

Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos: Garantia do Trato Justo e Equitativo numa visão Garantista

Cooperation and Facilitation of Investment Agreements: Ensuring Fair and Equitable Treatment from a Guarantee Perspective

Thatiane Nara de Oliveira¹

161

Resumo: Diante da reciprocidade de tratamento entre partes contratantes no Regime Jurídico dos Investimentos Estrangeiros, surge uma controvérsia acerca da necessidade de aplicação de proteção tanto aos investidores estrangeiros no Estado receptor, quanto aos investidores nacionais no país estrangeiro. Tal controvérsia gira em torno da exigência de previsibilidade de uma cláusula expressa de “tratamento justo e equitativo”. Parte da doutrina considera que tal cláusula deverá ser aplicada somente se estiver expressamente prevista no acordo bilateral. Em contrapartida, há quem afirme que tal garantia é exigível, ainda que não expressamente prevista nos acordos de cooperação. Assim, diante da controvérsia, a pesquisa analisará, à luz do modelo garantista e da proibição do retrocesso, a necessidade de uma previsão expressa de uma cláusula nos acordos bilaterais, especificamente nos Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos, para que seja exigível um tratamento justo e equitativo entre investidores nacionais e estrangeiros.

Palavras-chaves: acordo internacional, cooperação, facilitação, investimento, Brasil, trato justo e equitativo, garantismo, proibição do retrocesso.

Abstract: In view of the reciprocal treatment between contracting parties in the Legal Regime of Foreign Investments, a controversy arises about the need to apply protection both to foreign investors in the receiving State and to domestic investors in the foreign country. This controversy revolves around the requirement of predictability of an express clause of “fair and equitable treatment”. Part of the doctrine considers that such a clause should be applied only if it is expressly provided for in the bilateral agreement. On the other hand, there are those who claim that such a guarantee is enforceable, even if not expressly provided for in the cooperation agreements. Thus, in the light of the guarantor model and the prohibition of retrocession, the research will analyze the need for express provision of a clause in bilateral agreements, specifically in the Cooperation and Facilitation Agreements, so that a treatment is required fair and equitable relationship between domestic and foreign investors.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU, na linha de pesquisa Tutela Jurídica e Políticas Públicas. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estácio de Sá. Advogada. Professora. E-mail: adv.thatianeoliveira@live.com.

Recebido em 02/07/2023

Aprovado em 01/09 /2023

Sistema de Avaliação: *Double Blind Review*



Keywords: international agreement, cooperation, facilitation, investment, Brazil, fair and equitable treatment, garantism, prohibition of retrocession.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

De acordo com as normas que regem as relações internacionais no que tange ao Regime Jurídico dos Investimentos Estrangeiros, é permitido aos Estados elaborar suas próprias normas provincianas em matéria de investimento estrangeiro, através das quais exigirão do investidor o cumprimento de deveres e condições para com o Estado receptor.

Contudo, diante do princípio da igualdade que rege as relações internacionais, os Estados receptores também têm o dever de assegurar ao investidor estrangeiro direitos e garantias fundamentais, sem as quais se torna inviável o investimento no país receptor.

Diante da reciprocidade de tratamento entre as partes, surge uma controvérsia acerca da necessidade de aplicação de proteção tanto dos investidores estrangeiros no Estado receptor, quanto dos investidores nacionais no país estrangeiro. Tal controvérsia gira em torno da chamada cláusula de “tratamento justo e equitativo”.

Parte da doutrina considera que tal cláusula deverá ser aplicada somente se expressamente prevista no acordo bilateral. Em contrapartida, há quem afirme que tal garantia é exigível, ainda que não expressamente prevista nos acordos de cooperação.

Recentemente, em maio deste ano, o Brasil ratificou dois Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos – ACFI - com os governos da Angola e de Moçambique, com o objetivo de apoiar e estimular investimentos bilaterais, por entender que o estabelecimento de uma parceria estratégica entre as partes, em matéria de investimentos, trará benefícios amplos e recíprocos.

Contudo, por ser o ACFI um novo modelo de acordo bilateral adotado pelo Brasil, muitas das garantias que já estavam incorporadas aos tratados anteriores – BITs – foram omitidas no novo modelo, gerando com isso uma discussão acerca de sua aplicação aos novos acordos assinados pelo Brasil. Uma das principais cláusulas que estavam presentes nos BITs assinados tradicionalmente pelo Brasil e que foram retiradas dos ACFIs foi a garantia do “tratamento justo e equitativo” entre as partes.

Porém, embora não esteja expressamente prevista como cláusula, os ACFIs trouxeram outras espécies de proteção que se assemelham à cláusula do trato justo e equitativo, como por exemplo, a cláusula que dispõe que cada parte permitirá aos investidores da outra parte estabelecer investimentos e conduzir negócios em condições não menos favoráveis que as

disponíveis para outros investidores domésticos e outros investidores estrangeiros (Artigo 11, itens 2 e 3) e a cláusula que versa sobre a transparência entre as partes (Artigo 13).

Assim, diante da controvérsia acerca da natureza da cláusula do tratamento justo e equitativo, a pesquisa analisará, à luz do modelo garantista e da proibição do retrocesso, a necessidade de uma previsão expressa prevista nos acordos bilaterais, para que seja exigível um tratamento justo e equitativo entre as partes contratantes.

2. ACORDOS DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS - ACFIs

Em 2015 o governo brasileiro assinou dois Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos – ACFI com os governos da Angola e de Moçambique, que foram ratificados pelo Congresso Nacional em maio deste ano (Decreto Legislativo 77, de 25 de maio de 2017 e Decreto Legislativo 78, de 25 de maio de 2017, respectivamente).

Os acordos representam um novo modelo de acordo de investimentos, que busca incentivar o investimento recíproco através de mecanismos de diálogo intergovernamental, apoiando empresas em processo de internacionalização².

Ambos ACFIs têm a mesma estrutura e são compostos por dezessete artigos divididos em quatro seções. A Seção I, que cuida das disposições gerais, prescreve que o Acordo tem por objeto a cooperação entre as partes para facilitar e fomentar os investimentos recíprocos (Artigo 1); indica os mecanismos de execução do ato internacional em apreço (Artigo 2); e estabelece as definições (investimento, investidor, rendimentos, território, governança institucional e *ombudsman* (Artigo 3))³.

A Seção II, que versa sobre a governança institucional, estabelece um Comitê Conjunto, composto por representantes governamentais de ambas as Partes, que tem suas atribuições e competências fixadas no Artigo 4. O artigo subsequente cuida dos *ombudsmen*, que significa ponto focal de facilitador e provedor. O Artigo 6 disciplina a troca de informações entre as partes. O Artigo 7 estabelece o modo de relação com o setor privado⁴.

Sob o título Das Agendas Temáticas de Cooperação e Facilitação dos Investimentos, a Seção III cuida das agendas de cooperação e facilitação de temas relevantes ao fomento e incremento dos investimentos bilaterais, que o Comitê Conjunto desenvolverá (Artigo 8). Já a Seção IV, da Mitigação de Riscos e Prevenção de Disputas, trata da expropriação,

² Parecer (SF) nº 29, de 2017.

³ Parecer (SF) nº 29, de 2017.

⁴ Parecer (SF) nº 29, de 2017.

nacionalização e indenização (Artigo 9); responsabilidade social e corporativa (Artigo 10); tratamento aos investidores e investimentos (Artigo 11); compensação por perdas sofridas pelos investidores devido a guerra ou outro conflito armado, estado de emergência, revolta, levantamento ou distúrbios (Artigo 12); transparência (Artigo 13); transferências de recursos relacionados aos investimentos (Artigo 14); prevenção e resolução de disputas (Artigo 15); âmbito de aplicação do Acordo (Artigo 16); e disposições finais e transitórias (Artigo 17)⁵.

Os acordos assinados com Angola e Moçambique são os primeiros com base no novo modelo brasileiro, e possuem cláusulas mais flexíveis do que as dos tradicionais acordos de proteção – BITs, como por exemplo, os pontos focais – *ombudsman* – para dar apoio governamental aos investimentos da outra parte realizados no Estado receptor. Nos ACFIs assinados com Angola e Moçambique foi possível identificar características semelhantes às dos tradicionais acordos bilaterais – como a cláusula da nação mais favorecida e as regras de indenização no caso de expropriação, por exemplo -, porém, houve a omissão de uma importante cláusula: a garantia do trato justo e equitativo.

Há discussões acerca da natureza dessa cláusula. A discussão tem focado principalmente na forma como se mede o *standard* exigido ao Estado receptor diante do investidor estrangeiro, da qual se pode resumir em três correntes: o trato justo e equitativo como um *standard* mínimo de Direito Internacional consuetudinário; como um *standard* exigível com relação ao Direito Internacional e todas as suas fontes, ou; como um *standard* independente, contido em certos acordos e tratados internacionais⁶.

E por causa desta discussão doutrinária e jurisprudencial, surge outra discussão acerca da necessidade de tal princípio estar previsto expressamente no Acordo, para que seja exigível sua aplicação. Parte da doutrina defende que tal princípio somente é aplicável se estiver expressamente previsto nos acordos de investimento. Contudo, questionou-se se essa garantia teria *status* de direito costumeiro internacional e, em caso afirmativo, se o tratamento justo e equitativo seria exigível mesmo se não previsto expressamente nos tratados bilaterais de investimento⁷.

Parte da doutrina afirma que, apesar da constante previsão nos acordos, não existem evidências suficientes para comprovar a aceitação unânime dessa garantia por todos os Estados,

⁵ Parecer (SF) nº 29, de 2017.

⁶ Tradução da autora. OLIVOS, Cristóbal de La Cerda; PEÑAFIEL, Mónica Goldenberg; BURGOS, Hernán Salinas. *Trato justo y equitativo em matéria de inversión extranjera*. Relación com los Tratados de Libre Comercio y Convenios sobre protección e promoción de inversiones suscritos por Chile. Análisis Jurisprudencial. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Internacional. Santiago, Chile. Octubre, 2007. p.19.

⁷ FERNANDES, Érika Capella; FIORATI, Jete Jane. *Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil: uma análise comparada*. RIL Brasília a.52 n.208 out./dez.2015 p. 258.

inclusive se forem consideradas as grandes divergências de opinião historicamente defendidas pelos países exportadores e importadores de capital. Assim, faltaria a *opinio juris*, essencial para a caracterização do direito costumeiro internacional⁸.

Contudo, não há como concordar com tal afirmação. A garantia do tratamento justo e equitativo é um *standard* mínimo internacional que dispõe de um trato de pleno respeito. Se trata de um conjunto de direitos básicos estabelecidos pelo Direito Internacional, que os Estados devem garantir aos investidores estrangeiros, independente do tratamento que outorguem a seus próprios cidadãos. A violação de alguma destas normas ou direitos básicos, engendra uma responsabilidade internacional da Nação receptora do investimento estrangeiro e a possibilidade de os investidores iniciar alguma ação para solicitar a indenização de prejuízos gerados pela violação⁹.

Se analisada a garantia do tratamento justo e equitativo à luz do modelo garantista de Ferrajoli e do princípio da proibição do retrocesso, princípios perfeitamente aplicáveis ao direito internacional e às relações estabelecidas por meio de acordos e tratados, chega-se à conclusão que tal cláusula é aplicável, ainda que não esteja expressamente prevista nos acordos, especialmente porque um dos princípios mais básicos que regem as relações internacionais é a igualdade entre os Estados e a proteção de direitos fundamentais.

3. PRINCÍPIO DO TRATO JUSTO E EQUITATIVO NUMA VISÃO GARANTISTA

A primeira referência a um “tratamento equitativo” é encontrada na Carta de Havana para uma Organização de Comércio Internacional, subscrita em 1948. O artigo 11 deste instrumento dispunha que, ao investimento estrangeiro de um Estado membro que ingressava em outro, deveria ser assegurado um tratamento justo e equitativo em distintos níveis, desde o empresarial, entrada e saída de capitais, tecnologia e qualquer outro requerimento que o investidor solicitasse¹⁰.

⁸ FERNANDES, Érika Capella; FIORATI, Jete Jane. *Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil: uma análise comparada*. RIL Brasília a.52 n.208 out./dez.2015 p. 258.

⁹ Tradução da autora. OLIVOS, Cristóbal de La Cerda; PEÑAFIEL, Mónica Goldenberg; BURGOS, Hernán Salinas. *Trato justo y equitativo em matéria de inversión extranjera*. Relación com los Tratados de Libre Comercio y Convenios sobre protección e promoción de inversiones subscritos por Chile. Análisis Jurisprudencial. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Internacional. Santiago, Chile. Octubre, 2007. p.20.

¹⁰ Tradução da autora. OLIVOS, Cristóbal de La Cerda; PEÑAFIEL, Mónica Goldenberg; BURGOS, Hernán Salinas. *Trato justo y equitativo em matéria de inversión extranjera*. Relación com los Tratados de Libre Comercio y Convenios sobre protección e promoción de inversiones subscritos por Chile. Análisis Jurisprudencial. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Internacional. Santiago, Chile. Octubre, 2007. p.11.

No Brasil, os tradicionais BITs assinados com Portugal, França, Chile, Suíça, Alemanha e Grã-Bretanha também trouxeram expressamente a cláusula do tratamento justo e equitativo, e, nesse sentido, o BIT Brasil-França é particularmente relevante, pois foi o único que especificou exemplos de atos considerados contrários ao tratamento justo e equitativo, como, por exemplo, a imposição de restrições à compra e ao transporte de matérias primas e qualquer obstáculo à venda e ao transporte dos produtos no interior do país¹¹.

A interpretação que se tem dado a cláusula do “tratamento justo e equitativo” é muito diversa. Tanto a jurisprudência dos Tribunais Arbitrais quanto a interpretação realizada pela doutrina não têm sido unânimes quanto a uma só definição do conceito¹².

Uma primeira aproximação ao que seja um “trato justo e equitativo” permite supor que este princípio é um padrão mínimo de comportamento exigível do Estado Receptor. Tal padrão de comportamento exigível pode não ser o mesmo em todos os Tratados e Acordos nos quais esteja contido. Sua interpretação pode estar afetada por circunstâncias na qual o Tratado ou Acordo se aplica, desde a sua forma em como esteja redigido, seu contexto, a história de sua negociação ou as indicações que cada uma das partes possa haver efetuado¹³.

Contudo, devido ao princípio da segurança que rege as relações jurídicas, inclusive as relações internacionais, não pode uma garantia tão fundamental quanto a de um tratamento justo e igualitário entre as partes ser objeto de negociação. Por esse motivo, acredita-se que tal princípio deve ser considerado um *standard* mínimo de comportamento exigível do Estado receptor, e, assim, deve ser aplicado a todos os Tratados e Acordos de Cooperação, ainda que tal princípio não esteja expresso como cláusula geral.

Se se considera que o Estado Receptor, por toda a sua condição de Estado organizado, em tese estaria em posição de vantagem em relação ao investidor, então a este deveriam ser asseguradas todas as garantias, principalmente um tratamento justo e equitativo frente aos investidores domésticos e a outros investidores estrangeiros. Tal proteção pode ser analisada à luz do que Luigi Ferrajoli denominou de “modelo garantista”.

¹¹ FERNANDES, Érika Capella; FIORATI, Jete Jane. *Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil: uma análise comparada*. RIL Brasília a.52 n.208 out./dez.2015 p. 258.

¹²Tradução da autora. OLIVOS, Cristóbal de La Cerda; PEÑAFIEL, Mónica Goldenberg; BURGOS, Hernán Salinas. *Trato justo y equitativo em matéria de inversión extranjera*. Relación com los Tratados de Libre Comercio y Convenios sobre protección e promoción de inversiones suscritos por Chile. Análisis Jurisprudencial. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Internacional. Santiago, Chile. Octubre, 2007. p.6

¹³ Tradução da autora. OLIVOS, Cristóbal de La Cerda; PEÑAFIEL, Mónica Goldenberg; BURGOS, Hernán Salinas. *Trato justo y equitativo em matéria de inversión extranjera*. Relación com los Tratados de Libre Comercio y Convenios sobre protección e promoción de inversiones suscritos por Chile. Análisis Jurisprudencial. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Internacional. Santiago, Chile. Octubre, 2007. p.6

A orientação que vem sob o nome de “garantismo” nasceu no campo penal, mas pode ser estendido a todos os campos do ordenamento jurídico, inclusive ao Direito Internacional¹⁴, para limitar as arbitrariedades de um governo que são praticadas em nome da defesa do Estado de Direito e do ordenamento democrático.

Se se considera que o modelo garantista de Ferrajoli é recepcionado por Estados Constitucionais de Direito, como é o Brasil e a maior parte dos Estados da pós-modernidade, a garantia de tratamento justo e equitativo é mais do que uma necessidade, é uma condição para o bom funcionamento das relações internacionais. Uma teoria do garantismo, além de fundar a crítica do direito positivo referente aos seus parâmetros de legitimação externa e interna é, por consequência, também uma crítica das ideologias políticas, sejam estas jusnaturalistas ou ético-formalistas, as quais confundem, sob o plano político externo, a justiça com o direito¹⁵.

O modelo garantista de Ferrajoli é um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade, que pode ser usado como limite de intervenção do mais forte (nesse caso considerado o Estado Receptor) sobre o mais fraco (em tese, o Investidor), mas fraco não no sentido de hierarquicamente inferior, mas de vulnerável.

Trata-se de limitação e controle da imposição de um poder unilateral sobre os direitos do vulnerável, que se daria, entre outros princípios, através da garantia do tratamento justo e equitativo entre partes e investidores. Ferrajoli destaca a necessidade de despotencialização dos Estados para que o direito internacional se fortifique. A questão que se apresenta é se não seria vantagem, em curto prazo, a fortificação dos Estados e o desenvolvimento do direito internacional sob o viés neoconstitucional, ou seja, atentando pela primazia dos direitos e das garantias substanciais inseridas nas próprias Constituições estatais¹⁶.

Marcelo Neves afirma que na relação entre ordens jurídicas internacionais e ordens jurídicas estatais, surgem cada vez mais frequentemente casos-problemas jurídico-constitucionais cuja solução interessa, simultaneamente, às diversas ordens envolvidas. São situações em que é invocado mais de um tribunal para a solução do caso, sem que, necessariamente, existam normas de solução de conflitos de competência ou, em havendo essas, sem que haja convergência em torno delas por parte dos respectivos tribunais. Não cabe, a rigor,

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 683-684 e 686.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 686.

¹⁶ NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *O novo Direito Internacional: aportes relacionados ao constitucionalismo multinível de Ferrajoli*. InterAção. v.2, n.2, 2011. p.44.

falar de redes verticais, o que implicaria admitir uma relação hierárquica entre ordens. Antes, trata-se de entrelaçamentos entre ordens de tipo diferente¹⁷.

Partindo do conceito de Marcelo Neves, tem-se que a garantia do tratamento justo e equitativo deveria ser aplicada como uma relação horizontal de interesses. Não só o provincianismo estatalista deve ser rejeitado, mas também o pseudouniversalismo internacionalista¹⁸. Em outras palavras, numa relação entre ordens diversas, deve ser assegurado o tratamento igualitário entre as partes, como forma de evitar a política nacionalista do Estado receptor e uma possível violação dos direitos dos investidores.

É mais fácil a procura pelo relacionamento harmônico entre o direito internacional e o direito constitucional com vistas à efetividade e ao fortalecimento dos instrumentos internos de proteção aos direitos fundamentais, do que a busca por um novo Leviatã internacional¹⁹.

Dessa forma, não há como concordar com o rigorismo e o formalismo da corrente que entende que para ser exigível um tratamento justo e equitativo entre as partes, tal cláusula deve estar expressamente prevista.

A garantia do tratamento justo e equitativo é um *standard* mínimo internacional que dispõe de um trato de pleno respeito. Se trata de um conjunto de direitos básicos estabelecidos pelo Direito Internacional, que os Estados devem garantir aos investidores estrangeiros, independente de tal cláusula estar expressa. A violação destes direitos básicos engendra uma responsabilidade internacional da Nação receptora do investimento estrangeiro, por se tratar de direitos fundamentais do investidor.

Portanto, conclui-se que, ainda que a cláusula do “tratamento justo e equitativo” não esteja expressamente prevista nos ACFIs assinados e ratificados recentemente pelo governo do Brasil com os governos da Angola e de Moçambique, se considerado tal princípio como um *standard* mínimo de proteção e analisado à luz do modelo garantista, constata-se que essa garantia é mais do que uma necessidade, é uma condição para o bom funcionamento do Acordo de investimentos, uma vez que seu principal objetivo é apoiar empresas em processo de internacionalização, consideradas essas em posição de vulnerabilidade em relação ao Estado receptor. Assim, mesmo que não expressamente previsto como cláusula, deve ser exigível um tratamento justo e equitativo entre as partes contratantes.

4. VEDAÇÃO DO RETROCESSO

¹⁷ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 132

¹⁸ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 135.

¹⁹ NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *O novo Direito Internacional: aportes relacionados ao constitucionalismo multinível de Ferrajoli*. InterAção. v.2, n.2, 2011. p.47.

A ideia da aplicação do princípio da proibição ao retrocesso no âmbito do Direito Internacional manifesta sua viabilidade por diversos fundamentos; encontrando respaldo não apenas no arcabouço jurídico internacional, mas também em diversas evidências teórico-econômicas e filosóficas amplamente aceitas e reconhecidas pela comunidade jurídica, científico-econômica, filosófica e política hodierna²⁰.

O princípio da vedação do retrocesso, ou “efeito *cliquet*”, impede que um direito já conquistado seja revogado sem que seja oferecido outro com as garantias equivalentes as já existentes.

A vedação ao retrocesso está intimamente ligada com a segurança jurídica e a proteção da confiança. De acordo com esse princípio, uma vez reconhecido determinado direito, ele não poderá ser suprimido ou mesmo reduzido, não sendo aceito qualquer tipo de retrocesso quando da atualização daquele direito no arcabouço jurídico²¹.

De acordo com Canotilho²², os direitos não podem retroagir, só podendo avançar na proteção dos indivíduos. Nesse sentido, considerando que os BITs tradicionalmente assinados pelo Brasil previam expressamente a cláusula do tratamento justo e equitativo, e que os ACFIs vieram como novo modelo adotado para facilitar a cooperação mútua entre as partes, fica difícil concordar que tal princípio possa ter sido retirado do Acordo, ainda que não esteja expressamente previsto.

Seria um retrocesso imaginar que, em acordos tradicionalmente assinados pelo Brasil a cláusula do tratamento justo e equitativo era prevista como *standard* de proteção dos direitos das partes, e que nos ACFIs, que foram assinados como forma de facilitar a cooperação entre as partes, tenha sido abolido um direito tão essencial.

Além disso, ainda que não esteja expressamente prevista, a garantia do trato justo e equitativo está prevista implicitamente em várias cláusulas do Acordo. Por exemplo, no artigo 11, itens 2 e 3 dos ACFIs, está previsto que cada parte permitirá aos investidores da outra parte

²⁰ Por exemplo, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, dispendo sobre o princípio da progressividade, estabeleceu que cada Estado Parte do presente Acordo compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. LIMA, Ícaro Ivvin de Almeida Costa. *A adoção e aplicação do Princípio da Proibição ao Retrocesso Social no âmbito do Direito Internacional*. Dissertação. Coimbra: Faculdade de Direito, 2014. p. 77.

²¹ GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *O princípio da proibição ao retrocesso social e sua função limitadora dos direitos fundamentais*. Revista Justiça do Direito. Passo Fundo, v.14, n.14, 2000. p. 29-36.

²² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

estabelecer investimentos e conduzir negócios em condições não menos favoráveis que as disponíveis para outros investidores domésticos e para outros investidores estrangeiros.

Além disso, o Acordo de investimentos foi pautado pela boa-fé, pela promoção de um ambiente transparente, amigável e pelo apoio recíproco entre as partes. Se analisadas com acuidade as referidas cláusulas, verificar-se-á que, implicitamente, a essência do Acordo é um tratamento justo e equitativo entre os contratantes.

As relações jurídicas, especialmente as relações internacionais, não devem retroceder para não gerar instabilidade no cenário internacional. A segurança é um dos princípios basilares que regem os contratos, princípio perfeitamente aplicável aos contratos internacionais.

O caráter progressivo da humanidade, impõe aos Estados um dever de garantir que os direitos já consagrados sejam respeitados, sem retroceder. No atual cenário internacional de proteção de direitos fundamentais, não se pode dispensar tratamento desigual ao investidor estrangeiro simplesmente alegando que a cláusula do “tratamento justo e equitativo” não estava prevista no Acordo.

Perceba que a própria Constituição Federal de 88²³, em seu artigo 4º, inciso IX, prevê que o Brasil, em suas relações internacionais, se pautará pela cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Assim, diante do caráter progressivo que regem as relações internacionais, perfeitamente aplicável a vedação do retrocesso aos Acordos e Tratados internacionais assinados entre o governo brasileiro e as nações estrangeiras.

A aplicação efetiva da vedação ao retrocesso na órbita internacional estampa-se, ao menos, como um dos meios possíveis de se galgar a garantia do *standard* mínimo de proteção aos direitos do investidor.

A vedação do retrocesso obtém respaldo não apenas na concepção clássica de justiça e dignidade Kantiana, mas também na contemporânea teoria de Rawls. O paradigma de Rawls, fundado no construtivismo Kantiano, parte de uma pré-compreensão da *justiça enquanto equidade*; e assenta a sua teoria de justiça, essencialmente, em três postulados básicos: o princípio da liberdade igual; o princípio da oportunidade justa; e o princípio da diferença²⁴.

Se for analisado o *standard* mínimo de proteção aplicado através do tratamento justo e equitativo sob o olhar de John Rawls²⁵, o princípio da oportunidade justa garante que as

²³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 de julho de 2017.

²⁴ LIMA, Ícaro Ivvin de Almeida Costa. *A adoção e aplicação do Princípio da Proibição ao Retrocesso Social no âmbito do Direito Internacional*. Dissertação. Coimbra: Faculdade de Direito, 2014. p. 83.

²⁵ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Jussara Simões. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

desigualdades entre investidor estrangeiro e investidor doméstico devam ser ordenadas de tal modo que disponibilizem posições que sejam acessíveis à todos em condições de justa igualdade de oportunidades.

Ora, se os ACFIs têm por objetivo incentivar o investimento recíproco, referido Acordo deve garantir, ainda que não expressamente, que investidor doméstico e investidor estrangeiro tenham justas condições de oportunidades perante o Estado receptor.

Além disso, tendo em vista que o papel essencial dos ACFIs é a promoção do desenvolvimento sustentável, do crescimento econômico, da redução da pobreza, da criação de empregos, da expansão da capacidade produtiva e do desenvolvimento humano; percebe-se a importância de se promover um ambiente transparente, ágil e amigável onde as partes recebam tratamento justo e equitativo, ainda que tal determinação não venha expressa em uma cláusula.

Neste contexto, no que tange às relações internacionais, os investidores estrangeiros têm o direito a certo nível mínimo de tratamento e qualquer conduta que suponha uma restrição ou perturbação deste nível mínimo é responsabilidade do Estado parte do acordo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto e diante da reciprocidade de tratamento entre as partes contratantes em um acordo bilateral de investimentos, constata-se que, ainda que a cláusula de “tratamento justo e equitativo” não esteja expressamente prevista nos ACFIs, é exigível e deve ser aplicada nas relações entre as partes contratantes.

A garantia do tratamento justo e equitativo é um *standard* mínimo internacional que dispõe de um trato de pleno respeito. Se trata de um conjunto de direitos básicos estabelecidos pelo Direito Internacional exigível do Estado receptor.

Se se considera que o Estado Receptor, por toda a sua condição de Estado organizado, em tese estaria em posição de vantagem em relação ao investidor, então a este devem ser asseguradas todas as garantias, especialmente um tratamento justo e equitativo frente aos investidores domésticos e a outros investidores estrangeiros. Trata-se de uma limitação e controle da imposição de um poder unilateral através da modelo garantista de Ferrajoli.

Ademais, seria um retrocesso imaginar que, se nos BITs tradicionalmente assinados pelo Brasil a cláusula do tratamento justo e equitativo era prevista como *standard* de proteção dos direitos das partes, e que nos ACFIs, que foram assinados como forma de facilitar a cooperação entre as partes, tenha sido abolido um direito tão essencial quanto o princípio do tratamento justo e equitativo, simplesmente porque não veio registrada expressamente com cláusula.

Assim, à luz do modelo garantista, da vedação do retrocesso e por tudo mais que foi exposto, embora haja divergência doutrinária, conclui-se que a cláusula de tratamento justo e equitativo é um *standard* mínimo de proteção exigível do Estado receptor, sendo mais do que uma necessidade, uma condição para o bom relacionamento entre as partes contratantes, e deve ser exigível, ainda que não expressamente prevista.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 de julho de 2017.

_____. *Decreto Legislativo* n. 77, de 25 de maio de 2017. Aprova o texto do Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola, assinado em Luanda, em 1º de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.12.senado.leg.br>>. Acesso em: 25 de julho de 2017.

_____. *Decreto Legislativo* n. 78, de 25 de maio de 2017. Aprova o texto do Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Moçambique, assinado em Maputo, em 30 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.12.senado.leg.br>>. Acesso em: 25 de julho de 2017.

_____. *Parecer (SF) n. 29 de 2017*. Disponível em: <<http://www.12.senado.leg.br>>. Acesso em: 25 de julho de 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

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

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOLDSHMIDT, Rodrigo. *O princípio da proibição ao retrocesso social e sua função limitadora dos direitos fundamentais*. Revista Justiça do Direito. Passo Fundo, v.14, n.14, 2000. p. 29-36.

LIMA, Ícaro Ivvin de Almeida Costa. *A adoção e aplicação do Princípio da Proibição ao Retrocesso Social no âmbito do Direito Internacional*. Dissertação. Coimbra: Faculdade de Direito, 2014.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *O novo Direito Internacional: aportes relacionados ao constitucionalismo multinível de Ferrajoli*. InterAção. v.2, n.2, 2011. p. 29-56.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OLIVOS, Cristóbal de La Cerda; PEÑAFIEL, Mónica Goldenberg; BURGOS, Hernán Salinas. *Trato justo y equitativo em matéria de inversión extranjera*. Relación com los Tratados de Libre Comercio y Convenios sobre protección e promoción de inversiones suscritos por Chile. Análisis Jurisprudencial. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Internacional. Santiago, Chile. Octubre, 2007.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Jussara Simões. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008