

# O Direito dos Investimentos no MERCOSUL e o novo Protocolo de Facilitação e Cooperação em Investimentos

## Derecho de Inversiones del MERCOSUR y el nuevo Protocolo de Facilitación y Cooperación en Materia de Inversiones

*Leonardo Vieira de Oliveira* <sup>\*</sup>

---

**Resumo:** Este trabalho tem por objetivo traçar um breve panorama histórico do Direito dos Investimentos no Brasil e nos seus parceiros regionais do Cone Sul, com vistas a contextualizar a criação do novo Protocolo de Facilitação e Cooperação em Matéria de Investimentos (PCFI) do MERCOSUL, promulgado no ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 10.027 de 25 de setembro de 2019. Fruto em âmbito regional do novo modelo de Acordo de Cooperação e Facilitação em Investimentos (ACFI), o PCFI diverge em diversos aspectos das minutas de tratados bilaterais de investimento (BITs, em inglês), que privilegiam a proteção ao investidor ao invés de prestigiar primariamente o desenvolvimento do país estrangeiro. Dessa forma, este breve artigo analisará primeiramente a evolução do Direito de Investimentos no contexto do Brasil e do MERCOSUL, enfatizando as principais mudanças regulatórias na questão da abertura ao capital estrangeiro. Em seguida, serão delineadas as principais inovações e características do novo PCFI do MERCOSUL, destinado aos investimentos intra-zona.

**Resumen:** El propósito de este trabajo es ofrecer una breve reseña histórica de la legislación en materia de inversiones en el Brasil y sus asociados regionales del Cono Sur, con miras a contextualizar la creación del nuevo Protocolo de Facilitación y Cooperación en materia de Inversiones del MERCOSUR (PCFI), promulgado en el ordenamiento jurídico brasileño por el Decreto N° 10.027, de 25 de septiembre de 2019. Como resultado del nuevo modelo regional del

---

\* Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil.  
E-mail: leo21vieira@gmail.com  
Recibido: 31/05/2020. Aceptado: 27/07/2020.



Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI), el PCFI difiere en varios aspectos de los proyectos de tratados bilaterales de inversión (TBI), que se centran en la protección de los inversores más que en el desarrollo del país extranjero. Así, este breve artículo analizará primero la evolución del Derecho de las Inversiones en el contexto de Brasil y del MERCOSUR, destacando los principales cambios regulatorios en la cuestión de la apertura al capital extranjero. A continuación, se esbozarán las principales innovaciones y características del nuevo PCFI del MERCOSUR, destinado a las inversiones intrazona.

**Palavras-chave:** MERCOSUL, investimentos, soberania.

**Palabras clave:** MERCOSUR, inversiones, soberanía.

## 1. INTRODUÇÃO

Não seria exagero assentar que as relações entre a Europa e a América Latina e o Caribe talvez sejam as mais longevas e intensas da era moderna do sistema internacional vestfaliano, baseado em interações entre Estados soberanos. Desde as grandes navegações, passando pelo período das independências e ao longo dos séculos XX e XXI, europeus e latino-americanos mantêm intercâmbio não apenas econômico-comercial, mas também político e cultural, eis que instituições, filosofias e ideias atravessam o Atlântico nos dois sentidos em um fluxo contínuo e rico de trocas.

É nesse contexto que a Europa se consolida como a maior investidora direta na América Latina e o Caribe. Seja na conjuntura colonial, seja no período pós-independências, empresas e investidores europeus são dominantes nos ativos estrangeiros mantidos em solo latino-americano, a despeito da marcante presença dos Estados Unidos que, desde a Doutrina Monroe de 1823, buscam consolidar sua hegemonia ao Sul do Rio Grande. Ao longo dos séculos XIX e XX, tanto Washington quanto os principais países europeus competirão pela predominância na exportação de capitais e importação de bens das nações latino-americanas, conjuntura essa que apenas recentemente vem sofrendo alterações significativas, a partir da entrada da China e de outros países asiáticos na corrida.

De acordo com o mais recente relatório da CEPAL, cerca de 20% montante total das fusões e aquisições concretizadas em 2018 na região devem-se a empresas asiáticas, sobretudo chinesas<sup>1</sup>. Por outro lado, a Europa ainda detém cerca de 40% dos ativos acumulados de Investimento Estrangeiro Direto (IED), sendo esta presença particularmente marcante na América do Sul, ao passo que as inversões dos Estados Unidos têm maior

---

1 Comissão Econômica para América Latina e Caribe (CEPAL). *O investimento direto na América Latina e no Caribe 2019*. Santiago: NU Publications, 2019. Disponível em: <<https://www.cepal.org/pt-br/publicaciones/44706-o-investimento-estrangeiro-direto-america-latina-caribe-2019-resumo-executivo>>

presença principalmente nos países da América Central e Caribe. Analisando-se os investimentos por país, percebe-se que o IED europeu é dominado principalmente pela Espanha, que representou 29% dos investimentos europeus em projetos novos na região e 29% do valor das fusões e aquisições europeias no período 2005-2017. Alemanha (16%), Reino Unido (13%), Itália (12%) e França (11%) são os outros países investidores mais destacados em projetos novos na região.

Nessa relação Centro-Periferia, em que a América Latina insere-se primordialmente como Estado hospedeiro, o Direito dos Investimentos evoluiu de forma não linear, tendo em vista a sensível dicotomia entre soberania e capitais estrangeiros. Nesse sentido, é seguro afirmar que a predominância de uma posição mais protecionista e defensiva ante os ativos externos intercalou-se com momentos de maior abertura e liberalização da regulação do setor.

Mais recentemente, em 7 de abril de 2017, os quatro Estados-membros originais do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) concluíram o Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos do MERCOSUL (PCFI)<sup>2</sup>, entrando em vigor no plano mercosulino em 30 de julho de 2019. Inspirado no formato brasileiro de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI), o novo texto assumiu caráter eminentemente defensivo ante a presença massiva de capitais estrangeiros, focando, por exemplo, na prevenção de controvérsias e em arbitragens ao formato Estado-Estado, além de excluir qualquer previsão sobre desapropriação indireta.

Tal postura refletiu-se também na conclusão, em 28 de junho de 2019, do Acordo de Associação entre o MERCOSUL e a União Europeia, que prevê o livre-comércio para uma série de setores econômicos, bem como a instituição de normas comuns como regras de origem, compras governamentais e medidas sanitárias e fitossanitárias<sup>3</sup>. Conquanto o texto final ainda dependa da aprovação dos 27 parlamentos nacionais da União Europeia e dos quatro Estados-membros do MERCOSUL, podendo ser modificado neste período, é notória a ausência de um capítulo destinado ao setor de investimentos, o que poderia indicar posições contrastantes entre os países sul-americanos e seus congêneres europeus acerca do Direito dos Investimentos.

---

<sup>2</sup> Promulgado pelo Decreto n° 10.027 de 25 de setembro de 2019.

<sup>3</sup> “Se interpreta de los documentos, dados a publicidad a nivel oficial, que se trata de un acuerdo de gran amplitud: liberaliza fuertemente tanto al comercio de bienes como el de servicios y, a la vez, contendrá un avanzado régimen de normas y disciplinas comunes. Sin embargo, hasta tanto no se conozca la redacción definitiva, no se podrá determinar el alcance de la armonización requerida para cada sector y cuáles son los requerimientos convenidos y aceptados por ambas partes. Es el primer acuerdo birregional entre dos esquemas de integración regional de desigual nivel de desarrollo, pero que, de entrar en vigencia, alcanzaría a aproximadamente 800 millones de personas y cubriría gran amplitud de materias. Cabe destacar que, entre las mismas, se encuentra el binomio comercio-desarrollo sostenible, ámbito en el cual hay posiciones muy diversas entre los países y entre los sectores involucrados en el mencionado Acuerdo. NEGRO, Sandra C. “El Acuerdo UE-Mercosur y la comercialización de alimentos”. IN NEGRO, Sandra C. (Ed.) *Acuerdo Unión Europea-Mercosur: la comercialización de alimentos en la Unión Europea y el Mercosur*. Buenos Aires: Euro Editores S.L.R., 2020, pp. 13-14.

Este trabalho, portanto, reconstituirá um breve histórico da inserção da América Latina na conformação do Direito Internacional dos Investimentos, a fim de melhor contextualizar o quadro em que se deu a conclusão do Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos do MERCOSUL. Em seguida, analisar-se-ão as peculiaridades do PCFI *vis-à-vis* do padrão médio dos acordos bilaterais de investimentos (BITs, em inglês) assinados pelos Estados mercosulinos ao longo dos anos 1980 e 1990 - com exceção do Brasil -, buscando-se compreender a *ratio* das novas normas de investimentos.

## **2. A EVOLUÇÃO DO DIREITO DOS INVESTIMENTOS ENTRE EUROPA E AMÉRICA LATINA E CARIBE**

O fluxo de investimentos entre Europa e América Latina e Caribe é tão antigo quanto as próprias relações econômicas entre os continentes, inauguradas ainda com as grandes navegações. Ao longo do período das colônias, predominaram as trocas comerciais, organizadas de acordo com o padrão dos monopólios coloniais na produção e comercialização de produtos primários destinados aos principais mercados da Europa. Nesse sentido, a presença econômica Europeia fazia-se sentir muito mais no intercâmbio de bens, não se verificando ainda a presença de ativos estrangeiros que se aproximassem do conceito moderno de investimentos.

Esse panorama começa a alterar-se com a emergência das primeiras independências nacionais na América Latina e no Caribe, no alvorecer do século XIX. A partir do surgimento de novos ordenamentos jurídicos soberanos no Novo Mundo, a presença econômica europeia teve de readaptar-se: os antigos monopólios deram lugar a privilégios alfandegários e tratados comerciais desiguais entre os novos Estados americanos e suas antigas metrópoles. Mais ainda, a Revolução Industrial abriu espaço para a exportação de capitais europeus na forma de ativos como a construção de ferrovias, ligação de linhas de telégrafos e até a instalação das primeiras oficinas de produtos manufaturados.

Tem-se início, portanto, ao fluxo dos investimentos, na acepção moderna do conceito, entre as duas margens do Atlântico. Nesse intercâmbio, praticamente de via única, a Europa posicionava-se como exportadora de capitais, ao passo que as novas nações da América Latina e Caribe perfaziam típicos Estados hospedeiros receptores de ativos estrangeiros. E numa época de notória corrida imperialista das potências europeias por mercados promissores na “periferia”, não raros eram os tratados desiguais que asseguravam amplos direitos e garantias aos investidores, como a imunidade perante tribunais internos do Estado hospedeiro, deslocando os julgamentos para tribunais mistos ou até cortes arbitrais, bem como meios ágeis de execução de dívidas e indenizações em caso de inadimplementos obrigacionais do país onde estão localizados os investimentos. Por fim, caso ainda não houvesse uma solução satisfativa, recorria-se legitimamente à força<sup>4</sup>.

---

4 “Mais l’opération de protection peut revêtir, au XIXème siècle deux modalités distinctes: elle peut être mise en oeuvre en ayant recours à la force armée pour contraindre manu militari un

Nesse contexto, ainda que não houvesse qualquer instrumento convencional que garantisse esses privilégios e imunidades, o investidor também poderia socorrer-se por meio do secular instituto da proteção diplomática, pelo qual seu Estado nacional se sub-roga de seus direitos para litigar, em causa própria, em face do Estado hospedeiro suposto violador. À luz do Direito Internacional clássico, a proteção internacional justifica-se em razão de o indivíduo não possuir personalidade jurídica na esfera internacional, carecendo, portanto, de capacidade postulatória para demandar internacionalmente outro Estado.

Contudo, a despeito dos questionamentos jurídicos em torno deste instituto - como a dúvida acerca da legitimidade ordinária ou extraordinária do Estado em litigar, além da suposta obrigação deste mesmo Estado em reverter as indenizações ao seu nacional -, o fato é que a proteção diplomática permitia às potências europeias o exercício de todo seu poder econômico e militar na imposição de sua vontade em caso de controvérsia com Estados hospedeiros em torno da temática dos investimentos.

Não à toa, ao longo da segunda metade do século XIX, juristas e pensadores latino-americanos começam a lapidar doutrinas jurídicas destinadas a limitar as excessivas garantias prestadas ao investidor estrangeiro, na tentativa de restabelecer a paridade de armas entre ambas as partes. A primeira e talvez mais conhecida delas é a Doutrina Calvo, elaborada pelo jurisconsulto uruguaio Carlos Calvo, que condicionava a recepção de investimentos estrangeiros à renúncia ao instituto da proteção diplomática, vinculando o investidor à jurisdição interna do Estado hospedeiro<sup>5</sup>.

Já a Doutrina Drago, construída pelo chanceler argentino Luís María Drago, vedava em absoluto o uso da força para a resolução de controvérsias relativas a cobranças de dívidas. Impressionado com o bombardeiro de potências europeias aos portos da Venezuela, em 1902, como forma de

---

État à exécuter ses obligations (ce qu'on a appelé la <<diplomatie de la canonnière>> ou elle peut être pacifique et conduire, en cas d'échec des pourparlers, à un recours à des tribunaux arbitraux ou permanents. Ceux-ci sont alors amenés à trancher, en droit international, le litige entre deux États, dont l'un invoque la responsabilité internationale de l'autre. Les deux modalités ont fait l'objet, au tournant des XIXème et XXème siècles, de critiques souvent virulentes des États d'Amérique latine et de la doctrine de ces États". LEBEN, Charles. *Droit International des Investissements: un survol historique*. IN. LEBEN, Charles. *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*. Paris: Pedone, 2015.

5 "In a famous study first published in 1868, the Argentine jurist Carlos Calvo for the first time presented a new perspective of this paradigm and asserted that the international rule should in effect be understood as allowing the host state to reduce protection of alien property whilst also reducing the guarantees for property held by nationals. Calvo's view would have left room for all the vagaries of domestic law, (p. 2) allowing both strong guarantees, but also a complete lack of protection. In addition, the Calvo doctrine is based on the view that foreigners must assert their rights before domestic courts and that they have no right of diplomatic protection by their home state or access to international tribunals. Calvo's theory was conceived against the background of gunboat diplomacy by capital-exporting countries and other practices through which these countries imposed their view of international law on foreign governments." DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 27

indução ao pagamento da dívida soberana venezuelana, Drago logrou êxito em aprovar sua doutrina por ocasião da III Conferência Panamericana do Rio de Janeiro, em 1906<sup>6</sup>.

A Doutrina Calvo e a Doutrina Drago forneciam subsídios jurídicos para que Estados hospedeiros questionassem o excesso de direitos e garantias exigidos por investidores estrangeiros ao longo do século XX, multiplicando as controvérsias em torno de investimentos. A partir da década de 1930, a nacionalização de empresas estado-unidenses e europeias por governos nacionalistas na América Latina, em especial o México, atraiu a atenção para o direito das expropriações de ativos estrangeiros e para a indenização “justa” e “efetiva”. Em outras palavras, não havia consenso acerca da aplicabilidade e extensão dessas normas jurídicas, mormente na questão de nacionalizações nas áreas exploração de recursos naturais, como óleo e gás.

Essa oposição crescente entre países exportadores de capital e Estados hospedeiros, reproduzindo arranjo “Centro-Periferia”, acentuou-se com as descolonizações na África e Ásia, eis que os novos Estados egressos desses processos consideraram-se como detentores do direito ao desenvolvimento e não participantes de um suposto direito costumeiro de proteção ao investimento. Símbolo desse novo momento foi a aprovação, na Assembleia Geral da ONU, da Declaração das Nações Unidas Sobre a Soberania Permanente Sobre os Recursos Naturais de 1962, que garantia amplamente o direito de expropriação de ativos.

Fruto do pensamento “periférico” daquele momento, os Estados-membros do Pacto Andino<sup>7</sup> celebraram, em 1970, um código comum de investimentos recíproco e externo, consubstanciado na Decisão n. 24 da Comissão do Acordo de Cartagena. A *mens legis* do texto indicava que os países do bloco buscavam equilibrar a recepção dos investimentos estrangeiros com a manutenção de sua autonomia política e principalmente econômica. Dessa forma, por exemplo, o código reconhecia expressamente a preferência pelas empresas nacionais, impunha limites na remessa de lucros e determinava inclusive a obrigação de participação de capital nacional nas sociedades estrangeiras que ali se instalassem<sup>8</sup>.

---

6 “A nota de Drago, que a rigor se inspirava em pronunciamento anterior de Carlos Calvo, teve grande repercussão e passou a ser conhecida como Doutrina Drago. Drago não negava a obrigação da nação devedora de reconhecer as respectivas dívidas e procurar liquidá-las, mas condenava sua cobrança coercitiva, como capaz de conduzir as nações mais fracas à ruína e até a absorção dos respectivos governos pelos das nações mais poderosas. Querendo, de certa forma, lugar sua tese à Doutrina Monroe, Drago pretendeu fosse reconhecido o princípio de que ‘a dívida pública não pode motivar a intervenção armada e, ainda menos, a ocupação material do solo das nações americanas por uma potência europeia.’ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borda. *Manual de Direito Internacional Público*. 21a. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 362.

7 Naquele momento, o Pacto Andino era composto por Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela.

8 CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Proteção e promoção de investimentos no MERCOSUL*. IN. CASELLA, Paulo Borda. (Ed.). *Contratos internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 1996, pp. 214-215.

Tal protecionismo não foi bem recebido pelos Estados emissores do “Centro”, havendo inclusive dissensos internos. Após o golpe que instalara a ditadura neoliberal do general Augusto Pinochet, o Chile empreendeu esforços para revisar a Decisão n. 24. Contudo, diante da irredutibilidade dos demais membros, o governo chileno decidiu retirar-se do Pacto Andino. Não obstante, com o passar dos anos, o código de investimentos foi progressivamente flexibilizado, primeiro pela Decisão n. 220 de 1987 e, sem seguida, pela Decisão n. 291 de 1991, que contemplou a entrada irrestrita de investimentos estrangeiros, bem como a não-discriminação e a ausência de limites na remessa de lucros<sup>9</sup>.

De outra ponta, uma coalizão composta majoritariamente de países desenvolvidos reuniu-se no âmbito no Banco Mundial (BIRD) para elaborar multilateralmente uma convenção que finalmente regulamentasse as regras de investimentos estrangeiros. Apesar de não ser necessariamente uma ideia inovadora, a turbulência no cenário internacional serviu como catalisador de vontades, resultando na Convenção sobre Resolução de Conflitos relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, assinada em Washington em 18 de março de 1965.

Tal instrumento, que entrou em vigor logo no ano seguinte de sua assinatura, inova radicalmente ao criar o Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI-ICSID), responsável por resolver controvérsias diretamente entre investidor e Estado hospedeiro por meio de arbitragem própria. Esse mecanismo peculiar de resolução de controvérsias acabou por representar um nicho de negócios fechado e altamente especializado em que advogados de bancas internacionais de advocacia privada revezam-se como árbitros, em um círculo vicioso<sup>10</sup>.

A Convenção de Washington, em conjunto com seu mecanismo arbitral de resolução de disputas, atraiu inicialmente a ratificação em peso dos países desenvolvidos, eis que seu foco era justamente a proteção ao investimento estrangeiro. Importantes nações do mundo em desenvolvimento, principalmente na América Latina e no Caribe, não aderiram ao tratado, vinculando-se aos preceitos da Nova Ordem Econômica Internacional (NOEI) e do G-77.

Contudo, com o fim da Guerra Fria e a derrocada do bloco socialista-

---

9 Para uma boa referência para o estudo do Direito dos Investimentos no Pacto Andino, ver MAHIOU, Ahmed. *Le Pacte Andin*. Recueil de Cours de l'Academie de Droit International de la Haye, 1993, v. IV, tome 241.

10 “The alleged neutrality of arbitration is however a myth. A small group of elite arbitrators emerged promising to be neutral ‘judges’ in whom, as arbitrator William Park said, “people could entrust their wealth and welfare”. But, instead, they have used their power and influence to secure government-hostile rules and a steady flow of multimilliondollar lawsuits. A number of global law firms are also involved, multiplying arbitrations against countries. Investment funds are increasingly consolidating the investment arbitration market, bringing speculative claims.” EBERHARDT, Pia; OLIVET, Cecília. *Profiting from injustice*. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom. Bruxelas/ Amsterdã: Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute, November 2012, p. 71.

soviético, a doutrina do liberalismo econômico, representada pelo “Consenso de Washington”, impeliu países em desenvolvimento a ratificarem a Convenção do ICSID de forma a criar ambientes seguros e receptivos para investimentos estrangeiros, que contribuiriam para a prosperidade econômica. Nessa toada, a grande maioria das nações latino-americanas e caribenhas aderiu à Convenção de Washington ao longo das décadas de 1980 e 1990, com exceção, apenas, de Bolívia, Brasil, Cuba, Equador, Suriname e Venezuela<sup>11</sup>.

Logo de início, a América Latina e o Caribe configurou-se como um dos blocos regionais mais ativos no ICSID, não apenas nas propostas de aperfeiçoamento da Convenção de Washington, como também através das arbitragens instauradas por investidores estrangeiros. Atualmente, em âmbito global, 155 Estados já ratificaram e, portanto, são partes deste tratado, representando um dos instrumentos multilaterais de Direito Internacional Econômico com mais ratificações na História.

### **3. A PECULIAR POSIÇÃO DO BRASIL EM MATÉRIA DE INVESTIMENTOS**

Notória exceção, nesse contexto, é o Brasil, não apenas por seu peso na produção bruta mundial, mas sobretudo por sua posição peculiar frente à temática dos investimentos estrangeiros. Tendo a maior economia da América Latina e do Caribe, naturalmente o país recebe a maior quantidade de Investimento Estrangeiro Direto da região, ainda que não se ajuste aos preceitos liberais da Convenção de Washington. Mais ainda, no auge da tensão Centro-Periferia, o país notabilizou-se por famosos casos de expropriação de ativos estrangeiros, como os casos da *Bond and Share* e da *ITT*, ambos no Rio Grande do Sul.

Nesse contexto, em parecer que subsidiou a posição brasileira quando elaboração da Convenção de Washington, o Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores brasileiro, Augusto de Rezende Rocha, considerou o novo mecanismo como uma indevida interferência do “*imperialismo econômico e financeiro*”, não sendo crível que um Estado soberano com instituições jurídicas sólidas tenha de ceder competências para tribunais internacionais, mormente em matéria regulatória de âmbito estritamente interno<sup>12</sup>.

---

11 Em verdade, a Bolívia, Equador e Venezuela chegaram a ratificar a Convenção de Washington e participaram ativamente das arbitragens no âmbito do ICSID (67 casos, ao todo). Contudo, diante da insatisfação com esse mecanismo de solução de controvérsias, acusado de parcialidade pró-investidor, essas três nações optaram por denunciar o tratado.

12 “[...] seria a consagração do imperialismo econômico e financeiro, ainda que disfarçada. (...) não é crível que qualquer Estado normalmente organizado, apresentando instituições asseguradoras de uma ordem jurídica primária, concorde de boa mente em sub-rogar funções públicas essenciais a um tribunal internacional, que na sua organização e funcionamento será passível de sofrer influências prejudiciais à própria soberania desse Estado. (...) nunca o Governo brasileiro, em qualquer época, deixou de acolher, diplomática ou judicialmente, as reivindicações de *meritorious cases* de estrangeiros que lhe fossem apresentadas”. SOARES, Guido. Órgãos das soluções extrajudiciárias de litígios. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985, pp. 80-82



Contudo, conforme apontam Ely Caetano Xavier Júnior e Fábio Morosini, nos últimos 40 anos, a posição brasileira em relação à regulação dos investimentos oscilou entre uma posição mais conservadora e reticente, dominada pela lógica Norte-Sul e pela predominância do Brasil enquanto Estado receptor, seguida de um protagonismo na formulação de normas para o setor, em que a economia brasileira assumiu a condição de Estado exportador de capitais a partir do eixo Sul-Sul<sup>13</sup>.

Na primeira “onda”, segundo os autores, o contexto liberalizante do final da Guerra Fria contribuiu para que o governo brasileiro cedesse parcialmente sua resistência e assinasse 14 tratados bilaterais de investimento com importantes países exportadores de capital ao longo da década de 1990<sup>14</sup>. Esses instrumentos previam dispositivos típicos dos principais BITs daquele período, como uma definição ampla de investimentos, favorável ao investidor, cláusulas abertas prevendo o “padrão justo e equitativo” e até arbitragem *ad hoc* ou no âmbito do ICSID (tratados assinados com Itália e Portugal), ainda que não houvesse referências à possibilidade de utilização de seu mecanismo suplementar.

O Congresso Nacional, entretanto, atrasou o processo de aprovação desses instrumentos, impedindo-os de serem ratificados e de produzir efeitos. Por fim, com a troca democrática de governo no início do século XXI, tais tratados não foram considerados mais politicamente interessantes à economia nacional<sup>15</sup>, o que sepultou de vez a chance de o Brasil ser parte em um BIT. O conteúdo demasiado liberalizante, segundo Ely Xavier Júnior e Fábio Tomasini, foi determinante para o malogro desses tratados<sup>16</sup>.

O retorno à histórica posição reticente brasileira em matéria de investimentos, contudo, durou relativamente pouco, eis que, em razão de seu expressivo crescimento econômico, capitaneado pelo boom das commodities, o Brasil passou à condição de notório exportador de capitais, principalmente no contexto da América Latina e do Caribe. Dessa forma, a postura defensiva frente aos investimentos estrangeiros deveria naturalmente mudar, passando para uma posição mais assertiva e receptiva às inversões, já que boa parte delas, agora, seria de empresas brasileiras.

---

13 MOROSINI, Fabio; 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. *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v. 12, n. 2, 2015 p. 420-447

14 Foram eles: Alemanha (1995), Bélgica/Luxemburgo (1999), Chile (1994), Coreia do Sul (1995), Cuba (1997), Dinamarca (1995), Finlândia (1995), França (1995), Itália (1995), Países Baixos (1998), Portugal (1994), Reino Unido (1994), Suíça (1994) e Venezuela (1995).

15 Em 2002, na transição democrática do governo Fernando Henrique Cardoso para o governo do presidente eleito Luis Inácio Lula da Silva, houve acordo político de retirada de votação de todos os BITs assinados pelo Brasil na década passada,

16 “Dentre os aspectos controversos, é possível destacar (a) a preocupação com a limitação da soberania nacional, (b) a incompatibilidade entre o regime de expropriação previsto nos acordos e as disposições constitucionais sobre desapropriação, (c) a utilização de uma definição bastante ampla de investimento, (d) a previsão absoluta da livre transferência de recursos e (e) a possibilidade de escolha pelo investidor estrangeiro de mecanismo de arbitragem internacional envolvendo o Estado brasileiro”. MOROSINI, Fabio; JÚNIOR, Ely Caetano Xavier, Op. cit., p. 431.

Essa “virada” ganhou concretude, em 2015, com a formulação original da minuta de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI), modelo de tratado de investimentos elaborado por uma força tarefa interministerial composta pelo Itamaraty, pelo Ministério da Fazenda, pelo então Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio e pela Câmara de Comércio Exterior (CAMEX). Conforme destacam Erica Capella Fernandes e Jete Jane Fiorati, em vez de visar à proteção irrestrita do investimento estrangeiro, mesmo que através de arbitragem investidor-Estado, o ACFI brasileiro é mais equilibrado, contendo três pilares: a) mitigação de riscos; b) governança institucional; c) agendas temáticas para cooperação e facilitação dos investimentos<sup>17</sup>.

Comparado aos BITs assinados pelo próprio Brasil ao longo da década de 1990, o modelo de ACFI notabiliza-se por prever (i) maior autonomia regulatória do Estado hospedeiro; (ii) maior transparência, ressaltada, inclusive, nos preâmbulos; (iii) definição mais estrita de investimento e de investidor, de forma a minimizar abusos; (iv) cláusula de nação mais favorecida e tratamento nacional, sem qualquer referência a cláusulas de proteção e segurança jurídica ao investidor e ao “padrão mínimo internacional” de “tratamento justo e equitativo”, seja como garantia autônoma, seja como *standard* de norma costumeira internacional; (v) criação de “pontos focais” (*Ombusmen*), representados por agências governamentais escolhidas por cada país imbuídas da missão de facilitar a promoção de investimentos nos respectivos ordenamentos nacionais e de prevenir eventuais conflitos; (vi) direito à expropriação lastreada no interesse nacional, sem referências à “pronta indenização” e à indenização indireta; e (vi) arbitragem Estado-Estado, apenas.

Dado o novo status de país exportador de capital, o Brasil tratou de assinar os primeiros ACFIs com países que representam importantes espaços de atuação de empresas brasileiras, especialmente na África e na América Latina e no Caribe. Até a conclusão deste trabalho, o Brasil já havia assinado, no total, 13 ACFIs bilaterais com países integrantes do eixo Sul-Sul, embora boa parte desses instrumentos ainda dependa de ratificação no Parlamento brasileiro<sup>18</sup>. Além disso, ainda que a conjuntura política-econômica tenha alterado-se com a inauguração do novo governo em janeiro de 2019, os primeiros movimentos indicam não apenas a manutenção do modelo de ACFI, como também sua expansão para países como a Índia<sup>19</sup>.

---

17 FERNANDES, Érika Capella; FIORATI, Jete Jane. Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil: uma análise comparada. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. a. 52. n. 208. out/dez. 2015, pp. 247-276.

18 São eles: Índia (2020); Equador (2019); Marrocos (2019); Emirados Árabes Unidos (2019); Guiana (2019); Suriname (2018); Etiópia (2018); Chile (2015); Colômbia (2015); Angola (2015); Malauí (2015); Moçambique (2015); e México (2015). Para conferir a íntegra dos acordos, acessar: <https://concordia.itamaraty.gov.br/>.

19 Nesse sentido, ver: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/21257-assinatura-de-acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-o-brasil-e-a-india> (visitado em 19/07/2020).

#### 4. A EVOLUÇÃO DA NORMATIZAÇÃO DE INVESTIMENTOS NO MERCOSUL

Pensado e arquitetado originalmente como um bloco regional de livre-comércio que visava a alcançar o mercado comum, no contexto da liberalização econômica da década de 1990, o MERCOSUL tratou desde logo de regulamentar os investimentos estrangeiros tanto no nível intra-zona quanto no nível extra-zona. Nesse sentido, em 1993, o Conselho Mercado Comum (CMC) aprovou a Decisão n. 11/93, que continha o Protocolo de Colônia para a Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos no MERCOSUL, focando nos investimentos recíprocos entre os quatro membros originais do bloco (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai).

Fruto de seu tempo, sendo influenciado pelos preceitos do Consenso de Washington<sup>20</sup>, o Protocolo de Colônia previa um conceito amplo e aberto de investimento, abarcando o controle acionário, dívidas soberanas e títulos de crédito<sup>21</sup>. O texto também regulamentava favoravelmente ao investidor os temas de expropriação e de indenização “pronta e efetiva”<sup>22</sup>, permitindo ainda a livre transferência de ativos, lucros e sub-rogações, de modo análogo ao início da experiência andina. Além disso, inspirando-se no exemplo do NAFTA, o Protocolo de Colônia também previa três vias de solução de controvérsias: (i) recurso aos tribunais internos do Estado hospedeiro; (ii) recurso ao mecanismo de solução de controvérsias próprio do MERCOSUL, nos termos do então Protocolo de Brasília de 1991; e (iii) instauração de arbitragem organizada ou sob os auspícios do ICSID, para o qual os Estados ainda não partes da Convenção de Washington dariam consentimento instantâneo, ou por meio de tribunal arbitral *ad hoc* regido pelas normas da UNCITRAL.

20 “Os protocolos do MERCOSUL adotam posição mais liberal em relação ao capital estrangeiro, deixando de lado as resistências à sua utilização, fundadas sob o temor de redução da autonomia e soberania frente aos países investidores. Os investimentos são vistos como necessários e essenciais ao financiamento do desenvolvimento. Os preâmbulos dos tratados demonstram essa posição, quando afirmam que a promoção e proteção dos investimentos ‘contribuirão para estimular a iniciativa econômica individual e promover a prosperidade econômica nos quatro Estados-Partes’. Ao adotar um sistema de incentivo de capital externo, ao invés de um sistema restritivo, o MERCOSUL aproxima-se do modelo existente no NAFTA, distanciando-se das primeiras regulamentações existentes no Pacto Andino.” CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Proteção e promoção de investimentos no MERCOSUL*. IN. CASELA, Op.cit., pp. 219-220.

21 El término “inversión” designa todo tipo de activo invertido directa o indirectamente por inversores de una de las Partes Contratantes en el territorio de otra Parte Contratante, de acuerdo con las leyes y reglamentación de esta última. Incluye en particular, aunque no exclusivamente:

- a) la propiedad de bienes muebles e inmuebles, así como los de más derechos reales tales como hipotecas, cauciones y derechos de prenda;
- b) acciones, cuotas societarias y cualquier otro tipo de participación en sociedades;
- c) títulos de crédito y derechos a prestaciones que tengan un valor económico; los préstamos estarán incluidos solamente cuando estén directamente vinculados a una inversión específica;
- d) derechos de propiedad intelectual o inmaterial, incluyendo derechos de autor y de propiedad industrial, tales como patentes, diseños industriales, marcas, nombres comerciales, procedimientos técnicos, know-how y valor llave;
- e) concesiones económicas de derecho público conferidas conforme a la ley, incluyendo las concesiones para la búsqueda, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales.

22 Nesta rubrica estão incluídos também os danos emergentes e os lucros cessantes.

Na opinião de Natasha Suñé e de Raphael Vasconcelos<sup>23</sup>, tal mecanismo de solução de controvérsias, ao prever uma espécie de *forum shopping* com alternativas exteriores às normas do MERCOSUL, não apenas enfraquecia o processo de consolidação das normas do próprio bloco, como também entrava em choque com a própria posição histórica do Brasil de distância frente ao ICSID. Por essas e outras razões, o Protocolo de Colônia nunca entrou em vigor, sendo ratificado apenas pela Argentina<sup>24</sup>.

Para regulamentar os investimentos extrazona, o Conselho do Mercado Comum (“CMC”) adotou, no início de 1994, a Decisão n. 11/94, que aprovou o Protocolo sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos Provenientes de Estados Não Partes do MERCOSUL, mais conhecido como Protocolo de Buenos Aires. Analogicamente ao Protocolo de Colônia, tal texto buscou harmonizar as regras dos quatro Estados-membros do bloco de recepção de investimentos estrangeiros, evitando-se eventuais distorções nos fluxos de capitais e tratamento mais favorável a investidor de fora do MERCOSUL<sup>25</sup>.

No que tange à solução de controvérsias, o Protocolo de Buenos Aires vai além, possibilitando não somente as três vias já previstas no Protocolo de Colônia, como também arranjos alternativos de composição de tribunal arbitral. Por isso, tal instrumento não foi ratificado pelo Brasil, o que a produção de seus efeitos para os demais membros da união aduaneira<sup>26</sup>.

Desse modo, diante do impasse, os Estado-membros do MERCOSUL adotaram a Decisão CMC n.º 30/2010, que, a um só tempo, revogou as decisões que previam o Protocolo de Colônia e o Protocolo de Buenos Aires e estabeleceu as diretrizes para um novo acordo de investimentos que regulamentasse o setor no bloco. Frise-se que este documento já evidenciava certa “correção de rumos”, tendo em vista a definição de diretrizes como a solução de controvérsia Estado-Estado, em consonância com o Protocolo de Olivos, e a liberalização conforme “as restrições em lista”.<sup>27</sup>

---

23 VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; SUÑE, Natasha. *O direito dos investimentos no MERCOSUL: realidade e possibilidades*. IN. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

24 Lei 24.891 de 1997.

25 Não custa lembrar que, a esse tempo, Argentina, Paraguai e Uruguai já haviam celebrado dezenas de acordos bilaterais de investimentos, o que poderia influenciar a atração de capitais no bloco. Nesse aspecto, a previsão aberta das cláusulas de nação mais favorecida e tratamento nacional cumpriram o papel não somente de estimular o investimento estrangeiro, como também proteger o investidor nacional dos quatro Estados-membros, que poderiam ser preteridos nas negociações de condições mais vantajosas.

26 Por outro lado, ratificaram o texto a Argentina (Lei n. 24.554), o Paraguai (Lei n. 593) e Uruguai (Lei n. 17.593).

27 Decisão CMC n.º 30/2010 - Anexo: DIRETRIZES PARA A CELEBRAÇÃO DE UM ACORDO DE INVESTIMENTOS NO MERCOSUL 1. Âmbito de aplicação: investimento estrangeiro direto em bens. 2. Obrigações principais: tratamento nacional, transparência, regulamentação doméstica, pessoal-chave. 3. Disciplinas de proteção: determinar-se-á o alcance de disciplinas relativas à proteção em matéria de expropriação. 4. Modalidade de consignação de compromissos: definir-se-á o tipo de modalidade para a consignação de compromissos. 5. Liberalização: definir-se-á uma modalidade de liberalização das restrições consignadas em lista. 6.

Assim, sem desviar-se das metas previstas na Decisão CMC n.º 30/2010, os quatro Estados-membros finalmente aprovam, em 07 de abril de 2017, o Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos do MERCOSUL, destinado a suprir a lacuna dos investimentos intrazona e a atualizar a normativa regulatória de investimentos para adequá-la ao espírito do modelo brasileiro de ACFI.

## **5. O PROTOCOLO DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS DO MERCOSUL**

Criado para substituir o findo Protocolo de Colônia, regulando os investimentos intra-zona<sup>28</sup>, o PCFI do MERCOSUL difere substancialmente de seu predecessor em vários aspectos. Logo em seu preâmbulo, nota-se a correção de rumos e o caráter manifestamente defensivo do novo texto. Se o Protocolo de Colônia almejava laconicamente, da perspectiva do investidor, a *“promoción y la protección de tales inversiones sobre la base de un acuerdo contribuirá a estimular la iniciativa económica individual e incrementará la prosperidade en los cuatro Estados”*, o PCFI reconhece o *“papel fundamental do investimento na promoção do desenvolvimento sustentável, do crescimento econômico, da redução da pobreza, da criação de empregos, da expansão da capacidade produtiva e do desenvolvimento humano”*. Ou seja, os benefícios puramente econômicos dos investimentos dão lugar, agora, a sua função social, instrumentalizando-os para o desenvolvimento humano e sustentável das nações, com objetivos de redução da pobreza e criação de emprego.

A definição de investimento, por sua vez, sofre considerável redução, mormente pela inovação trazida pelo art. 3º (3.1) do PCFI, que exclui categoricamente deste conceito jurídico os (i) títulos de dívida pública; (ii) os investimento em carteira e portfólio; (iii) as reclamações pecuniárias decorrentes exclusivamente de contratos comerciais para a venda de bens ou serviços; (iv) qualquer custo ou outras obrigações econômicas assumidas pelo investidor ou por seu investimento antes do estabelecimento do investimento.

Da mesma forma, visando à exclusão da incidência de normas costumeiras internacionais relativas ao *“standard mínimo”* geralmente invocadas por países desenvolvidos em arbitragens internacionais de investimentos, o art. 4º (3) do Protocolo especifica que *“os padrões de ‘tratamento justo e equitativo’, de ‘plena segurança e proteção’ e a fase de pré-estabelecimento não são cobertos pelo presente Protocolo”*. Tal

---

Classificação: acordar-se-á uma classificação comum para a consignação de compromissos. 7. Solução de controvérsias: Estado – Estado, com base no Protocolo de Olivos. 8. Transferência de capitais: acordar-se-ão as condições para a livre transferência de capitais. 9. Entrada em vigor: prever-se-á a vigência bilateral. 10. Revogar as Decisões CMC N° 11/93 e N° 11/94 e seus respectivos Acordos.

28 Percebe-se inclusive que o âmbito de aplicação do PCFI retroage em relação a sua entrada em vigor, conforme o disposto no art. 2 (1): *“O presente Protocolo aplicar-se-á a todos os investimentos realizados antes ou depois de sua entrada em vigor por investidores de um Estado Parte no território de outro Estado Parte.”*

dispositivo representa uma “virada de 180 graus” em relação ao art. 3º (1) do Protocolo de Colônia, que assegurava “*en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversores de otra Parte Contratante y no perjudicará sugestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatórias*”. Dessa forma, o novo instrumento afasta a aplicação de normas costumeiras internacionais sobre investimentos, normas estas que poderiam ser aplicadas para resolução de controvérsias no bojo do Protocolo de Colônia<sup>29</sup>.

Nesse sentido, o art. 4º (1) do PCFI garante apenas ao investidor um tratamento “*em conformidade com o devido processo legal*”. Já quanto à não discriminação, o art. 5º (1) diz que “*um tratamento é menos favorável se alterar as condições de concorrência em favor dos seus próprios investidores e seus investimentos, em comparação com os investidores de outros Estados Partes e seus investimentos*”.

Além disso, de modo análogo aos ACFIs bilaterais ratificados pelo Brasil, o PCFI somente prevê a desapropriação direta em seu art. 6º, que poderá ser realizada (i) por utilidade pública, interesse público ou interesse social; (ii) de forma não discriminatória; (iii) mediante o pagamento de uma indenização efetiva; e (iv) em conformidade com o devido processo legal. Apesar de este dispositivo não ser claro, a melhor exegese recomenda que todos estes requisitos sejam cumulativos.

Já a expropriação indireta, bastante invocada por países desenvolvidos em face de países latino-americanos e caribenhos no âmbito do ICSID, foi expressamente excluída do texto, nos termos do art. 6º (6), que definiu apenas o conceito de expropriação direta: “*Para maior certeza, o presente Protocolo prevê somente a desapropriação direta, em que um investimento é desapropriado diretamente mediante a transferência formal do título ou do direito de domínio, e não cobre a desapropriação indireta*”.

Ainda nesse ponto, cumpre ressaltar que as regras para indenização dispostas no PCFI conservam maior cautela e respeito ao ordenamento nacional do Estado hospedeiro. Nesse sentido caminha o art. 6º (1) (a), que preconiza que a indenização deverá “*ser paga sem demora indevida, em conformidade com o ordenamento jurídico do Estado Parte Anfitrião*”. Ou seja, a indenização “pronta” e proporcional prevista em normas materiais

---

<sup>29</sup> “A decisão do órgão arbitral tomará por base o Protocolo de Investimentos entre os Estados-Membros (Protocolo de Colônia), ou o acordo existente entre o Estado-Membro e um terceiro Estado, no direito do Estado-Membro envolvido na controvérsia, nas regras de eventuais acordos particulares concluídos com relação ao investimento e nos princípios de direito internacional relativos à matéria. É interessante notar a adoção dos princípios de direito internacional relativos aos investimentos como fonte para solução de controvérsias. Os países em desenvolvimento mostraram-se sempre reticentes a aceitar esses princípios, pois consideravam que seriam determinados pelos países desenvolvidos, representando seus interesses contra os interesses dos Estados receptores. Seria, assim, uma forma de restrição da independência política dos Estados em desenvolvimento, cujas decisões sobre investimentos estariam sujeitas a princípios externos, produzidos pelos países desenvolvidos.” CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Proteção e promoção de investimentos no MERCOSUL*. IN. CASELA, Op. cit., pp. 232.233.

na grande maioria dos BITs dá lugar a uma compensação mais ajustada à soberania do Estado.

Quanto às transferências de capital, chama a atenção o disposto no art. 9º (4), pelo qual é permitido aos Estados-membros criar medidas regulatórias restritivas às remessas externas durante crises no balanço de pagamentos, desde que em consonância com o Artigos do Convênio Constitutivo do Fundo Monetário Internacional. Para efeitos de comparação, o art. 5º (2) Protocolo de Colônia não apenas consagrava a absoluta liberdade de transferências, como chegava ao ponto de fixar os parâmetros para a taxa de câmbio da operação<sup>30</sup>.

A maior margem de manobra ao exercício das soberanias também é verificada no art. 11 do PCFI, que permite aos Estados-membros adotar “medidas prudenciais” para resguardar a estabilidade de seus respectivos setores financeiros. Assim, quando um Estado adotar medidas restritivas ou incompatíveis com o Protocolo, este deverá assegurar aos demais Estados-membros que as políticas “*não serão utilizadas como um meio de contornar os compromissos ou obrigações ao amparo do presente Protocolo*”.

Mas a grande novidade do PCFI, contudo, fica por conta da criação de pontos focais (“*Ombudsman*”), que terão como objetivo a facilitação e promoção de investimentos por meio de assistência técnica e jurídica ao investidor. De acordo com o texto, cada Estado-parte designa uma agência estatal nacional para servir como ponto focal, tendo o Brasil elegido o Ombudsman de Investimentos Diretos no âmbito da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), órgão este que já funcionava como ponto focal dos ACFIs bilaterais assinados por Brasília.

Ainda nos termos do art. 18 (3), os pontos focais terão, entre outras responsabilidades: (i) Interagir com os Pontos Focais Nacionais dos outros Estados Partes, em conformidade com o presente Protocolo; (ii) avaliar, em diálogo com as autoridades governamentais competentes do Estado Parte Anfitrião, eventuais sugestões e demandas de outro Estado Parte em matéria de investimentos ou de investidores deste Estado Parte e recomendará, quando seja pertinente, ações para melhorar o ambiente de investimentos; (iii) prevenir controvérsias em matéria de investimentos em coordenação com as autoridades governamentais competentes; (iv) fornecer informação sobre normas de alcance geral em matéria de investimentos; e (v) informar a Comissão (Comissão de Monitoramento do PCFI) sobre suas atividades e ações, quando o entenda necessário e se esforçará para atender às orientações da mesma.

Por fim, dada a inclinação à prevenção de controvérsias por meio de pontos focais e do diálogo intergovernamental (art. 23), o PCFI prevê

---

30 “O Protocolo de Colônia é mais específico e menciona que a taxa de câmbio a ser utilizada será a vigente no mercado na data de transferência e que a regulamentação legal das transferências é de competência do Estado receptor do investimento, respeitando os princípios do Protocolo relativo à matéria.” *Ibidem*, p. 227.

somente a arbitragem no formato Estado-Estado, em uma reedição do antigo instituto da proteção diplomática e de modo análogo ao mecanismo de solução de controvérsias do Protocolo de Olivos de 2002 do MERCOSUL no que tange a matérias comerciais (art. 24). Saem, portanto, as vias alternativas de instauração de arbitragem por meio das regras do ICSID e da UNCITRAL, previstas no então Protocolo de Colônia.

Em suma, o PCFI conserva espírito defensivo, da perspectiva do Estado hospedeiro, em contraposição ao viés liberalizante e pró-investidor mantido não apenas pela Convenção de Washington de 1965, como também pelos inúmeros BITs concluídos entre as nações da América Latina e países desenvolvidos.

## **CONCLUSÃO**

De todo o exposto, pode-se concluir que o Direito Internacional dos Investimentos desenvolveu-se de forma não linear na América Latina, oscilando entre momentos de protecionismo e períodos de maior liberalização, como ocorrido nas décadas de 1980 e 1990. O exercício da soberania sobre recursos naturais e outros setores sensíveis das economias nacionais surge como principal explicação para a tensão constante entre o capital estrangeiro e sua regulação nos Estados hospedeiros.

No capítulo mais recente deste contexto mais amplo, o Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos do MERCOSUL (PCFI), em vigência no plano externo desde 30 de julho de 2019, representa a nova expressão da abordagem Sul-Sul, no tocante aos investimentos, empreendida desde o início do século XXI pelos países integrantes do Cone Sul, uma verdadeira “virada” em relação aos principais BITs assinados nas décadas precedentes. Dentre as principais características do novo PCFI do MERCOSUL, estão a cristalização de um conceito restrito de investimento, com exclusões expressas a temas polêmicos como instrumentos de dívidas públicas, bem como o afastamento da possibilidade de desapropriação indireta e da arbitragem investidor-Estado.

Ainda que tenha como escopo de aplicação apenas os investimentos intra-zona, o PCFI tem potencial para reconfigurar de maneira substancial o modo como são regulados os investimentos estrangeiros nos países do MERCOSUL. Além disso, no Brasil, nem mesmo a conjuntura política interna alterou a estratégia maior de assinar ACFIs, o que pode indicar a perenidade do novo modelo de regulação do setor, principalmente nas relações Sul-Sul. A conferir.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borda. *Manual de Direito Internacional Público*. 21a. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ANDRADE Jr, Attila de Souza Leão. *O capital estrangeiro no sistema jurídico brasileiro*. 3a. ed. São Paulo: Os Melhores Livros, 2009.



BEHN, Daniel. *Legitimacy, Evolution and Growth in Investment Treaty Arbitration: Empirically Evaluating the State-of-the-Art*, Georgetown Journal of International Law, vol. 46, 2015, pp. 363-415.

BUNGENBER, Marc. *et al.* (eds.). *International investment Law*, Baden-Baden: Beck, 2015.

CASELA, Paulo Borba. (coord.) *Contratos internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 1996.

DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

EBERHARDT, Pia; OLIVET, Cecília. *Profiting from injustice*. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom. Bruxelas/ Amsterdã: Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute, November 2012.

FEKL, Matthias. *Les contestations de l'arbitrage d'investissement et les négociations commerciales internationales contemporaines*. Les Cahiers de l'Arbitrage, 2018, pp. 413-435.

FERNANDES, Érika Capella; FIORATI, Jete Jane. «Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil: uma análise comparada». *Revista de Informação Legislativa*. 2015, vol 52, n° 208, 247-276.

LEBEN, Charles (Ed.) *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*. Paris: Pedone, 2015.

MOROSINI, Fabio; 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”. *Revista de Direito Internacional*. 2015, vol 12, n° 2, 420-447.

NEGRO, Sandra C. (Ed.). *Acuerdo Unión Europea-Mercosur: la comercialización de alimentos en la Unión Europea y el MERCOSUR*. Buenos Aires: Euro Editores S.L.R., 2020.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Ed.). *Direito do Petróleo*. 3a. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Ed.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

SOARES, Guido. Órgãos das soluções extrajudiciárias de litígios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, pp. 80-82.

TIBÚRCIO, Carmen (Ed.). *Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2015.



## **MERCOSUR Investment Law and the new Protocol on Facilitation and Cooperation in Investment**

**Abstract:** The purpose of this paper is to provide a brief historical overview of Investment Law in Brazil and its regional partners in the Southern Cone, with a view to contextualizing the creation of the new MERCOSUR Investment Facilitation and Cooperation Protocol (PCFI), enacted in the Brazilian legal system by Decree No. 10,027 of September 25, 2019. As a result of the new regional model of the Investment Cooperation and Facilitation Agreement (ACFI), the PCFI differs in several aspects from the draft bilateral investment treaties (BITs), which focus on investor protection rather than primarily on the development of the foreign country. Thus, this brief article will first analyze the evolution of Investment Law in the context of Brazil and MERCOSUR, emphasizing the main regulatory changes in the issue of opening to foreign capital. Next, the main innovations and characteristics of the new PCFI of Mercosur will be outlined, destined solely for intra-zone investments.

**Keywords:** MERCOSUR, investments, sovereignty.

### **RESUMO BIOGRÁFICO**

*Leonardo Vieira de Oliveira* é Mestrando em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Formação em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).