

Acordos internacionais de investimento e 'cláusula MFN': bom para o Brasil?

Impacto de cláusulas que obrigam países signatários a fornecerem as melhores condições já garantidas a outro parceiro nos ACFIs do Brasil

AMANDA ATHAYDE
JÚLIA MARSSOLA

06/06/2019 05:55



Crédito: Pixabay

Antes de entendermos melhor o conteúdo das cláusulas de nação mais favorecida (CNMF) e avaliarmos os impactos de sua inclusão nos ACFIs, vale lembrar o contexto de criação deste modelo de acordo em 2015.

O Brasil é um tradicional receptor de capital estrangeiro, sendo um dos principais destinos de investimentos estrangeiros. Nas últimas décadas, esse papel tem se

diversificado, e o Brasil despontou também como um importante exportador de capital, com cada vez mais empresas brasileiras no exterior.

Essa presença maciça de capital brasileiro no exterior inverteu a lógica de prioridades da política brasileira de investimentos, que passou a se preocupar não só com a atratividade do país para investimentos estrangeiros, mas também com a proteção de investidores e investimentos brasileiros no exterior.

+JOTA: Assine o JOTA e não deixe de ler nenhum destaque!

Assim, para atrair investimentos estrangeiros, sem abrir mão da outra faceta de investidor no exterior, o novo modelo de acordo de investimentos bilateral brasileiro, o Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI), adotou medidas para mitigar os riscos do investidor brasileiro.

Dentre tais medidas, incluem-se as cláusulas de não discriminação, como o tratamento nacional e o tratamento da nação mais favorecida.

Mas será que cláusulas como essas, que obrigam os países signatários a fornecerem as melhores condições já garantidas a um outro parceiro a cada nova negociação, não representam óbice à efetividade dos objetivos dos ACFIs?

Os ACFIs, criados em 2015, foram resultado de um esforço interministerial que buscou atender à nova agenda da política brasileira de investimentos. O formato foi bem recebido pela comunidade internacional, ao trazer uma proposta inovadora pautada em esforços integrados para a mitigação de riscos e pela criação de agendas temáticas de cooperação e facilitação de investimentos. Especificamente, entre os elementos inovadores do modelo, figuram a criação de uma plataforma centralizada para tratar demandas de investidores brasileiros e estrangeiros – o *Ombudsmen* de investimentos – e a criação de um Comitê Conjunto para executar as diretrizes de maior cooperação e preferência por soluções de cunho negocial.

Outra novidade foi a inserção do tratamento da nação mais favorecida, através das Cláusulas de Nação Mais Favorecida (CNMF). Esse tratamento é um dos pilares do

comércio internacional, de fundamental importância para a instituição e para o funcionamento da Organização Mundial do Comércio (OMC). Quando se discute sua aplicação no âmbito dos investimentos, fala-se, especificamente, sobre a obrigação de o país receptor de investimentos conferir ao investidor estrangeiro tratamento não menos favorável do que as melhores condições já disponibilizadas a qualquer outro investidor estrangeiro. Quando aplicada ao comércio internacional, a CNMF encerra obrigações apenas entre Estados. Em matéria de investimentos, ainda que os acordos sejam celebrados entre Estados, são os investidores os beneficiários do tratamento da nação mais favorecida.

Até agora, sete ACFIs foram firmados pelo Brasil: com Moçambique, Angola, Malauí, México, Colômbia, Chile e Peru.

Em relação à redação e ao escopo da cláusula, observamos uma evolução importante no que diz respeito à clareza e à precisão dos textos das cláusulas a cada novo ACFI assinado. A interpretação das CNMF, que sempre esbarra em dificuldades de abrangência e escopo, é ainda mais controversa quando tratamos de investimentos, considerando a maior variedade de textos que positivam este tratamento.

Pilares fundamentais para a correta interpretação e implementação dessas cláusulas em acordos de investimentos são: (a) sua abrangência temporal, (b) sua extensão a investidores e/ou investimentos, e (c) identificar as condições e exceções à sua aplicação.

Assim, avaliamos, abaixo, a partir dessas diretrizes, a inclusão das CNMF nos ACFIs firmados pelo Brasil.

Quanto à (a) abrangência temporal, observamos que os primeiros acordos firmados garantem tratamento pré-investimentos, isto é, que a cláusula tem validade inclusive para o momento anterior àquele acordo. Já os ACFIs mais recentes abarcam apenas a fase pós-investimentos, ou seja, o tratamento da nação mais favorecida passa a ser exigido apenas para as atividades do país posteriores à conclusão do acordo. Essa evolução de entendimento acerca da abrangência temporal da CNMF reflete um amadurecimento na redação dos acordos a cada nova assinatura.

Avaliando o segundo critério, de (b) extensão conceitual a investidores e/ou investimentos, constatamos que todos os ACFIs seguem a tendência majoritária da incidência do tratamento da nação mais favorecida tanto para investimentos quanto para investidores.

Dentre as condições para incidência da CNMF, os ACFIs mencionam a observância de condições similares, ou seja, que se esteja diante de duas situações comparáveis, de dois acordos de investimentos similares. Esse requisito, bastante presente também na aplicação do tratamento da nação mais favorecida no âmbito do comércio internacional, foi inserido em todos os ACFIs, com exceção do acordo firmado com o México. Outra exigência comum observada é a de condições de concorrência similares entre os investidores, presente nos acordos assinados com o México e com a Colômbia.

Apesar de o ACFI Brasil-México não incluir a verificação de condições similares para incidência da CNMF, o posicionamento que vem sendo reiteradamente adotado pelos tribunais arbitrais é de que a exigência de que os investimentos e/ou investidores estejam em situações comparáveis constitua elemento inerente ao escopo da CNMF. Isso sugere que, ainda que um acordo não inclua essa condição de incidência na redação da cláusula que o encerra, essa condição ainda seria exigida.

Por último, ao analisar (c) as exceções à aplicação da CNMF nos ACFIs, encontramos exceções relacionadas a ordem/saúde/moral públicas, segurança nacional, e exceções recíprocas envolvendo matéria tributária, propriedade intelectual e acordos de integração regional econômica. A cada novo ACFI, a redação das exceções fica mais clara, complexa e específica.

A partir dos resultados dessa investigação, nota-se que o modelo dos ACFIs representa marco importante da evolução da política brasileira de investimentos, trazendo diretrizes inovadoras e criando mecanismos capazes de implementar as mudanças propostas pelo acordo, como o *Ombudsmen* e o Comitê Conjunto.

Em relação à forma como foram incluídas as CNMFs, de redação mais sofisticada a cada novo acordo, parece-nos que o tratamento da nação mais favorecida, nos moldes em que foi incluído, está em linha com os objetivos dos ACFIs, ao incluir provisões que garantem a proteção dos investidores brasileiros sem se distanciar de resguardar as demandas do Brasil enquanto país em desenvolvimento ainda majoritariamente receptor de capital.

É fato que, como alternativas de *policy-making*, só será possível avaliar mais atentamente a efetividade dos ACFIs em implementar as mudanças na regulação do fluxo de investimentos a que se propôs com algum lapso temporal. A partir dos primeiros resultados observados, e do aparecimento das primeiras controvérsias, pontos e detalhes específicos a serem aprimorados poderão ser corretamente identificados, sempre no sentido de aprimorar a política brasileira de investimentos a fim de atender aos interesses nacionais.

*Este artigo foi elaborado a partir do livro de uma das autoras: MARSSOLA, Júlia. *Acordos de Investimentos no Brasil – Análise do Tratamento da Nação Mais Favorecida*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

AMANDA ATHAYDE – Professora Doutora Adjunta de Direito Empresarial na Universidade de Brasília (UnB) e de Direito Econômico e da Concorrência no Instituto de Direito Público Brasiliense (IDP). É Doutora em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP), Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e em Administração de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pelo Centro Universitário UNA. Foi aluna da Université Paris I – Panthéon Sorbonne, e é autora de dois livros, de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Empresarial, da Concorrência, Econômico e Comércio Internacional. É co-fundadora da rede Women in Antitrust (WIA).

JÚLIA MARSSOLA – Advogada, bacharel em Direito pela UnB, é consultora de Comércio Internacional da BMJ Consultores Associados. Mestranda em Direito Internacional Econômico na Université Paris Panthéon Sorbonne – Paris 1 (2019/2010), e aluna especial do Mestrado em Direito da UnB. Em 2016, estudou Direito Europeu na Université Sorbonne Nouvelle – Paris 3. Integra o Grupo de Estudos Constituição, Empresa e Mercado (GECM – UnB) e o Grupo de Pesquisa em Direito Econômico e Concorrencial do Instituto Brasiliense de Direito Público (GPEC – IDP). Membro das associações profissionais Women in Antitrust e Women Inside Trade. Pesquisa e atua nas áreas de comércio internacional, investimentos e direito concorrencial, com livro, capítulos de livros e artigos científicos publicados nesses campos.

Os artigos publicados pelo JOTA não refletem necessariamente a opinião do site. Os textos buscam estimular o debate sobre temas importantes para o País, sempre prestigiando a pluralidade de ideias.