos TBIs antigos assinados pela China limitam a *ISDS* a disputas envolvendo o valor da compensação pela expropriação. Ver, por exemplo, o art. 9.3 do BIT China – Síria (1996).

<sup>15</sup> Por exemplo, 'Quando um investidor submete uma reclamação à arbitragem nos termos deste artigo e a Parte Contratante na contestação invoca (a exceção geral relacionada a medidas prudenciais), o tribunal investidor-Estado ... pode não decidir se e em que medida (a exceção geral relacionada a medidas prudenciais) é uma defesa válida para a reivindicação do investidor. Deve procurar um relatório por escrito das partes contratantes sobre esta questão. O tribunal investidor-Estado não pode continuar a aguardar a recepção de tal relatório ou de uma decisão de um tribunal arbitral Estado-Estado, caso tal tribunal arbitral Estado-Estado seja estabelecido' (Canadá-China BIT, Art. 20.2 (a))

<sup>16</sup> Ver, por exemplo, ACL Vietnã-UE, capítulo 8, seção 3, subseção 1, art.

<sup>17</sup> Ver, por exemplo, Art.18 do TBI entre Ruanda–EAU (2017).

<sup>18</sup> Ver, por exemplo, Anexo II do TBI Índia – Brasil (2020), que estabelece um código de conduta para árbitros.

<sup>19</sup> Ver, por exemplo, Art. 29.8 da AIEC.

---

A redação moderna de tratados tem abordado cada vez mais as preocupações com a **transparência e a participação** das partes interessadas nos procedimentos da ISDS. Alguns tratados se referem às Regras da CNUDCI sobre Transparência na Arbitragem Estado-Investidor. O modelo de tratado de investimento bilateral (TBI) da Comunidade de Desenvolvimento da África Austral e o Acordo de Investimento para o Mercado Comum da Zona de Investimento Comum da África Oriental e Austral contém longas disposições sobre transparência nos procedimentos de arbitragem entre investidor e Estado. Os tratados modernos também podem conter disposições que permitem submissões de um *amicus curiae* ou "amigo do tribunal"<sup>20</sup>. Esse seria uma pessoa que não é parte e não é contratado por uma parte ou pelo tribunal, mas que auxilia o tribunal oferecendo informações relevantes para o caso<sup>21</sup>.

Muitos dos tratados mais recentes fornecem orientações a um tribunal **sobre as fontes da lei**<sup>22</sup> **aplicável** que este deve considerar ao interpretar e aplicar o tratado. Isso impede que o tribunal se concentre apenas nas disposições do tratado relativas à proteção ao investidor ao decidir uma questão, e geralmente especificará **que a lei doméstica do Estado anfitrião é a lei que rege**, a par dos princípios gerais do direito internacional. Esse tipo de disposição também pode exigir que o tribunal considere (e fique vinculado a) quaisquer declarações<sup>23</sup> interpretativas conjuntas relativas à interpretação de qualquer parte do tratado. Uma declaração interpretativa conjunta pode permitir que os Estados partes concordem em esclarecer ou restringir como qualquer parte do tratado é interpretada, como uma 'válvula de segurança' para impedir interpretações não intencionais que vinculam as partes. Isso pode ser mais simples e mais direto do que a opção pela alteração do tratado.

Tem se tornado cada vez mais comum os Estados enfrentarem ao mesmo tempo várias reivindicações de tratados, todas decorrentes da mesma medida e de disposições semelhantes de tratados de investimento. Para resolver isso, os tratados mais recentes contêm disposições que estabelecem orientações em como **consolidar várias reivindicações num único processo**<sup>24</sup>. Isso pode reduzir muito a carga do Estado na tentativa de defender vários casos ao mesmo tempo, e também reduz o risco de tomada de decisões conflitantes sobre o mesmo problema<sup>25</sup>.

Para tratar das preocupações com os altos custos para os contribuintes de defenderem as reivindicações da *ISDS*, os tratados modernos estão paulatinamente a incluir disposições sobre **segurança de custos**<sup>26</sup>. Uma ordem de segurança para custos é quando um investidor é obrigado a estabelecer uma certa quantia em dinheiro como garantia pelos custos do Estado em defender a reivindicação, se o investidor perder o caso. Trata-se de uma salvaguarda que pode impedir que um Estado tenha grandes perdas monetárias ao defender um caso malsucedido apresentado por um investidor que mais tarde se torna insolvente ou incapaz ou não quer pagar. Isso também pode filtrar e eliminar as reivindicações especulativas.

Pelos mesmos motivos, os tratados mais recentes também exigem a divulgação de informações relativas ao **financiamento por parte de terceiros**<sup>27</sup>. Tem sido comum na *ISDS* casos de financiamento de terceiros, isto é, onde uma empresa que tem uma participação no prêmio final, procede ao pagamento pelos casos de um investidor. Muitos consideram que o financiamento de terceiros tem o potencial de alterar a dinâmica da *ISDS*; por exemplo, pode incentivar os investidores a sair de um país e procurar um prêmio em dinheiro através da *ISDS*, ao em vez de ficar e tentar negociar um acordo mutuamente aceitável. Isso pode permitir a abertura de casos mais fracos ou marginais e incentivar os investidores a procurar reivindicações maiores.

Os investidores podem apresentar um caso fraco ou marginal simplesmente para pressionar um Estado a um acordo financeiro ou a retirar uma nova lei ou medida (calafrio regulatório). Os tratados mais

---

<sup>20</sup> Ver, por exemplo, Art. 26(2) do TBI entre Hong Kong–Chile (2016).

<sup>21</sup> Ver, por exemplo, Art. 8 do COMESA CCIA e no Modelo BIT da SADC art. 29 (15).

<sup>22</sup> Ver, por exemplo, Art. 27(2)(c) do TBI entre Marrocos–Nigéria (2016).

<sup>23</sup> Ver, por exemplo, Art. 34 do TBI entre Canadá–Burkina Faso (2015).

<sup>24</sup> Ver, por exemplo, art.28 do TBI entre Canadá–Guiné Conacri (2015).

<sup>25</sup> Por exemplo, uma disposição de consolidação no NAFTA foi utilizada com sucesso pelos EUA para garantir a consolidação de três arbitragens Estado-investidor separadas que foram iniciadas contra os EUA por diferentes empresas florestais canadenses para o mesmo tipo de medida.

<sup>26</sup> Ver, por exemplo, Art. 26(6) do TBI entre Irão–Eslováquia (2016).

<sup>27</sup> Ver, por exemplo, Art. 8.26 da AIEC (2016).



---

recentes lidam com essa situação, ao facultar o que é conhecido como “**processo de ataque**”<sup>28</sup> – um procedimento acelerado para descartar reivindicações não-meritórias na fase preliminar de um processo<sup>29</sup>. Isso torna possível que cedo se possa descartar alegações que 'manifestamente carecem de mérito legal' ou que são 'infundadas por uma “questão de lei”<sup>30</sup>, antes de consumir desnecessariamente recursos dos Estados. Para impedir que investidores de 'caixa de correio' usem empresas de fachada para lançar reivindicações de ISDS, muitos tratados incluem uma cláusula de 'negação de benefícios' que permite ao Estado anfitrião desafiar o uso do mecanismo de ISDS do tratado pelo investidor, onde ele não é um investidor genuíno no Estado reivindicado<sup>31</sup>. Para um fim semelhante, alguns tratados mais antigos exigem que um investidor seja **aprovado ou registrado** com antecedência para poder usar o ISDS sob um tratado<sup>32</sup>.

Muitos tratados mais recentes colocam **limites nos tipos de prêmios**<sup>33</sup> que os tribunais podem ordenar. No âmbito de uma disputa de investimento, a medida reclamada pode ser um exercício perfeitamente legítimo da soberania do Estado ou da regulamentação do interesse público. Como tal, a linguagem moderna do tratado prevê que o prêmio seja limitado a danos, e não se estenda a permitir que o tribunal ordene a reversão da medida. Por fim, tratados recentes selecionados incluem disposições explícitas sobre um **possível mecanismo de apelação**<sup>34</sup> ou a intenção de negociar um mecanismo de apelação<sup>35</sup>. Um mecanismo de apelação poderia melhorar a previsibilidade e a responsabilidade, a consistência e a coerência na jurisprudência investidor-Estado.

### **Reconvenção e obrigações com investidores**

Os Tratados modernos de investimento, como o Código Pan-Africano de Investimentos ou o TBI entre Marrocos-Nigéria de 2016, tentam equilibrar os direitos concedidos aos investidores pelos Estados com obrigações aos investidores, por exemplo, respeitar as leis domésticas e garantir que suas operações não violem os direitos humanos, direitos ou proteções dos trabalhadores, ou danificar o meio ambiente. Nos casos em que as obrigações dos investidores estão presentes num tratado, elas podem ser auto executadas, vinculando-se às disposições da *ISDS* contidas nesse tratado.

Isso pode ser feito de duas maneiras. Um tratado pode estabelecer que, se um Estado Parte em uma disputa movida por um investidor alegar que o investidor está a violar as suas obrigações, o tribunal deve levar isso em consideração como **fator de mitigação**. Isso inclui considerar a questão de se a violação do investidor enfraquece o seu caso ou reduz a quantidade de danos a que tem direito. O tratado também pode permitir que o Estado requerido possa fazer uma **reconvenção** por violação de um investidor de suas obrigações ou da lei nacional<sup>36</sup>.

### **Prevenção, conciliação e mediação de disputas**

Estados, investidores e comunidades locais esperam ter relacionamentos positivos e de longo prazo. De modo que, os tratados modernos agora têm criado mecanismos para impedir que conflitos menores se transformem em processos contenciosos que provavelmente danificarão as relações entre as partes

---

<sup>28</sup> Ver, por exemplo, Art. 26(3) do TBI entre Hong Kong–Chile (2016).

<sup>29</sup> Ver, por exemplo, regras de arbitragem do ICSID 41(5), e AIDC Art. 8.32.

<sup>30</sup> Frequentemente referidas nas jurisdições de direito comum como reivindicações “frívolas ou vexatórias” que não são apresentadas de boa fé.

<sup>31</sup> Ver, por exemplo, Art. 22 do TBI entre Marrocos–Nigéria (2016).

<sup>32</sup> Ver, por exemplo, Art. 3 do TBI entre RU–Tailândia (1979).

<sup>33</sup> Ver, por exemplo, Art. 35(2) TBI entre Canadá–Guiné Conacri (2015).

<sup>34</sup> Ver, por exemplo, ACL UE-Vietnam, capítulo 8, seção 3, art. 13: 'Um Tribunal de Apelação permanente é estabelecido para ouvir recursos das sentenças emitidas pelo Tribunal ...'

<sup>35</sup> 'Se um acordo multilateral separado entrar em vigor entre as Partes que estabelece um órgão de apelação para fins de revisão de prêmios preferidos por tribunais constituídos de acordo com tratados internacionais de comércio ou investimento para mediar disputas sobre investimentos, as Partes deverão se esforçar para chegar a um consenso que teria tais prêmios de revisão do órgão de apelação prEstados de acordo com [Disposições para resolução de controvérsias] em arbitragens iniciadas após a entrada em vigor do acordo multilateral entre as Partes (ZCL Peru - US Art, 10.20.10).

<sup>36</sup> Por exemplo: 'Quando o requerente envia uma reclamação de acordo com [disposições do capítulo sobre investimentos], o requerido pode fazer uma reconvenção em conexão com a base factual e legal da reclamação ou recorrer a uma reclamação com a finalidade de dedução «(CPTPP Art. 9.18 (2))

---

interessadas. Isso requer a instalação de instituições (por exemplo, pontos de contato, comitês conjuntos, mediadores) e processos. Isso pode incluir:

- estabelecer mecanismos eficazes de cooperação e partilha de informações entre atores estatais e não estatais, bem como pontos focais, comitês conjuntos e outras ferramentas para promover a prevenção de disputas<sup>37</sup>. Isso pode impedir o escalar das disputas e o envolvimento da ISDS.
- exigir **conciliação, mediação ou outro mecanismo alternativo de resolução de controvérsias** como condição prévia obrigatória para a resolução mais formal de controvérsias, como arbitragem e adjudicação<sup>38</sup>.
- estabelecer um período de reflexão entre um aviso inicial de uma disputa e o início de um processo formal de arbitragem. Isso permite mais tempo para as partes procurarem resolver amigavelmente ou por meio de mecanismos alternativos de resolução de disputas<sup>39</sup>.

### **Arbitragem Estado-Estado e opções judiciais nacionais ou regionais**

Os Estados também podem considerar outras opções para os mecanismos de resolução de controvérsias sobre investimentos. Uma das opções envolve a concessão da responsabilidade de resolução de controvérsias de investimento aos tribunais nacionais e regionais, como o único mecanismo disponível. Esta é a abordagem atualmente adotada pela África do Sul, por exemplo. Um sistema regional ou continental baseado em tribunais levaria a resultados e interpretações mais consistentes, evitando uma situação em que a interpretação de uma provisão difere com base em quem inicia a reclamação ou em quem se senta no tribunal. As opções institucionalizadas a regional ou continental podem resolver muitos dos problemas processuais e problemas de custos identificados no contexto da arbitragem investidor-Estado.

Uma outra opção passa por fornecer apenas mecanismos de arbitragem Estado-Estado, que permitem que os países apresentem reclamações contra outro Estado em nome de um investidor nacional. Os mecanismos Estado-Estado já existem na maioria dos tratados de investimento, mas geralmente como uma opção a par da ISDS.

### **Leituras adicionais**

- [Sustainability toolkit for trade negotiators](#) (disposições para investimentos)
- Série das melhores praticas do IISD sobre: [Security for costs](#), [Exhaustion of local remedies](#), [State–state dispute settlement](#), [Registration and approval requirements in investment treaties](#) e [Transparency in the dispute settlement process](#)

<sup>37</sup> See, for, instance, Art. 12(1) of the Egypt–Swiss BIT.  
<sup>39</sup> See, for, instance, Art.8.3 of the Germany–UAE BIT.

---

# 8 Promoção e facilitação de investimentos

**Brooke Güven**

## 8.1 Definição de promoção e facilitação de investimentos?

O investimento é um componente crítico do desenvolvimento sustentável. Sob condições adequadas, o investimento direto estrangeiro (IDE) pode melhorar o crescimento econômico e os padrões de vida, criar empregos, transferir tecnologia e conhecimento, e resultar na atualização da cadeia de suprimentos. No entanto, seus benefícios não são automáticos e, se não forem cuidadosamente governados, o investimento pode resultar em danos ao meio ambiente, nas normas laborais e levar à evasão fiscal ou a outros resultados indesejáveis.

A promoção e facilitação de investimentos, por sua vez, podem ajudar os Estados a atrair, expandir e reter o IDE. Esses dois conceitos são de apoio mútuo, mas, na prática, envolvem atividades muito diferentes. A promoção do investimento consiste em promover um país (ou localidade dentro de um país) como destino de investimento. A facilitação do investimento significa garantir que os investidores não enfrentem obstáculos indevidos no estabelecimento ou expansão de investimentos, ou na condução de seus negócios, incluindo requisitos regulamentares densos, confusos ou onerosos; procedimentos administrativos complicados ou atrasados; dificuldades em entender ou avaliar oportunidades de investimento; corrupção; ou falta de infraestrutura ou serviços críticos.

Embora em muitos países as agências de promoção de investimentos tenham a tarefa de promover e facilitar o investimento, as estruturas legais e políticas necessárias para efetivamente facilitar e reter o investimento exigem abordagens governativas e administrativas mais amplas.

### **Principais conclusões:**

- *A promoção de investimentos consiste em promover um país (ou local dentro de um país) como destino de investimento.*
- *A facilitação de investimentos consiste em garantir que os investidores não enfrentem obstáculos indevidos no estabelecimento ou expansão de investimentos ou na condução de seus negócios.*

## 8.2 Em que consiste a facilitação de investimentos com vista ao desenvolvimento sustentável?

Os conceitos tradicionais de facilitação de investimentos e até muitas das discussões atuais sobre esse tópico (mesmo aqueles que pretendem incorporar objetivos de desenvolvimento sustentável) tendem a ser centrados no investidor, com foco na aceleração das aprovações, remoção dos obstáculos ou barreiras regulatórias e estabilização do ambiente legal e regulamentar.

No entanto, como o Menu de Ação Global da Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento (CNUCED) para Facilitação de Investimentos (2016) afirma:

---

*Qualquer iniciativa de facilitação não pode ser considerada isoladamente do investimento mais amplo para a agenda de desenvolvimento. Esforços eficazes de facilitação de investimentos devem apoiar a mobilização e canalização de investimentos para o desenvolvimento sustentável, incluindo o desenvolvimento de capacidades produtivas e infraestrutura básica. Deve ser parte integrante da estrutura geral da política de investimento, com o objetivo de maximizar os benefícios do investimento e minimizar os efeitos colaterais negativos.*

Da mesma forma, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), conforme refletida na sua Estrutura de Políticas para Investimentos, conceitua a facilitação de investimentos como parte de um contexto político mais amplo no qual os Governos devem procurar apoiar um ambiente propício para o investimento, desde que possa aprimorar os seus benefícios de desenvolvimento para a sociedade (Novik e de Crombrughe, 2018)

Assim, fatores que agora são reconhecidos como fundamentais para avançar, juntamente com políticas que servem para orientar os investidores são, a proteção ambiental, desenvolvimento socioeconômico local (inclusive no que diz respeito ao empreendedorismo feminino), modernização industrial, emprego e desenvolvimento de habilidades, direitos humanos, saúde, clima e outros elementos dos planos e agendas de desenvolvimento nacionais, regionais, continentais e internacionais.

A facilitação de investimentos para o desenvolvimento sustentável, pode assim ser entendida como uma combinação de ferramentas, políticas e processos que promovem uma estrutura regulatória e administrativa para facilitar o investimento que maximiza e não prejudica os objetivos de desenvolvimento sustentável. No entanto, não existem evidências empíricas suficientes ou um acordo comum sobre precisamente quais ferramentas, políticas e processos são necessários ou desejáveis para os países facilitarem o investimento para o desenvolvimento sustentável e se essas ferramentas são melhor implementadas no plano:

- nacional
- regional
- continental, ou
- internacional

e se:

- pelo país de origem do investidor
- pelo país acolhedor do investimento
- investidor
- redes bilaterais ou multilaterais (por exemplo, organizações econômicas ou redes baseadas em tratados), ou
- instituições internacionais (Novik e de Crombrughe, 2018).

#### ***Principais conclusões***

- *A facilitação de investimentos para o desenvolvimento sustentável é uma combinação de ferramentas, políticas e processos que promovem uma estrutura regulatória e administrativa para facilitar o investimento, que maximiza e não prejudica os objetivos de desenvolvimento sustentável.*
- *Cada ferramenta pode ser melhor implementada no âmbito nacional, regional, continental ou internacional e / ou pelo Estado de origem, Estado anfitrião, investidor, redes bilaterais ou multilaterais ou instituições internacionais.*

### **8.3 Governança e ferramentas nacionais, regionais, continentais ou internacionais**

---

As decisões sobre como um país admite, aprova e governa o investimento são complexas e exigem ponderação de custos e benefícios em áreas tão abrangentes como o meio ambiente, saúde, mão-de-obra, concorrência, impostos e considerações setoriais que podem variar de acordo com o setor (por exemplo, instituições financeiras, extractivistas, água e saneamento, saúde, manufatura, telecomunicações, agricultura etc.) e, de fato, pela economia.

Questões regulatórias relacionadas à acessibilidade e transparência dos regulamentos e procedimentos de investimento, os procedimentos administrativos aplicáveis a um investimento e as formas pelas quais os vínculos com a economia em geral podem ser facilitados estão todos focalizados no nível nacional. Da mesma forma, os Governos da UA estabeleceram agendas e planos de desenvolvimento que podem ser significativamente avançados através de medidas de facilitação de investimentos. Assim, as estruturas legais e regulatórias nacionais são, mais relevantes e com ligações mais diretas para o avanço dos resultados do desenvolvimento sustentável (Brauch et al., 2019).

Os Governos da UA também estabeleceram objetivos de desenvolvimento regional e continental que incorporam medidas de facilitação de investimentos. Por exemplo, a Comunidade de Desenvolvimento da África Austral, o Mercado Comum para a África Oriental e Austral e outras organizações regionais têm acordos-modelo e outras iniciativas para fazer avançar determinados objetivos de investimento para / dentro da região. Da mesma forma, o Código Pan-Africano de Investimentos representa uma iniciativa continental que visa promover, facilitar e proteger investimentos, incluindo os seus processos e resultados, para promover o desenvolvimento sustentável dos Estados membros. Essas plataformas regionais e continentais estabelecidas também são importantes para fazer avançar os resultados acordados e facilitar o investimento para fins de desenvolvimento sustentável.

O papel da facilitação de investimentos vai além das políticas dos Estados importadores de capital, ou entre regiões; as circunstâncias sob as quais os Estados de origem devem ser/ e estão a regular, facilitar ou subsidiar (por exemplo, através de seguro contra riscos políticos, garantias, proteção de tratados de investimento) o investimento externo, varia de acordo com a economia, mas também fazem parte da grande questão de como e em que circunstâncias o capital está e deve estar a movimentar de uma economia para outra.

Da mesma forma, as normas com foco no investidor, relacionadas à conduta empresarial responsável e às obrigações de respeito aos direitos humanos, estão a evoluir rapidamente, e a colocar maiores responsabilidades e obrigações sobre os atores corporativos para cumprir essas disposições.

Como tal, também pode haver um papel importante para a cooperação a nível supranacional que pode ajudar a coordenar os esforços de facilitação, promover o aprendizado e enfrentar certos desafios de ação coletiva. (Novik e de Crombrughe, 2018)

**Principal conclusão:** *Muitas das questões regulatórias relacionadas à facilitação de investimentos para o desenvolvimento sustentável podem ser melhor implementadas no nível nacional, mas também podem ter um papel na cooperação regional, continental e internacional de modo a abordar certas questões de Governança.*

## 8.4 Utilização de acordos internacionais para a promoção e facilitação do investimento sustentável

Num mundo de cadeias de valor globais e capital móvel, os países enfrentam vários problemas de ação coletiva relacionados à facilitação de investimentos para o desenvolvimento sustentável. Por exemplo, muitos países estão a competir pelo IDE, nesse contexto podem ocorrer corridas regulatórias para o fundo, em termos de padrões ambientais, laborais e sociais. Nessa perspectiva, 'facilitação de investimentos' pode significar a simplificação e aceleração de requisitos fundamentais, como avaliações de impacto ambiental, social ou de direitos humanos, com a esperança de aliviar o IDE, apesar das evidências de que esses processos resultem em investimentos de maior qualidade e de longo prazo (Coleman et al., 2018). A elaboração de normas e plataformas que incorporem a

---

cooperação internacional nessas questões pode ajudar a equilibrar as prioridades concorrentes da facilitação de investimentos a partir de uma perspectiva de desenvolvimento sustentável.

Da mesma forma, colmatar as falhas da governança transnacional, em termos de elaboração, monitoramento e aplicação de leis que regulam a conduta corporativa, pode ser difícil. A estruturação corporativa pode resultar na erosão das bases tributárias, transferida de danos para fora das sociedades e incapacidade das economias de origem ou de acolhimento obterem efetivamente informações ou regular a conduta corporativa. A cooperação internacional e a partilha de informações relacionadas às famílias corporativas e as formas pelas quais a cadeia de investimentos pode ser efetivamente regulada para o benefício social do país de origem e do país anfitrião também podem ser uma base útil para os esforços supranacionais.

Finalmente, as plataformas para trocas de informações em torno das melhores práticas e desafios podem estar subdesenvolvidas. As agências de promoção de investimentos e outras entidades governamentais podem querer entender e se beneficiar melhor das melhores práticas, ou aprender com os desafios de outros países, ao estabelecer:

- ferramentas para facilitar investimentos (balcões únicos, sistemas de registro de empresas, serviços de pós-atendimento)
- políticas para melhorar o investimento (regras de transparência, práticas anticorrupção, mecanismos de boa governança) e
- processos para tornar ferramentas e políticas úteis (diálogos; coordenação interagências; capacitação) (Novik e de Crombrughe, 2018; Brauch et al., 2019)

Será importante para os Governos considerarem a questão de que, na medida em que os esforços regionais, continentais ou internacionais para facilitação de investimentos são avançados, até que ponto os objetivos de desenvolvimento sustentável são alcançados por meio de abordagens mais colaborativas, "abordagens suaves" ou mais baseadas em compromissos, abordagens, "abordagens difíceis". Veja em baixo a discussão dos exemplos relativos a cada um.

#### ***Principais conclusões***

- *A resolução de problemas de ação coletiva é necessária para facilitar o investimento para o desenvolvimento sustentável, embora seja complexo e muitas vezes incerto a questão de em que nível e com quais ferramentas isso seja melhor realizado.*
- *Os Governos devem analisar a questão de se as abordagens baseadas em comprometimento colaborativas, "suaves", ou "difíceis", resolvem melhor esses problemas.*

## **8.5 O modelo brasileiro – utilização de acordos internacionais de investimento para promover a cooperação e facilitação de investimentos**

Em 2014, o Brasil, um país que nunca participou de um acordo de investimento contendo resolução de controvérsias entre investidor e Estado, propôs um novo modelo de acordo de investimento - um que focasse menos nos conceitos de 'proteção ao investidor' e focasse na atração e retenção de investimentos com foco em 'cooperação e facilitação' (Brauch, 2020). Desde então, o Brasil concluiu vários acordos de investimento em cooperação e facilitação (ACFIs).

O modelo brasileiro surgiu a partir de consultas com uma ampla variedade de partes interessadas nacionais e investidores estrangeiros, tentando entender as formas pelas quais a atração e retenção de investidores poderiam ser melhor alcançadas e como os acordos e cooperação internacionais poderiam ajudar a facilitar esses processos. Como resultado dessas consultas, os acordos do Brasil agora incluem pontos de contato e estabelecem escritórios de mediação nacionais como ponto focal para gerir as preocupações relacionadas aos processos de investimento. Existem procedimentos que facilitam vistos e outras questões processuais necessárias para que o investimento ocorra. Embora o

---

Brasil pretendesse originalmente que os escritórios do provedor da Justiça estivessem disponíveis apenas para investidores parceiros do tratado ACFI, agora esses escritórios e os serviços que eles oferecem foram abertos a todos os investidores estrangeiros.

Embora relativamente novo, o modelo brasileiro representa uma mudança na abordagem sobre acordos internacionais de investimento, ao colocar grande foco na melhor coordenação e consulta com o objetivo de facilitar o investimento nas partes do tratado. O objetivo é evitar controvérsias e, se e quando as disputas ocorrerem e não puderem ser resolvidas pelo ponto de contato, providenciar a resolução dessas questões entre Estados, por meio da resolução de controvérsias, se necessário, em vez de conceder às empresas privadas o direito de reclamar contra o país anfitrião

**Principal conclusão:** *O novo modelo do Brasil representa uma mudança de pensamento sobre os acordos internacionais de investimento, com foco na melhoria da coordenação e consulta, com o objetivo de facilitar o investimento nas partes do tratado.*

## 8.6 Organização Mundial do Comércio - discussões estruturadas sobre facilitação de investimentos

Em dezembro de 2017, 70 membros da Organização Mundial do Comércio (OMC) emitiram uma Declaração Ministerial Conjunta sobre Facilitação de Investimentos para o Desenvolvimento, a solicitar discussões estruturadas com o objetivo de desenvolver uma estrutura multilateral sobre a facilitação de investimentos (que não deveria incluir acesso a mercados, proteção de investimentos e resolução de controvérsias investidores - Estados). Atualmente, 98 membros estão a participar das discussões. Essas discussões ainda não resultaram em um acordo quanto à natureza da estrutura que deve surgir e se deve incluir regras vinculativas ou se concentrar em maior grau na cooperação e em obrigações mais flexíveis. Até o momento, o texto não foi tornado público, embora as versões entre parentes sejam significativamente avançadas e pretendam ser avançadas ou finalizadas durante o curso de 2020 (Baliño et al., 2020).

Embora ainda não haja acordo sobre qual formato ou conteúdo jurídico a estrutura proposta teria, o projeto atual preparado contém uma mistura de obrigações vinculativas e de melhor esforço, sujeitas a capacitação e tratamento especial e diferenciado para os países em desenvolvimento. Áreas substanciais incluídas nas discussões da OMC incluem a não discriminação e tratamento da nação mais favorecida; transparência e previsibilidade das medidas de investimento; racionalização e aceleração dos procedimentos administrativos; estabelecimento de pontos de contato; coordenação e coerência regulatória; responsabilidade social corporativa; e anticorrupção (Baliño et al., 2020).

A inclusão de facilitação de investimentos na OMC foi contestada por alguns países que não participam das discussões-quadro e outros comentadores por várias razões, incluindo que os processos da OMC normalmente levam a disciplinas vinculativas, enquanto as medidas de facilitação de investimentos podem se beneficiar de abordagens cooperativas e de capacitação. e que a OMC não tem um mandato para promover abordagens de desenvolvimento sustentável (Brauch, 2017; Mann e Brauch, 2018).

**Principal conclusão:** *A OMC está a abordar a facilitação de investimentos por meio de um acordo, embora o quadro final, incluindo se deve ou não incluir obrigações vinculativas, ainda não esteja acordado.*

## 8.7 Conclusão: como os Governos devem abordar essas questões complexas?

Ao considerar como abordar a questão da facilitação de investimentos, os Governos da UA podem querer começar com as seguintes perguntas:

- Quais são os objetivos nacionais (e locais), regionais, continentais e internacionais de desenvolvimento sustentável?
- Quais estruturas, nacionais, regionais, continentais e internacionais, estão atualmente a governar esses objetivos?
- Quais processos e resultados de investimento são desejáveis para alcançar esses objetivos?
- Existem lacunas regulamentares ou técnicas que estão colocando obstáculos ao investimento desejável?
- Essas lacunas regulamentares ou técnicas são melhor atendidas nos níveis nacional, regional, continental ou internacional?
- Quais ferramentas, políticas e processos são mais adequados para solucionar essas lacunas?
- Tais ferramentas, políticas e processos são mais eficazes como medidas voluntárias ou baseadas em compromissos e quais são os custos e benefícios de cada alternativa?
- Que tipo de assistência, se houver, os Governos da UA precisariam implementar essas ferramentas, políticas e processos?
- Quais são os custos, benefícios e possíveis consequências (intencionais ou não intencionais, positivas ou negativas) de tomar essas medidas?

## Referências

- Baliño, S., Brauch, M. and Jose, R. (2020) ‘Investment facilitation: history and the latest developments in the structured discussions’. <https://www.iisd.org/library/investment-facilitation>
- Brauch, M. (2017) ‘A risky tango? Investment facilitation and the WTO Ministerial Conference in Buenos Aires’. <https://www.iisd.org/library/risky-tango-investment-facilitation-and-wto-ministerial-conference-buenos-aires>
- Brauch, M. (2020) ‘The best of two worlds? The Brazil-India Investment Cooperation and Facilitation Treaty’, *Investment Treaty News* 11(1)
- Brauch, M., Mann, H. and Bernasconi-Osterwalder, N. (2019) ‘SADC-IISD Investment Facilitation Workshop’. Report of meeting held 21–23 August 2018, Johannesburg, South Africa.
- Coleman, J., Güven, B., Johnson, L. and Sachs, L. (2018) ‘What do we mean by investment facilitation?’ CCSI Blog. <http://ccsi.columbia.edu/2018/02/22/what-do-we-mean-by-investment-facilitation/>
- Johnson, L., Sachs, L. and Lobel, N. (2019) ‘Aligning international investment agreements with the Sustainable Development Goals’, *Columbia Journal of Transnational Law* (58). [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3452070](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3452070)
- Mann H. and Brauch, M. (2019) ‘Investment facilitation for sustainable development: getting it right for developing countries’, *Columbia FDI Perspectives*. <http://ccsi.columbia.edu/files/2018/10/No-259-Mann-and-Brauch-FINAL.pdf>
- Novik, A. and de Crombrughe, A. (2018) *Towards an international framework for investment facilitation*, Investment Insights, Paris: OECD
- OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development (2015) ‘Policy framework for investment’. <https://www.oecd.org/investment/pfi.htm>
- UNCTAD – United Nations Conference for Trade and Development (2016) *Global action menu for investment facilitation*, Geneva: UNCTAD



---

# 9 Disposições modernas nos tratados de investimento

**Brooke Güven**

## 9.1 Porque a reforma?

Os Governos estão em busca de uma reforma substantiva e processual do regime de investimento internacional, reconhecendo que existem preocupações fundamentais, sistêmicas e inter-relacionadas sobre as abordagens atuais da governança<sup>40</sup> relativa aos investimentos, e que as abordagens atuais falharam em atingir seus objetivos<sup>41</sup>.

A grande maioria dos números conhecidas publicamente, isto é, 1.023 reivindicações baseadas em tratados, foi submetida a tratados de "geração antiga"<sup>42</sup>. Em 2018, por exemplo, 60% de tais reivindicações foram submetidas a tratados originalmente concluídos nos anos 90 ou anteriores, e todos, exceto um, foram arquivados sob um tratado anterior a 2011 (CNUCED, 2019). Esses acordos de geração antiga<sup>43</sup> incluem obrigações vagas e de longo alcance para os Estados, geralmente não incluem nenhuma referência às responsabilidades dos investidores (mesmo em termos não vinculativos) e raramente possuem disposições que buscam preservar e proteger significativamente a capacidade dos Estados de regulamentar sem ter que pagar uma compensação. Em geral, disposições ambientais, de direitos humanos, de gênero, de saúde, laborais e outras disposições de interesse público estão ausentes desses acordos.

Sem a existência de disposições que protejam efetivamente a capacidade dos Estados de regular e promovam significativamente os objetivos de desenvolvimento sustentável dos Estados partes, os países anfitriões requeridos foram expostos a processos custosos de resolução de controvérsias entre investidores e Estados (*ISDS*) e reivindicam medidas contestadoras de interesse público.<sup>44</sup> Os investidores requerentes também se basearam em tratados de investimento e disposições da *ISDS* para fazer ameaças de reivindicações, a fim de distorcer medidas ou condutas do Governo a favor de investidores estrangeiros.<sup>45</sup> Por exemplo, no contexto da COVID-19, os escritórios de advocacia já se aproveitaram da pandemia para aconselhar as multinacionais sobre estratégias que permitem-nas

---

<sup>40</sup> Os Governos estão envolvidos em vários processos para reformar o sistema. Isso inclui esforços multilaterais de reforma, inclusive no Grupo de Trabalho III da CNUDCI sobre Reforma da *ISDS*: [https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/3/investor-state](https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state)

<sup>41</sup> Para uma discussão sobre até que ponto a *ISDS* não atingiu seus objetivos, ver Johnson et al. (2017). Ver também os seguintes documentos para discussões dos custos e benefícios associados aos tratados de investimento: Bonnitcha (2017); Pohl (2018); Johnson et al. (2018a); Borga et al. (2019)

<sup>42</sup> Casos conhecidos de *ISDS* baseados em tratados, de acordo com o navegador da CNUCED, atualizado em 31 de dezembro de 2019: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>

<sup>43</sup> A CNUCED (2017) refere-se aos tratados de 'geração antiga' concluídos antes de 2010, observando que esses 'antigos tratados', praticamente todos os casos conhecidos de resolução de controvérsias entre investidores e Estado até finais de 2016 (*ISDS*) basearam nesses tratados. A Fase 2 do Roteiro da UNIA para a Reforma do IIA propõe opções para modernizar esses tratados. O CCIS também elaborou algumas dessas opções (ver Johnson et al., 2018b)

<sup>44</sup> Os prêmios médios são de 120 milhões de dólares americanos, excluindo os valores atípicos, 500 milhões de dólares americanos, incluindo os valores atípicos (Behn e Daza, 2019). Os processos custam, em média, milhões de dólares americanos, por lado, e os tribunais geralmente exigem que os países anfitriões requeridos paguem suas próprias taxas, mesmo quando a reivindicação do investidor é indeferida.

<sup>45</sup> Sobre o calafrio regulatório, ver p.e. van Harten and Scott (2016); Kelsey (2017); Tienhaara (2018); Sachs et al. (2020).

---

basear nos tratados de investimento e na *ISDS* para apresentar queixas contra Governos com base em medidas relacionadas à COVID<sup>46</sup>.

## 9.2 Opções para a abordagem dos tratados

Além das obrigações substantivas e processuais específicas consagradas num tratado, alguns Governos estão a reconsiderar cuidadosamente sobre a estrutura e a forma de acordos que regem o investimento internacional e se / como expandir e contratar diferentes partes desses acordos para alcançar os objetivos de desenvolvimento que estão a ser perseguidos. Os Estados estão a se afastar e a indagar sobre um conjunto de perguntas, incluindo:

1. O que queremos do investimento internacional? E que aspetos / impactos do investimento internacional queremos evitar?
2. Quais são as ferramentas políticas disponíveis para nos ajudar a conseguir o que queremos?
3. Que a função mais útil dos tratados, ou o desempenho que seja melhor do que outras ferramentas?
4. Como os tratados podem ser elaborados de modo a nos ajudar a alcançar nossos objetivos?
5. Como os tratados podem ser projetados para minimizar os nossos custos e riscos?
6. Qual é o equilíbrio geral de custos e benefícios atingido pela abordagem do nosso "modelo" e como esse saldo é distribuído (por exemplo, os investidores estrangeiros colhem os benefícios e os atores domésticos os custos?)
7. (Como) o Estado pode garantir que o equilíbrio atingido no "modelo" seja assegurado na prática (ou seja, nas negociações e tratados resultantes)?

As perguntas 4, 5 e 6 referem-se ao desenho de um 'modelo', enquanto a pergunta 7 se refere ao que um Estado colocará em prática ao negociar com base nesse modelo. Em cada contexto, os esboçadores de tratados podem usar uma variedade de alavancas diferentes para moldar o acordo - expandindo ou restringindo quem e o que estão dispostos a proteger, o escopo das proteções que desejam oferecer e a exposição financeira que, por sua vez, assumem (Coleman et al., 2018). Essas considerações requerem uma análise do conteúdo das provisões que definem investidores cobertos e investimentos cobertos; quais obrigações substantivas estão incluídas e o que elas exigem dos Estados Partes; se há exceções para desculpar a violação; quem pode reclamar contra quem; e que assistência está disponível.

**Principal conclusão:** *Ao identificar as disposições desejadas, é crucial ter uma visão holística do modelo (e quaisquer eventuais tratados negociados com base numa abordagem de "modelo") e como suas partes - substantivas e processuais - funcionam juntas.*

## 9.3 Como atualmente os países procuram abordar essas disposições nos tratados modernos?

Para abordar as questões transversais indicadas abaixo, os Estados estão a integrar disposições em modelos e tratados que afetam quem está protegido, o escopo das obrigações que beneficiam os investidores (por exemplo, o escopo da expropriação indireta), o escopo das obrigações para com os parceiros do tratado (por exemplo, não - redução das disposições habituais), exceções à violação, solução de controvérsias e obrigações dos investidores. Esta nota por si só não se concentra em questões de escopo de proteção (por exemplo, definição de investidor ou investimentos) ou na natureza das proteções ao investidor (Tratamento Justo e Equitativo (TJE), expropriação indireta, tratamento nacional, nação mais favorecida etc.), mas analisa (i) como as abordagens dessas obrigações afetam as questões de proteção ambiental, o cumprimento das obrigações de direitos humanos etc. e (ii) como certas disposições do tratado procuraram abordar especificamente as questões transversais do meio ambiente, direitos humanos, etc.

---

<sup>46</sup> À luz do risco apresentado pela *ISDS* para a capacidade dos países e da comunidade global como um todo de enfrentar os desafios do COVID-19, os especialistas pediram (no dia 6 de maio de 2020) uma moratória nas reivindicações da *ISDS* durante a pandemia e uma restrição permanente sobre as reivindicações de *ISDS* ligadas às medidas relacionadas ao COVID-19: <http://ccsi.columbia.edu/2020/05/05/isds-moratorium-during-covid-19/>

---

## 9.4 Questões transversais

### Meio Ambiente

Nos tratados e modelos de nova geração, referências a obrigações ambientais e proteção da capacidade de regular podem ser encontradas nos seguintes tipos de disposições: preâmbulos, reafirmações do direito soberano dos Estados de regular e compromissos com a não redução de padrões ambientais em para atrair investimentos. Em alguns casos, eles também podem ser encontrados em disposições relativas às responsabilidades do investidor (por exemplo, conduzir avaliações de impacto ambiental) e em disposições gerais de exceção. Essas referências aparecem relativamente frequente nos novos tratados. Ainda não é claro até que ponto essas disposições promovem os objetivos ambientais ou protegem efetivamente as medidas do Estado anfitrião.

Os Estados membros da UA estão na vanguarda dessas inovações. O Modelo da Comunidade de Desenvolvimento da África Austral (SADC), por exemplo, exige que os investidores e seus investimentos cumpram com os processos aplicáveis de avaliação de impacto ambiental e social<sup>47</sup>. O Tratado Bilateral de Investimentos Marrocos-Nigéria (TBI) contém uma disposição semelhante<sup>48</sup>, assim como o esboço do Código Pan-Africano de Investimentos (CPAI)<sup>49</sup>. O modelo da SADC também inclui uma disposição mais exclusiva, exigindo que os investidores não operem “de forma inconsistente com as obrigações internacionais ambientais, trabalhistas e de direitos humanos vinculativas para o Estado Anfitrião ou o Estado de Origem, quaisquer que sejam as obrigações maiores<sup>50</sup>.” No que diz respeito às obrigações do Estado, o modelo da SADC inclui uma provisão<sup>51</sup> para não baixar os padrões, e refere-se explicitamente a medidas ambientais em sua exceção geral.<sup>52</sup>

Outros países também têm exemplos úteis. O Modelo do TBI revisto da Colômbia, tal como o modelo da SADC, refere-se explicitamente a medidas ambientais na sua exceção geral<sup>53</sup>. Embora a exceção geral da Colômbia seja autoavaliada, o que significa que a disposição pretende que os Estados Partes determinem se uma medida se enquadra no escopo da exceção, no entanto, exige que as medidas sejam “necessárias” (geralmente exige-se a um nível alto para uma medida possa atender a essa categoria).

Notavelmente, mesmo tratados e modelos muito recentes falham em incluir especificamente referências explícitas às mudanças climáticas, incluindo, por exemplo, como as obrigações do Estado sob a lei internacional de investimentos podem interagir com os objetivos ou obrigações climáticos.<sup>54</sup>

**Principal conclusão:** Apesar dos vínculos claros e profundos entre a governança de investimentos e a realização dos objetivos climáticos, até os modelos mais recentes falham em abordar esse vínculo, e assim correm o risco de levar os Estados à ISDS, reivindicando ações desafiadoras tomadas de boa fé e consistentes com os compromissos e objetivos de mitigação de riscos e adaptação climática. Os Governos da UA podem considerar a questão do como os tratados de investimento podem ser adaptados para promover investimentos favoráveis ao clima, negar proteção a investimentos que comprometam os objetivos climáticos e desempenhar um papel para enfrentar os desafios de mitigação de riscos e adaptação climática que exigem cooperação global.

### Direitos Humanos

---

<sup>47</sup> Art 13 do Modelo da SADC.

<sup>48</sup> Art. 14 do TBI entre Marrocos–Nigéria.

<sup>49</sup> Art. 37.4 do esboço do CPAI.

<sup>50</sup> Art. 15 do Modelo da SADC.

<sup>51</sup> Art. 22 do Modelo da SADC.

<sup>52</sup> Art. 25 do Modelo da SADC.

<sup>53</sup> Modelo do TBI da Colômbia art. [XX] Exceções gerais.

<sup>54</sup> Em comparação, alguns Acordos de Comércio Livre (ACLs) e Acordos de Parceria Econômica (APE) sem proteção ao investidor contêm essas referências. Os APE da UE com a Armênia e o Japão, por exemplo, incluem reafirmações dos compromissos das partes com a implementação dos objetivos da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, o Protocolo de Kyoto e o Acordo de Paris, e com o aprofundamento da cooperação e implementação de acordos internacionais. estruturas de mudança climática. Os ACLs também incluem frequentemente disposições que reconhecem os vínculos entre obrigações comerciais e ambientais e reafirmam compromissos de implementação (nas leis e práticas nacionais) de acordos ambientais multilaterais nos quais os Estados são partes.

---

Um estudo de 2014 publicado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) constatou que apenas 0,5% dos 2.107 tratados incluídos no estudo continham referências a direitos humanos, e a maioria dessas referências foi encontrada nos preâmbulos dos acordos (Gordon et al., 2014: 18)<sup>55</sup>. Os desenvolvimentos nas práticas de redação mais recentes indicam algumas melhorias, o que significa que os tratados mais recentes incluem algumas referências explícitas a (i) obrigações dos Estados no que se refere aos direitos humanos no contexto da governança de investimentos e / ou (ii) às responsabilidades dos investidores relativamente aos direitos humanos. No entanto, essas referências permanecem raras e sua eficácia geralmente não é testada e / ou limitada.

No que diz respeito às responsabilidades dos investidores, que podem permitir que os Estados façam a reconvenção de ações indevidas ou neguem certas proteções de tratados em alguns casos, o projeto de CPAI inclui um capítulo sobre as obrigações dos investidores<sup>56</sup>. Algumas das disposições consagradas são obrigatórias, enquanto outras são consagradas nos termos dos "melhores esforços". O CPAI inclui uma disposição sobre a reconvenção, que permitiria que um possível Estado requerido interpusesse uma reconvenção contra um investidor quando eles não cumprissem com as obrigações sob o Código ou "outras regras e princípios relevantes do direito nacional e internacional"<sup>57</sup>. O Acordo Modelo do Brasil sobre Cooperação e Investimento em Facilitação (ACFI) adota uma abordagem de "melhores esforços" em relação à responsabilidade social corporativa<sup>58</sup>. Embora o modelo represente um passo avante em comparação com os contratos de geração antiga, o mesmo não condiciona a receção de benefícios do tratado em conformidade com esses padrões.

O modelo Holandês (2019) inclui a ISDS, embora o mesmo busque restringir o acesso ao mecanismo.<sup>59</sup> O modelo também inclui algumas referências notáveis relativamente às responsabilidades de direitos humanos dos investidores e obrigações dos Estados. Por exemplo, exige que os possíveis Estados partes "tomem as medidas apropriadas" para garantir que as pessoas afetadas por violações de direitos humanos relacionadas a negócios tenham acesso a soluções eficazes<sup>60</sup>. Isso reflete a redação do Princípio nº 25 dos Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos (PONUs)<sup>61</sup>, buscando reforçar esse princípio no texto do modelo; no entanto, os seus efeitos práticos permanecem obscuros. O modelo também prevê que um tribunal da ISDS que determine uma reivindicação "deve levar em consideração a não conformidade" por um requerente do investidor com compromissos sob os PONUs e as Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais<sup>62-63</sup>. Isso é singular entre os modelos, mas levanta uma questão, que deve ser considerada pelos Estados da UA, que é a questão de saber se o não cumprimento das normas de direitos humanos deve ser tratado por um tribunal da ISDS por meio de uma redução de danos (que ainda permite ao investidor adiantar com as reivindicações, e que um Estado gaste o tempo e o custo da defesa contra elas.) ou se a receção de benefícios do tratado e, portanto, a capacidade de apresentar uma reclamação em primeiro lugar, deve estar condicionado ao responsável conduta comercial de um investidor.

Alguns acordos recentes incluem exceções ou reservas específicas que buscam abordar a capacidade dos Governos de tomar medidas para preservar os direitos dos povos indígenas em relação a terras e recursos naturais. Exemplos incluem o TBI entre Argentina-Japão<sup>64</sup>, o TBI entre Canadá-Moldávia<sup>65</sup>, o

---

<sup>55</sup> Gordon et al. examinou uma amostra de todos os tratados de investimento que um conjunto de 54 países e a Comissão Europeia concluíram com qualquer outro país "desde que o texto completo estivesse disponível eletronicamente no início de 2014", o que significava que abrangia 2.107 tratados e "mais de 70% da total mundial dos tratados de investimento" (p. 10).

<sup>56</sup> Projeto CPAI cap. 4. A maioria dos tratados atualmente em vigor não inclui nenhuma responsabilidade ou obrigação do investidor, o que significa que os Estados geralmente são incapazes de solicitar reconvenção contra investidores ou negar a proteção de tratados, mesmo em casos de irregularidades do investidor.

<sup>57</sup> Art. 43 do projeto do CPAI.

<sup>58</sup> Art. 14 do Modelo do ACFI Brasileiro

<sup>59</sup> O Modelo do TBI da Holanda limita o acesso à ISDS, especificando, por exemplo, que os tribunais arbitrais 'poderão na aceitar uma jurisdição' onde um investidor "alterou a sua estrutura corporativa com o objetivo principal de obter a proteção deste Contrato num momento em que uma disputa já tinha surgido ou já era previsível (Art. 16.3).

<sup>60</sup> BIT Art. 5 do Modelo do TBI da Holanda.

<sup>61</sup> [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf).

<sup>62</sup> Art. 23 do Modelo do TBI da Holanda.

<sup>63</sup> <https://www.oecd.org/corporate/mne/>

<sup>64</sup> Anexo II (Medidas inconformes, cronograma da República Argentina).

<sup>65</sup> Anexo I (Reserva para Medidas Futuras, Cronograma do Canadá).

---

Tratado entre México- EUA-Canadá (T-MEC) <sup>66</sup>e o Acordo abrangente e progressivo para a parceria transpacífica<sup>67</sup>.

Esses modelos de geração mais recente representam um passo adiante em comparação com a escassez de referências a obrigações e responsabilidades de direitos humanos nos textos revistos pela OCDE no seu estudo de 2014. No entanto, os exemplos acima mencionados continuam a ser a exceção e não a regra e, o mais importante é que, ainda não está claro a eficácia dessas novas disposições para preservar a capacidade dos Estados de cumprir com as suas obrigações de direitos humanos e para condicionar a recepção dos benefícios do tratado sobre conduta comercial responsável por parte dos investidores<sup>68</sup>.

***Principal conclusão: considerar a questão de se as disposições sobre os direitos humanos serão eficazes na proteção da capacidade do Estado em regular na prática, e como condicionar os benefícios dos tratados à conformidade dos investidores com as suas obrigações, a fim de promover uma conduta comercial responsável.***

## Gênero

Embora a interseção de gênero e comércio seja abordada com maior frequência nos acordos comerciais mais recentes, é, no entanto, menos frequente uma área temática explicitamente abordada nos tratados e capítulos sobre investimentos nos Acordos de Comércio Livre (ACLs). O ACL entre Brasil – Chile, concluído em 2018, inclui um capítulo sobre gênero que reafirma e incorpora uma série de obrigações internacionais de direitos humanos relacionadas a esta área temática<sup>69</sup>. O capítulo também prevê a revisão, dentro de dois anos, da implementação do capítulo, e devem ser estabelecidos pontos de contato nacionais para apoiar a cooperação na sua implementação<sup>70</sup>.

## Saúde

Assim como sucede nas disposições ambientais, são encontradas referências ao caso de alguns Estados e modelos mais recentes quanto à capacidade dos Estados em regular a saúde de suas populações. As disposições gerais de exceção, quando incluídas, tendem a prever que o tratado não exclua a adoção ou execução de medidas relacionadas à proteção da saúde humana. Tais exceções geralmente exigem que as medidas sejam “necessárias”<sup>71</sup>, justificadas, proporcionais aos objetivos perseguidos e / ou que não sejam discriminatórias ou arbitrarias<sup>72</sup>. Onde um tratado inclui a *ISDS*, um tribunal terá o poder de avaliar a conduta do Governo.

## Trabalho

As questões laborais são tratadas em alguns tratados e modelos recentes nas disposições que tratam (i) da capacidade do Estado de regular e de suas obrigações nos acordos internacionais; e (ii) obrigações do investidor ou responsabilidades (não vinculativas).

No que diz respeito ao ponto (i), essas referências aparecem de forma semelhante às relativas ao meio ambiente e à saúde, e podem ser fortalecidas conformemente. Em relação ao ponto (ii), as disposições recentes variam consideravelmente em termos de frequência e força. O Modelo do TBI da Colômbia, por exemplo, prevê que um investidor possa ter os seus benefícios negados se “um tribunal internacional ou uma autoridade judicial ou administrativa de qualquer Estado com o qual as Partes

---

<sup>66</sup> Art. 32.5. Para o Canadá, as “obrigações legais” mencionadas nesta provisão incluem os direitos dos povos indígenas cobertos pela Seção 35 da Lei da Constituição de 1982 e os estabelecidos em acordos de governação autônoma.

<sup>67</sup> Art. 29.6(1).

<sup>68</sup> Para uma discussão mais aprofundada sobre os méritos de várias abordagens, ver Johnson (2019).

<sup>69</sup> Ch. 8.

<sup>70</sup> Arts 18.4(9) e 18.5.

<sup>71</sup> Um tribunal ao avaliar a questão de se uma medida era ‘necessária’, analisa a conduta do Governo e, entre outras coisas, se medidas menos restritivas poderiam ter sido adotadas pelo Governo. A questão da necessidade é difícil de se testar com satisfação.

<sup>72</sup> O projeto de CPAI (Art. 14), por exemplo, não exige que as medidas sejam ‘necessárias’, mas exige que as medidas ‘não sejam aplicadas por forma a constituir um meio de discriminação arbitrária ou injustificável entre investidores em circunstâncias semelhantes ou uma restrição disfarçada aos fluxos de investimento.

---

Contratantes mantêm relações diplomáticas tiver provar que” direta ou indiretamente o investidor violou as leis laborais do Estado anfitrião, entre outras coisas<sup>73</sup>.

O projeto do CPAI contém várias disposições específicas para o trabalho, incluindo a de que os investidores “adiram a obrigações sociopolíticas”, incluindo as ligadas ao “respeito às leis laborais<sup>74</sup>”. A eliminação do trabalho forçado e compulsório também é alistada como um dos princípios classificados como “conformidade dos investidores com a ética nos negócios e direitos humanos” no projeto do CPAI<sup>75</sup>.

Em geral, as disposições laborais nos modelos e tratados podem ser reforçadas por um requisito mínimo para cumprir as normas internacionais de trabalho adotadas pelo Estado anfitrião e de origem (o que for mais elevado) e por referência à referência existente às obrigações estatais existentes e às normas dos investidores nos termos da estrutura da Organização Internacional do Trabalho<sup>76</sup>.

Indo além das referências explícitas às obrigações trabalhistas, as disposições relativas aos requisitos de desempenho, o cumprimento da legislação nacional, etc. também estão intimamente ligadas a esta área de atuação e devem ser consideradas juntamente com as relativas às obrigações trabalhistas especificamente (dos Estados Partes e dos investidores).

### **Desenvolvimento sustentável**

Referências mais amplas aos objetivos de desenvolvimento sustentável dos Estados Partes são encontradas nos preâmbulos de alguns textos mais recentes e (menos frequentemente) em algumas disposições operacionais. O projeto de PAIC contém referências ao desenvolvimento sustentável e aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) em seu preâmbulo, e o objetivo declarado do Código é 'promover, facilitar e proteger investimentos que promovam o desenvolvimento sustentável de cada Estado Membro e, em particular, do Estado onde o investimento está localizado<sup>77</sup>. O Código também estabelece que "os investidores devem contribuir para o progresso econômico, social e ambiental, com vistas a alcançar o desenvolvimento sustentável do Estado anfitrião"<sup>78</sup>. Da mesma forma, o Protocolo de Investimento do Mercosul no seu preâmbulo também reconhece o papel do investimento na promoção do desenvolvimento sustentável e na redução da pobreza, além de prever que os investidores e os seus investimentos operem de modo socialmente responsável<sup>79</sup>. O objetivo declarado do Protocolo é promover a cooperação entre os Estados Partes, a fim de facilitar o investimento que permita o desenvolvimento sustentável<sup>80</sup>. O Modelo revisado do TBI da Colômbia condiciona o acesso à resolução de controvérsias sob o acordo sobre a contribuição do investidor para o desenvolvimento sustentável e o bem-estar da sua “Parte Anfitriã”<sup>81</sup>, embora o mecanismo de avaliação do mesmo não esteja descrito no texto do modelo.

Além dessas referências, poderia fazer-se muito mais no sentido de elaborar acordos que incentivem e canalizem investimentos que contribuam para o desenvolvimento sustentável e retenham os benefícios do tratado daqueles investimentos que prejudicam ou não contribuem para o desenvolvimento sustentável<sup>82</sup>.

***Principal conclusão: Modelos e tratados recentes podem conter disposições dignas de nota quando comparados com acordos de "geração antiga". No entanto, é fundamental investigar e avaliar a questão de se essas novas disposições são suficientes para alcançar os objetivos de desenvolvimento sustentável que os formuladores de políticas buscam alcançar com a conclusão de acordos de investimento. Mesmo as disposições de 'nova geração' continuam aquém.***

---

<sup>73</sup> Art. [XX] Negação de benefícios.

<sup>74</sup> Art. 20 do Projeto do CPAI

<sup>75</sup> Art. 24.

<sup>76</sup> Para uma discussão mais aprofundada, ver, Bernasconi-Osterwalder et al. (2018: 11–13).

<sup>77</sup> Art. 1.

<sup>78</sup> Art. 22.3.

<sup>79</sup> Preâmbulo.

<sup>80</sup> Art. 1.

<sup>81</sup> Seção DD (resolução de controvérsias) X (3) (escopo de aplicação da ISDS)

<sup>82</sup> Para uma discussão mais aprofundada, ver, Johnson et al. (2019).

---

## A nível multilateral, quais as medidas atuais a serem propostas?

As preocupações fundamentais e sistêmicas sobre a *ISDS* levaram a vários processos de reforma nos níveis regional e multilateral. No nível multilateral, o Grupo de Trabalho III da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (CNUDCI) sobre Reforma da *ISDS* tem “mandato alargado para trabalhar numa possível reforma da resolução de controvérsias entre investidores e Estado (*ISDS*)” (CNUDCI, 2017), apesar desse mandato estar muitas vezes a ser reinterpretado para limitar o trabalho a aspetos processuais da *ISDS*, ao em vez de disposições substantivas do tratado. Os Estados reiteraram nas suas propostas e intervenções que a reforma da *ISDS* exigirá o tratamento de disposições substantivas, incluindo aquelas relativas à capacidade de regulamentação dos Estados, a fim de reformar significativamente a *ISDS*. O Centro Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimentos também está a realizar um processo de reforma das regras, que, no entanto, dificilmente fará abordagens diretas às questões transversais substantivas abordadas nesta nota.

O sistema de tribunais de investimento proposto pela UE, esta também em discussão pelo grupo de trabalho III da CNUDCI sobre a reforma da *ISDS*, também tenta procurar mudanças processuais na resolução de controvérsias. Igualmente, esta aborda diretamente as questões transversais levantadas nesta nota.

### 9.5 Resolução de controvérsias.

O significado / interpretação das disposições do tratado é significativamente moldado pela solução de controvérsias, incluindo, particularmente, quem tem poder para apresentar e contextualizar uma reivindicação. A exclusão da *ISDS* dos modelos e tratados é uma forma eficaz que permite limitar a exposição direta dos Estados partes em futuras reivindicações da *ISDS*<sup>83</sup>. Outros mecanismos de procedimentos, menos eficazes, para limitar a exposição a reivindicações da *ISDS* que contestam as questões ambientais, de direitos humanos e outras medidas de interesse público incluem (i) filtros<sup>84</sup> Estado-Estado; e (ii) não fornecer consentimento prévio à *ISDS*<sup>85</sup>.

É de considere também a questão de quem poderá participar como “parte terceira” nos processos de resolução de controvérsias. As “partes terceiras” afetadas estão atualmente excluídos de uma eventual participação significativa na *ISDS*; de modo que a sua capacidade de levantar questões ambientais, de direitos humanos e outras questões de interesse público é prejudicada. Onde a *ISDS*, provedoria da justiça, ou outros mecanismos de resolução de controvérsias são previstos num modelo ou tratado, a participação significativa de terceiros afetados permite que assuntos relevantes de interesse público sejam ouvidos e direitos e interesses relevantes sejam representados na disputa / processo<sup>86</sup>.

***Principal conclusão: ao avaliar a questão de como preservar efetivamente a capacidade de regular, deve-se indagar sobre como as disposições ambientais, laborais, de direitos humanos,***

---

<sup>83</sup> O Modelo ACFI do Brasil, por exemplo, exclui a *ISDS* e se concentra mais na atração e retenção de investimentos, favorecendo o estabelecimento de mecanismos de mediação para lidar com as queixas dos investidores, se / quando elas surgirem. A solução de controvérsias entre Estados é fornecida como último recurso, onde as disputas não podem ser tratadas pelos tribunais nacionais ou pelo mecanismo de mediação. Também inclui menos padrões tradicionais de “proteção ao investidor”. Os Estados também optaram por excluir a *ISDS* da Parceria Econômica Global Abrangente. A *ISDS* também teve escopo limitado no T-MEC: (i) entre os EUA e o México, a *ISDS* foi retida por determinadas violações, após o esgotar dos recursos internos. Exceções são feitas para vários setores (incluindo petróleo, gás, geração de energia, serviços de transporte, telecomunicações e infraestrutura pública) nos quais os investidores têm coberto contratos governamentais - esses requerentes não precisam primeiro esgotar os recursos locais; (ii) O Canadá e os EUA removeram a *ISDS* das relações entre essas partes. Os investidores desses tratados poderão entrar com ações da *ISDS* contra seus países anfitriões durante três anos durante um período de transição do Acordo de Livre Comércio da América do Norte para o T-MEC, após o qual a *ISDS* não mais lhes estará disponível.

<sup>84</sup> Os filtros Estado-Estado ajudam a garantir que os partidos do tratado tenham controle contínuo sobre a gestão de seus tratados, garantindo que as reivindicações que se enquadram no escopo de proteção sejam avançadas e que os discrepantes claros não possam apresentar reivindicações oportunistas ou abusivas (por exemplo, aquelas que contestam medidas ambientais e de direitos humanos) sob os auspícios do tratado. Esses filtros podem ser aplicados a uma ampla gama de medidas ou, de fato, a todas as reivindicações.

<sup>85</sup> Em quase todos os tratados de investimento existentes, os Estados-partes dão consentimento no próprio tratado para ser processado em arbitragem por qualquer investidor que se qualifique para a proteção do tratado. Por outras palavras, o Estado dá “consentimento prévio” a qualquer reivindicação futura no momento em que ratifica o tratado. Uma abordagem diferente, e que daria maior controle aos Estados requeridos para limitar as reivindicações por medidas de interesse público, seria fornecer proteções aos investidores com base em tratados, mas não atribuir consentimento prévio para ir ao processo de arbitragem com o investidor; pelo contrário, o Estado poderia dar esse consentimento caso a caso, à medida que as reivindicações surgissem.

<sup>86</sup> Para abordagens a serem consideradas, ver, CCSI et al. (2019).

*gênero, saúde, e outras disposições de interesse público irão interagir com as disposições de resolução de controvérsias, a natureza e a forma mais ampla de um contrato de investimento.*

## 9.6 Como é que os países devem pensar sobre o que é necessário / desejado?

As questões que podem apoiar a avaliação da eficácia das disposições ambientais, laborais, de direitos humanos, gênero, saúde, e outras disposições de interesse público incluem:

- As disposições estão **alinhadas** com os objetivos explorados pelas partes no tratado?
- As disposições **esclarecem** a interação entre as obrigações do Estado sob outras áreas do direito internacional, regional e nacional (como direito ambiental e de direitos humanos) e direito do investimento?
- As disposições **protegem** clara e efetivamente as medidas do Estado anfitrião adotadas para cumprir com as obrigações ou objetivos ambientais, laborais, de direitos humanos, de gênero, de saúde e outras obrigações ou objetivos de interesse público?
- Quais **sinais** as disposições enviam para investidores, Estados e outras partes interessadas? Eles promovem ou prejudicam a conduta comercial responsável?
- Eles lidam com **pressões** que podem resultar em obrigações de investimento que prevalecem sobre obrigações de interesse público na prática?

De modo geral, os tratados existentes devem ser reformados e reimaginados para alcançar um alinhamento mais profundo com a Agenda 2063 e os ODS. A maioria dos tratados de investimento continua longe dessa marca. Os objetivos de desenvolvimento sustentável procurados pelos formuladores de políticas devem estar no centro de qualquer nova negociação e das revisões dos acordos existentes. Os acordos novos e bem como os já existentes podem ser avaliados em relação à sua capacidade de<sup>87</sup> :

- incentivar e canalizar investimentos que promovam, ao invés de prejudicar, o desenvolvimento sustentável
- fomentar, em vez de restringir, a governança que promove os ODS a nível nacional e
- promover a cooperação internacional para superar os desafios das ações coletivas relacionadas à governança do investimento internacional

Criar espaço para reforma também requer a abordagem do estoque existente de tratados. Várias opções foram avançadas para tratar do estoque existente, incluindo rescisão de tratados e retirada do consentimento para a *ISDS*<sup>88</sup>. Mais recentemente, em maio de 2020, 23 Estados membros da UE assinaram um acordo para encerrar os TBIs intra-UE devido à incompatibilidade da *ISDS* com a legislação da UE<sup>89</sup>.

Esse desenvolvimento mais recente abre ainda mais as portas para a criatividade necessária para lidar com o grande estoque de tratados da velha geração e para inovar ainda mais as disposições consagradas em futuros acordos.

**Principal conclusão:** *para alinhar os tratados de investimento com a Agenda 2063 e os ODS, é necessário avaliar os acordos novos e os já existentes em relação aos objetivos de desenvolvimento sustentável que esses acordos procuram alcançar. Existem várias opções para lidar com o estoque existente de tratados da "velha geração".*

## 9.7 Referências

<sup>87</sup> Este quadro é descrito em Johnson et al. (2019).

<sup>88</sup> Ver, p.e., Porterfield (2014); Johnson et al. (2018b); Bernasconi-Osterwalder and Brewin (2020)..

<sup>89</sup> Os Estados-Membros da UE assinam um acordo para a rescisão dos TBI intra-UE (5 de maio de 2020): [https://ec.europa.eu/info/files/200505-bilateral-investment-treaties-agreement\\_en](https://ec.europa.eu/info/files/200505-bilateral-investment-treaties-agreement_en)



- 
- Behn, D. and Daza, A.M. (2019) ‘The defense burden in international investment arbitration’. Forthcoming PluriCourts Working Paper
- Bernasconi-Osterwalder, N. and Brewin, S. with Brauch, M. and Nikièma, S. (2020) ‘Terminating a bilateral investment treaty’, Best Practices Series, March, Winnipeg: IISD
- Bernasconi-Osterwalder, N., Dommen, C., Abebe, M., Mann, H. and Zhang, J. (2018) *Harnessing investment for sustainable development: inclusion of investor obligations and corporate accountability provisions in trade and investment agreements*. London: IISD
- Bonnitcha, J. (2017) *Assessing the impacts of investment treaties: overview of the evidence*, London: IISD
- Borga, M., Ibarlucea Flores, P. and Sztajerowska, M. (2019) ‘Drivers of divestment decisions of multinational enterprises: a cross-country firm-level perspective’, Working Paper on International Investment 2019/03, Paris: OECD
- CCSI – Columbia Center on Sustainable Investment, IIED – International Institute for Environment and Development and IISD – International Institute for Sustainable Development (2019) ‘Third-party rights in investor-state dispute settlement: options for reform’, Submission to UNCITRAL Working Group III on ISDS Reform, 15 July
- Coleman, J., Johnson, L., Lobel, N. and Sachs, L. (2018) ‘International investment agreements 2018: a review of trends and new approaches’, in L. Sachs, L. Johnson and J. Coleman (eds) *Yearbook on international investment law & policy 2018*. New York: OUP
- Gordon, K., Pohl, J. and Bouchard, M. (2014) ‘Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact Finding Survey’, Working Paper on International Investment, 2014/01, Paris: OECD
- Johnson, L. (2019) ‘IIAs and investor (mis)conduct’, CCSI Blog, 14 January, <http://ccsi.columbia.edu/2020/01/21/iias-and-investor-mis-conduct/>
- Johnson, L., Güven, B. and Coleman, J. (2017) ‘Investor-state dispute settlement: what are we trying to achieve? Does ISDS get us there?’ CCSI Blog, 11 December. <http://ccsi.columbia.edu/2017/12/11/investor-state-dispute-settlement-what-are-we-trying-to-achieve-does-isds-get-us-there/>
- Johnson, L., Sachs, L., Güven, B. and Coleman, J. (2018a) *Costs and benefits of investment treaties: practical considerations for states*. New York: CCSI
- Johnson, L., Sachs, L., Güven, B. and Coleman, J. (2018b) ‘Clearing the path: withdrawal of consent and termination as next steps for reforming international investment law’, Policy Paper, April, New York: CCSI
- Johnson, L., Sachs, L. and Lobel, N. (2019) ‘Aligning international investment agreements with the Sustainable Development Goals’, *Columbia Journal of Transnational Law* 58(1): 58–120
- Kelsey, J. (2017) ‘Regulatory chill: learnings from New Zealand’s Plain Packaging Tobacco Law’, *QUT Law Review*
- Pohl, J. (2018) ‘Societal benefits and costs of international investment agreements: a critical review of aspects and available empirical evidence’, Working Paper on International Investment 2018/01, Paris: OECD
- Porterfield, M. (2014) ‘Aron Broches and the withdrawal of unilateral offers of consent to investor-state arbitration’, *Investment Treaty News*, 11 August. <https://www.iisd.org/itn/2014/08/11/aron-broches-and-the-withdrawal-of-unilateral-offers-of-consent-to-investor-state-arbitration/>

---

Sachs, L., Johnson, L. and Merrill, E. (2020) 'Environmental injustice: how treaties undermine human rights related to the environment', *La Revue des Juristes de Sciences Po* 18, January

Tienhaara, K. (2018) 'Regulatory chill in a warming world: the threat to climate policy posed by investor-state dispute settlement', *Transnational Law* 7(2): 229–250

UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law (2017) 'Reporting of Working Group III (ISDS Reform) on the work of its 34<sup>th</sup> Session (Vienna, 27 November – 1 December 2017)' Part 1, UN Doc. A/CN.9/930/Rev.1 [6]

UNCTAD – United Nations Conference on Trade and Development (2017) 'Phase 2 of IIA reform: modernizing the existing stock of old-generation treaties', IIA Issues Note 2, June

UNCTAD (2019) 'Fact sheet on investor-state dispute settlement cases in 2018', IIA Issues Note 2, May

Van Harten, G. and Scott, D. (2016) 'Investment treaties and the internal vetting of regulatory proposals: a case study from Canada', *Journal of International Dispute Settlement* 7: 92–116