

GABRIEL SÁ BARRETO CORSINO DE ALBUQUERQUE

**INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS
E PROPRIEDADE INTELECTUAL:**

**uma análise dos Acordos de Cooperação e Facilitação de
Investimentos (ACFIs) à Luz do Caso Philip Morris vs. Uruguai**

RECIFE

2019

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS
E PROPRIEDADE INTELECTUAL:
uma análise dos Acordos de Cooperação e Facilitação de
Investimentos (ACFIs) à Luz do Caso Philip Morris vs. Uruguai

Monografia-final de curso apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientando: Gabriel Sá Barreto Corsino de Albuquerque
Orientadora: Prof^a Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza

RECIFE

2019

Dedico este trabalho aos meus pais, Carla e Pedro, que me apoiaram incondicionalmente durante o ciclo da minha graduação em Direito.

A Letícia, pela compreensão e incentivo ao meu ingresso no mundo da pesquisa acadêmica.

Aos meus familiares que, cada qual de sua forma, contribuíram para a minha formação enquanto pessoa.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus professores da Faculdade de Direito do Recife, em especial à Profa. Dra. Eugênia Barza, pela orientação no desenvolvimento de pesquisa no PIBIC UFPE/CPNPq 2018-2019 e pelas lições nas disciplinas Direito Internacional Privado, Direito da Integração Regional na América Latina e Direito do Comércio Internacional, fatores que foram decisivos para a elaboração do presente trabalho.

Aos meus colegas de curso e, especialmente, aos colegas dos *moot courts* de arbitragem.

À Universidade Federal de Pernambuco e à Faculdade de Direito do Recife por me proporcionarem o acesso ao conhecimento e debates acadêmicos relevantes.

RESUMO

O presente trabalho tem como fito a análise do modelo brasileiro de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) à luz da controvérsia arbitral Philip Morris vs. Uruguai. O caso em comento marcou um questionamento em relação à legislação uruguaia antitabagista por parte de uma empresa transnacional sediada na Suíça, sob argumento de que, *inter alia*, a alteração legislativa havia suprimido marcas registradas de sua titularidade em território uruguaio. Notadamente, o pleito utilizou o sistema de direito internacional do investimento com fundamento no Tratado Bilateral de Investimento Suíça-Uruguai com o objetivo de proteção de direitos de propriedade intelectual. Tal contexto é relevante diante da participação do Brasil em tratados internacionais de proteção à propriedade intelectual, a exemplo do Acordo TRIPS no âmbito da OMC, e diante da edição pelo país, em 2015, de um modelo de acordo internacional de investimento. Nesse contexto, esta monografia empreendeu uma exposição da conceituação e formas de atuação da Empresa Transnacional, da ação empresarial transnacional visualizada enquanto investimento e seus efeitos no país anfitrião. Ademais, buscou-se caracterizar as principais nuances do direito internacional do investimento, a partir da análise da estrutura geral dos tratados bilaterais. Essa caracterização teve ênfase na relação entre a definição de investimento nos referidos tratados e a inclusão dos direitos de propriedade intelectual nesta definição, expondo, ainda, as principais abordagens da literatura neste tema. Analisou-se, também, as controvérsias debatidas no caso Philip Morris vs. Uruguai, com enfoque nos padrões de tratamento utilizados como fundamento de argumentação e nas problemáticas decorrentes da inclusão de direitos de propriedade intelectual no escopo da definição de investimento. Por fim, à luz do referido caso, buscou-se analisar os dispositivos presentes nos ACFIs assinados pelo Brasil até o momento, a saber, a prevenção e resolução de controvérsias, as definições de investimento e os padrões de tratamento substantivos.

Palavras-chave: Empresas Transnacionais; Investimento Estrangeiro; Propriedade Intelectual; Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos; ACFI.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ACFI	Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos
APPRI	Acordos de Proteção e Promoção Recíproca de Investimentos
ETN	Empresa Transnacional
FET	<i>Fair and Equitable Treatment</i> (Padrão de Tratamento Justo e Equitativo)
FMI	Fundo Monetário Internacional
ICSID	International Centre for the Settlement of Investment Disputes
IED	Investimento Externo Direto
ISDS	<i>Investor-State Dispute Settlement</i>
MAI	<i>Multilateral Investment Agreement</i>
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
NAFTA	<i>North American Free Trade Agreement</i>
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OMC	Organização Mundial do Comércio
PCFI	Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos Intra-Mercosul
TBI	Tratado Bilateral de Investimento
TRIMS	Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio
TRIPS	Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional
UNCTAD	Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. EMPRESAS TRANSNACIONAIS E INVESTIMENTO: POSSIBILIDADE DE CONCEITUAÇÃO, ATUAÇÃO E EFEITOS NO PAÍS ANFITRIÃO.....	3
1.1 Considerações preliminares	3
1.2 Tentativas de conceituação da Empresa Transnacional	3
1.3 Formas de atuação empresarial transnacional	4
1.3.1 Atuação direta e indireta	5
1.3.2 Atuação por atos permanentes e isolados.....	7
1.4 Investimento externo direto e indireto.....	8
1.5 Efeitos da atuação empresarial transnacional/investimento	11
2. A REGULAÇÃO DO INVESTIMENTO POR TRATADOS BILATERAIS.....	14
2.1 Considerações preliminares	14
2.2 Escassez de regulação no âmbito multilateral e contexto regional da América Latina.....	14
2.3 Estrutura geral dos Tratados Bilaterais de Investimento.....	18
2.3.1 Definições e inclusão de direitos de propriedade intelectual no escopo de TBIs.....	18
2.3.2 Padrões de tratamento	23
2.3.3 Resolução de controvérsias.....	24
3. A CONVERGÊNCIA ENTRE OS REGIMES DE DIREITO INTERNACIONAL DA PROPRIEDADE INTELLECTUAL E DIREITO INTERNACIONAL DO INVESTIMENTO NO CASO PHILIP MORRIS VS. URUGUAI	26
3.1 Considerações preliminares	26
3.2 Caso Philip Morris v. Uruguai	26
3.2.1 Contexto fático da controvérsia.....	26
3.2.2 Principais controvérsias em relação ao TBI e à propriedade intelectual.....	28
3.2.3 Análise do tribunal arbitral.....	31
3.3 Problemáticas: a colisão entre regimes, estratégia <i>TRIPS-plus</i> e <i>forum shifting</i>	33
4. ACORDOS DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS (ACFIS): CONSIDERAÇÕES À LUZ DO CASO PHILIP MORRIS X URUGUAI	38
4.1 Considerações preliminares	38
4.2 Ausência da arbitragem investidor-Estado e mecanismos de governança institucional.....	39
4.3 Definições de investimento e a prevalência do investimento direto	42
4.4 Padrões de tratamento	46
4.4.1 Expropriação, exclusões e interpretação dos ACFIS à luz do direito da OMC	46
4.4.2 Tratamento justo e equitativo e cláusulas guarda-chuva	48

CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS.....	53

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva analisar o contexto de proteção de direitos de propriedade intelectual nos Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimento (ACFIs) assinados pelo Brasil, à luz do caso de arbitragem de investimento Philip Morris vs. Uruguai.

Cumprе esclarecer que a transitará no âmbito do direito internacional do investimento. Acerca dessa área, David Collins entende que seria o “ramo do direito internacional público que lida com as regulações das atividades comerciais de empresas multinacionais que são empreendidas em Estados estrangeiros”.

Essa definição não é única, mas de grande utilidade para a observação de que este meandro legal não trata tão somente de relações entre Estados-nacionais pois, aqui, um dado interessante é fundamental: a presença da empresa transnacional. A atuação empresarial transnacional assume diversos papéis, por exemplo, mediante a criação de regras (v.g., a chamada *lex mercatoria*) e a atuação em procedimentos de arbitragem perante tribunais internacionais (v.g., na Câmara de Comércio Internacional de Paris).

Esse último papel pode ser observado no caso Philip Morris vs. Uruguai, quando, em 2010, um grupo de sociedades apresentou Requerimento de Arbitragem em face da República Oriental do Uruguai perante o *International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)*. O cerne da controvérsia dizia respeito a alteração na legislação uruguaia que, segundo os requerentes, dentre outros argumentos, violara seus direitos de propriedade intelectual no Uruguai e no âmbito internacional.

Em relação ao ICSID, trata-se de uma instituição elaborada sob os auspícios do Banco Mundial especificamente para resolver controvérsias relativas a investimento, mediante a Convenção do ICSID (1966). Esclareça-se que o Brasil não ratificou a referida convenção e, até 2015, esteve ausente na regulação do investimento pelo direito internacional: não havia ratificado nenhum Tratado Bilateral de Investimento (TBI) dos quatorze firmados na década de 1990. O panorama começou a sofrer alterações em 2015, quando o Brasil lançou seu próprio modelo de TBI: os Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimento (ACFI).

Aqui reside a importância do presente trabalho. Observa-se que o ACFI brasileiro marcou uma guinada na posição do país em relação à regulação internacional dos investimentos internacionais, de modo que o Brasil passa a ter regulação neste campo. Até o momento da elaboração deste trabalho, conforme dados do Ministério das Relações Exteriores, foram

assinados doze Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos, dos quais dois estão em vigor. Ademais, foi assinado um Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos Intra-Mercosul (PCFI), em atualmente em vigor para Brasil e Uruguai. Por fim, acrescenta-se que o Brasil também faz parte de um complexo de tratados internacionais em sede de proteção da propriedade intelectual, alguns dos quais foram objeto de controvérsias no caso *Philip Morris vs. Uruguai*.

Nessa toada, o Capítulo 1 terá o fito de esclarecer os principais caracteres da empresa transnacional e sua atuação. Discorrer-se-á acerca de algumas tentativas de sua conceituação e classificações no tocante à atuação empresarial transnacional. Ademais, serão observado os contornos desta atuação visualizada enquanto expressão do investimento internacional, nas suas modalidades direta e indireta. Por fim, serão pontuados alguns dos efeitos da empresa transnacional.

Já o Capítulo 2 terá como escopo a descrição da estrutura tradicional do direito internacional do investimento, que é resultante, mormente, pelos denominados chamados Tratados Bilaterais de Investimento (TBIs). Neste diapasão, abordará pela estrutura geral dos TBIs, marcadamente pelas definições de investimento, padrões de tratamento e resolução de controvérsias.

O Capítulo 3 buscará expor a controvérsia do caso *Philip Morris vs. Uruguai*, abrindo espaço para as principais discussões no tocante aos padrões de proteção postos em debate, com ênfase na sobreposição entre direito do investimento e propriedade intelectual. Em relação a este último ponto, serão discutidas algumas consequências dessa interação, e expostas posições da literatura especializada sobre a temática.

Por fim, o Capítulo 4 tratará dos ACFIs à luz do caso *Philip Morris vs. Uruguai*. Buscar-se-á comparar alguns dispositivos presentes no modelo brasileiro com as discussões travadas no caso em comento, havendo enfoque na prevenção e resolução de controvérsias, definições de investimento e padrões de tratamento do investidor.

1. EMPRESAS TRANSNACIONAIS E INVESTIMENTO: POSSIBILIDADE DE CONCEITUAÇÃO, ATUAÇÃO E EFEITOS NO PAÍS ANFITRIÃO

1.1 Considerações preliminares

O Capítulo tem como intuito, em primeiro lugar, expor a problemática da conceituação da Empresa Transnacionais (1.2). Após, serão abordadas algumas classificações relativas à forma de atuação empresarial transnacional (1.2), e ideia de Empresa Transnacional enquanto manifestação do investimento internacional (1.3). Por fim, serão expostos alguns dos efeitos da atuação do(a) investimento/empresa transnacional no país anfitrião (1.4).

1.2 Tentativas de conceituação da Empresa Transnacional

A primeira problemática a ser abordada no que tange às Empresas Transnacionais é seu próprio conceito. Isso porque há questionamentos sobre sua conceituação nos campos jurídico e não jurídico, bem como controvérsias em relação a suas características.

Na própria literatura jurídica especializada, não há um consenso em relação à exposição de conceitos¹. Luiz Olavo Baptista então utiliza uma definição oriunda da ciência econômica para conceituá-la, pois entende que é, na realidade, uma entidade desprovida de personalidade jurídica. A Empresa Transnacional seria formada por diversas empresas, constituídas em países distintos e segundo as leis locais, constituição a qual daria nacionalidade às suas diversas subsidiárias. Diante disso, o autor opta por utilizar uma conceituação econômica, segundo a qual a ETN é “um complexo de empresas nacionais interligadas entre si por um controle central unificado, obedecendo a uma estratégia global”².

A definição acima apresentada se aproxima do conceito de grupo de sociedades, com a caracterização de que as filiais são fortemente integradas por meio de políticas empresariais internas e controle central unificado³. A política empresarial e o controle são exercidos pela matriz e o primeiro caractere nem sempre é exercido conforme mecanismos jurídicos:

Com relação a esse controle, é preciso acentuar que nem sempre é exercido nos limites da legislação, sendo por vezes extralegal, pois a matriz, ou melhor dizendo a sede real da empresa, ainda que acionista majoritária das diversas subsidiárias, não poderia, formalmente, influir nas decisões das diretorias das subsidiárias. Mas, na realidade, as diretorias das subsidiárias submetem-se à política e às decisões da matriz,

¹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro: Renovar, 15 ed., 2004, p. 568.

² BAPTISTA, Luiz Olavo. Empresa Transnacional e Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 17.

³ Idem, ibidem.

minuciosas quanto às estratégias de vendas, produção e outras. Além do controle exercido através da maioria votante, há outras formas, como, por exemplo, os acordos de transferência de tecnologia, ou outras técnicas contratuais⁴.

Algumas organizações internacionais também contribuíram para a conceituação da ETN, bastante em virtude da preocupação de Estados em tratar da matéria no âmbito não apenas nacional, mas internacional⁵. Uma destas foi a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que, em 2011, editou as Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais. Trata-se de documento que contém recomendações governamentais às empresas, de caráter não vinculante e com o objetivo principal de assegurar que a operação das multinacionais esteja de acordo com as políticas governamentais. Esse documento entende que:

Uma definição exata de empresa multinacional não é necessária para os propósitos das Diretrizes. Essas empresas operam em todos os setores da economia. Geralmente, são companhias ou outras entidades estabelecidas em mais de um país e ligadas entre si de forma a coordenarem as suas atividades de diversas maneiras. Embora uma ou mais destas entidades possa exercer uma influência significativa sobre as atividades das outras, o grau de autonomia de cada uma dentro da organização pode, no entanto, variar muito consoante a multinacional em questão. O capital social pode ser privado, estatal ou misto(...)⁶

Dentre as diversas conceituações, observa-se que há certo padrão entre as definições apresentadas por Luiz Olavo Baptista e pela OCDE. As tentativas de conceituar essa entidade, em geral, salientam alguns aspectos: i) o estabelecimento da empresa em mais de um país; ii) o vínculo nem sempre jurídico entre estas empresas, isto é, o que Baptista caracteriza enquanto *controle central unificado* e a OCDE pontua mediante a expressão *ligadas entre si e influência significativa sobre as atividades das outras*; iii) A *estratégia global* salientada por Baptista é similar à descrição da OCDE que as ETNs *coordenam suas atividades de diversas maneiras*.

1.3 Formas de atuação empresarial transnacional

Diante da problemática anteriormente exposta, entende-se que a conceituação precisa nem sempre é tida como necessária, e não necessariamente leva em conta fatores jurídicos. Consequentemente, a ótica volta-se às suas formas de atuação, classificadas pela literatura a

⁴ *Idem*, p. 18.

⁵ BARZA, Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro; GUIMARÃES, Marcelo Cesar. A Atuação Empresarial Transnacional: Conceito, Formas de Atuação, Efeitos e Perspectivas para a Regulamentação. Revista Acadêmica Faculdade de Direito do Recife, Recife, n. 2, jul./dez. 2015. P. 68. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/1672/1472>>. Acesso em 20 outubro 2019.

⁶ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais. OECD Publishing, 2011. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional/diretrizes-da-ocde-para-empresas-multinacionais>>. Acesso em 18 outubro 2019.

partir da: atuação direta e indireta (i) e atuação através de atos permanentes e isolados (ii).

1.3.1 Atuação direta e indireta

No que tange à primeira classificação, na atuação direta, o exercício da atividade empresarial está relacionado ao reconhecimento da personalidade jurídica no país em que a empresa atua. No Brasil, tal procedimento pode se dar através de um pedido de licença para atuação mediante a criação de uma filial, que por sua vez passará a atuar no território nacional enquanto sociedade estrangeira⁷.

Sobre a filial, Maristela Basso salienta que a personalidade jurídica da filial depende da matriz, ou seja, é um “desdobramento administrativo-empresarial, descentralizado da matriz, que opera de maneira habitual e regular na mesma atividade econômica, com capital próprio, porém sem possuir personalidade jurídica independente”⁸.

Por outro lado, ainda na atuação caracterizada como direta, além do formato de filial, também é possível a criação de subsidiárias. Segundo o direito brasileiro, subsidiária é a empresa constituída segundo as leis brasileiras, tendo sede administrativa no Brasil, mas que as quotas/ações sejam de titularidade de pessoa jurídica não residente⁹.

Ocorre que quando há sociedade brasileira, mas cuja proporção do capital social é estrangeiro é tão próxima da totalidade, a caracterização da ETN enquanto atuação direta começa a ter poucas distinções de um agir indireto¹⁰. Parte da doutrina sugere então que se trataria de filiais disfarçadas, de modo que Luiz Olavo Baptista discorre que já haveria um exercício indireto da empresa no país:

Assim, nem por ter a FIAT constituído uma sociedade por ações na Argentina, de que a FIAT SPA é a maior acionista, a primeira gozaria da independência usual nas sociedades isoladas. Nem por isso, dizem esses autores, o ato praticado pela FIAT SPA, criando a pessoa jurídica argentina, seria isolado. Entendem que a criação das subsidiárias concretiza verdadeira fraude ao direito nacional do país, pois, do ponto administrativo, há uma subordinação entre a matriz e a subsidiária idêntica à que um departamento ou unidade de produção tem, dentro da mesma sociedade. (...) ¹¹

A descrição apontada por Basso e Batista evidencia que a atuação direta e a indireta se imiscuem, demonstrando certa limitação da caracterização, uma vez que a depender da proporção no capital social. Logo, a atuação da ETN pode ficar “disfarçada” de empresa nacional mas, na realidade, havendo uma relação de dependência com sociedade no exterior.

⁷ BASSO, Maristela. *Joint ventures: manual prático de associações empresariais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3 ed. 2002, p. 64.

⁸ *Idem*, p. 65.

⁹ SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil no direito internacional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 108.

¹⁰ BASSO, 2002, p. 66.

¹¹ BAPTISTA, 1987, p. 95.

Segundo Maristela Basso, nesse caso, não se trata mais de atuação direta, mas sim de verdadeira atuação indireta da ETN¹².

No caso da atuação indireta, a empresa passará a atuar em um país distinto de seu país de origem, em geral se associando a uma empresa local. Há, conseqüentemente, a associação do capital nacional com o capital estrangeiro com o fito de partilha dos riscos da atividade empresarial¹³. No Brasil, tal atuação se dá geralmente por meio dos consórcios de empresas e/ou da formação de *Joint Ventures*.

Nota-se que os consórcios de empresas estão positivados na legislação brasileira. Na Lei de Sociedades Anônimas (Lei 6.404/1976) o Artigo 178 dispõe que “as companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento”, salientando, porém, que “o consórcio não tem personalidade jurídica”¹⁴. Não há requisitos à nacionalidade, de forma que se pode pensar em um consórcio internacional. Por outro lado, a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993) também prevê o consórcio, mas seu parágrafo 1º ressalva que “no consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira”¹⁵.

Uma observação, nesse ponto, é que a própria Lei de Sociedades Anônimas dispõe que o consórcio não terá personalidade jurídica. Tal constatação apresenta exatamente um traço distintivo entre a atuação indireta e a atuação direta: a criação ou não de uma entidade com personalidade jurídica.

Também há a possibilidade de criação de uma *Joint Venture*. Essa expressão designa um mecanismo contratual de associação empresarial entre empresas, as quais se associam com o intuito de realizar um empreendimento conjunto¹⁶.

Em regra, é possível classificar a *Joint Venture* como nacional quando a associação é formada entre empresas de mesma nacionalidade e, diferentemente, internacional na medida em que há duas ou mais empresas de nacionalidades distintas envolvidas no empreendimento comum¹⁷.

Basso salienta, contudo, a dificuldade de adequar a *Joint Venture* internacional ou

¹² BASSO, 2002, p. 66.

¹³ Nesse momento do trabalho, ainda não é tratada a problemática do que significa o termo *capital*, bem como *investimento*. Tal noção será trabalhada em tópico abaixo.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 17 dezembro 1976.

¹⁵ BRASIL. Lei nº 8.666, de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 22 junho 1993, republicado 6 julho 1994, retificado em 6 julho 1994.

¹⁶ BASSO, 2002, p. 15.

¹⁷ *Idem*, p. 41.

transnacional mediante um conceito fixo, visto que existirá sempre uma ampla margem de imprecisão jurídica ao fazê-lo:

A doutrina tem se empenhado muito na tentativa de definir a *Joint Venture* transnacional ou internacional, com a consciência de que uma tal definição deveria necessariamente ser mais ampla do que a americana. Porém, tal tarefa não tem sido fácil frente à margem de imprecisão inerente às peculiaridades das relações econômicas internacionais.

Assim, enquanto persistem as imprecisões acerca de uma definição clara e precisa de joint venture, transportável para todas as legislações, o melhor é não correr o risco de congelar essa figura em um ou outro instituto conhecido de direito interno (nacional) e considerar que as joint venture são mecanismos de cooperação entre empresas, que não têm forma específica, tendo em vista sua origem e seu caráter contratual: possuem natureza associativa (partilha dos meios e dos riscos), podendo apresentar objetivos e duração limitados ou ilimitados¹⁸.

Aqui não se tem a pretensão de explicar com profundidade as diversas formas associativas que podem constituir um joint venture. Basta que se compreenda tal mecanismo associativo é uma das formas possíveis de atuação da empresa transnacional através da *Joint Venture* internacional, seja de maneira societária (*corporate Joint Venture*) ou não (*non corporate joint venture*).

1.3.2 Atuação por atos permanentes e isolados

Outra classificação da atuação empresarial transnacional é empreendida por Luiz Olavo Baptista, que distingue a atuação permanente da atuação por atos isolados.

Segundo o autor, países têm admitido a atuação das empresas transnacionais por meio da realização de atos isolados em seus territórios. Para que isso ocorra basta que o Estado reconheça a existência da empresa, não sendo necessário que atribua personalidade jurídica naquele território de atuação. Por exemplo, as ETNs podem celebrar contratos diversos, como os de compra e venda, cessões de patentes, tecnologia, entre outros¹⁹.

De outra feita, a atuação permanente das empresas se daria pela criação de filial ou subsidiária. Estas são organizadas segundo a lei do país em que se encontram realizando a atuação permanente, como se originárias daquele país, adotando-se, nesse ponto, teoria denominada hospitalidade perfeita²⁰.

Essa visão converge para o conceito anteriormente exposto relativo às atuações direta e indireta de empresas transnacionais. Luiz Olavo Baptista considera que a criação de filial/subsidiária é manifestação da atuação permanente, forma que também é utilizada para

¹⁸ *Idem*, p. 42.

¹⁹ BAPTISTA, 1987, p. 92/93.

²⁰ *Idem, ibidem*.

caracterizar a atuação direta da ETN. A crítica que pode ser aqui realizada, devida vênia, é a de que a atuação da transnacional no formato de uma pessoa jurídica nem sempre se dará de forma prolongada no tempo (por exemplo, pode-se pensar numa *corporate joint venture* criada apenas para um empreendimento passageiro), além de que o próprio lapso temporal para que ocorra ou não a permanência irá variar no caso concreto.

1.4 Investimento externo direto e indireto

As dificuldades na conceituação da Empresa Transnacional impactaram a maneira como a literatura – e a regulação – vem tratando o tema.

Em relação à sua conceituação, nas palavras de Celso D. de Albuquerque Melo, a tarefa de “conceituação destas empresas é tão difícil que se prefere muitas vezes falar em “investimento estrangeiro”²¹. Segundo Baptista, por outro lado no que se refere à regulação, embora o regime de investimentos inicialmente se referia à proteção do estrangeiro, a “a tônica deslizou da pessoa do investidor para o investimento”²². Em outras palavras, desloca-se a análise da pessoa da Empresa Transnacional para a o investimento estrangeiro ou internacional.

Em face da constatação de que o Direito Internacional passou a analisar a atuação empresarial transnacional não mais da figura do investidor, mas do ponto de vista do investimento, faz-se necessário delinear seus contornos antes de discorrer sobre sua regulação. Similarmente ao que ocorre com a noção de empresa transnacional, investimento internacional também é um termo de complexas características.

Em geral, o investimento está relacionado com a ideia de *movimentação de capitais*. Tal ideia parte do princípio de que há um fluxo de capitais, que inclui o ato de trazer e afetar a uma determinada finalidade (investir e obter retorno/lucro). No caso do investimento internacional, há o dado de que a origem se situa em um país e o destino está em outro país²³.

Baptista traz alguns elementos característicos do investimento. O primeiro deles é a sua natureza: direto ou indireto. Quando o investimento é realizado diretamente em uma atividade produtiva, é denominado de *investimento direto*, caso em que se opera pela tomada do controle, ou pela vontade de participar de forma permanente no capital de uma empresa, exercendo grau de controle ou influência preponderante na gestão desta. Um exemplo do investimento direto dado pelo autor seria a compra por parte da ETN de 55% de ações de uma mina de bauxita no

²¹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Op. Cit, p. 569.

²² BAPTISTA, Luiz Olavo. Os Investimentos Internacionais no Direito Comparado e Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 19.

²³ *Idem*, p. 27/28.

Brasil²⁴.

No contexto internacional, investimento direto significa que a empresa estrangeira tem participação suficiente na empresa local para exercer de maneira significativa a gestão ou o controle²⁵. Segundo o Fundo Monetário Internacional (FMI), Investimento Externo Direto (IED) se relaciona à aquisição de pelo menos 10% das ações com direito a voto em uma empresa por investidores estrangeiros. Ademais, envolveria o interesse duradouro na gestão da empresa e incluiria o reinvestimento dos lucros²⁶.

Na recente versão do Código de Liberalização de Movimento de Capitais, editado pela OCDE em 2019, a forma direta é apresentada como:

I. Investimento direto

Investimento para o propósito de estabelecer relações econômicas duradouras com uma empresa, tal como, em particular, investimentos que deem a possibilidade do exercício de uma efetiva influência na gestão desta:

a. No país afetado por não residentes através de:

1. Criação ou extensão de uma controlada integral, subsidiária ou filial, aquisição do controle de uma empresa existente;
2. Participação em uma nova empresa ou já existente;
3. Um empréstimo de 5 anos ou mais.

B. No exterior por residentes através de

1. Criação ou extensão de uma controlada integral, subsidiária ou filial, aquisição do controle de uma empresa existente;
2. Participação em uma nova empresa ou já existente;
3. Um empréstimo de 5 anos ou mais.²⁷

Por outro ângulo, também há o *investimento indireto*. Este significa que há mera aplicação financeira, a exemplo da compra por parte de ETN, em bolsa, de 5% de uma mina de bauxita no Brasil. No mesmo sentido, fala-se também em investimento de portfólio/carteira, pelo qual não há envolvimento direto na gestão da empresa²⁸.

É importante notar que o traço distintivo entre as duas formas de investimento é o controle, isto é, a possibilidade da empresa estrangeira influenciar na gestão da empresa local.

²⁴ *Idem*, p. 31.

²⁵ COLLINS, David. *An Introduction to International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 3.

²⁶ FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Glossary of Selected Financial Terms*. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/np/exr/glossary/index.asp>>. Acesso em 17 setembro 2019.

²⁷ Tradução livre do original: "I. Direct investment. Investment for the purpose of establishing lasting economic relations with na undertaking such as, in particular, investments which give the possibility of exercising na effective influence on the management thereof: A. In the country concerned by non-residents by means of: 1. Creation or extension of a wholly-owned enterprise, subsidiary or branch, acquisition of full ownership of na existing enterprise; 2. Participation in a new or existing enterprise; 3. A loan of five years or longer. B. Abroad by residentes by means of: 1. Creation or extension of a wholly-owned enterprise, subsidiary or branch, acquisition of full ownership of na existing enterprise; 2. Participation in a new or existing enterprise; 3. A loan of five years or longer. Em ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Code of Liberalisation of Capital Movements*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/Code-capital-movements-EN.pdf>>. Acesso em: 17 setembro 2019.

²⁸ BAPTISTA, 1998, p. 30.

Ao passo que no investimento externo direto há o envolvimento do investidor na gestão da empresa local, no investimento indireto tal movimento de capitais não possibilita que o investidor participe diretamente na gestão da empresa. Baptista, todavia, pontua que tal distinção na prática é de difícil aceção na prática:

Outra vez a distinção só é fácil nos casos extremos, e é o “*poder de controle*” que será a pedra de toque, permitindo distingui-los.

É o objetivo do investidor que determinará, em última análise, qual a natureza do investimento.

O caminho da bolsa, ou do balcão de negócios das instituições financeiras, pode servir tanto aos investidores chamados “*rendeiros*” (porque almejam receber as rendas do capital, sem se envolver diretamente no processo de produção) como aos investidores “*empreendedores*” que desejam sobretudo participar do processo produtivo²⁹.

Pelas definições empreendidas acima, nota-se que as definições elaboram alguns pontos característicos do investimento direto: o propósito de estabelecer relações econômicas duradouras; e a possibilidade de exercer efetiva influência na gestão, também referido pela característica do controle. Ocorre que a característica de estabelecimento de relação econômica duradoura, também presente na definição do FMI e da OCDE, é caractere de difícil definição, pois a fixação do que é duradouro é algo passível de discussão e variará conforme o caso.

Além do mais, há de se notar que a definição de Investimento Externo Direto (IED), ao ressaltar as características do exercício de influência na administração e estabelecimento de relações duráveis, bastante se aproxima das características da empresa transnacional. A noção de investimento estrangeiro direto, portanto, será utilizada neste trabalho enquanto sinônimo de atuação empresarial transnacional.

Outro ponto a ser observado é que apesar de estabelecidos alguns critérios distintivos, em momento algum se diz quais tipos de capitais são movimentados enquanto investimento. Fala-se em *fluxo de capitais*, todavia, não são definidos *quais são os capitais* objeto de movimentação. Logo, o conceito ainda continua amplo e passível de inúmeras discussões. Talvez essa seja a razão pela qual os tratados internacionais que regulamentam o investimento apresentam definições que, via de regra, têm amplitude considerável, conforme será visto no capítulo seguinte.

Por fim, para além de sua natureza – dada em linhas gerais pela distinção entre investimento direto e indireto – é de se notar que o investimento estrangeiro é aquele oriundo de outro Estado. Há a noção de que o investimento está em trânsito através de fronteiras³⁰. A consequência disso no âmbito do direito é a submissão a regimes jurídicos diversos:

²⁹ *Idem*, p. 31.

³⁰ *Idem*, p. 35.

É preciso, agora, que distingamos os investimentos feitos dentro de um país dos que se operam através de suas fronteiras. Estes são submetidos a um duplo regime jurídico, o do país de destino e o internacional; aqueles, a um único, o do Estado a que se submetem.

No investimento internacional, a par do duplo regime jurídico, há posições e interesses econômicos e jurídicos, diferentes e por vezes conflitantes, do país importador e do exportador de capitais (o qual pode ter legislação sobre a matéria, o que acrescentaria mais um sistema jurídico influenciando aquela operação).³¹

Nessa toada, o tema será aprofundado no Capítulo 2, que discorrerá acerca da regulação do investimento pelo direito internacional, sob a ótica dos tratados bilaterais de investimento.

1.5 Efeitos da atuação empresarial transnacional/investimento

Passa-se, por último, aos efeitos da Empresa Transnacional/Investimento Direto no país que a/o recebe. Notadamente, é possível destacar os principais efeitos na concorrência, fiscais, trabalhistas e na balança de pagamentos, conforme elaborado a seguir.

Em primeiro lugar, as consequências na concorrência podem ser sentidas na medida em que é comum a prática por parte de ETNs de condutas anticompetitivas no país anfitrião, a exemplo da redução de preços com o intuito de lesar outras empresas, prática denominada *dumping*. A atuação de forma lesiva à concorrência pode levar ao fechamento de empresas nacionais, utilizando-se da força econômica para gerar a concentração do mercado³². Por outro lado, a competição pode ser benéfica, na medida em que a ETN não erradica as empresas locais, mas sim promove o aumento da concorrência e, por consequência, torna-se necessário que as locais passem a atuar de forma mais eficiente para se manterem viáveis no mercado³³.

A presença da transnacional, além de pressionar as empresas locais para adotarem práticas de gestão mais produtivas/eficientes, também normalmente resulta em efeitos diretos e indiretos decorrentes da transferência de tecnologia. Collins, por exemplo, cita estudos no Reino Unido no sentido de que as empresas adquiridas por transnacionais tendem a ser mais produtivas logo após a aquisição, quando comparadas com empresas locais³⁴.

O outro lado da moeda, contudo, ocorre com o fechamento de empresas locais, a alegação de que a atuação das empresas transnacionais gera pressão para que ocorra a supressão de direitos trabalhistas, bem como a criação de postos de trabalho precários³⁵. Todavia, é importante lembrar que alguns estudos demonstram que tais críticas nem sempre apresentam

³¹ *Idem*, p. 36.

³² SILVEIRA, Eduardo Teixeira. Op. Cit., p. 48

³³ COLLINS, P. 24

³⁴ *Idem*, *ibidem*

³⁵ SILVEIRA, P. 52/54

precisão acurada, visto que em geral as condições de trabalho e o nível salarial dos empregados são melhores/maiores quando comparados com empresas nacionais³⁶.

Economistas sugerem que o Investimento Externo Direto pode ocasionar mais malefícios à economia quando comparados com os estímulos à economia local. Isso porque nada obstante poder haver a criação de postos de trabalho, estes são em sua maioria mal remunerados e exigem baixa qualificação, situação que se acentua quando as transnacionais deixam o país, ocasionando desemprego e baixa qualificação da população local³⁷.

Esse problema se relaciona com a perda da soberania econômica dos Estado-nacionais. Isso porque, na medida em que as empresas locais são fechadas por decorrência da atuação da transnacional, o Estado se vê na dependência de conceder favores para que esta se mantenha no país. Caso a ETN não continue a operar no país, a mobilidade que esta tem para mudar sua filial/subsidiária para outra localidade (na qual por exemplo, a legislação trabalhista tenha menor rigidez) pode ocasionar, em casos extremos, crises econômicas³⁸.

Diante disso, há de se notar que alguns Estados-nacionais então se veem em uma encruzilhada de ter que conceder favores às ETNs para manter a economia sem colapsar, tendo que então oferecer benefícios para atrair o investimento direto. Esse dilema se relaciona com outro impacto da atuação empresarial transnacional, qual seja, os efeitos sobre a legislação tributária.

Uma importante motivação para a empresa transnacional se instalar em um país é de cunho fiscal, uma vez que as empresas tendem a investir em locais onde há uma carga tributária menos elevada³⁹. Importante observar que governos não apenas se valerá de incentivos fiscais para atrair investimentos, mas também é comum a concessão subvenções de governamentais a empresas privadas⁴⁰.

O impacto dessa atuação na legislação local, não somente em matéria de normas tributárias, é bem explicado por Baptista:

Stephen Himer desenvolveu uma tese segundo a qual todo investidor no exterior é um monopolista ou oligopolista quanto a determinado produto, que investe no exterior para proteger seu mercado. Dessa forma, onde a Ford investir, a GM estaria investindo, onde a Shell investisse, a Exxon estaria presente, e daí por diante. Tratar-se-ia, então, segundo ele, de uma estratégia defensiva, um comportamento oligopolístico.

(...)O caráter defensivo dessa estratégia levaria as empresas a fazer *lobby* junto ao governo dos países hospedeiros – e possivelmente junto ao do seu – para obter regras especiais, de caráter protecionista, tais como barreiras à importação. O início da

³⁶ COLLINS, p. 26.

³⁷ *Idem*, p. 27

³⁸ *Idem, ibidem*.

³⁹ BAPTISTA, 1998, p. 30.

⁴⁰ SILVEIRA, Eduardo Teixeira. Op. Cit, p. 51.

indústria automobilística no Brasil sob a presidência de Juscelino Kubitschek, ou a criação da indústria petroquímica, no governo do General Ernesto Geisel, seriam exemplos do que pode ocorrer⁴¹.

Outro efeito fiscal é a prática do denominado *transfer pricing*. Trata-se do exercício de preços de transferência em negócios realizados pela matriz com a própria subsidiária, havendo o superfaturamento do que aquela vende a esta e o subfaturamento da operação inversa. Silveira entende que com essa prática as “as multinacionais efetuam distribuições disfarçadas de lucros, de forma a reduzir os impostos a serem pagos no país hospedeiro, mediante a alocação de divisa em locais com tributação favorecida”⁴².

De um ponto de vista econômico também é interessante observar o efeito da atuação empresarial transnacional na balança de pagamentos em um país. É possível que em um primeiro momento a entrada de capital ocasione efeito positivo na balança de pagamentos. Contudo, também é notória a evasão de divisas que pode ocorrer após esse momento inicial, uma vez que as empresas tendem a repatriar o capital para seu país de origem⁴³. Portanto, ao invés de contribuir para o equilíbrio da balança, a atuação da ETN decorrente da alocação de investimentos pode contribuir para o desequilíbrio em decorrência da saída de capital⁴⁴.

Em consequência dos diversos efeitos do investimento direto, a atuação empresarial transnacional é fator de debates e controvérsias em todos os governos. Os Estados se veem em um dilema: incentivar a entrada de empresas transnacionais/investimentos no território nacional ou desencorajar seu ingresso, ao extremo de proibir a sua atuação em determinados setores da economia ou garantir monopólios estatais em algumas áreas.

A opção de encorajar/desencorajar a atuação de ETNs é revestida de nuances de caráter político, econômico e ideológico, conforme pontua Luiz Olavo Baptista:

A regulamentação do ingresso e saída de capitais estrangeiros e sua implementação são, assim, consequências diretas dos aspectos políticos e econômicos. Varia no curso do tempo, segundo objetivos, a longo e médio prazos, fixados pelo Estado, por via legislativa, e que são objeto de reajustes menores, a curto prazo, pelo órgão de controle ou fiscalizador.⁴⁵

Dentre as formas políticas de se encorajar o fluxo de investimento, destaca-se a controversa assinatura de tratados bilaterais de investimento. A estrutura destes instrumentos será esmiuçada no capítulo que se segue.

⁴¹ BAPTISTA, 1998, p. 25.

⁴² SILVEIRA, Eduardo Teixeira. Op. Cit., p. 51.

⁴³ *Idem, ibidem*.

⁴⁴ SILVEIRA, Eduardo Teixeira. Op. Cit., p. 55/56.

⁴⁵ BAPTISTA, 1998, p. 17.

2. A REGULAÇÃO DO INVESTIMENTO POR TRATADOS BILATERAIS

2.1 Considerações preliminares

No contexto do dilema entre a atração de investimento e os efeitos da atuação empresarial transnacional, os Estados têm assinados tratados internacionais com o intuito de atrair investimentos e facilitar seu fluxo através de fronteiras transnacionais. Conseqüentemente, convenções internacionais fazem parte da conformação da movimentação do Investimento Externo Direto ao redor do globo, apresentando-se como uma das formas de regulação do IED.

Tendo isso em mente, o presente capítulo abordará a (escassez de) regulação do investimento no âmbito multilateral (2.2) e, em seguida, realizará descrição da estrutura geral de regulação no contexto bilateral, conformada por Tratados Bilaterais de Investimento (2.3).

2.2 Escassez de regulação no âmbito multilateral e contexto regional da América Latina

A regulação do investimento estrangeiro pode ocorrer através de diversas instâncias. No âmbito multilateral, no século XX, destacaram-se as organizações internacionais criadas no contexto dos Acordos de Bretton Woods (1944), sobretudo o FMI e o Banco Mundial. Sob os auspícios deste, há uma instituição cuja especialização é a resolução de controvérsias relativas a investimentos: o *International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, criado pela Convenção do ICSID em 1966⁴⁶. O Brasil, todavia, não aderiu à referida internacional e, conseqüentemente, não participa da resolução de controvérsias perante o ICSID.

A título exemplificativo, também é possível citar a Organização das Nações Unidas, que em uma de suas instâncias, também lida de forma indireta com a temática do investimento estrangeiro. Apesar de não haver editado regras sobre o tema, o Grupo de Trabalho III da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) tem como agenda a condução de estudos para a reforma no sistema de resolução de controvérsias entre

⁴⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. ICSID Convention, Regulation and Rules. Disponível em <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/ICSID-Convention.aspx>> Acesso em 18/09/2019.

investidor-Estado⁴⁷.

Já no panorama da Organização Mundial do Comércio (OMC), também houve tratativas para a criação de regras sobre investimentos. Um dos anexos do Acordo Constitutivo da OMC é o Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio (Acordo TRIMS). O texto desse regramento, conforme o título do próprio documento enuncia, não apresenta regras diretamente relacionadas com o tratamento dos investimentos, sendo endereçado aos Estados-membros da OMC com o objetivo de facilitar o fluxo de capital, abordando a relação comércio-investimento⁴⁸.

Acrescente-se que na OCDE, além das Diretrizes para Empresas Multinacionais e do Código de Liberalização de Movimento de Capitais, em 1995, foram iniciadas negociações para a criação de um tratado global de investimentos: o *Multilateral Agreement on Investment* (MAI). Ocorre que, diante de crescente questionamento, sob o argumento de que o projeto tinha cunho em demasia favorável às empresas e desfavorável aos Estados-nacionais, o projeto foi abandonado em 1998⁴⁹.

No âmbito regional, o panorama da regulação pouco se altera. Destaca-se o sucesso do NAFTA (*North American Free Trade Agreement*), que se caracteriza por ser um grande acordo regional que aborda o comércio e investimento de maneira geral, possuindo um capítulo específico sobre investimento. Por outro lado, a Parceria Transpácífica (*Trans-Pacific Partnership* ou *TPP*), tratado assinado em 2016 entre países do Círculo do Pacífico, incluindo os latino-americanos Chile, México e Peru, não entrou em vigor.

No Mercosul, em 1994 foram assinados dois protocolos sobre investimento, mais especificamente o Protocolo de Colônia para lidar com investimentos extra Mercosul e o Protocolo de Buenos Aires cujo escopo de aplicação era o investimento intra bloco. Apesar da assinatura, ambos os documentos não entraram em vigor, o que em parte é atribuído à ideia de que as garantias contidas nos instrumentos seriam enviesadas em favor dos investidores⁵⁰. A

⁴⁷ COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITOCOMERCIAL INTERNACIONAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) Thirty-fourth session. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS). Viena: 2017. Disponível em: <<https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.142>>. Acesso em: 18 setembro 2019.

⁴⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/1885-omc-acordos-da-omc>> Acesso em: 18 setembro 2019.

⁴⁹ MOROSINI, Fábio. XAVIER JÚNIOR, Ely Caetano Xavier. Regulação do investimento estrangeiro direto no Brasil: da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório. Brasília: Revista de Direito Internacional, v. 12, n. 2, 2015, p. 426. Disponível em <<https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/3586/pdf>>. Acesso em 16/10/2019.

⁵⁰ GABRIEL, Vivian Daniele Rocha Gabriel; COSTA, José Augusto Fontoura. O Mercosul e as Controvérsias sobre Investimentos. Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, Ano 3, nº 5, Março, 2015.

ausência de regulamentação no bloco encontrou uma perspectiva de alteração com a assinatura, em 2017, do Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos Intra-Mercosul (PCFI)⁵¹.

É um contexto, portanto, de regras multilaterais esparsas que, em parte, falham em abordar de maneira detalhada a temática dos investimentos e/ou são restritas a um grupo diminuto de Estados-membros. Observa-se que não há, no contexto do multilateralismo, um regramento detalhado global que aborde garantias e obrigações aos investidores e Estados envolvidos. Por outro lado, em se tratando do âmbito regional sul americano, o PCFI se restringe ao âmbito do Mercosul.

É possível que a ausência de uma regulação no âmbito multilateral seja decorrente da variação com que o tema é abordado de país para país – e de governo para governo - sofrendo notadamente influências políticas, ideológicas e econômicas, naturais em face da complexidade e da gama de interesses envolvidos. Ou, alternativamente, pode também ser levantada a hipótese de que simplesmente as organizações internacionais não têm interesse em regulamentar a temática de maneira detalhada. Luiz Olavo Baptista, ao tratar da ausência de regulação no contexto multilateral, aponta que:

Essa lacuna explica-se por várias razões. Se de um lado definir o investimento é tarefa possível, regulamentá-lo é tarefa difícil, se não impossível, face à diversidade dos interesses em presença, que impedem o consenso entre os Estados, necessário para dar origem aos tratados e ao direito internacional público.

(...) É óbvio que as políticas nacionais dos diversos Países se projetam na negociação e celebração desses acordos. Dessa diversidade resulta certa incoerência⁵².

Em face da ausência de uma regulamentação multilateral do investimento, em conjunto à escassa regulamentação em âmbito regional, se sobressai o bilateralismo. Esclareça-se que o investimento tem sido regulado, em larga maioria, pelos Acordos de Proteção e Promoção Recíproca de Investimentos (APPRI), sobretudo na modalidade dos Tratados Bilaterais de Investimento (TBIs)⁵³. E, de fato, segundo relatório da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), em 2018 havia 3.317 APPRI assinados no globo, dos quais 2.658 estavam em vigor⁵⁴.

Disponível em: <<http://scielo.iics.una.py/pdf/rstpr/v3n5/2304-7887-rstpr-3-05-00267.pdf>> Acesso em: 24 setembro 2019.

⁵¹ BRASIL. Decreto nº 10.027, de 25 de Setembro de 2019. Promulga o Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos Intra-Mercosul, firmado pela República Federativa do Brasil, em Buenos Aires, em 7 de abril de 2017. Diário Oficial da União, Brasília, 26.9.2019.

⁵² BAPTISTA, 1998, p. 42.

⁵³ GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. A proteção jurídica dos investimentos brasileiros no exterior. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 35. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-08112016-131230/pt-br.php>>. Acesso: em 24 setembro 2019.

⁵⁴ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO. World Investment Report 2019 Special Economic Zones. Nova Iorque: United Nations Publications, 2019, p. 99. Disponível em: <https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2019_en.pdf>. Acesso: em 24 setembro 2019.

Diante da constatação de que no âmbito bilateral a modalidade dos Tratados Bilaterais de Investimento é largamente utilizada, importa então conceituá-los. Entende-se como TBI o acordo entre dois Estados soberanos englobando várias proteções ao investimento internacional, com o propósito de estabelecer vínculos econômicos entre os países signatários e, em última análise, promover o desenvolvimento⁵⁵. Os TBIs têm a função de criar ao investidor de um Estado-parte uma série de garantias quando instalado no território do outro Estado-parte⁵⁶. Vivian Rocha Gabriel segue o posicionamento de Salacuse e Sullivan, que entendem que esses tratados têm três objetivos principais:

(i) a promoção, ou seja, o fomento de mais investimentos; (ii) a proteção, que se refere ao amparo ao investidor no caso de ações soberanas que possam interferir em seus direitos de propriedade ou no desenrolar de suas atividades em território estrangeiro e (iii) a liberalização, que se propõe a facilitar a entrada e a operação dos investimentos no Estado receptor⁵⁷.

No que tange ao segundo aspecto acima citado - o aspecto da proteção do investidor - cabe ressaltar que os tratados bilaterais de investimento são principalmente instrumentos de mitigação dos riscos políticos e não riscos comerciais. Isso significa que tais tratados visam dirimir os riscos aos quais os investidores se expõe ao realizar investimentos no exterior em face da ação governamental, a exemplo de nacionalização de ativos e de políticas econômicas e jurídicas desfavoráveis⁵⁸.

Os TBIs são firmados entre dois Estados-nacionais, conformando uma regulação bilateral que será reflexo das particularidades dos Estados-contratantes, inclusive seu poder de negociação na prática. Nada obstante as consequentes distinções entre tratados bilaterais, observa-se uma rede de TBIs elaborada que apresenta regramentos bastante similares, de forma que se pode argumentar pela criação de princípios gerais do direito internacional do investimento. É nesse sentido que salienta Thiago Pedroso de Andrade:

A política atual de promoção do investimento tem se restringido a poucos acordos regionais, como o NAFTA, mas em sua maior parte com fundamento na pressão bilateral em acordos específicos de acordo com os dois países envolvidos e o poder de negociação que lhes seja possível.

A implantação desse fenômeno internacionalizante da defesa dos interesses dos investidores, tem sido protagonizada pelos países exportadores de capital que

⁵⁵ COLLINS, David. Op. Cit., p. 35.

⁵⁶ COSTA JÚNIOR, Orlando José Guterres. Direito internacional dos investimentos e governança: a capacidade regulatória dos Estados conforme tribunais arbitrais de tratados de investimentos. Dissertação (Mestrado_ – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015, p. 28. Disponível em: < <http://www.funag.gov.br/ipri/btd/index.php/10-dissertacoes/3846-direito-internacional-dos-investimentos-e-governanca-a-capacidade-regulatoria-dos-estados-conforme-tribunais-arbitrais-de-tratados-de-investimentos>>. Acesso em 24 setembro 2019.

⁵⁷ SALACUSE, Jeswald W.; SULLIVAN, Nicholas P. Do bits really work?: an evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain. Harvard International Law, Cambridge, v. 46, n. 1, Winter, 2005. Apud GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. Op. Cit., p. 32.

⁵⁸ SILVEIRA, Eduardo Teixeira. Op. Cit., p. 180.

preferem fazê-lo casuisticamente, firmando tratados bilaterais em razão de seu alto poder de negociação causando a formação de uma extensa rede de Acordos Bilaterais de Investimento, que positivam vários desses princípios⁵⁹.

Logo, é possível observar que há um complexo de tratados bilaterais de investimento os quais, de maneira geral, convergem no seu conteúdo, estrutura e finalidade, permitindo sua observação de forma geral. No tocante à estrutura, após o preâmbulo, a primeira seção diz respeito às definições, sendo estas seguidas de padrões de proteção e, por fim, formas de resolução de controvérsias⁶⁰. Passa-se, então, à análise da estrutura e conteúdo dos TBIs.

2.3 Estrutura geral dos Tratados Bilaterais de Investimento

2.3.1 Definições e inclusão de direitos de propriedade intelectual no escopo de TBIs

O primeiro ponto da estrutura dos Tratados Bilaterais de Investimento, após seu preâmbulo é o campo das definições. O tratado normalmente define diversos termos, a exemplo das definições de *investimento* e *investidor*, as quais estabelecem o âmbito de cobertura das proteções contidas no tratado⁶¹. Reside neste campo de grande controvérsia, uma vez que a dificuldade de se definir investimento torna que os TBIs também apresentem definições que, via de regra, são bastante flexíveis, caracterizando-se pela amplitude e por listas exemplificativas⁶². Cabe, em última instância, à redação do tratado abarcar maior ou menor amplitude na definição:

Para, enfim, definirmos investimento estrangeiro direto, prosseguimos a viver com o mesmo problema. Uma definição de investimento estrangeiro direito depende das finalidades e das circunstâncias de cada acordo ou documento jurídico. Embora existam noções arquetípicas de investimentos estrangeiros direto (quando o alienígena aporta capital, administra, exerce atividade produtiva e programa uma presença de longo prazo) e em carteira (pura e simples aquisição de ações ou direitos, sem intenção de administrar ou manter o investimento por longo prazo), o fato é que a prática apresenta uma interminável miríade de variações e, ao fim e ao cabo, a missão do legislador é a de traçar uma linha divisória, a qual, decerto, nem sempre é clara. De acordo com a definição adotada, investimento estrangeiro pode abranger praticamente todos os ativos detidos por estrangeiros no território do outro Estado Contratante (...)⁶³.

Na linha de que o negociador do tratado irá traçar uma linha divisória, a UNCTAD

⁵⁹ ANDRADE, Thiago Pedroso. Aspectos Metodológicos do Direito Internacional do Investimento. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, pp. 53/54. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-15122015-133808/pt-br.php>>. Acesso em: 24 setembro 2019.

⁶⁰ COSTA JÚNIOR, Orlando José Guterres. Op. Cit., p. 28.

⁶¹ GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. Op. Cit., p. 35.

⁶² ANDRADE, Thiago Pedroso. Op. Cit., p. 55.

⁶³ Idem, p. 58.

classifica a definição de investimento em quatro categorias: i) definição ampla baseada em ativos, que engloba qualquer tipo de ativo e geralmente traz uma lista exemplificativa (*asset-based*); ii) definição tautológica (*tautological approach*), que enfoca as características do investimento ao invés de conceituá-lo; iii) definição a partir de um rol fechado de ativos (*closed-list*); iv) definição a partir da técnica de exclusão de certos ativos e operações do escopo do tratado⁶⁴.

Impende esclarecer que a presença de definição ampla de investimentos em TBIs enseja algumas situações problemáticas no tocante à regulação dos investimentos pelo direito internacional e interação com outros sistemas protetivos, a exemplo da proteção da propriedade intelectual. A questão é pontualmente a presença de *direitos de propriedade intelectual* enquanto ativo de investimento protegido por um TBI e, conseqüentemente, sua proteção via direito internacional do investimento.

O problema da proteção de direitos de propriedade intelectual através de acordos de investimento foi abordado, por Fabrício Polido e Lucas dos Anjos à luz do Protocolos de Colônia e Buenos Aires e de alguns casos de arbitragem de investimento⁶⁵. Os autores discorreram sobre a problemática, salientando que:

A inclusão de cláusulas concernentes à proteção de direitos de propriedade intelectual admitidos como ativos de investimento (a exemplo de BITs e do Protocolo de Colônia do MERCOSUL) está em maior evidência na atualidade. Ao lado, portanto, de medidas administrativas e judiciais adotadas por titulares nos Estados nos quais reclama a proteção jurídica de direitos de propriedade intelectual, o recurso à arbitragem internacional de investimentos (arbitragem Estado-investidor) representa alternatiza a satisfazer estratégias ofensivas no campo da propriedade intelectual⁶⁶.

Também observaram a inclusão de cláusulas relativas à propriedade intelectual enquanto investimento protegido por tratados Carlos Correa e Jorge Viñuales⁶⁷. Os autores analisam a proteção de direitos de propriedade intelectual por acordos de investimento sob a ótica dos dispositivos que definem investimento, ou seja, as disposições dos tratados que dão entrada ao regime protetivo dos acordos (pelos autores denominadas de *gate-provisions*):

⁶⁴ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO. Bilateral Investment Treaties 1995-2006: trends in investment rulemaking. Nova Iorque e Genebra: Nações Unidas, 2007, pp. 7-11. Disponível em: <https://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf>. Acesso em 24 setembro 2019.

⁶⁵ POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; ANJOS, Lucas Costa. Acordos de investimento e a proteção de direitos de propriedade intelectual: relação natural, ou casamento de conveniência? Reflexões sobre experiências do MERCOSUL e do Nafta. RSTPR: Assunção, v. 4, n. 8, Aug. 2016, p. 281-305. Disponível em: <http://scielo.iics.una.py/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-78872016000800281&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 24 setembro 2019.

⁶⁶ Idem, p. 289.

⁶⁷ CORREA, Carlos; VIÑUALES, Jorge E. Intellectual Property Rights as Protected Investments: How Open are the Gates? Oxford: Journal of International Economic Law, 2016, 19, p. 91-120. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jiel/article/19/1/91/2357950>>. Acesso: em 24 setembro 2019.

Essa questão [da proteção de direitos de propriedade intelectual através da definição de investimento] não tem recebido tanta atenção ao passo que a maior parte da literatura foca em mapear as referências a Direitos de Propriedade Intelectual em tratados de investimento ou na proteção substantiva garantida aos direitos de propriedade intelectual pelas regulamentações do investimento. Ainda assim, o ponto intermediário entre esses dois estágio, isto é, as provisões que formam o ‘portão’ para a proteção nos Acordos Internacionais de Investimento ainda restam ser analisadas. Diferentes entendimentos sobre a interação dessas disposições são possíveis e cada um apresenta implicações jurídicas importantes⁶⁸.

A partir da análise das definições de investimento em acordos internacionais, Correa e Viñuales entendem que há três abordagens nessa definição: i) delegação (*delegation*); ii) autonomia (*autonomy*); iii) articulação (*articulation*).

A primeira abordagem se caracteriza pela delegação ou referência às leis domésticas que definem os direitos de propriedade intelectual. A segunda abordagem considera que termos como *investimento* e *direitos de propriedade intelectual* têm um sentido autônomo no direito internacional, desconectado do direito interno. Por fim, pela última abordagem, a articulação considera as *gate-provisions* enquanto um verdadeiro complexo de camadas regulatórias internacionais e internas, as quais devem ser articuladas no sentido de determinar a entrada ao regime protetivo do acordo de investimento⁶⁹. Veja-se cada uma das abordagens.

Pela abordagem da delegação, há dois modelos possíveis: a) referência (*referral*); b) dependência (*reliance*).

De acordo com o modelo da *referência*, a legislação doméstica terá um papel controlador. Isso significa que o direito internacional fará uma referência ao direito interno, o que tornará o conteúdo daquele variável a depender do que dispõe este último. Exemplo de tal modelo é um dispositivo que descreve os direitos de propriedade intelectual enquanto aqueles *reconhecidos pelos direitos internos de ambas as partes contratantes*⁷⁰.

Por outro lado, de acordo com o modelo da *dependência* há o reconhecimento da possibilidade de sobreposições entre os regimes de investimento e propriedade intelectual mas, não cabe ao direito internacional apresentar uma regulamentação aprofundada nas matérias entre pessoas privadas. Exemplo desse segundo modelo ocorre quando o tratado faz referência a conceitos como *propriedade tangível* e *intangível*, que são definidos pelo direito interno⁷¹.

⁶⁸ Tradução livre do original: “This question has been rather neglected so far with most of the literature focusing on either mapping the references to IPRs in investment agreements or on the substantive protection afforded to them by investment disciplines. Yet, the intermediate step between these two stages or, in other words, the provisions forming the ‘gate’ to the protective framework of the IIA remain to be systematically analysed. Different understanding of the interactions among such provisions are possible and each has its own non-trivial legal implications.” *Idem*, p. 92.

⁶⁹ *Idem*, p. 95.

⁷⁰ *Idem*, p. 96.

⁷¹ *Idem*, p. 97.

A diferença entre os dois modelos é sutil, residindo em que pelo modelo da dependência a caracterização do investimento será, no final das contas, dada pelo tratado no âmbito do direito internacional:

A definição de diferentes formas de propriedade tangível e intangível é um exemplo importante de nossa discussão. De fato, a definição do que consiste um direito de propriedade é uma matéria pela qual o direito internacional depende do direito interno. A especificidade do modelo da dependência quando comparado com o modelo da referência é que, no primeiro, o direito internacional delega a caracterização de um ativo ou uma transação para o direito interno mas continua a ser o último a caracterizá-lo enquanto um ‘investimento’⁷².

A segunda abordagem – da autonomia ou *autonomy* - contém três modelos: a) criação de direitos de propriedade intelectual; b) obrigação de estabelecer direitos de propriedade intelectual; c) independência conceitual.

O primeiro modelo, na realidade, tem nomenclatura controversa. Não há, em verdade, a *criação* de direitos de propriedade intelectual, mas uma variação de modelos. Essa variação vai desde o reconhecimento de um direito no âmbito internacional independentemente do reconhecimento pelo direito interno (o que seria a suposta criação de direitos de propriedade intelectual) até a noção oposta de que o termo *criação* se refere apenas à proteção de certos ativos (por exemplo, proteção contra a biopirataria). Em um meio termo, há obrigação do Estado em criar novos direitos (obrigação de estabelecer direitos de propriedade intelectual)⁷³.

Já o modelo da independência conceitual tem sua fundamentação no argumento de que há uma definição geral de certos direitos de propriedade intelectual. Essa definição geral seria a mesma para todos os casos envolvendo o mesmo tratado, não levando em conta o direito interno do país receptor na definição de um determinado direito de propriedade intelectual⁷⁴.

Por fim, a terceira abordagem – articulação ou *articulation approach* - apresenta três modelos: a) definições baseadas em empresa (*enterprise-based*); b) definições baseadas em ativos qualificadas (*qualified asset based*); c) definições baseadas em ativos não qualificadas (*unqualified asset-based definitions*).

O modelo da *definição baseada em empresa* requer que haja o estabelecimento ou

⁷² Tradução livre do original: “The definition of different forms of tangible and intangible property is an important example for our discussion. Indeed, the definition of what constitutes a property right is a matter for which international law relies on domestic law. The specificity of the reliance model as compared to the referral model is that, under the former, international law delegates the characterization of an asset or a transaction to domestic law but retains its final characterization as an ‘investment’.” Em em CORREA, Carlos; VIÑUALES, Jorge E. Intellectual Property Rights as Protected Investments: How Open are the Gates. Oxford: Journal of International Economic Law, 2016, 19, pp. 97. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jiel/article/19/1/91/2357950>>. Acesso em 24/09/2019.

⁷³ *Idem*, p. 102/103.

⁷⁴ *Idem*, p. 104.

a aquisição de um empresa no país anfitrião, o que corresponde ao conceito de investimento externo direto. Tal estabelecimento/aquisição é necessário para que o país anfitrião garanta ao investidor proteção de seu investimento, ou seja, proteção aos ativos de propriedade da empresa. Exemplo de tal modelo é a definição que iguala o investimento à constituição de uma empresa segundo as leis do Estado anfitrião, listando logo após os ativos protegidos. Ademais, uma variação de tal modelo é a que requer que o investimento tenha uma operação substancial no território do Estado receptor, ou requeira a constituição de relações econômicas de longo prazo⁷⁵.

Em relação aos modelos de *definição baseada em ativos*, haverá duas opções. Ou este tratará o investimento através de uma lista de ativos protegidos (definição baseada em ativos não qualificada), ou é possível que o tratado disponha que certas condições adicionais – além do simples rol de ativos – que têm de ser preenchidas para que a cobertura do tratado seja possível (*definição baseada em ativos qualificada*). Pode-se apontar requisitos de qualificação do tipo *gestão e/ou operações substanciais no país receptor, expectativa de ganho, assunção do risco*⁷⁶.

Dessa forma, no campo prático a diferença entre esses dois últimos modelos é que caso o investidor seja titular de um direito de propriedade intelectual, pelo primeiro modelo já teria direitos à proteção dada pelo acordo, enquanto pelo segundo modelo o investimento teria que preencher requisitos adicionais. Explicam os autores referenciados que:

(...) a mera aquisição de algum desses direitos não preencheria desde logo as condições relativas ao ‘comprometimento do capital ou outros recursos’ ou a assunção do risco. (...) Pode ser concluído, portanto, que uma patente, marca registrada ou outro direito de propriedade intelectual não constitui investimento protegido na ausência de fatores qualificadores⁷⁷.

Em conclusão aos modelos apresentados, Correa e Viñuales se posicionam no sentido de que a abordagem mais adequada para se definir investimento em tratados internacionais é a da *articulação*, sobretudo no que toca a problemática dos direitos de propriedade intelectual. Notadamente, as melhores abordagens dentro do referido modelo seriam as de definição baseada no conceito de empresa e a definição de ativos qualificada⁷⁸. Isso porque esses modelos seriam capazes de vincular a proteção de direitos de propriedade intelectual a transações que englobem presença real do investimento e contribuição para o desenvolvimento local:

As definições baseada em empresa e, em menor alcance, as definições baseadas em ativos qualificadas condicionam a proteção de direitos de propriedade intelectual a

⁷⁵ Idem, p. 108.

⁷⁶ Idem, p. 109.

⁷⁷ Idem, p. 112.

⁷⁸ Idem, p. 120

sua fixação em uma transação mais ampla. Tal transação implica em uma contribuição real e presença do investimento (por exemplo, na forma de pesquisa e desenvolvimento e/ou atividades de manufatura no Estado receptor), bem como sua recepção pelo direito interno (tanto em termos de existência quanto validade)⁷⁹.

2.3.2 *Padrões de tratamento*

Uma vez ultrapassados que o investimento está dentro do escopo da definição dos tratados, é dado acesso à proteção por meio de padrões de tratamento. Isto é, podem ser acionados os dispositivos que protegem os investimentos enquanto direitos substantivos conferidos ao investimento instalado no país anfitrião.

Nesse contexto, esses padrões de tratamento podem ser divididos em padrões absolutos e relativos. Os absolutos estabelecem formas pelas quais os investimentos devem ser tratados sem que seja preciso realizar uma comparação com outros investimentos (a exemplo do tratamento justo e equitativo). Já os padrões de tratamento relativos pressupõem uma análise comparativa da maneira com que outros investimentos são tratados (por exemplo, o tratamento da nação mais favorecida e o tratamento nacional)⁸⁰. Cumpre, então, destacar alguns destes.

Dispositivos tradicionalmente comuns no tratamento dos Tratados Bilaterais de Investimento são aqueles sobre expropriação, concernente à proteção da propriedade do investidor no exterior. Aqui, há de se diferenciar a expropriação direta, quando existe a transferência de propriedade dos ativos, da expropriação indireta, padrão este de contornos menos definidos e que geralmente diz respeito à redução do valor do investimento⁸¹.

Também é usual que haja menção ao Tratamento Justo e Equitativo (*FET* ou *Fair and Equitable Treatment*). Esse padrão, normalmente, é definido de maneira ampla, sem que haja um escopo ou conteúdo de sua definição. Esta está associada à garantia se refere à maneira pela qual o Estado receptor aplica suas leis, à transparência no tratamento do Estado para com o investidor e, também, ao devido processo legal⁸².

A amplitude apresentada pelos vocábulos *justo* e *equitativo* é objeto de grande controvérsia tanto na literatura quanto em decisões arbitrais. Parte da doutrina entende que se trata de mero reflexo ao padrão mínimo internacional do tratamento do estrangeiro, conceito oriundo do direito internacional costumeiro. Posição distinta entende que o referido tratamento possui um conceito autônomo no direito internacional, relacionado aos conceitos de justiça,

⁷⁹ Tradução livre do original: “Enterprise-based definitions of investment and, to a lesser extent, qualified asset-based definitions condition the protection of IPRs to their embeddedness in a wider transaction, entailing a real presence and contribution of the investment (e.g. location in the form of R&D and/or manufacturing activities in the host State) as well as their reception in domestic law (both in terms of recognition and legality). Idem, ibidem.

⁸⁰ GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. Op. Cit., p. 38.

⁸¹ Idem, ibidem.

⁸² COLLINS, David. Op. Cit., p. 125.

equidade e boa-fé⁸³.

Independentemente da posição, a amplitude e vagueza deste padrão tornam os tribunais arbitrais responsáveis por delinear suas nuances a depender das peculiaridades dos casos concretos. Dessa abertura conceitual também decorrem críticas ao padrão de tratamento, que discorrem no sentido de que a sua amplitude, somada à ausência de uma teoria dos precedentes no direito internacional do investimento, geraria inconsistência em termos de aplicação.

Outro dispositivo bastante controverso é a denominada cláusula guarda-chuva (*umbrella clause*), padrão de tratamento pelo qual se requer que o Estado anfitrião do investimento respeite qualquer obrigação assumida em relação aos investimentos/investidores do outro Estado-parte⁸⁴. Por exemplo, é possível pensar em um contrato de investimento em que o Estado assume certas obrigações, ou um contrato de concessão, sendo estas obrigações protegidas no âmbito do TBI por tal padrão de tratamento.

Normalmente, os contratos firmados pelo governo são discutidos em foro de direito interno, e sua violação não constitui violação no âmbito do direito internacional. Tal dispositivo então apresenta a função de elevar quebras de contratos – estes firmados entre investidor e o Estado anfitrião– ao plano de violação do TBI. A cláusula guarda-chuva, portanto, tem o efeito principal de levar a um tribunal internacional um pleito que, usualmente, seria resolvido por meio de foros domésticos de resolução de controvérsias⁸⁵.

A referida cláusula tem se mostrado problemática em decorrência de sua amplitude, sobretudo em relação a quais obrigações estariam dentro da cobertura da cláusula – se contratuais, apenas, ou decorrentes de ações governamentais legislativas e, até violações a tratados internacionais – e pela possibilidade da instauração de procedimentos paralelos. Consequentemente, alguns tratados de investimento as têm omitido⁸⁶.

2.3.3 Resolução de controvérsias

Em adição aos padrões de tratamentos substantivos, há previsões no tocante à resoluções de eventuais controvérsias. Normalmente, a maioria das previsões refere-se ao procedimento de arbitragem entre investidor e Estado anfitrião (arbitragem Investidor-Estado, *Investor-State*

⁸³ GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. Op. Cit., p. 38.

⁸⁴ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO. UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime. Nova Iorque e Genebra: United Nations Publications, 2018, p. 45. Disponível em <<https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1190/unctad-s-reform-package-for-the-international-investment-regime-2018-edition>> Acesso em 29 setembro 2019.

⁸⁵ COLLINS, David. Op. Cit., p. 147.

⁸⁶ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO, 2018. Op. Cit., p. 45.

Dispute Resolution ou *ISDS*). Em linhas gerais, trata-se de mecanismo de solução de controvérsias pelo qual o investidor pode acionar diretamente o Estado anfitrião perante um tribunal de arbitragem de investimento, a exemplo do ICSID⁸⁷.

Esclareça-se que o sistema resolução de controvérsias vem sofrendo, atualmente, uma crise de legitimidade. Na medida em que torna possível a não utilização das cortes locais e garante a estrangeiros tratamentos melhores quando comparados aos investidores locais, a arbitragem investidor-Estado se depara com questionamentos sobre sua relação com a soberania estatal⁸⁸. Ademais, há outros argumentos contrários à arbitragem investidor-Estado, tais como: i) gera riscos financeiros ao Estado; ii) falha em termos de consistência de suas decisões; iii) não possui legitimidade, ao passo que é baseada na arbitragem comercial e possui questionamentos à imparcialidade e independência dos árbitros; iv) tem pouco valor agregado quando o sistema das cortes locais funciona bem e, conseqüentemente, este último poderia resolver controvérsias do investidor⁸⁹.

Mecanismo alternativo à arbitragem investidor-Estado é arbitragem Estado-Estado, de utilização mais escassa nos tratados bilaterais de investimento, por meio da qual a controvérsia terá sua resolução no âmbito intergovernamental⁹⁰. Tal mecanismo se aproxima da proteção diplomática, uma vez que sua operação depende do investidor acionar o Estado de origem para que este, por sua vez, acione o outro Estado-parte⁹¹.

Vale ressaltar que geralmente os TBIs apresentam mecanismos de resolução alternativas de disputas. Exemplo destes são as disposições sobre prevenção de controvérsias, negociação e conciliação. É comum que tais acordos estabeleçam um período mínimo obrigatório de negociações, prévio à instauração da arbitragem e obrigatório (*cooling-off period*), que uma vez exaurido dá ensejo à utilização do mecanismo jurisdicional da arbitragem⁹².

⁸⁷ MESQUITA, Alebe Linhares. Os Acordos Bilaterais de Investimento. In: THORSTENSEN, Vera; MESQUITA, Alebe Linhares; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. A Regulamentação Internacional do Intestimento Estrangeiro: Desafios e Perspectivas para o Brasil. São Paulo: VT Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda., 2018, p. 28. Disponível em: <<https://ccgi.fgv.br/sites/ccgi.fgv.br/files/u5/Livro%20-%20Vers%C3%A3o%20Final.pdf>>. Acesso em: 19 outubro 2019.

⁸⁸ COLLINS, David. Op. cit, p. 214-215.

⁸⁹ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO, 2018. Op. Cit., p. 48.

⁹⁰ MESQUITA, Alebe Linhares. Op. Cit., p. 28.

⁹¹ GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. Op. Cit., p. 38.

⁹² *Idem, ibidem*.

3. A CONVERGÊNCIA ENTRE OS REGIMES DE DIREITO INTERNACIONAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E DIREITO INTERNACIONAL DO INVESTIMENTO NO CASO PHILIP MORRIS VS. URUGUAI

3.1 Considerações preliminares

No capítulo anterior foram abordadas definições, padrões de tratamento e resolução de controvérsias no âmbito do direito internacional do investimento, este visualizado como um recorte do direito internacional público conformado por tratados bilaterais. Esse sistema converge, sobrepõe-se com outros sistemas protetivos no direito internacional, a exemplo da convergência entre investimento e direitos de propriedade intelectual. Em geral, no âmbito multilateral, a propriedade intelectual é regulada por tratados específicos, a exemplo do Acordo Sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (Acordo TRIPS).

Ocorre que na medida em que os TBIs consideram *direitos de propriedade* intelectual enquanto inclusos na definição de *investimento*, é possível tratar daqueles através não mais do direito internacional da propriedade intelectual, mas no contexto do controvérsias de investimento. Esse detalhe específico da definição, nos TBIs, dá abertura para pleitos de violação de acordos de investimento envolvendo direitos de propriedade intelectual, a exemplo do ocorrido no caso Philip Morris vs. Uruguai⁹³. Nesse contexto, este capítulo abordará o caso em comento (3.2) e tecerá algumas considerações sobre a problemática dos direitos de propriedade intelectual dentro da definição dos TBIs, em referência ao que a literatura especializada vem abordado acerca da matéria (3.3).

3.2 Caso Philip Morris v. Uruguai

3.2.1 Contexto fático da controvérsia

No caso em questão, em fevereiro de 2010 as sociedades empresárias da indústria tabagista *FTR Holding S.A.*, *Philip Morris Products S.A.* e *Abal Hermanos S.A.* apresentaram Requerimento de Arbitragem em face da República Oriental do Uruguai. O requerimento foi

⁹³ INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay (ICSID Case No. ARB/10/7). Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB%2f10%2f7>>. Acesso em: 08 outubro 2019.

apresentado ao ICSID e realizado tendo como fundamento no Tratado Bilateral de Investimento entre a Suíça e o Uruguai (TBI Suíça-Uruguai), uma vez que a Suíça era o local de constituição das duas primeiras sociedades⁹⁴. Faz-se necessário, diante disso, analisar contexto fático que levou à instauração de arbitragem.

Esclareça-se que a legislação uruguaia até o ano de 2008 previa que as embalagens de cigarros não poderiam conter elementos que fizessem referência a determinado produto ser menos prejudicial à saúde do que os demais (a exemplo da inclusão de palavras *light* ou *mild*). Em 2008, contudo, houve uma mudança na legislação uruguaia mediante o Decreto 287/009 e da *Ordinance* 514. Essa modificação introduziu dois novos requerimentos para as embalagens do produto: em primeiro lugar, as embalagens de cada marca só poderiam ter uma única apresentação (*Single Presentation Requirement* ou SPR); em segundo lugar, também foi determinado que 80% da embalagem teria que conter imagens e alertas relacionados aos perigos do tabagismo, enquanto os 20% restantes ficavam livres para a colocação de sinais distintivos (*80/80 Requirement*).

Diante disso, os Requerentes, em 2010, alegaram ser detentores de marcas registradas no Uruguai, que seriam licenciadas para utilização por Abal Hermanos no país e, ademais, constituiriam investimentos substanciais realizados pelo grupo no país. Os requerentes então deram início ao procedimento sob o argumento de que a nova legislação os teria privado de seus investimentos, dentre os quais estaria a propriedade intelectual consubstanciada nas marcas registradas de titularidade da Philip Morris e licenciadas a Abal Hermanos⁹⁵.

Após a apresentação de memoriais em sede de preliminar de mérito, em julho de 2013 foi proferida decisão de jurisdição, na qual o tribunal declarou ser competente para conhecer a controvérsia⁹⁶. O procedimento então prosseguiu com a apresentação das alegações das partes em sede de mérito e, em julho de 2016 o tribunal proferiu sentença não acolhendo o pleito dos requerentes⁹⁷.

Do requerimento de arbitragem se extrai a base do argumento dos requerentes. Em síntese, os requerentes argumentaram que as medidas legislativas violaram o TBI Suíça-

⁹⁴ LALIVE. Request for Arbitration, 19 february 2010, Genebra, p. 5. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0343.pdf>>. Acesso em 08 outubro 2019.

⁹⁵ *Idem, ibidem*.

⁹⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. Decision on Jurisdiction (ICSID Case ARB/10/7). Washington D.C.: 2 July 2013. Disponível em <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1531.pdf>>. Acesso em 09 outubro 2019.

⁹⁷ INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. Award (ICSID Case ARB/10/7). Washington D.C.: July 8, 2019. Disponível em: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C1000/DC9012_En.pdf>. Acesso em 09 outubro 2019.

Uruguai nos seguintes pontos: a) proibição de expropriação indireta conforme o artigo 3(1) do tratado; b) tratamento justo e equitativo consoante o artigo 3(2); c) comprometermos firmados com o investimento de investidores Suíços conforme o artigo 11 do TBI. Com fundamento nesses argumentos, os requerentes visaram, dentre outras providências, que o tribunal arbitral determinasse a suspensão da referida legislação e o pagamento de compensação⁹⁸. A seguir, empreende-se uma descrição do argumento dos requerentes e contra-argumentos dos requeridos.

3.2.2 Principais controvérsias em relação ao TBI e à propriedade intelectual

Os requerentes sustentaram, em primeiro lugar, que teria havido uma *expropriação indireta* de sua propriedade no Uruguai, incluindo suas marcas registradas que teriam seu uso restringido pelos requisitos da legislação uruguaia. Segundo os Requerentes, o ponto de partida para o pleito de expropriação é o artigo 5 do TBI, que dispõe:

(1) Nenhuma das Partes Contratantes deverá tomar, seja direta ou indiretamente, medidas de expropriação, nacionalização ou qualquer outra medida tendo a mesma natureza ou o mesmo efeito contra investimentos pertencentes a investidores da outra Parte Contratante, a não ser que essas medidas sejam tomadas para o benefício público conforme disposto em lei, em uma base não discriminatória e segundo o devido processo legal, e desde que providências sejam tomadas para efetiva e adequada compensação(...)⁹⁹.

Com fundamento nesse artigo, os requerentes sustentaram que, no caso da expropriação indireta, não seria necessária a tomada de propriedade, bastando que o Estado interferisse no uso, disposição e benefícios do investimento, inclusive em relação a bens intangíveis (por exemplo, propriedade intelectual). Diante disso argumentaram que a modificação na legislação uruguaia, por meio das medidas SPR e 80/80, expropriaria indiretamente as marcas registradas e restringiria benefícios da propriedade (por exemplo, os Requerentes alegaram ter tirado de circulação as variantes cigarro *Malboro Fresh Mint*, *Malboro Gold*, *Malboro Red* e *Malboro*

⁹⁸ LALIVE. P. 32.

⁹⁹Tradução livre do original: “(1) Neither of the Contracting Parties shall take, either directly or indirectly, measures of expropriation, nationalization or any other measure having the same nature or the same effect against investments belonging to investors of the other Contracting Party, unless the measures are taken for the public benefit as established by law, on a non-discriminatory basis, and under due process of law, and provided that provisions be made for effective and adequate compensation. The amount of compensation, interest included, shall be settled in the currency of the country of origin of the investment and paid without delay to the person entitled thereto”. ACORDO entre a Confederação Suíça e a República Oriental do Uruguai em matéria de Promoção e Proteção de Investimentos = Agreement between the Swiss Confederation and the Oriental Republic of Uruguay on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments. Berna: 7 Outubro 1988. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3121/download>>. Acesso em: 09 outubro 2019.

Blue, integrantes da linha *Malboro*)¹⁰⁰.

Acerca do argumento de expropriação indireta, o Uruguai argumentou que as alterações legislativas haviam sido um exercício de soberania e de poder de polícia estatal em boa fé. O artigo 5º do TBI traria mero requisito para a exceção de responsabilidade no caso de expropriação. Antes mesmo de verificar seus requisitos, teria que se verificar se os atos foram uma *medida de expropriação*, que por sua vez estariam ligadas à natureza do ato: o exercício do poder de polícia de forma não discriminatória e em boa-fé não seria considerada uma medida expropriatória. Ainda que não se considerasse dessa forma, argumentou o requerido que somente haveria expropriação indireta se as medidas houvessem diminuído substancialmente os negócios dos Requerentes. Por fim, ainda argumentou o Uruguai que os Requerentes não possuiriam marcas registradas no país, de forma que nada haveria para se expropriar¹⁰¹.

Em segundo lugar, segue-se discussão sobre suposta violação do *tratamento justo e equitativo*. O ponto de controvérsia parte do art. 3(2) do TBI Suíça-Uruguai, que dispõe: “cada parte contratante deve garantir tratamento justo e equitativo no seu território de investimentos dos investidores da outra Parte contratante”¹⁰².

Em relação a esse tratamento, entenderam os Requerentes que o parâmetro se relaciona com a arbitrariedade, isto é, teriam disso medidas sem propósito legítimo e que ocasionaram dano. Ademais, diria respeito à legítima expectativa do investidor, isto é, se o Estado cumpre com as expectativas do investidor em relação aos investimentos. Por fim, relacionaram tal padrão com estabilidade do sistema jurídico, segundo a qual os Estados não deveriam alterar a legislação de forma imprevisível e instável. De acordo com os requerentes, a alteração na legislação teria se dado de forma drástica e sem justificativa plausível, bem como violara a expectativa de respeito a seus direitos de propriedade intelectual.

Já o Uruguai argumentou que o parâmetro do tratamento justo e equitativo é idêntico ao padrão mínimo de tratamento do estrangeiro oriundo do direito internacional costumeiro, mas apesar disso, entende que o padrão do TBI é alto e depende do caso e dos fatos analisados. O Requerido sustentou que a questão passa distante desse padrão porque a legislação fora feita de

¹⁰⁰ LALIVE; SIDLEY AUSTIN LLP. Claimant’s Memorial on the Merits (ICSID Case No. ARB/10/7). Washington D.C., March 3, 2014. Disponível em: <[https://www.tobaccocontrolaws.org/files/uruguay/pleadings/7.0%20Claimants%20Memorial%20on%20Merits%20\(AMENDED%20REDACTED%206-2-2014\).pdf](https://www.tobaccocontrolaws.org/files/uruguay/pleadings/7.0%20Claimants%20Memorial%20on%20Merits%20(AMENDED%20REDACTED%206-2-2014).pdf)>. Acesso em 09 outubro 2019.

¹⁰¹ FOLEY HOAG LLP. Uruguay’s Counter-memorial on the Merits (ICSID Case No. ARB/10/7). 13 October 2014. Disponível em: <[https://www.tobaccocontrolaws.org/files/uruguay/pleadings/8.0%20Uruguay's%20Counter-Memorial%20on%20the%20Merits%20\(13%20Oct.%202014\)%20\(REVISED%20REDACTED\).pdf](https://www.tobaccocontrolaws.org/files/uruguay/pleadings/8.0%20Uruguay's%20Counter-Memorial%20on%20the%20Merits%20(13%20Oct.%202014)%20(REVISED%20REDACTED).pdf)>. Acesso em 09 outubro 2019.

¹⁰² Tradução livre do original: “Each contracting Party shall ensure fair and equitable treatment within its territory of the investments of the investores of the orther Contracting Party”. TBI Suíça-Uruguai, Art. 3(2).

boa-fé. Ainda que se considerasse a questão como relacionada à arbitrariedade, esta estaria relacionada com uma violação proposital ao devido processo legal, ou seja, teria que estar clara e manifesta sua impropriedade. Uma vez que a medida fora feita com um propósito público de combater o consumo de cigarro, restaria ausente a arbitrariedade.

Ademais, considerou o Requerido que não teria havido violação à legítima expectativa. Segundo a jurisprudência deveria haver obrigações específicas em relação ao investimento, que não ocorreria no caso em questão porque houve um mero registro de marcas. Em relação ao argumento abordado pelos requerentes no tocante à estabilidade jurídica, pontuou que não existe essa obrigação segundo o TBI e que o Estado teria a prerrogativa de legislar no interesse público.

O terceiro argumento diz respeito ao artigo 11 do TBI, padrão de tratamento que dispõe: “Cada Parte Contratante deve garantir constantemente a observância dos compromissos a que se comprometer em relação aos investimentos de investidores da outra Parte Contratante”¹⁰³.

Os Requerentes sustentaram que o dispositivo acima seria uma cláusula guarda-chuva, no sentido de que estabeleceria uma obrigação do Estado em relação aos investimentos e investidores suíços. O sentido desse dispositivo seria possibilitar ao Estado assumir obrigações mediante leis e regulamentos, e sua falha geraria a responsabilidade perante ao investidor. Além do mais, argumentaram que, um vez que o Uruguai aceitara o registro das marcas de sua titularidade, haveria sido criada uma obrigação de proteção que, por sua vez, a nova legislação antitabagista teria desrespeitado. Teria ocorrido, portanto, violação aos comprometimentos perante os investidores suíços e, conseqüentemente, à cláusula guarda-chuva do artigo 11 do TBI.

Já o Uruguai sustentou que o artigo 11 do TBI não seria uma cláusula guarda-chuva porque sua redação a tornaria imprópria para questionar atos legislativos e medidas administrativas. Ainda que a considerasse enquanto *umbrella clause*, o Uruguai não falhara em observar nenhuma obrigação referente às marcas registradas dos Requerentes, visto que, pelo direito uruguaio, não há o direito de uso, mas meramente um direito de afastar o uso de terceiros em relação às marcas registradas. Em segundo lugar, porque os requerentes não seriam sequer detentores das marcas registradas. Nesse ponto, há referência expressa a convenções internacionais sobre propriedade intelectual:

A literatura posteriormente confirma que tanto a Convenção de Paris quanto o TRIPS não reconhecem o direito de uso no sentido do pleito dos Requerentes. Segundo ambas

¹⁰³ Tradução livre do original: “Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party.” TBI Suíça-Uruguai, Art. 11.

as convenções, direitos de marca registradas estão limitados ao direito negativo de excluir terceiros do uso daquela marca registrada e não incluem o direito positivo de utilizar a marca no comércio¹⁰⁴.

3.2.3 *Análise do tribunal arbitral*

Em julho de 2016 o tribunal arbitral proferiu sentença, pela qual não acolheu o pedido dos requerentes e os condenou ao pagamento de 7 milhões de dólares, somados às custas do tribunal e custas administrativas do ICSID¹⁰⁵. Em sede de sentença, impende observar que a análise do tribunal levou em conta sobretudo a questão do poder regulatório do Estado ao legislar de boa-fé e sobre matérias de interesse público, tocando em matérias relativas à proteção de direitos de propriedade intelectual no direito uruguaio e internacional.

Em relação à discussão sobre expropriação indireta, o tribunal entendeu que não existe na legislação uruguaia e nas convenções internacionais qualquer direito absoluto ao uso da marca registrada. De acordo com o direito uruguaio e tratados internacionais dos quais o Uruguai é parte, há o direito que o titular da marca registrada tem de excluir terceiros do uso da marca. Para chegar nessa conclusão o tribunal passou pela avaliação da proteção de direitos de propriedade intelectual segundo as convenções de Paris, o TRIPS e o Protocolo do Mercosul sobre Harmonização de Normas de Propriedade Intelectual, entendendo que:

(...) Não há nada no material legal relevante que suporte a exclusão de marcas registradas dos interesses legítimos da regulação. O sistema uruguaio de direito marcário (assim como o direito marcário em outros países signatários do sistema da Convenção de Paris) não apresenta tal garantia contra regulações que afetem o uso de marcas registradas.

O tribunal conclui que segundo o direito uruguaio ou convenções internacionais as quais o Uruguai é parte o titular da marca registrada não apresenta um direito absoluto de uso, livre de regulação, mas apenas um direito exclusivo de excluir terceiros do mercado para que o detentor da marca registrada tenha a possibilidade de usa-las no comércio, sujeito ao poder regulatório do Estado¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Tradução livre do original: “The literature further confirms that neither the Paris Convention nor TRIPS recognizes a right to use of the sort Claimants claim. Under both conventions, trademark rights are limited to the negative right to exclude third parties from using the trademark and do not include an affirmative right to use the mark in commerce.” In: Uruguay’s Counter-memorial on the Merits, p. 305/306.

¹⁰⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. Award (ICSID Case No. ARB/10/7). Washington D.C.: July 8 2016. Disponível em: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C1000/DC9012_En.pdf>. Acesso em: 09 outubro 2019.

¹⁰⁶ Tradução livre do original: “(...)There is nothing in the relevant legal material to support a carve-out of trademarks from the legitimate realms of regulation. Uruguayan trademark law (like trademark law in other countries following the Paris Convention system) provides no such guarantee against regulation that impinges on the use of trademarks. The tribunal concludes that under Uruguayan law or international conventions to which Uruguay is a party the trademark holder does not enjoy an absolute right of use, free of regulation, but only an exclusive right to exclude third parties from the Market so that only the trademark holder has the possibility to use the trademark in commerce, subject to the State’s regulatory power.” In: Award, p. 76.

Entendeu o tribunal, além do mais, que não teria havido expropriação indireta dos direitos dos Requerentes porque sua atividade empresarial no Uruguai não fora substancialmente reduzida. Pontuaram os árbitros que as regulações do Uruguai são um exercício do poder de polícia estatal e, por conseguinte, não podem ser consideradas medidas de expropriação indireta. Descartou-se, portanto, violação ao artigo 5(1) do TBI.

Já no tocante à discussão acerca do tratamento justo e equitativo, o tribunal chegou à conclusão de que não houve violação do TBI. Entenderam os árbitros que a alteração legislativa estivera de acordo com os parâmetros proteção à saúde pública fixados pela Convenção Quadro da Organização Mundial da Saúde para o controle do Tabaco, da qual o Uruguai é signatário, bem como que as medidas não foram desproporcionais ao objetivo esperado de diminuição do consumo. Nesse ponto, a sentença dá ênfase ao poder do Estado uruguaio de regular em boa-fé, visto se tratar de política legislativa na área de saúde pública.

Na visão do Tribunal, o presente caso lida com a decisão de política legislativa tomada em um contexto de forte consenso científico em relação aos efeitos letais do tabaco. Nesse contexto, é necessária deferência considerável às decisões de autoridades nacionais em relação a medidas que devem ser tomadas para lidar com um problema de saúde pública conhecido e importante. O tratamento justo e equitativo não deve ser utilizado como padrão de bom governo, e o tribunal não é uma corte de apelação (...)¹⁰⁷.

Ainda em relação ao tratamento justo e equitativo, pontou o tribunal que a legítima expectativa levantada pelas partes requerentes está relacionada com comprometimentos específicos do Estado em relação ao investidor. Todavia, no escopo de tais comprometimentos não se incluem a não alteração alterações no panorama regulatório, sobretudo no caso concreto quando se está diante de uma indústria fortemente regulada.

Por fim, há de se lembrar que a última discussão dizia respeito a suposta falha em relação aos comprometimentos do Uruguai no que tange ao uso de marcas registradas. O pleito dos requerentes teve fundamento no artigo 11 do TBI Suíça-Uruguai, que tribunal entendeu como uma cláusula guarda-chuva. Apesar disso, em uma análise da legislação uruguaia em propriedade intelectual, entendeu-se que o registro de uma marca não constitui um comprometimento específico, porque o Uruguai não atuou de forma ativa em relação às marcas para permitir o investimento:

Os requerentes argumentaram que é um comprometimento que surge quando um registro é aprovado de acordo com a lei uruguaia “a uma pessoa ou entidade

¹⁰⁷ Tradução livre do original: “In the Tribunal’s view, the present case concerns a legislative policy decision taken against the background of a Strong scientific consensus as to the lethal effects of tobacco. Substantial deference is due in that regard to national authorities’ decisions as to the measure which should be taken to address an acknowledged and major public health problem. The fair and equitable treatment standard is not a justiciable standard of good government, and the tribunal is not a court of appeal.” Idem, p. 122.

individual”. Porém, uma marca registrada não é um comprometimento único acordado com a finalidade de encorajar ou permitir determinado investimento. Ao contrário do caso de uma autorização ou contrato, na qual o Estado receptor pode contratar certas obrigações específicas, o Uruguai não entrou em nenhuma obrigação “em relação ao investimento” ao aprovar marcas registradas (...) ¹⁰⁸.

Percebe-se, portanto, que a síntese das principais conclusões do tribunal foi de que: não houve violações ao tratamento justo e equitativo, expropriação indireta ou violação a compromissos assumidos pelo Uruguai, proferindo a sentença de improcedência. Ainda foi analisada a alegação de violação ao acesso à justiça, o que levou ao dissenso de um dos árbitros. Porém, no que tange à inclusão de direitos de propriedade intelectual enquanto investimento, os pontos abordados detalhados têm maior relevância na discussão, visto que lidaram com comprometimentos em sede de propriedade intelectual através das disposições do referido TBI.

3.3 Problemáticas: a colisão entre regimes, estratégia *TRIPS-plus* e *forum shifting*

A discussão de temas relacionados aos direitos de propriedade intelectual em um foro de investimento não é isenta de consequências práticas. Cumpre, então, abrir espaço para abordá-las. Fala-se em foro em sentido amplo de espaço para debate de controvérsias, precisamente porque o direito internacional da propriedade intelectual é considerado um sistema distinto do direito internacional do investimento, cada qual com suas peculiaridades.

No direito internacional, a proteção da propriedade intelectual não se dá de forma direta ao titular. Segundo o sistema das Convenções de Berna, de Paris e o TRIPS/OMC, são estabelecidas obrigações de os Estados signatários alterarem seu direito interno conforme determinados padrões mínimos. O padrão será a baliza para que Estados elaborem regras de direito interno sobre propriedade intelectual. Consequentemente, os titulares de direitos de propriedade intelectual (marcas, patentes, indicações geográficas, dentre outros) utilizam os mecanismos da jurisdição interna, tanto em sede administrativa quanto judicial, para operacionalizar seus direitos ¹⁰⁹.

Por outro lado, o direito internacional do investimento apresenta lógica distinta. Conforme abordado no capítulo anterior, os Tratados Bilaterais de Investimento conferem

¹⁰⁸ Tradução livre do original: “The Claimants argue that it is a commitment that arises when a submitted registration application is granted under Uruguayan law “to na individual person or entity”. Yet, a trademark is not a unique commitment agreed in order to encourage or permit a specific investment. Unlike the case of na authorisation or a contract, where the host State may undertake some specific obligations, Uruguay entered into no commitment “with respect to the investment” by granting trademark”. Idem, p. 138.

¹⁰⁹ POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; ANJOS, Lucas Costa. Op. Cit, p. 281.

garantias ao investidor e ao seu investimento, ou seja, padrões de tratamento substantivo juntamente com acesso a um sistema de solução de controvérsias. O direito internacional econômico na seara do investimento, portanto, confere direitos de forma direta ao investidor¹¹⁰.

Assim, os dois sistemas de direito internacional operam sob um racional diverso: o da propriedade intelectual não garante direitos diretamente ao titular, ao passo que o do investimento elabora garantias diretas. A problemática, aqui, ocorre quando os dois sistemas dialogam, como claramente ocorreu no caso Philip Morris vs. Uruguai quando o tribunal arbitral constituído com fundamento no TBI Suíça-Uruguai lidou com alegações de violações decorrentes de comprometimentos a convenções internacionais relativas à propriedade intelectual (v.g. comprometimentos com o Acordo TRIPS).

Compreende-se que os sistemas normativos são, por conseguinte, fragmentados, mas apresentam elemento de interligação: a definição de *investimento* no artigo 1(2)(d) do TBI Suíça-Uruguai inclui todo tipo de ativo, inclusive direitos de propriedade industrial. Na toada de interligações entre sistemas normativos fragmentados, Marcelo Dias Varella expõe que a ausência de coerência das normas no direito internacional fornece abertura pra tratamentos diversos das mesmas controvérsias:

O principal problema é aquele da coerência entre as normas relativas a setores diferentes. As normas dos direitos humanos, *as normas econômicas, aquelas da propriedade intelectual*, do meio ambiente e as normas militares são com frequência organicamente desconectadas entre si. O conjunto somente é uma coleção fragmentada de diferentes textos raramente colocados em relação uns com os outros. Esse mosaico formado pelas normas do direito internacional começa a conectar-se aos poucos, mas é sempre fragmentado. (...) É comum ver diferentes convenções internacionais tratar do mesmo assunto e oferecer soluções diferentes para os mesmos conflitos¹¹¹. (grifos do autor)

Em um contexto de diferentes convenções tratando do mesmo tema, convém destacar a possibilidade uma conduta de transferência de foro (*forum shifting*) por parte de alguns países. Por *forum shifting*, nesse caso, entende-se como a inclusão da agenda de expansão da proteção direitos de propriedade intelectual para os acordos regionais e bilaterais fora do sistema do TRIPS¹¹².

A conduta acima descrita é referida por Maristela Basso enquanto componente de uma estratégia *TRIPS-plus*, operada por países desenvolvidos em detrimento dos países em desenvolvimento, com o escopo de esvaziar o multilateralismo em favor de relações bilaterais

¹¹⁰ *Idem*, p. 282.

¹¹¹ VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional: alguns problemas de coerência sistêmica. Brasília: Revista de informação legislativa, v. 42, n. 167, jul./set. 2005, pp. 156/157. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/761>>. Acesso em 11 outubro 2019.

¹¹² POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; ANJOS, Lucas Costa. Op. Cit, p. 291.

muitas vezes assimétricas:

“TRIPS-plus” são as políticas, estratégias, mecanismos e instrumentos que implicam compromissos que vão além daqueles patamares mínimos exigidos pelo Acordo TRIPS, que restringem ou anulam suas flexibilidades ou ainda fixam padrões ou disciplinam questões não abordadas pelo TRIPS (“TRIPS-extra”).

No bilateralismo e regionalismo recentes percebe-se a estratégia articulada dos países desenvolvidos interessados em aumentar os níveis de proteção dos direitos de propriedade intelectual, baseada em três premissas básicas: (a) buscar o *forum shifting*, isto é, outras alternativas fora do sistema OMC/OMPI, por meio das quais possa ser desenvolvida e implementada nova agenda e fixados novos padrões de proteção dos direitos de propriedade intelectual, sem enfrentar as restrições e regulamentações da OMC; (...) ¹¹³.

Um dos instrumentos do *forum shifting* é justamente TBIs mediante a inclusão de propriedade intelectual como investimento ¹¹⁴. Por se tratarem de uma normativa distinta do sistema OMC, a inclusão de direitos de propriedade intelectual no escopo dos TBIs de maneira TRIPS-plus acarretam outra questão problemática, especificamente no tocante à solução de controvérsias.

Isso porque pelo sistema internacional de proteção da propriedade intelectual, as questões referentes ao TRIPS são resolvidas perante o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. Já as disputas relativas à titularidade, validade de registros, licenças e violações em geral serão resolvidas por tribunais Estadais ¹¹⁵. Por outro lado, pelo sistema de direito internacional do investimento elaborado pelos TBIs, conforme já observado, o mecanismo de resolução de controvérsias é, via de regra, o recurso a tribunais internacionais de arbitragem.

Assim, a consequência indireta do *forum shifting* é a possibilidade de o investidor transferir o foro para a resolução de controvérsias, da OMC para tribunais arbitrais de investimentos cuja jurisdição é oriunda dos TBIs. Para Lucas dos Anjos e Fabrício Polido, o recurso à arbitragem de investimento é observado como uma estratégia ofensiva de empresas transnacionais no campo de propriedade intelectual:

Trata-se de reforço procedimental, portanto, em nível de contencioso internacional, que busca maximizar a proteção de direitos de titulares (particularmente empresas). Ele permite maior distanciamento dos modelos convencionais de controle judicial sobre litígios envolvendo propriedade intelectual por tribunais estaduais e órgãos de solução de controvérsias com jurisdição a ser exercida decorrentes de acordos multilaterais (como seria o caso do Acordo TRIPS/OMC especificamente ¹¹⁶).

No âmbito do contencioso internacional referido pelo excerto acima transcrito, ainda decorre o risco de emergirem decisões arbitrais incompatíveis com os parâmetros de

¹¹³ BASSO, Maristela. Propriedade Intelectual na Era Pós-OMC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 12.

¹¹⁴ *Idem*, p. 25.

¹¹⁵ POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; ANJOS, Lucas Costa. Op. Cit, p. 288.

¹¹⁶ *Idem*, p. 290.

harmonização substantiva e com padrões de proteção das Convenções de Paris, Berna, TRIPS e o direito interno¹¹⁷.

Observa-se, no caso Philip Morris vs. Uruguai, a adoção de estratégia *TRIPS-plus* no campo do direito do investimento. Estratégia pela qual os Requerentes da controvérsia utilizam-se do *forum shifting*, transitando entre o direito internacional de propriedade intelectual – ressalte-se que tanto Uruguai quanto Suíça são membros do TRIPS/OMC - para um tribunal arbitral de investimento com jurisdição no ICSID. Tribunal que, por sua vez, analisou a temática com fundamento nas disposições do TBI Suíça-Uruguai, levando em conta tratados internacionais em matéria de propriedade intelectual. Nota-se, portanto, um precedente que põe em risco à harmonização e interpretação do direito internacional ao tratar este sistema em um tribunal de investimento.

No contexto de risco à harmonização, parte da literatura especializada entende que o Artigo 31(3)(c) da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados poderia ser utilizado por investidores objetivando a interpretação de acordos de investimento à luz do TRIPS¹¹⁸. O referido dispositivo prescreve que na interpretação de tratados devem ser levadas em consideração “quaisquer regras de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes”¹¹⁹.

Para operacionalizar uma interpretação sistêmica harmônica, todavia, entende Simon Klopschinski¹²⁰, em análise atinente ao caso Philip Morris vs. Uruguai e outros similares, que é necessário que os tribunais arbitrais levem em conta o Artigo 23 do *Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias da OMC*. Esse dispositivo proíbe a reparação de violações ao direito da OMC – aqui, inclui-se o TRIPS, seu Anexo 1C – seja revisitada fora do sistema de solução de controvérsias da OMC:

Fortalecimento do Sistema Multilateral

1. Ao procurar reparar o não-cumprimento de obrigações ou outro tipo de anulação ou prejuízo de benefícios resultantes de acordos abrangidos ou um impedimento à

¹¹⁷ *Idem*, p. 285.

¹¹⁸ RUSE-KHAN, Henning Grosse. Challenging Compliance with International Intellectual Property Norms in Investor-state Dispute Settlement. *Journal of International Economic Law*, v. 19, 2016, p. 255-256. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jiel/article-abstract/19/1/241/2357954#37579009>>. Acesso em: 11 outubro 2019.

¹¹⁹ BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva dos Artigos 25 e 66. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 dezembro 2009.

¹²⁰ KLOPSCHINSKI, Simon. The WTOs DSU Article 23 as Guiding Principle for the Systemic Interpretation of International Investment Agreements in the Light of TRIPS. *Journal of International Economic Law*, v. 19, 2016, p. 211-239. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jiel/article-abstract/19/1/211/2357958>>. Acesso em 11 outubro 2019.

obtenção de quaisquer dos objetivos de um acordo abrangido, os Membros deverão recorrer e acatar as normas e procedimentos do presente Entendimento¹²¹.

Klopschinski argumenta, à luz da Convenção de Viena, que o TRIPS serviria com um mecanismo de auxílio interpretativo para os tribunais arbitrais de investimento. Nada obstante, os tribunais não poderiam deixar de considerar a impossibilidade de revisitar violações ao TRIPS fora do sistema de solução de controvérsias da OMC¹²².

Cumpramos observar que o Brasil sujeita-se ao TRIPS e ao seu Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. Ainda, o país vem assinando diversos tratados bilaterais de investimento, em seu modelo de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos.

¹²¹ BRASIL. Decreto nº 1.355, de 30 de Dezembro de 1994. Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Diário Oficial da União, Brasília, 31.12.1994.

¹²² KLOPSCHINSKI, Simon. Op. Cit., p. 239.

4. ACORDOS DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS (ACFIS): CONSIDERAÇÕES À LUZ DO CASO PHILIP MORRIS X URUGUAI

4.1 Considerações preliminares

No caso abordado no capítulo anterior, o cerne da controvérsia foi o direito/poder de regulação em matéria de saúde pública pelo Estado uruguaio, discussão que fora travada em decorrência da utilização das proteções do TBI Suíça-Uruguaí, sob o argumento dos Requerentes de que a legislação uruguaia haveria violado seus direitos de propriedade intelectual. Notadamente, o debate atinente aos padrões de tratamento do investimento versus o espaço para políticas públicas do Estado foi um dos fatores que travou a ratificação dos tratados bilaterais de investimento assinados pelo Brasil na década de 1990¹²³.

E, igualmente, a mesma tensão foi colocada em jogo quando do lançamento, pelo Brasil, em 2015, de um novo modelo de acordo de promoção e proteção recíproca de investimentos: os Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFIs). Tensão que é evidenciada quando a apresentação geral do modelo brasileiro pondera que os TBIs prejudicam a “capacidade regulatória do Estado para desenvolver políticas legítimas de interesse de sua população” e, logo após, afirma que os ACFIs buscam respeitar “a estratégia de desenvolvimento e o espaço regulatório dos países receptores de investimento”¹²⁴.

O debate, portanto, está presente tanto nos ACFIs quanto no caso Philip Morris vs. Uruguaí. E torna-se ainda mais relevante quando se constata que nuances levantadas no caso em comento (v.g. a exemplo da adequação comprometerias no âmbito internacional) poderiam ser levadas em conta no contexto Brasileiro, uma vez que o Brasil participa de tratados internacionais de proteção à propriedade intelectual. Essa é a razão pela qual o presente capítulo abordará os seguintes pontos no tocante aos ACFIs¹²⁵: de que forma a problemática definição de investimento se traduz nos dispositivos dos Acordos (4.2); a estrutura de

¹²³ MOROSINI, Fábio. XAVIER JÚNIOR, Ely Caetano Xavier. Regulação do investimento estrangeiro direto no Brasil: da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório. Brasília: Revista de Direito Internacional, v. 12, n. 2, 2015, p. 426. Disponível em <<https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/3586/pdf>>. Acesso em 16/10/2019.

¹²⁴ BRASIL. Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos – ACFI. Apresentação Geral do Modelo Brasileiro de Acordos de Investimento. Brasília, não datado. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/arquivos/Apresentacao-Geral-do-ACFI-PT.pdf>>. Acesso em: 16 outubro 2019.

¹²⁵ Será objeto de análise, além dos ACFIs propriamente ditos, o Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos Intra-Mercosul (PCFI), que segue o modelo dos ACFIs.

governança institucional e resolução de controvérsias (4.3); posição do modelo quanto aos padrões de tratamento (4.4).

4.2 Ausência da arbitragem investidor-Estado e mecanismos de governança institucional

É possível que a resolução de controvérsias seja a distinção mais evidente na comparação entre o caso Philip Morris x Uruguai e o modelo brasileiro de acordos de investimento. Acrescente-se que a solução de eventual controvérsia é o primeiro contato do acordo com o investidor, pois este depende destes mecanismos para fazer operar os padrões de proteção. Por isso, o tema será tratado em primeiro lugar.

No caso Philip Morris vs. Uruguai, é preciso destacar que os Requerentes ingressaram com um procedimento arbitral em face do Uruguai perante o ICSID, o que só fora possível porque o artigo 10(2) do TBI Suíça-Uruguai continha uma previsão de disputas entre uma Parte-contratante (os Estados suíço e uruguaio) e investidores da outra Parte:

(2) Na hipótese de uma disputa no sentido no parágrafo (1) não puder ser resolvida no período de até 6 meses depois de ter sido levantada, a disputa deverá ser, mediante requerimento de quaisquer das partes envolvidas, submetida às cortes competentes da Parte contratante no território que o investimento foi realizado. Caso no período de 18 meses depois que os procedimentos tenham sido iniciados nenhum julgamento tenha ocorrido, o investidor afetado poderá recorrer a um tribunal arbitral que decidirá a disputa em todos os seus aspectos¹²⁶.

O dispositivo acima colacionado indica a possibilidade de utilização de um mecanismo tradicionalmente previsto em tratados bilaterais de investimento: a arbitragem investidor-Estado, conforme já demonstrado no segundo capítulo.

No tocante à arbitragem investidor-Estado, é importante lembrar que o Brasil – desde a não ratificação da Convenção do ICSID à assinatura sem sucesso dos TBIs firmados na década de 1990 - sempre demonstrou aversão a essa modalidade de solução de controvérsias, vista pelo país como prejudicial ao interesse nacional em face da possibilidade de demandas do investidor contra o Estado brasileiro¹²⁷.

Esse dado de que a arbitragem investidor-Estado é prejudicial ao interesse nacional (dentre outros argumentos) levou o Brasil à formulação, pelo modelo de Acordo de Cooperação

¹²⁶ Tradução livre do original: “If a dispute within the meaning of paragraph (1) cannot be settled within a period of six months after it was raised, the dispute shall, upon request of either party to the dispute, be submitted to the competent courts of the Contracting Party in the territory of which the investment has been made. If within a period of 18 months after the proceedings have been instituted no judgement has been passed, the investor concerned may appeal to the arbitral tribunal which decides on the dispute in all its aspects.” TBI Suíça-Uruguai, Art. 10(2).

¹²⁷ MOROSINI, Fábio. XAVIER JÚNIOR, Ely Caetano Xavier. Op. Cit. P. 428.

e Facilitação de Investimentos (ACFIs), de uma abordagem inovadora no tocante à resolução (e prevenção) de eventuais controvérsias.

Vale destacar que o modelo brasileiro tem um enfoque na mitigação de riscos e prevenção de controvérsias por meio da governança institucional (isto é, da criação de instituições locais para administrar os acordos). Tendo em vista esse enfoque, os ACFIs preveem duas instituições para gerir acordo: o *Joint Committee* (Comitê Conjunto), que operará no âmbito da relação entre Estados Partes¹²⁸ e será composto de representantes do governo; o *Ombudsman* (*National Focal Point* ou Ponto Focal Nacional), cujas funções dizem respeito à relação *investidor-Estado*¹²⁹ e, no Brasil, é assumido pela Secretaria Executiva da Câmara de Comércio Exterior¹³⁰.

Observe-se que o Comitê Conjunto é instituição que tem a função, em geral, de supervisionar e implementar a operação dos acordos mediante a observação do clima de investimentos, assim como coordenar o diálogo entre os Estados com o escopo de solucionar controvérsias de maneira amigável¹³¹. A título de exemplo, colacionam-se as funções do Comitê Conjunto no ACFI Brasil-Angola:

4. O Comitê Conjunto terá as seguintes atribuições e competências:
 - i. Monitorar e discutir a implementação e operacionalização do presente Acordo;
 - ii. Debater e compartilhar oportunidades para expansão dos investimentos recíprocos;
 - iii. Coordenar a implementação das agendas de cooperação e facilitação mutuamente acordadas;
 - iv. Solicitar e acolher a participação do setor privado e da sociedade civil, quando for o caso, em questões pontuais relacionadas com os trabalhos do Comitê Conjunto;
 - v. Buscar consensos e resolver amigavelmente qualquer questões ou conflitos sobre os investimentos das Partes; e
 - vi. Definir ou elaborar um mecanismo padrão para a solução de controvérsias *por via arbitral entre Estados*. (...) ¹³² (grifos do autor)

Já o Ponto Focal tem a função principal de assistir os investidores das outras Partes no território onde o investimento é realizado e, por isso, é possível notar seu caractere de mecanismo de prevenção de disputas e, também, promoção e facilitação dos investimentos¹³³.

¹²⁸ BADIN, Michelle Rattón Sanchez; MOROSINI, Fabio. Navigating between Resistance and Conformity with the International Investment Regime: The Brazilian Agreements on Cooperation and Facilitation of Investment (ACFIs). In: BADIN, Michelle Rattón Sanchez; MOROSINI, Fabio (Coord.). *Reconceptualizing International Investment Law from the Global South*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. P. 226.

¹²⁹ Idem, *ibidem*.

¹³⁰ BRASIL. Decreto nº 8.863, de 28 de setembro de 2016. Dispõe sobre a criação, a estrutura e as atribuições do Ombudsman de Investimentos Diretos e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 29.9.2016; BRASIL, Decreto nº 10.044, de 4 de outubro de 2019. Dispõe sobre a Câmara de Comércio Exterior. Diário Oficial da União, Brasília, 7.10.2019 e republicado em 8.10.2019.

¹³¹ BADIN, Michelle Rattón Sanchez; MOROSINI, Fabio. Op. Cit. P. 226.

¹³² ACFI Brasil-Angola, Artigo 4.

¹³³ TITI, Catharine. Non-adjudicatory State-State Mechanisms in Investment Dispute Prevention and Dispute Settlement: Joint Interpretations, Filters and Focal Points. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2,

Por exemplo, o ACFI Brasil-Maláui dispõe que os Pontos Focais terão a “função principal de dar apoio aos investimentos da outra Parte realizados em seu país”¹³⁴.

Nesse diapasão, cumpre esclarecer que todos os demais ACFIs seguem o formato de previsão de instituições de governança¹³⁵, com função maior de prevenção de controvérsias. Michelle Ratton e Fabio Morosini expõe de maneira bastante didática sobre essa característica dos ACFIs:

Se beneficiando do trabalho de organizações multilaterais, como a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), e experiências de outros países, o Brasil enfatizou bastante a prevenção de disputas entre as partes em seu modelo de ACFI. Essa é a característica distintiva do acordo. Portanto, as funções de ambos o comitê conjunto e o ponto focal são, primeiramente, promover o trânsito regular de informações e prevenir disputas e, no caso do surgimento de uma disputa, implementar o mecanismo de resolução de disputas, baseado em consultas, negociações e mediação. Esse mecanismo objetiva obstar investidores de contestar judicialmente medidas do governo anfitrião¹³⁶.

É interessante destacar pelo trecho acima transcrito que as instituições de governança não têm a função de funcionar exclusivamente enquanto mecanismos de prevenção de disputas, mas também têm um papel ativo em sua resolução. No mesmo sentido aponta o artigo 4(4)(v) e (vi) do ACFI Brasil-Angola citado acima, que delega ao Comitê Conjunto funções referentes à solução amigável de conflitos e ao estabelecimento de mecanismo padrão para arbitragem entre Estados. Convém destacar, nesse contexto, um elemento central dos ACFIs: a prevenção de controvérsias e a arbitragem Estado-Estado¹³⁷ diante da ausência de previsão da arbitragem investidor-Estado.

A prevenção e resolução de controvérsias nos ACFIs pode ser resumida, em linhas gerais, pelo seguinte caminho¹³⁸: a) primeiro nível de prevenção de disputas é o Ponto Focal, a

2017, p. 46. Disponível: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4861>>. Acesso em 16 outubro 2019.

¹³⁴ ACFI Brasil-Maláui, Artigo 4(1).

¹³⁵ ACFI Brasil-Angola, Seção II; ACFI Brasil-Chile, Parte III; ACFI Brasil-Colômbia, Seção III; ACFI Brasil-Emirados Árabes, Parte III; ACFI Brasil-Ecuador, Parte III; ACFI Brasil-Etiópia, Parte III; ACFI Brasil-Guiana, Parte III; ACFI Brasil-Maláui, Parte I; ACFI Brasil-Marrocos, Parte III; ACFI Brasil-México, Parte III; ACFI Brasil-Moçambique, Seção II; ACFI Brasil-Suriname, Parte III; PCFI Intra MERCOSUL, Parte III.

¹³⁶ Tradução livre do original: “Benefiting from the work of multilateral organizations, such as the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) and experiences from other countries, Brazil has strongly emphasized the prevention of disputes between parties in its ACFI template. This is the signature feature of the agreement. Therefore, the roles of both the joint committee and the focal point are, primarily, to promote regular Exchange of information and prevent disputes and, if a dispute arises, to implement the dispute settlement mechanism, based on consultations, negotiation and mediation. This mechanism aims to deter investors from judicially challenging host government measures.” Em BADIN, Michelle Ratton Sanchez; MOROSINI, Fabio. Op. Cit. P. 227.

¹³⁷ ACFI Brasil-Angola, Art. 15(6); ACFI Brasil-Chile, Art. 25; ACFI Brasil-Colômbia, Art. 23; ACFI Brasil-Emirados Árabes, Art. 25; ACFI Brasil-Ecuador, Art. 25; ACFI Brasil-Etiópia, Art. 24; ACFI Brasil-Etiópia, Art. 24; ACFI Brasil-Maláui, Art. 25; ACFI Brasil-Marrocos, Art. 13(6); ACFI Brasil-México, Art. 19; ACFI Brasil-Moçambique, Art. 15(6); ACFI Brasil-Suriname, Art. 25; PCFI Intra MERCOSUL, Art. 24.

¹³⁸ Idem, pp. 232/235.

quem o investidor endereçará quaisquer problemas antes de a controvérsia ser levada ao comitê conjunto; b) o segundo nível é composto pelo Comitê Conjunto, instância mandatória que funcionará como um fórum de negociação e consultas e, ao final, submeterá um relatório sobre a controvérsia; c) por fim, para a hipótese de esgotamento dos procedimentos perante o Ponto Focal e o Comitê Conjunto, os Estados-Parte podem recorrer à arbitragem entre Estados, não existindo previsão de arbitragem entre investidor e Estado-Parte.

Em decorrência dos pontos acima destacados, é possível traçar algumas considerações. Logo de plano, percebe-se que um pleito nos moldes do ocorrido no caso Philip Morris vs. Uruguai teria de ter contornos drasticamente distintos no modelo dos ACFIs, restando talvez impossível. Isso porque o invés de acionar diretamente a parte contrária por uma arbitragem investidor-Estado, que os investidores haveriam de apresentar eventuais questionamentos perante os mecanismos de governança institucional – Ponto Focal e Comitê Conjunto – em uma espécie de *cooling-off period*. Anote-se, ademais, que resta ausente o recurso do investidor ao procedimento arbitral em face de um Estado, de forma que a arbitragem teria que ocorrer entre os Estados-Parte.

4.3 Definições de investimento e a prevalência do investimento direto

Conforme foi observado no capítulo 2, após o preâmbulo, os tratados internacionais de investimento usualmente trazem definições, tais como as de *investimento* e *investidor*. Nesse contexto, o enfoque de análise dos ACFIs se volta ao campo da definição de investimento, com o fito de verificar se os dispositivos definindo investimento contém direitos de propriedade intelectual em seu escopo, tal qual no caso Philip Morris vs. Uruguai.

Nota-se que o ACFI Brasil-Angola é o único firmado até o momento que possui uma definição de investimento que não traz uma lista de ativos. No instrumento, apenas consta a referência de que “as definições sobre investimento, investidor e outras definições inerentes a esta matéria serão reguladas pelos respectivos ordenamentos jurídicos das Partes”¹³⁹.

De maneira distinta do acordo Brasil-Angola, todos os demais ACFIs possuem um rol exemplificativo definindo o que é considerado investimento para fins do Acordo¹⁴⁰. Ademais, os documentos não apenas elencam o que é investimento, mas, com o escopo de dar maior

¹³⁹ ACFI Brasil-Angola, Artigo 3.

¹⁴⁰ ACFI Brasil-Chile, Art. 1º(1.4); ACFI Brasil-Colômbia, Art. 3º(1.2); ACFI Brasil-Emirados Árabes, Art. 3º(1.3); ACFI Brasil-Ecuador, Art. 3º(1.3); ACFI Brasil-Etiópia, Art. 1(1.3); ACFI Brasil-Guiana, Art. 3(1.3); ACFI Brasil-Maláui, Art. 2; ACFI Brasil-Marrocos, Art. 3º(1.2.1); ACFI Brasil-México, Art. 3(1.2); ACFI Brasil-Moçambique, Art. 3; ACFI Brasil-Suriname, Art. 3(1.3); PCFI Intra MERCOSUL, Art. 3º(3).

precisão, listam também o que *não* é investimento (por exemplo, através da frase *a definição de investimento não inclui*). Observa-se, por exemplo, o recém assinado ACFI Brasil-Ecuador:

1.3 Investimento significa um investimento direto de um investidor de uma Parte, estabelecido ou adquirido de conformidade com as leis e regulamentos da outra Parte, que permita exercer controle ou grau significativo de influência sobre a gestão da produção de bens ou da prestação de serviços no território da outra Parte, e que tenha as características de um investimento, que inclui o compromisso de capital, com o objetivo de estabelecer um interesse duradouro, a expectativa de lucros ou ganhos e a assunção de riscos.

Um investimento pode ter as seguintes formas:

- (a) uma empresa;
 - (b) ações, capital ou outras formas de participação no capital social de uma empresa;
 - (c) bens móveis ou imóveis e quaisquer outros direitos de propriedade, como hipoteca, encargo, penhor, usufruto e direitos semelhantes;
 - (d) a concessão, licença ou autorização outorgada pelo Estado anfitrião ao investidor da outra Parte;
 - (e) instrumentos de dívida ou empréstimo de uma empresa: (i) quando a empresa seja uma filial do investidor; ou (ii) quando a data de vencimento original do empréstimo seja de, no mínimo, três anos;
 - (f) *direitos de propriedade intelectual, conforme definidos ou referenciados no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio da Organização Mundial do Comércio (TRIPS).*
- (...)

1.9. “Acordo TRIPS” significa o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio, contido no Anexo 1 C do Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio.¹⁴¹ (grifos do autor)

Ao enumerar de forma exemplificativa os ativos que compõem a definição de investimento, note-se que no ACFI Brasil-Ecuador há expressa referência aos direitos de propriedade intelectual. Ao fazer essa referência, inclusive, há menção direta ao Acordo TRIPS da OMC, algo que se mostra característica dos ACFIs, uma vez que se encontra presente em quase todos os Acordos¹⁴².

Acrescente-se, ainda, que os únicos ACFIs que não relacionam diretamente a propriedade intelectual ao Acordo TRIPS são: Acordo Brasil-Peru, que faz referência a “direitos relacionados com a propriedade”; Brasil-Moçambique, que inclui na lista “outros direitos de propriedade”; Brasil-Maláui, incluindo “quaisquer outros direitos de propriedade”; Brasil-Etiópia, que traz um rol de direitos de propriedade intelectual e delega o reconhecimento à lei do Estado receptor; Brasil-Angola, ao delegar a definição de investimento ao ordenamento jurídico interno. A amplitude dessas definições, todavia, faz crer que é possível a inserção de direitos de propriedade intelectual no escopo dos acordos referidos.

¹⁴¹ ACFI Brasil-Ecuador, Artigo 3.

¹⁴² ACFI Brasil-Chile, Art. 1º(1.4)(f); ACFI Brasil-Colômbia, Art. 3º(1.2)(e); ACFI Brasil-Emirados Árabes, Art. 3º(1.3)(e); ACFI Brasil-Ecuador, Art. 3º(1.3)(f); ACFI Brasil-Guiana, Art. 3(1.3)(e); ACFI Brasil-Marrocos, Art. 3º(1.2.1)(d); ACFI Brasil-México, Art. 3(1.2)(e); ACFI Brasil-Suriname, Art. 3(1.3)(d); PCFI Intra MERCOSUL, Art. 3º(3)(e).

Em face dessas previsões, vale lembrar que são considerados *TRIPS-plus* os instrumentos que expandem a proteção da propriedade intelectual para além do disciplinado no TRIPS. Conforme destaca Maristela Basso, um desses instrumentos conforma-se justamente por meio de tratados bilateral de investimento:

Diferentemente da multilateralidade do TRIPS, os “acordos TRIPS-plus” e “TRIPS-extra” se caracterizam por ser (i) bilaterais, pois envolvem, geralmente, um país industrializado e outro em desenvolvimento (ou menor desenvolvimento relativo) e determinam ou expandem direitos de propriedade intelectual “diretamente”, em acordos específicos (“Bilateral Intellectual Property Agreements” – BIPs), ou o fazem, “indiretamente”, por meio de acordos de natureza diversa, mas que reconhecem propriedade intelectual como, por exemplo, um “investimento” – como acontece nos BITs (...) ¹⁴³.

O excerto acima citado evidencia que parte dos ACFIs adota uma abordagem caracterizada como *TRIPS-plus*, visto que expande a proteção a direitos de propriedade intelectual de maneira indireta (mediante a sua inclusão nas definições de investimento). Vale registrar que essa abordagem não é novidade dos ACFIs, pois os quatorze tratados bilaterais de investimento anteriormente assinados pelo Brasil, assim como os Protocolos de Colônia e Buenos Aires, também previam os referidos direitos no escopo da definição de investimento.

Por outro lado, a distinção entre os TBIs anteriormente firmados pelo Brasil e os ACFIS encontra-se na definição geral de investimento, impactando não somente os direitos de propriedade intelectual, mas também os demais ativos listados. Isso porque os ACFIs trazem à baila a noção de investimento direto: para que haja investimento, normalmente, é necessário que o ativo de propriedade ou controle do investidor permita um grau significativo de controle/influência sobre a gestão da produção de bens ou prestação de serviços no Estado anfitrião ¹⁴⁴. A título exemplificativo, veja-se o PCFI Intra-Mercosul:

(...) 3. Investimento significa uma empresa, incluindo uma participação na mesma empresa, no território de um Estado Parte, *que um investidor de outro Estado Parte possui ou controla ou sobre a qual exerce grau significativo de influência*, que tenha as características de *comprometimento de capital, o objetivo de estabelecer um interesse duradouro, a expectativa de ganho ou lucro e a assunção de riscos* ¹⁴⁵.
(grifos do autor)

Observe-se que o PCFI se alinha à noção de investimento direto, uma vez que determina o requisito do controle/grau de influência significativo, conjuntamente com quatro outros

¹⁴³ BASSO, Maristela. Op. Cit. P. 103.

¹⁴⁴ ACFI Brasil-Chile, Art. 1º(1.4); ACFI Brasil-Colômbia, Art. 3º(1.2); ACFI Brasil-Emirados Árabes, Art. 3º(1.3); ACFI Brasil-Ecuador, Art. 3º(1.3); ACFI Brasil-Etiópia, Art. 1(1.3); ACFI Brasil-Guiana, Art. 3(1.3); ACFI Brasil-Maláui, Art. 2; ACFI Brasil-Marrocos, Art. 3º(1.2.1); ACFI Brasil-México, Art. 3(1.2); ACFI Brasil-Moçambique, Art. 3; ACFI Brasil-Suriname, Art. 3(1.3); PCFI Intra-MERCOSUL, Art. 3º(3).

¹⁴⁵ PCFI, Art. 3(3).

requisitos adicionais: i) comprometimento de capital; ii) objetivo de estabelecer um interesse duradouro; iii) expectativa de ganho ou lucro; iv) assunção de riscos.

Enquanto o Protocolo cria esses requisitos adicionais, nos ACFIs encontra-se um padrão pelo qual a definição de investimento envolve está condicionada somente ao requisito do controle/influência sobre a gestão da produção de bens ou prestação de serviços. Essa redação é seguida pelos Acordos assinados com os Emirados Árabes, Etiópia, Colômbia, Guiana, Peru e Suriname. Acrescente-se que, nos ACFIs firmados com Maláui, México e Moçambique, há menção ao investimento com o propósito do estabelecimento de relações econômicas duradouras ou de longo prazo.

Em relação à definição de investimento nos ACFIs, portanto, convém elaborar algumas observações. A primeira é que o conceito de investimento neste modelo, ao consagrar proteção ao investimento direto, se aproxima do conceito de Empresa Transnacional já tratado no capítulo 1, tanto é que o PCFI define que “investimento significa uma empresa”.

A segunda observação é que em virtude da definição de investimento através da noção de investimento direto, o modelo brasileiro adota a abordagem da articulação (*articulation*), tratada no terceiro capítulo deste trabalho. Notadamente, dentro dessa abordagem, as definições de investimento dos ACFIs apresentam características da definição baseada e empresas (*enterprise-based*) e baseada em ativos (*asset-based*). Salienta-se que se tratam de abordagens que vão além da mera listagem exemplificativa de ativos, mediante o estabelecimento de requisitos qualificadores. Consoante já explicitado, tal abordagem é considerada pela literatura como a mais adequada, mormente para o tratamento da problemática dos direitos de propriedade intelectual definidos enquanto investimento.

Empreendidas tais considerações sobre o a definição de investimento nos ACFIs, cumpre-se fazer um breve paralelo com o caso Philip Morris x Uruguai. Observa-se que o TBI Suíça Uruguai possui uma definição de investimento incluindo propriedade intelectual, similar à maior parcela dos ACFIs. O referido tratado bilateral, contudo, apresenta uma definição ampla de investimento – capaz de ser classificada, conforme proposto por Correa e Viñuales, como baseada em ativos não qualificada – sem qualquer referência ao investimento direto, uma vez que termo investimento “deverá incluir todo tipo de ativo”¹⁴⁶. Diferentemente, reitere-se, nos ACFIs consagra-se o investimento direto.

Infere-se, portanto, que embora nos ACFIs haja a previsão de direitos de propriedade intelectual enquanto investimento, um hipotético pleito similar ao caso em comento encontraria

¹⁴⁶ Tradução livre do original: “The term “investment” shall include every kind of assets and particularly: (...)”. TBI Suíça-Uruguai, Art. 1(2).

requisitos mais rígidos dando entrada ao regime protetivo dos ACFIs. Especificamente, o pleito encontraria uma definição de investimento que encampa os investimentos diretos, de forma mais restrita quando comparada com o TBI Suíça-Uruguai. Assim, os representantes legais da parte buscando proteção teriam que se fundamentar em um argumento melhor elaborado ao invés de apenas se referir a, por exemplo, a existência de marcas registradas no país receptor.

4.4 Padrões de tratamento

Por fim, após o atendimento dos requisitos elencados na definição de investimento, o investidor poderá ter acesso aos padrões de tratamento previstos no acordo. Lembre-se que no caso *Philip Morris vs. Uruguai*, o fundamento jurídico para o pleito dos Requerentes foi composto de três supostas violações: i) à expropriação indireta; ii) ao padrão de tratamento justo e equitativo e às cláusula guarda-chuva. Passa-se, então, às considerações sobre os três padrões nos ACFIs.

4.4.1 Expropriação, exclusões e interpretação dos ACFIS à luz do direito da OMC

Em primeiro lugar, no que diz respeito à expropriação, esclareça-se que há duas abordagens a serem seguidas pelos dispositivos orientados por recentes reformas no direito internacional do investimento: a) a limitação a aplicação a determinadas possibilidades; b) a criação de exceções (*carve-outs*)¹⁴⁷. E, apesar dos primeiros ACFIs terem trazido à tona cláusulas tradicionais de expropriação, uma parcela limita a expropriação à sua forma direta¹⁴⁸ ou expressamente excluem algumas ações do escopo¹⁴⁹ (estabelecendo, por exemplo, limitações no caso de licenças compulsórias). Tem-se como exemplo, o ACFI Brasil-Chile, que apresenta ambas as posições:

4. *Esse Artigo não se aplica à expedição de licenças obrigatórias outorgadas em relação a direitos de propriedade intelectual, ou à revogação, limitação ou criação de ditos direitos na medida em que a referida expedição, revogação, limitação ou criação seja compatível com o Acordo TRIPS. Para maior certeza, o termo “revogação” de direitos de propriedade intelectual mencionado neste parágrafo inclui o cancelamento ou nulidade desses direitos, e o termo “limitação” de direitos de propriedade intelectual também inclui as exceções a esses direitos.*

¹⁴⁷ BADIN, Michelle Raton Sanchez; MOROSINI, Fabio. Op. Cit. P. 229.

¹⁴⁸ ACFI Brasil-Chile Art. 7º(5); ACFI Brasil-Emirados Árabes, Art. 7(5); ACFI Brasil-Ecuador, Art. 7(5); ACFI Brasil-Etiópia, Art. 7(5); ACFI Brasil-Guiana, Art. 6.; ACFI Brasil-Suriname, Art. 7(5).; PCFI, Art. 6º(6).

¹⁴⁹ ACFI Brasil-Chile Art. 7º(4); ACFI Brasil-Colômbia, Art. 6º(7); ACFI Brasil-Ecuador, Art. 7(7); PCFI, Art. 6º(5).

5. Para maior certeza, *este Artigo só prevê a expropriação direta*, em que um investimento é nacionalizado ou de outro modo expropriado diretamente mediante a transferência formal do título ou do direito de domínio¹⁵⁰. (grifos do autor)

Nesse ponto, cabem algumas reflexões. Primeiro, comparando-se com a discussão elaborada no *Philip Morris vs. Uruguai*, no qual um dos argumentos principais foi a alegação de expropriação indireta de ativos de propriedade intelectual, nota-se que os ACFIs em sua maioria repudiam a expropriação indireta. Há, no excerto antes reproduzido, exclusão expressa da expropriação indireta. Logo, tal fundamentação jurídica de questionar direitos de propriedade intelectual através de medidas expropriatórias indiretas resta comprometida se levada em conta a maior parcela dos acordos seguindo o modelo brasileiro.

Segundo, parcela dos ACFIs exclui do conceito de expropriação determinadas medidas relativas a direitos de propriedade intelectual, condicionando essa exclusão à adequação/compatibilidade ao Acordo TRIPS. Há de se notar que o referido *carve-out* faz expressa menção ao Acordo TRIPS da OMC. Todavia, note-se que resta obscuro quem é responsável pelo juízo de adequação da medida de expedição/revogação/limitação/criação em relação ao Acordo da OMC.

O efeito inesperado da previsão de exclusão foi analisado pela literatura em relação dispositivos com redação praticamente idêntica à dos ACFIs, havendo sido explicado de forma exemplar por Henning Grosse Ruse-Khan:

Isso implica no ônus da prova de demonstrar (in)consistência com os referidos padrões internacionais de propriedade intelectual, o escopo do teste de consistência e o contexto interpretativo relevante. Isso, por sua vez, tem efeito significativo na economia política de obediência aos direitos de propriedade intelectual no contexto internacional – efeitos que têm o potencial de mudar a natureza do contencioso internacional de propriedade intelectual.

(...) *Esses dispositivos efetivamente possibilitam que a questão de adequação ao TRIPS seja testada em procedimentos fora do mecanismo de solução de controvérsias da OMC à luz da jurisdição exclusiva do mecanismo de solução de controvérsias da OMC, isso levanta o problema da legitimidade e aceitação de decisões sobre a adequação ao TRIPS proferidas por tribunais arbitrais de investimento*¹⁵¹. (grifos do autor)

¹⁵⁰ ACFI Brasil-Chile, Artigo 7º (4) e (5).

¹⁵¹ Tradução livre do original: This implicates the burden of proof for showing (in)consistency with the referenced international IP standards, the scope of the consistency test, and the relevant interpretative context. This in turn has significant effects of the political economy of enforcing IP rights abroad – effects that have the potential to change the nature of international IP litigation. (...) These clauses effectively allow the question of TRIPS consistency to be tested in proceedings outside the WTO dispute settlement system. In light of the exclusive jurisdiction under the WTO dispute settlement system, this raises questions about the legitimacy and acceptance of decisions on TRIPS compliance rendered by investment arbitration tribunals.” em RUSE-KHAN, Henning Grosse. Challenging Compliance with International Intellectual Property Norms in Investor-state Dispute Settlement. *Journal of International Economic Law*, 2016, 19, p. 267.

A jurisdição exclusiva do mecanismo de solução de controvérsias da OMC mencionada pelo autor é dada exatamente o Artigo 23 do Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias da OMC, segundo a qual nenhuma compensação com base nos acordos da OMC poderá ser realizada fora do Órgão de Solução de Controvérsias. Curiosamente, alguns dos ACFIs¹⁵² mais recentes abordam a referida problemática e mencionam o Entendimento, a exemplo do Brasil-Equador:

8. Os árbitros deverão:

(...) (c) cumprir as “Regras de conduta para o entendimento sobre regras e procedimentos de controvérsias” da Organização Mundial de Comércio (WTO/DSB/RC/1, datado de 11/12/1996), conforme aplicável à controvérsia ou qualquer outro padrão de conduta estabelecido pelo Comitê Conjunto¹⁵³.

A conclusão inferida do trecho acima é que os ACFIs (ao menos em parte) levam em consideração a problemática da jurisdição exclusiva da OMC, prezando pelo respeito ao seu complexo de Acordos. Diante disso, faz sentido se alinhar à interpretação defendida por Simon Klopschinski sobre o Artigo 23 do Entendimento como princípio para a interpretação sistêmica de acordos de investimento. De forma similar, portanto, deve ser a interpretação dos ACFIs pelos mecanismos de governança institucional e por tribunais arbitrais.

4.4.2 *Tratamento justo e equitativo e cláusulas guarda-chuva*

Em segundo lugar, é importante destacar que nada obstante os ACFIs possuem padrões de tratamento tradicionais no direito internacional do investimento (por exemplo, Tratamento da Nação Mais Favorecida e Tratamento Nacional)¹⁵⁴, não há previsão do tratamento justo e equitativo e de cláusulas guarda-chuva¹⁵⁵. Essa ausência é explicada por Nitish Monebhurrin:

Curiosamente, o sempre esperado tratamento justo e equitativo não aparece nos ACFIs. E dispositivos relacionados a exemplo da cláusula guarda-chuva, expropriação indireta também são excluídos. Os ACFIs são, nesse contexto, menos protetivos do que a grande maioria dos acordos de investimento existentes. Mas essa exclusão é voluntária e, reitera-se, estratégica até certo ponto. É também um elemento da originalidade dos ACFIs. Os negociadores brasileiros estavam cientes dos acordos de investimento de outros países e da evolução e tendência do direito internacional do investimento. (...) Os negociadores sabiam que produzir uma mera cópia dos existentes tratados bilaterais de investimento implicaria na rejeição pelo Congresso.

¹⁵² ACFI Brasil-Chile; ACFI Brasil-Colômbia, Art. 23(8)(c); ACFI Brasil-Emirados Árabes, Art. 25(8)(c); ACFI Brasil-Equador, Art. 25(8)(c); ACFI Brasil-Guiana, Art. 25(8)(c); ACFI Brasil-Marrocos, Art. 25(7)(c); ACFI Brasil-México, Art. 19(7)(c); ACFI Brasil-Suriname, Art. 25(7)(c).

¹⁵³ ACFI Brasil-Equador, Art. 25(8)(c).

¹⁵⁴ BADIN, Michelle Raton Sanchez; MOROSINI, Fabio. Op. Cit. P. 228.

¹⁵⁵ Idem, ibidem. Pedu-se vênua para discordar dos autores citados, apontando que há uma exceção à cláusula guarda-chuva, consubstanciada no Artigo 8 do ACFI Brasil-Angola.

O conteúdo dos ACFIs revelam essa preocupação. Estes foram negociados e escritos de forma a garantir a ratificação¹⁵⁶.

O trecho acima evidencia que a conhecida discussão de que o tratamento justo e equitativo seria um padrão muito amplo, comportando interpretações incoerentes e prejudiciais à regulação realizada em interesse público, encontra reflexos no pensamento que motivou sua exclusão dos ACFIs. Monebhurrin, todavia, alerta para a possível utilização de disposições atinentes à transparência nos Acordos de forma a obter o idêntico efeito ao tratamento justo e equitativo:

Pode ser uma questão de aparência – e aparência conta – mas o artigo 11 sobre transparência pode ser construído como outra maneira de se levantar o padrão de tratamento justo e equitativo, ou pelo menos alguns de seus elementos para o debate. Em direito internacional do investimento, ser transparente significa ser justo e equitativo (...)¹⁵⁷.

Essa crítica pontual faz sentido diante da construção por parte da jurisprudência de tribunais arbitrais ao interpretar a transparência enquanto elemento do tratamento justo e equitativo. Em face de tal pontuação, convém esclarecer que o ACFI Brasil-Emirados Árabes, expressamente prevê uma exclusão do tratamento justo e equitativo do seu âmbito, ao dispor que “os padrões de “tratamento justo e equitativo” e “proteção e segurança total” não estão cobertos por este Acordo e não deverão ser utilizados como padrão interpretativo nas controvérsias de investimentos”¹⁵⁸.

Na conjuntura de repulsa dos ACFIs ao padrão de tratamento justo e equitativo e das cláusulas guarda-chuva, destarte, o caminho jurídico-substantivo utilizado pelos Requerentes do caso Philip Morris vs. Uruguai restringe-se de forma quase que irreversível.

¹⁵⁶ Tradução livre do original: “Intriguingly, the always expected fair and equitable provision does not appear in the ACFIs. And provisions related to the umbrella clause, indirect expropriation or the minimum standard are also excluded. The ACFIs are, in this sense, less protective than the great majority of existing investment agreements. But this exclusion is voluntary and is, once again, strategic to some degree. It is also an element of the ACFIs’ originality. The Brazilian negotiators are aware of the content of other States’ investment agreements and they are acquainted to the evolution and trends of international investment law. (...)The negotiators knew that producing a mere copy of existing bilateral investment agreements would imply a clear refusal by Congress. The content of the ACFIs reveal this concern. They were negotiated and drafted to ensure ratification.” MONEBHURRIN, Nitish. Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model. *Journal of International Dispute Settlement*. Oxford: Oxford University Press, p. 15. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jids/article-abstract/8/1/79/2453207>> Acesso em 16 outubro 2019.

¹⁵⁷ Tradução livre do original: It might be a question of appearance – and appearance counts – but article 11 on transparency might be construed as another means of bringing the fair and equitable treatment standard, or at least some of its elements, into the debate. In international investment law, being transparent means being fair and equitable. *Idem*, p. 16.

¹⁵⁸ ACFI Brasil-Emirados Árabes, Artigo 4(3).

CONCLUSÃO

A Empresa Transnacional (ETN) é uma entidade de difícil conceituação, que atua através das fronteiras dos Estados-nacionais e transfere investimentos ao território dos países em que se instala. Buscou-se caracterizar as principais formas de atuação empresarial transnacional, observando-se que a atuação pelo investimento direto é a modalidade que de forma mais evidente dá gênese a vínculos com o país anfitrião/receptor. Tão fortes são esses vínculos que investimento externo direto (IED) se imiscui com a ideia de Empresa Transnacional, sendo visões do mesmo fenômeno.

Os vínculos com o Estado-anfitrião, por sua vez, ocasionam impactos no território em que o investimento ocorre. Observou-se que os efeitos da atuação empresarial transnacional, bem como os riscos políticos que esta entidade está exposta ao investir em território estrangeiro, levaram a diversas tentativas de regulação por parte de instâncias diversas.

Uma destas regulações é conformada por tratados de promoção e proteção do investimento. No contexto multilateral e regional, sobretudo em se tratando da América Latina, nota-se a escassez de regulamentação acerca do tema, cuja regulamentação detalhada se restringe ao NAFTA e ao recente PCFI intra Mercosul. De outra feita, no campo do bilateralismo é fértil a proliferação, mormente a partir da década de 1990, dos Tratados Bilaterais de Investimento (TBIs).

De uma rede de TBIs bastante extensa, conforma-se o direito internacional do investimento, ramo do direito internacional que compreende o estudo da estrutura dos TBIs, em sua similar conformação em termos de estrutura, padrões de tratamento e resolução de controvérsias.

Notadamente, a definição de investimentos presente nas disposições iniciais destes tratados pode permitir a inclusão de direitos de propriedade intelectual em seu escopo, levando a pleitos interessantes. Há, nessa toada, a possibilidade de o TBI definir investimento de formas distintas e, observou-se que a abordagem da articulação (*articulation approach*) é a mais adequada para tratar da temática por se vincular a investimento direto e não a meros fluxos indiretos de capital. Não é, todavia, a única abordagem, uma vez que é possível a existência de definições muito abertas, listando ativos sem qualquer qualificação.

Foi essa abertura jurídica – a inclusão da propriedade intelectual no escopo do investimento a partir de um dispositivo baseado em uma listagem de ativos não qualificada – que permitiu que o TBI Suíça-Uruguai fosse a base para a República Oriental do Uruguai ser

acionada por uma transnacional em um procedimento arbitral perante o ICSID. Da análise do caso *Philip Morris vs. Uruguai*, percebeu-se que o grupo de empresas requerentes encontrou campo nos dispositivos do referido TBI para argumentar, *inter alia*, a violação a seus direitos de propriedade intelectual baseado em alegadas violações ao direito uruguaio e em convenções internacionais. Argumentaram os requerentes que a legislação uruguaia expropriara sua propriedade intelectual no país, havendo também violações no tocante a comprometer os assumidos pelo Uruguai no âmbito internacional e ao tratamento justo e equitativo ao investidor.

Da análise desse caso, se seguiram considerações no sentido de que o TBI Suíça-Uruguai pode ser considerado um instrumento *TRIPS-plus*, pois expande a proteção de direitos de propriedade intelectual para além mínimo estabelecido do acordo TRIPS da OMC. Em consequência, a estratégia utilizada pelos requerentes do caso Philip Morris vs. Uruguai foi de *forum shifting*, isto é, levou a controvérsia acerca de compromissos relativos aos direitos de propriedade intelectual para um foro de debate distinto sistema de direito internacional da propriedade intelectual: a arbitragem investidor-Estado.

Dessa discussão em foro deslocado, relativo ao direito internacional do investimento – podem emergir interpretações inconsistentes do com o direito internacional da propriedade intelectual, razão pela qual a literatura apresenta alguns apontamentos relevantes. Uma das soluções é a utilização do Artigo 31(3)(c) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, para que o TRIPS seja utilizado na qualidade de princípio interpretativo para interpretar os acordos internacionais de investimento cujo texto faça referência aos direitos de propriedade intelectual. Ademais, destaque-se que há de se ter em mente o Artigo 23 do Anexo 2 do Acordo Constitutivo da OMC, segundo o qual reparações decorrentes de supostas violações aos Acordos da OMC não podem ser compensadas fora do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC.

Tendo em vista as considerações tecidas sobre o caso *Philip Morris vs. Uruguai*, passou-se à análise do contexto brasileiro, que se dá com a edição, em 2015, do modelo de acordos consubstanciado no Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI). Foi observado, em decorrência da análise, a presença de elementos de distinção entre o caso em comento e a inovação um contexto drasticamente diferente das nuances observadas no caso em comento.

Em primeiro lugar, o novel modelo brasileiro não adotou a arbitragem investidor-Estado enquanto mecanismo de solução de controvérsias. Há, ao invés, a adoção da arbitragem entre Estados e, acrescente-se, somente na hipótese de exauridos sem sucesso os recursos aos

mecanismos de governança institucional presentes nos ACFIs. Os Ombudsman (Pontos Focais Nacionais) e Joint Committee (Comitê Conjunto) foram adotados pelo modelo enquanto instituições para gerir os acordos, com a função, respectivamente, de governança Estado-investidor e entre Estados, trabalhando tanto na prevenção quanto na resolução de controvérsias.

Em segundo lugar, os ACFIs podem ser considerados instrumentos TRIPS-plus na medida em que apresentam definições de investimento incluindo em seu escopo direitos de propriedade intelectual. Há, inclusive, expressa referência na seção de definições dos ACFIs, ao Acordo TRIPS. Observou-se, todavia, que a definição de investimento dos ACFIs traz elementos do investimento externo direto, em detrimento da noção de investimento externo indireto.

São definições, portanto, que apresentam maior restrição quando comparadas com o TBI Suíça-Uruguai, podendo ser enquadradas na abordagem da articulação. Desse modo, eventual pleito trazido com fundamento nos ACFIs teria que demonstrar enquadramento na ideia de investimento direito, a exemplo de substancial influência na gestão de bens/serviços no país anfitrião. Além do mais, há recente ACFI que faz referência ao Entendimento da OMC no tocante à solução de controvérsias, o que faz crer que em termos de interpretação sistêmica, a solução de controvérsias do modelo brasileiro deverá ser prestado respeito ao sistema multilateral da OMC que, por sua vez, abrange o TRIPS.

Em terceiro lugar, no que tange aos padrões de tratamento trazidos pelos ACFIs, notória a ausência dos padrões de tratamento justo e equitativo e das cláusulas guarda-chuva na maior parcela dos ACFIs, existindo, inclusive, exclusões do primeiro padrão de tratamento. Por outro lado, no que tange à expropriação indireta, esta garantia também resta ausente em parte dos tratados. O modelo brasileiro privilegia a expropriação direta, havendo acordos que expressamente fazem referência à aplicação apenas na hipótese desta modalidade. Logo, percebe-se que uma controvérsia moldada nos referidos padrões, tal como ocorrido no caso Philip Morris vs. Uruguai, teria de ou apresentar contornos distintos ou fundamentar-se em outros dispositivos. Esclareça-se que resta ausente a previsão de quem decidirá sobre a adequação ao TRIPS no caso de algumas exclusões (*carveouts*), se forma que se abre um possível campo para a ocorrência do *forum shifting*.

Em virtude de que modelo brasileiro ainda é recente, resta então observar com o olhar acurado de que forma se dará a interpretação dos ACFIs, mediante a utilização dos mecanismos de governança institucional e a arbitragem entre Estados.

REFERÊNCIAS

ACORDO de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e os Emirados Árabes Unidos. 15/03/2019 Disponível em <
<https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/12265?s=Acordo%20de%20Coopera%C3%A7%C3%A3o%20e%20Facilita%C3%A7%C3%A3o%20de%20Investimentos&tipoPesquisa=1>>. Acesso em setembro de 2019.

ACORDO de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República Cooperativa da Guiana. 13/12/2018. Disponível em <
<https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/12234?s=Acordo%20de%20Coopera%C3%A7%C3%A3o%20e%20Facilita%C3%A7%C3%A3o%20de%20Investimentos&tipoPesquisa=1#dados-gerais>>. Acesso em setembro de 2019.

ACORDO de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Suriname. 02/05/2018 Disponível em <
<https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/12128?s=Acordo%20de%20Coopera%C3%A7%C3%A3o%20e%20Facilita%C3%A7%C3%A3o%20de%20Investimentos&tipoPesquisa=1>>. Acesso em setembro de 2019.

ACORDO de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República Democrática Federal da Etiópia. 11/04/2018. Disponível em <
<https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/12117?s=Acordo%20de%20Coopera%C3%A7%C3%A3o%20e%20Facilita%C3%A7%C3%A3o%20de%20Investimentos&tipoPesquisa=1>>. Acesso em setembro de 2019.

ACORDO de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Chile. 23/11/2015. Disponível em <
<https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/11766?s=Acordo%20de%20Coopera%C3%A7%C3%A3o%20e%20Facilita%C3%A7%C3%A3o%20de%20Investimentos&tipoPesquisa=1>>. Acesso em setembro de 2019.

ACORDO de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e República da Colômbia. 09/05/2015. Disponível em < <https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/11736?s=Acordo%20de%20Coopera%C3%A7%C3%A3o%20e%20Facilita%C3%A7%C3%A3o%20de%20Investimentos&tipoPesquisa=1>>. Acesso em setembro de 2019.

ACORDO de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Malauí. 26/05/2015. Disponível em < <https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/11650?s=Acordo%20de%20Coopera%C3%A7%C3%A3o%20e%20Facilita%C3%A7%C3%A3o%20de%20Investimentos&tipoPesquisa=1>>. Acesso em setembro de 2019.

ACORDO de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Equador. 25/09/2019. Disponível em < <https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/12332?s=Acordo%20de%20Coopera%C3%A7%C3%A3o%20e%20Facilita%C3%A7%C3%A3o&tipoPesquisa=1>>. Acesso em setembro de 2019.

ACORDO de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e o Governo da República de Moçambique. 30/03/2015. Disponível em < <https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/11636?s=Acordo%20de%20Coopera%C3%A7%C3%A3o%20e%20Facilita%C3%A7%C3%A3o%20de%20Investimentos&tipoPesquisa=1>>. Acesso em setembro de 2019.

ACORDO de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos Mexicanos. Disponível em < <https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/11623?s=Acordo%20de%20Coopera%C3%A7%C3%A3o%20e%20Facilita%C3%A7%C3%A3o%20de%20Investimentos&tipoPesquisa=1>>. Acesso em setembro de 2019.

ACORDO de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Governo da República da Angola. 01/04/2015. Disponível em < <https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/11651?s=Acordo%20de%20Coopera%C3%A7%C3%A3o%20e%20Facilita%C3%A7%C3%A3o%20de%20Investimentos&tipoPesquisa=1>>. Acesso em setembro de 2019.

ACORDO de Cooperação e Facilitação em Matéria de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e o Reino de Marrocos. 13/06/2019. Disponível em <

<https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/12292?s=marrocos&tipoPesquisa=1>>. Acesso em setembro de 2019.

ACORDO entre a Confederação Suíça e a República Oriental do Uruguai em matéria de Promoção e Proteção de Investimentos = Agreement between the Swiss Confederation and the Oriental Republic of Uruguay on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments. Berna: 7 Outubro 1988. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3121/download>>. Acesso em: 09 outubro 2019.

ANDRADE, Thiago Pedroso. Aspectos Metodológicos do Direito Internacional do Investimento. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, pp. 53/54. Disponível em: < <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-15122015-133808/pt-br.php>>. Acesso em: 24 setembro 2019.

BADIN, Michelle Ratton Sanchez; MOROSINI, Fabio. Navigating between Resistance and Conformity with the International Investment Regime: The Brazilian Agreements on Cooperation and Facilitation of Investment (ACFIs). In: BADIN, Michelle Sanchez Ratton; MOROSINI, Fabio (Coord.). Reconceptualizing International Investment Law from the Global South. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Empresa Transnacional e Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Os Investimentos Internacionais no Direito Comparado e Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BARZA, Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro; GUIMARÃES, Marcelo Cesar. A Atuação Empresarial Transnacional: Conceito, Formas de Atuação, Efeitos e Perspectivas para a Regulamentação. Revista Acadêmica Faculdade de Direito do Recife, Recife, n. 2, jul./dez. 2015, p. 49-71. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/1672/1472>>. Acesso em 20 outubro 2019.

BASSO, Maristela. Joint ventures: manual prático de associações empresariais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3 ed. 2002.

BASSO, Maristela. Propriedade Intelectual na Era Pós-OMC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

BRASIL. Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos – ACFI. Apresentação Geral do Modelo Brasileiro de Acordos de Investimento. Brasília, não datado. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/arquivos/Apresentacao-Geral-do-ACFI-PT.pdf>>. Acesso em 16 outubro 2019.

BRASIL. Decreto nº 1.355, de 30 de Dezembro de 1994. Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Diário Oficial da União, Brasília, 31.12.1994.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva dos Artigos 25 e 66. Diário Oficial da União, Brasília, 15.12.2009.

BRASIL. Decreto nº 8.863, de 28 de setembro de 2016. Dispõe sobre a criação, a estrutura e as atribuições do Ombudsman de Investimentos Diretos e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 29.9.2016; BRASIL, Decreto nº 10.044, de 4 de outubro de 2019. Dispõe sobre a Câmara de Comércio Exterior. Diário Oficial da União, Brasília, 7.10.2019 e republicado em 8.10.2019.

BRASIL. Decreto nº 10.027, de 25 de setembro de 2019. Promulga o Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos Intra-Mercosul, firmado pela República Federativa do Brasil, em Buenos Aires, em 7 de abril de 2017. Diário Oficial da União, Brasília, Diário Oficial da União, 16.09.2019.

COLLINS, David. An Introduction to International Investment Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) Thirty-fourth session. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS). Viena: 2017. Disponível em: <<https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.142>>. Acesso em: 18 setembro 2019.

CONFEDERAÇÃO SUÍÇA; REPÚBLICA ORIENTAL DO URUGUAI. Agreement between the Swiss Confederation and the Oriental Republic of Uruguay on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments. Berna: 7 Outubro 1988. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3121/download>>. Acesso em: 09 outubro 2019.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO. World Investment Report 2019 Special Economic Zones. Nova Iorque: United Nations Publications, 2019, p. 99. Disponível em: <https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2019_en.pdf>. Acesso: em 24 setembro 2019.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO. Bilateral Investment Treaties 1995-2006: trends in investment rulemaking. Nova Iorque e Genebra: Nações Unidas, 2007, pp. 7-11. Disponível em: <https://unctad.org/en/Docs/iteia20065_en.pdf>. Acesso em 24 setembro 2019.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO. UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime. Nova Iorque e Genebra: United Nations Publications, 2018, p. 45. Disponível em <<https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1190/unctad-s-reform-package-for-the-international-investment-regime-2018-edition->>> Acesso em 29 setembro 2019.

CORREA, Carlos; VIÑUALES, Jorge E. Intellectual Property Rights as Protected Investments: How Open are the Gates? Oxford: Journal of International Economic Law, 2016, 19, p. 91-120. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jiel/article/19/1/91/2357950>>. Acesso: em 24 setembro 2019.

COSTA JÚNIOR, Orlando José Guterres. Direito internacional dos investimentos e governança: a capacidade regulatória dos Estados conforme tribunais arbitrais de tratados de investimentos. Dissertação (Mestrado_ – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015, p. 28. Disponível em: <<http://www.funag.gov.br/ipri/btd/index.php/10-dissertacoes/3846-direito-internacional-dos-investimentos-e-governanca-a-capacidade-regulatoria-dos-estados-conforme-tribunais-arbitrais-de-tratados-de-investimentos>>. Acesso em 24 setembro 2019.

FOLEY HOAG LLP. Uruguay's Counter-memorial on the Merits (ICSID Case No. ARB/10/7). 13 october 2014. Disponível em: <[https://www.tobaccocontrol.org/files/uruguay/pleadings/8.0%20Uruguay's%20Counter-Memorial%20on%20the%20Merits%20\(13%20Oct.%202014\)%20\(REVISED%20REDACTED\).pdf](https://www.tobaccocontrol.org/files/uruguay/pleadings/8.0%20Uruguay's%20Counter-Memorial%20on%20the%20Merits%20(13%20Oct.%202014)%20(REVISED%20REDACTED).pdf)>. Acesso em 09 outubro 2019.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. Glossary of Selected Financial Terms. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/np/exr/glossary/index.asp>>. Acesso em 17 setembro 2019.

GABRIEL, Vivian Daniele Rocha Gabriel; COSTA, José Augusto Fontoura. O Mercosul e as Controvérsias sobre Investimentos. Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, Ano 3, nº 5, Março, 2015, p. 267-284. Disponível em: <<http://scielo.iics.una.py/pdf/rstpr/v3n5/2304-7887-rstpr-3-05-00267.pdf>> Acesso em: 24 setembro 2019.

GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. A proteção jurídica dos investimentos brasileiros no exterior. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-08112016-131230/pt-br.php>>. Acesso: em 24 setembro 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. Award (ICSID Case ARB/10/7). Washington D.C.: July 8, 2019. Disponível em: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C1000/DC9012_En.pdf>. Acesso em 09 outubro 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. Decision on Jurisdiction (ICSID Case ARB/10/7). Washington D.C.: 2 July 2013. Disponível em <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1531.pdf>>. Acesso em 09 outubro 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. ICSID Convention, Regulation and Rules. Disponível em <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/ICSID-Convention.aspx>> Acesso em 18 setembro 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay (ICSID Case No. ARB/10/7). Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB%2f10%2f7>>. Acesso em: 16/09/2019.

KLOPSCHINSKI, Simon. The WTOs DSU Article 23 as Guiding Principle for the Systemic Interpretation of International Investment Agreements in the Light of TRIPs. *Journal of International Economic Law*, v. 19, 2016, p. 211-239. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jiel/article-abstract/19/1/211/2357958>>. Acesso em 11 outubro 2019.

LALIVE. Request for Arbitration, 19 february 2010, Genebra, p. 5. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0343.pdf>>. Acesso em 08 outubro 2019.

LALIVE; SIDLEY AUSTIN LLP. Claimant's Memorial on the Merits (ICSID Case No. ARB/10/7). Washington D.C., March 3, 2014. Disponível em: <[https://www.tobaccocontrolaws.org/files/uruguay/pleadings/7.0%20Claimants'%20Memorial%20on%20Merits%20\(AMENDED%20REDACTED%206-2-2014\).pdf](https://www.tobaccocontrolaws.org/files/uruguay/pleadings/7.0%20Claimants'%20Memorial%20on%20Merits%20(AMENDED%20REDACTED%206-2-2014).pdf)>. Acesso em 09 outubro 2019.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro: Renovar, 15 ed., 2004.

MESQUITA, Alebe Linhares. Os Acordos Bilaterais de Investimento. In: THORSTENSEN, Vera; MESQUITA, Alebe Linhares; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. A Regulamentação Internacional do Intestimento Estrangeiro: Desafios e Perspectivas para o Brasil. São Paulo: VT Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda., 2018. Disponível em: <<https://ccgi.fgv.br/sites/ccgi.fgv.br/files/u5/Livro%20-%20Vers%C3%A3o%20Final.pdf>>. Acesso em: 19 outubro 2019.

MONEBHURRUN, Nitish. Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model. *Journal of International Dispute Settlement*, 2016, v. 0, p. 1-22. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jids/article-abstract/8/1/79/2453207>>. Acesso em 16 outubro 2019.

MOROSINI, Fábio. XAVIER JÚNIOR, Ely Caetano Xavier. Regulação do investimento estrangeiro direto no Brasil: da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório. *Brasília: Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, 2015, p. 420-447. Disponível em <<https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/3586/pdf>>. Acesso em 16 outubro 2019.

MUNIZ, Joaquim P.; DUGGAL, Kabir A. N.; PERETTI, Luis A. S.. The New Brazilian BIT on Cooperation and Facilitation of Investments: A New Approach in Times of Change. *ICSID Review*, Vol. 32, No. 2 (2017), p. 404-417. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icsidreview/article-abstract/32/2/404/3798598>>. Acesso em: 18 outubro 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/1885-omc-acordos-da-omc>> Acesso em: 18 setembro 2019.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Code of Liberalisation of Capital Movements. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/Code-capital-movements-EN.pdf>>. Acesso em: 17 setembro 2019.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais. OECD Publishing, 2011. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional/diretrizes-da-ocde-para-empresas-multinacionais>>. Acesso em 18 outubro 2019.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; ANJOS, Lucas Costa. Acordos de investimento e a proteção de direitos de propriedade intelectual: relação natural, ou casamento de conveniência? Reflexões sobre experiências do MERCOSUL e do Nafta. *RSTPR: Assunção*, v. 4, n. 8, Aug. 2016, p. 281-305. Disponível em: <http://scielo.iics.una.py/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-78872016000800281&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 24 setembro 2019.

RUSE-KHAN, Henning Grosse. Challenging Compliance with International Intellectual Property Norms in Investor-state Dispute Settlement. *Journal of International Economic Law*, v. 19, 2016, p. 241-277. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jiel/article-abstract/19/1/241/2357954#37579009>>. Acesso em: 11 outubro 2019.

SALACUSE, Jeswald W.; SULLIVAN, Nicholas P. Do bits really work?: an evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain. *Harvard International Law*, Cambridge, v. 46, n. 1, Winter, 2005. Apud GABRIEL, Vivian Daniele Rocha.

SILVEIRA, Eduardo Teixeira. A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil no direito internacional. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

TITI, Catharine. Non-adjudicatory State-State Mechanisms in Investment Dispute Prevention and Dispute Settlement: Joint Interpretations, Filters and Focal Points. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, 2017, p. 36-48. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4861>> Acesso em:

VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional: alguns problemas de coerência sistêmica. Brasília: *Revista de informação legislativa*, v. 42, n. 167, jul./set. 2005, p. 135-70. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/761>>. Acesso em 11 outubro 2019.

PARECER

O trabalho de conclusão de curso do aluno **GABRIEL SÁ BARRETO CORSINO DE ALBUQUERQUE**, de título ***INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS E PROPRIEDADE INTELECTUAL: uma análise dos Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFIs) à Luz do Caso Philip Morris vs. Uruguai***, apresentada à defesa contempla os requisitos exigidos.

Trata-se de consistente trabalho de pesquisa, de temática atual e relevante para o estudioso do Direito, em especial o Direito Internacional, que parte das dificuldades do tratamento normativo da ação de empresas transnacionais para avaliar os Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos, a partir do caso *Philip Morris vs Uruguai*.

Para tanto o trabalho começa com as possibilidades de conceituação de empresas transnacionais, formas de atuação e efeitos, observando as diferentes formas de regulamentação, até alcançar exemplo, concluindo com suas reflexões próprias.

Considerando o texto, recomendamos o trabalho à sessão de defesa.

É o parecer.

Recife, 24 de outubro de 2019.

Profª Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza
orientadora