

4

A regulação sanitária nos tratados de investimentos brasileiros

IVETTE SUSANA ESIS VILLARROEL

Pós-Doutora em Direito (UFU). Doutora em Direito Internacional pela *Universitat de València* (Espanha). Mestra em Estudos Avançados pela *Universitat de València* (Espanha) e em Direito Internacional Privado e Comparado pela Universidade Central da Venezuela (Venezuela). Professora da Faculdade de Direito da *Universidad Finis Terrae* (Chile).

LEONARDO VIEIRA ARRUDA ACHTSCHIN

Doutorando e Mestre em Direito (UniCEUB).

Artigo recebido em 29/9/2022 e aprovado em 28/11/2022.

SUMÁRIO: 1 *Introdução* • 2 *A exceção de saúde como mecanismo de legitimação do direito de regular* • 3 *A responsabilidade social corporativa como mecanismo de reforço interpretativo do direito de regular* • 4 *A governança institucional como mecanismo concretizador do direito de regular* • 5 *Conclusão* • 6 *Referências*.

RESUMO: A pandemia de Covid-19 tem imposto aos Estados desafios regulatórios em termos de saúde pública, ressoando no direito dos investimentos com o questionamento do tradicional foco na proteção do investidor. A problemática do artigo questiona se o Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos possui instrumentos normativos garantidores do direito de regular em saúde pública. Para isso, a investigação analisa o trinômio *legitimação-reforço-concretização*. Primeiramente, investiga-se a exceção de saúde pública como legitimação do direito de regular estatal. Depois, investiga-se a responsabilidade social corporativa como reforço desse direito de regular. Por fim, analisa-se o sistema de governança institucional como mecanismo de garantia concreta do direito de regular estatal. O método utilizado é o qualitativo-teórico, a partir de fontes primárias e secundárias. Conclui-se, ao final, que o modelo brasileiro se reveste de potencialidade para promover uma conciliação entre os interesses do investidor e a necessidade do Estado de regular a saúde pública.

PALAVRAS-CHAVE: Tratados de investimentos • Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos • Direito de regular • Responsabilidade social corporativa • Covid-19.

The right to regulate public health in Brazilian investment treaties

CONTENTS: 1 Introduction • 2 The health exception as a mechanism to legitimize the right to regulate • 3 Corporate social responsibility as a mechanism to reinforce the interpretation of the right to regulate • 4 Institutional governance as a mechanism that implements the right to regulate • 5 Conclusion • 6 References.

ABSTRACT: The Covid-19 has imposed regulatory challenges on States regarding public health, which echoes on investment law with the questioning of the traditional focus on investor protection. The article's main focus of inquiry is whether the Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments has normative instruments that guarantee the right to regulate public health. The investigation analyzes the trinomial *legitimation-reinforcement-concretization*. First, the public health exception is investigated as a legitimation of the state's right to regulate. Then, corporate social responsibility as a reinforcement of this right is investigated. Finally, the institutional governance system is analyzed as a mechanism for the concrete guarantee of the state's right to regulate. The method used is qualitative-theoretical, from primary and secondary sources. In conclusion, the Brazilian model has the potential to promote a conciliation between the interests of the investor and the need of the State to regulate public health.

KEYWORDS: Investment treaties • Agreements on Cooperation and Facilitation of Investments • Right to regulate • Corporate social responsibility • COVID-19.

Le droit de réglementer la santé publique dans les traités d'investissement brésiliens

SOMMAIRE : 1 Introduction • 2 L'exception sanitaire comme mécanisme de légitimation du droit de réglementer • 3 La responsabilité sociale des entreprises comme mécanisme pour renforcer l'interprétation du droit de réglementer • 4 La gouvernance institutionnelle en tant que mécanisme qui met en œuvre le droit de réglementer • 5 Conclusion • 6 Références.

RÉSUMÉ : Le Covid a imposé des défis réglementaires en matière de santé, qui font écho sur le droit des investissements, suite à la remise en cause du traditionnel axe sur la protection des investisseurs. La problématique tente de répondre si l'Accord de Coopération et de Facilitation des Investissements dispose d'instruments normatifs garantissant le droit de réglementer en matière de santé. L'enquête analyse le trinôme *légitimation-renforcement-concrétisation*. Premièrement, l'exception de santé est examinée en tant que légitimation du droit de l'État à réglementer. Ensuite, l'enquête se concentre sur la responsabilité sociale des entreprises comme renforcement de ce droit. Enfin, le système de gouvernance institutionnelle est analysé en tant que mécanisme de garantie du droit cité. La méthode est qualitative-théorique, à partir de sources primaires et secondaires. En conclusion, le modèle brésilien a le potentiel de promouvoir une conciliation entre les intérêts de l'investisseur et la nécessité de l'État de réglementer la santé.

MOTS-CLES : Traités d'investissement • Accords de coopération et de facilitation des investissements • Droit de réglementer • Responsabilité sociale des entreprises • Covid-19.

1 Introdução

O presente artigo investiga a adequação da estrutura normativa do Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) brasileiro para o enfrentamento de crises de saúde pública - como a imposta pela atual pandemia de Sars-CoV-2 (Covid-19). Levando em conta a tensão entre proteção dos direitos dos investidores e direito de regular estatal, é certo que a existência de disposições normativas de tratados bilaterais de investimentos (TBI) bem elaboradas têm o potencial de desempenhar um importante papel no enfrentamento de crises com complexidades tais como as desencadeadas por uma pandemia.

Já havia na comunidade acadêmica o reconhecimento de que o tradicional regime jurídico de proteção dos investidores estrangeiros vinha passando por um período de inflexão desde o início dos anos 2000, encontrando-se sob ataque (BADIN; MOROSINI, 2017b, p. 1). Até então focado quase que exclusivamente na tutela do investidor (investimento) estrangeiro (MANN, 2013), cuja estrutura foi originariamente moldada unicamente para proteger os investimentos transnacionais de empresas privadas (MONEBHURRUN, 2017a), o direito internacional dos investimentos tem sido objeto de reivindicações por mudanças em sua estrutura já há algum tempo, no sentido de considerar o interesse público do Estado receptor de investimentos.

Países que até pouco tempo atrás não anteviam problemas advindos da tradicional arbitragem investidor-Estado (ISDS¹) passaram a advogar pela reforma desse modelo de sistema arbitral (MONEBHURRUN, 2015b). Nesse sentido, a União Europeia tem defendido a concepção de um sistema multilateral de tribunal de investimentos (CALAMITA, 2017), contendo a previsão de criação de um Sistema de Corte Permanente substitutivo da atual forma de arbitragem ISDS (MOROSINI; GABRIEL; COSTA, 2020). A Austrália também já apresentou similar oposição à arbitragem investidor-Estado (KURTZ, 2012).

Embora já se tratasse de um processo em andamento, a atual pandemia de Covid-19 impôs o aprofundamento da reflexão quanto à extensão dos direitos e obrigações dos investidores e, conseqüentemente, da amplitude (ou limitação) do poder regulatório do Estado anfitrião para a adoção de políticas públicas.

Portanto, uma consequência inescapável decorrente da constatação da necessidade de uma intervenção estatal para o enfrentamento do Covid-19 envolve

1 Acrônimo do inglês *Investor-State Dispute Settlement*.

a análise da estrutura de incentivos dos tratados de proteção de investimentos, tendo em vista que diferentes regras implicam distintos custos para as partes (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 669). Desse modo, a análise do direito de regular em diferentes tratados de investimentos permite avaliar os mecanismos colocados à disposição do Estado para a adoção de medidas regulatórias que não impliquem em eventual descumprimento do tratado e, conseqüentemente, em uma responsabilização internacional.

Conquanto dispositivos tais como as exceções de saúde não constituam propriamente uma novidade do ACFI, não se pode deixar de notar que o modelo brasileiro apresenta um arcabouço normativo inovador voltado a conferir ao Estado maior espaço regulatório (*regulatory space*) para a adoção de suas políticas públicas. Esse potencial pode ser constatado em razão de o ACFI buscar harmonizar os interesses dos investidores com a estratégia de desenvolvimento e o espaço regulatório dos países receptores de investimentos.

A harmonização entre a proteção do investidor e o direito de regular do Estado é tema central nos atuais debates sobre tratados de investimentos (TITI, 2014; TITI, 2019), revelando tanto a pertinência quanto a atualidade do tema. Desse modo, o atual estado de discussões na comunidade internacional do direito dos investimentos, somado às peculiaridades do modelo próprio brasileiro do ACFI (GAUKRODGER, 2017), reveste a presente investigação de relevância para o aprofundamento do debate acadêmico.

Diante disso, o artigo se propõe a analisar o seguinte problema: os ACFIs possuem estrutura normativa adequada para assegurar o direito de regular do Estado em casos de crises de saúde pública?

Para responder à questão, o artigo está estruturado na análise do que aqui se passa a denominar de trinômio *legitimação-reforço-concretização*, que pode ser identificado a partir da análise do modelo de ACFI brasileiro, e que se encontra reproduzido em todos os acordos celebrados pelo Brasil até o presente momento.

Desse modo, no primeiro tópico procede-se à investigação das chamadas exceções de saúde, as quais funcionam como elemento de legitimação do direito regulatório do Estado. Cumpre ressaltar que, ainda que tais exceções não sejam uma inovação do modelo brasileiro, no ACFI elas se encontram dispostas em seção específica relativa ao disciplinamento de medidas regulatórias do Estado denominada *Provisões sobre Investimento e Meio Ambiente, Trabalho e Saúde*, guardando direta conexão com o instituto da responsabilidade social corporativa

(RSC)², fato este que denota a importância conferida pelo Brasil à manutenção de seu espaço decisório em temas de regulação de saúde pública (*public health regulatory space*³).

No segundo tópico, analisa-se a funcionalidade da responsabilidade social corporativa como elemento de reforço do desempenho do papel regulatório do Estado fundado nas exceções de saúde pública. Para o alcance de tal objetivo, primeiramente é feita uma análise do movimento de abertura do direito internacional dos investimentos à RSC, para em seguida investigar-se o potencial derivado de uma previsão mais minudente desse instituto no modelo do ACFI brasileiro.

Superada a análise de institutos de garantia do direito de regular em nível abstrato (exceção de saúde e RSC), avança-se na terceira e última parte para a investigação, em nível concreto, do papel concretizador do direito de regular estatal desempenhado pelo sistema de governança institucional do ACFI. Assim, primeiramente será investigado o papel de instância de diálogo desempenhado pelo *Ombudsperson*⁴, também denominado Ponto Focal Nacional, seguido da análise do Comitê Conjunto como foro de resolução amistosa de potenciais divergências.

Ao final do artigo, conclui-se que o modelo brasileiro do ACFI contém dispositivos inovadores e alinhados com os atuais movimentos de revisitação do papel dos tratados de investimentos para melhor acomodação do papel do Estado como ente regulador, capazes de preservar o adequado espaço regulatório do país receptor de investimento diante de crises de saúde pública como a de Covid-19.

O método utilizado para a comprovação dos resultados do artigo é o qualitativo-teórico. A pesquisa apoia-se em fontes primárias consistente no estudo de tratados de investimentos, e secundárias, constituída pela pesquisa doutrinária. A título de finalização desta introdução, duas ressalvas metodológicas se fazem necessárias. Primeiro, o artigo adotará uma visão do Estado brasileiro como pactuante do ACFI e regulador nacional, não se preocupando em analisar o impacto de tais disposições sobre o investidor brasileiro no estrangeiro, sujeito a peculiaridades normativas de outras jurisdições. Segundo, o artigo analisará o sistema de governança institucional em sua lógica preventiva (Comitê Conjunto

2 A responsabilidade social corporativa (RSC) é igualmente denominada responsabilidade social da empresa (RSE) ou conduta empresarial responsável (CER). Para fins metodológicos, este artigo adotará todas como equivalentes.

3 Margem para regulação em saúde pública. (Tradução nossa)

4 Ouvidor. (Tradução nossa)

e *Ombudsperson*), e não a etapa relacionada à arbitragem *ad hoc*/institucional, a qual já suporia a existência de uma controvérsia (conflito) não solucionada em instâncias anteriores.

Estabelecidas essas premissas iniciais, o tópico seguinte analisa o primeiro pilar do trinômio sugerido, consistente nas exceções gerais de saúde como mecanismo de legitimação da adoção de políticas regulatórias de saúde pública no ACFI brasileiro.

2 A exceção de saúde como mecanismo de legitimação do direito de regular

O direito de regular tem permeado os debates do direito internacional dos investimentos já há algum tempo. Apesar de se tratar de uma tendência já em curso, a necessidade de atuação regulatória mais assertiva por parte dos Estados imposta pela atual pandemia de Covid-19 levou ao aprofundamento da reflexão quanto ao papel a ser desempenhado pelos tratados de investimentos na adoção de políticas de saúde pública por parte dos Estado receptores de investimentos.

Diante do quadro atual, compreende-se que os tratados de investimentos devem permitir aos governos responder de forma efetiva à atual pandemia de coronavírus por meio do balanceamento entre a proteção do investidor estrangeiro e o direito de regular do Estado (OCDE, 2020). Levando em conta as medidas de saúde pública adotadas por diversos países para enfrentar a pandemia, a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) já reconheceu a necessidade de se resguardar suficiente espaço para medidas regulatórias estatais de saúde pública no âmbito dos TBI, o que poderia minimizar a incidência de responsabilizações do Estado perante tribunais arbitrais de investimentos (UNCTAD, 2020).

No que tange às políticas estatais de saúde, esse espaço regulatório nos TBI é materializado pelas denominadas exceções de saúde. As exceções de saúde que permitem ao Estado regular em prol do interesse público não são uma exclusividade do modelo de ACFI brasileiro. Outros tratados de investimentos possuem disposições voltadas a resguardar o espaço de adoção de política pública pelos Estados receptores de investimentos⁵.

No entanto, a particularidade dessa previsão no modelo brasileiro reside no fato de se encontrar vinculada à filosofia que embasa toda a lógica do ACFI, ou seja,

5A título de exemplificação, cf. TBI Marrocos-Japão (artigo 19); TBI Cingapura-Mianmar (artigo 29); TBI Índia-Quirguistão (artigo 32); TBI Austrália-Uruguai (artigo 15).

diferentemente dos TBI tradicionais, o ACFI brasileiro adotou a regulação doméstica como pilar orientador do investimento internacional (BADIN; MOROSINI, 2017a, p. 225). Portanto, baseado em uma lógica de preservação da capacidade regulatória do Estado para desenvolver políticas voltadas à satisfação do interesse público, o ACFI contém disposição normativa que condiciona a proteção do investidor estrangeiro à observância do direito de regular do Estado receptor de investimentos.

Essa lógica dos ACFI orienta a interpretação de padrões de tratamento conferidos ao investidor, tais como tratamento nacional, nação mais favorecida, desapropriação direta, etc., e também o sistema de solução de controvérsias, este composto de um mecanismo de governança institucional (*Ombudsperson* e Comitê Conjunto) e de um procedimento arbitral.

A relação entre direito de regular e política pública de saúde encontra assento no próprio modelo de ACFI do Brasil, datado de 2015. O modelo brasileiro dispõe em seu artigo 16 (Disposições sobre Investimento e Meio Ambiente, Trabalho e Saúde) sobre a necessidade de conformação do investimento estrangeiro às necessidades de política pública do Estado receptor do investimento, encetando duas garantias para o desempenho do poder regulatório: (i) garantia do direito de regular (poder regulatório) do ente público, e (ii) preservação do nível de proteção alcançado pelo Estado, similar ao princípio da vedação ao retrocesso em termos de direitos sociais.

No que concerne à garantia do direito de regular do Estado, o artigo 16(1) do referido tratado traz o seguinte comando:

Artigo 16. Disposições sobre Investimento e Meio Ambiente, Trabalho e Saúde
1. Nada neste Acordo deve ser interpretado de forma a impedir uma Parte de adotar, manter ou fazer cumprir qualquer medida que julgar adequada para garantir que a atividade de investimento em seu território seja realizada de acordo com as legislações trabalhistas, ambientais e de saúde da Parte, desde que esta medida não seja aplicada de forma que constitua um meio de discriminação arbitrária ou injustificável ou uma restrição disfarçada. (Modelo ACFI Brasil, 2015, tradução literal).

O dispositivo prevê o dever de conformação do investimento estrangeiro às diretrizes de política regulatória do Estado receptor dos investimentos. Este preceito traz a previsão de uma regra vinculante voltada, de forma direta, às partes do tratado bilateral de investimentos (Estados pactuantes), e, de modo indireto, aos investidores em sua relação com o Estado (Contratantes e Estado), no sentido de que estes não

devem buscar interpretações de cláusulas protetivas que impeçam o Estado de exercer sua discricionariedade regulatória.

Portanto, da leitura do mencionado dispositivo constata-se que não é o investimento que condiciona a política regulatória estatal, mas o contrário; é a política regulatória do Estado, desde que não discriminatória ou injustificada, que irá pautar o nível de proteção a ser conferido ao investimento.

Desse modo, a proteção jurídica do investidor e de seu investimento não se reveste de um caráter absoluto, podendo ser afastada diante de imperativos de interesse público em áreas sensíveis para o desenvolvimento do país anfitrião, dentre as quais a saúde pública.

Trata-se de um mandamento direcionado à preservação do direito de regular do Estado receptor do investimento, permitindo-lhe a adoção das medidas regulatórias necessárias à consecução de objetivos de política estatal de saúde pública.

Por outro lado, no que tange à preservação do padrão de proteção de saúde pública já alcançado pelo Estado, o artigo 16(2) do ACFI-modelo brasileiro assim dispõe:

Artigo 16. Disposições sobre Investimento e Meio Ambiente, Trabalho e Saúde
2. As Partes reconhecem que não é adequado encorajar o investimento reduzindo os padrões da sua legislação laboral e ambiental ou de medidas de saúde. Portanto, cada Parte garante que não deverá alterar ou revogar, nem oferecer a alteração ou revogação de tal legislação para encorajar o estabelecimento, manutenção ou expansão de um investimento em seu território, na medida em que tal alteração ou revogação envolva diminuição de seus padrões trabalhistas, de meio ambiente ou de saúde. Se uma Parte considerar que a outra Parte ofereceu tal incentivo, as Partes abordarão a questão por meio de consultas. (Modelo ACFI Brasil, 2015, tradução literal).

Se por um lado o artigo 16(1) constitui regra voltada tanto aos Estados partes (incidência direta) quanto aos investidores em sua relação com o Estado receptor de investimentos (incidência indireta), no caso do artigo 16(2) a norma é voltada direta e exclusivamente aos Estados pactuantes do ACFI (celebrantes do tratado de investimentos).

Desse modo, o foco do artigo 16(2) é a preservação do grau de regulamentação já alcançado pelo Estado receptor de investimentos, de modo a vedar que benefícios vislumbrados de uma hipotética atração de investimentos levem o poder público a reduzir o nível protetivo de diversos direitos, dentre os quais figura a saúde pública.

Tem-se aqui um vetor axiológico similar ao princípio da proibição de retrocesso em termos de direitos sociais⁶.

Consequentemente, o que se busca com esse desenho normativo trazido pelo artigo 16 do modelo de ACFI é evitar que os interesses do investidor se sobreponham àqueles do Estado, buscando dotar o tratado de investimentos de mecanismo que permita ao ente estatal levar adiante as políticas públicas que se façam necessárias para o seu desenvolvimento.

A proteção do investimento estrangeiro passa então a estar condicionada à compatibilidade com as necessidades da política regulatória do Estado, não se podendo admitir uma presuntiva imutabilidade do arcabouço regulatório do país diante da existência (ou potencial existência) de um tratado de investimentos.

Ou seja, ao se encontrar conectada à própria racionalidade do modelo de tratado de investimentos brasileiro, que é a promoção de uma relação mais equilibrada entre o investidor e o Estado por meio da preservação do espaço regulatório estatal, tem-se o cumprimento da primeira premissa do artigo, qual seja, a do papel das exceções de saúde nos ACFI como elemento legitimador do direito de regular em saúde pública.

Esse papel legitimador das exceções de saúde encontra-se diretamente conectado ao instituto da responsabilidade social corporativa - presente no modelo de tratado de investimentos brasileiro. Assim, analisa-se no tópico seguinte a RSC como mecanismo de reforço (interpretativo) do direito de regular estatal em saúde pública.

3 A responsabilidade social corporativa como mecanismo de reforço interpretativo do direito de regular

A responsabilidade social corporativa não constitui um instituto novo no direito internacional. A exortação às empresas multinacionais para que adotem uma conduta empresarial responsável remonta ao menos ao ano 1976, quando a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em conjunto com seus países membros, adotou a Declaração Internacional sobre Investimentos e Empresas Multinacionais (DEVA, 2003).

⁶ A proibição de retrocesso é um princípio que veda a extinção de direitos sociais já consolidados, evitando que eventual retrocesso/limitação venha a descaracterizar a própria essência do direito.

Esse surgimento da RSC pode ser atribuído à necessidade de resposta à perda de responsabilidade das grandes corporações em razão do processo de globalização (MUCHLINSKI; ORTINO; SCHREUER, 2008, p. 1.111). Essa exortação a uma maior responsabilização das empresas deriva da compreensão de que tais atores podem reduzir a independência política e econômica do país receptor de investimentos, o que se pode dar inclusive por meio da prática de atos de corrupção (SOSSA, 1994).

Compreende-se a responsabilidade social corporativa, pois, como uma forma de autorregulação voluntária de empresas privadas, organizações e outras entidades (PNUMA, 2011). Essa característica autorregulatória se dá em função de a RSC deter a natureza jurídica de norma voluntária, uma espécie de cláusula de “melhores esforços” (COZENDEY; CAVALCANTE, 2015, p. 107).

O encorajamento a uma atuação responsável por parte das empresas tem sido desenvolvido no âmbito dos direitos humanos há algum tempo. Os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, elaborados pelo Representante Especial do Secretário-Geral das Nações Unidas, John Ruggie, estabelecem em seu princípio 13⁷ a responsabilidade das empresas privadas de evitar que suas atividades impactem negativamente os direitos humanos (RUGGIE, 2011). Dessa forma, constitui uma obrigação negativa, no sentido de demandar que uma empresa multinacional desempenhe suas atividades com devida diligência, não gerando (ou minimizando) eventuais danos a terceiros em decorrência de suas atividades produtivas.

No âmbito do direito internacional dos investimentos a exigência de uma responsabilidade social dos investidores ainda se encontra pouco desenvolvida, de modo que sua aceitação tem se caracterizado como um movimento lento (SORNARAJAH, 2015 p. 61). Uma das dificuldades para essa abertura poderia ser atribuída à sua tradição de proteção quase que exclusiva dos direitos dos investidores, muitas vezes relegando aos Estados um papel secundário (MONEBHURRUN, 2015).

Entretanto, ainda que a responsabilidade social corporativa em TBI se caracterize como um movimento paulatino, constata-se uma abertura dos tratados de investimentos ao instituto da conduta empresarial responsável, o que permite examinar seu papel interpretativo no direito de regular do Estado, no âmbito do modelo brasileiro do ACFI.

7 O Princípio 13 orienta as empresas a evitar que suas atividades produzam, direta ou indiretamente, efeitos negativos sobre os direitos humanos.

3.1 O movimento de abertura gradual dos tratados de investimentos à responsabilidade social corporativa

A análise do instituto da responsabilidade social corporativa a partir dos tratados de investimentos permite a sua decomposição em algumas categorias representativas. Nesse sentido, a análise da responsabilidade social da empresa nos TBI pode ser feita levando-se em consideração quatro categorias de interesses: (i) a proteção do meio ambiente, (ii) a proteção de direitos trabalhistas, (iii) a proteção dos direitos humanos, e (iv) a garantia de ações anticorrupção.

Diante dessa categorização, pode-se situar o ano de 1985 como a abertura dos tratados de investimentos à concepção de uma responsabilidade social dos investidores, o que ocorreu no âmbito do TBI entre Cingapura e China (GORDON; POHL; BOUCHARD, 2014). Assim, considerações quanto à proteção do meio ambiente pelas empresas em TBI tiveram sua primeira aparição no tratado China-Cingapura em 1985 (UNCTAD, Acordo de Promoção e Proteção de Investimentos entre China e Cingapura).

Posteriormente, a previsão de uma diligência empresarial em relação a direitos trabalhistas teve seu primeiro aparecimento em 1990, no TBI Polônia-EUA (UNCTAD, Tratado entre os Estados Unidos da América e a República da Polônia relativo às Relações Empresariais e Econômicas), seguida da inclusão de compromissos anticorrupção no ano 2000 no TBI Áustria-Uzbequistão (UNCTAD, Acordo entre a República da Áustria e a República do Uzbequistão para a Promoção e Proteção de Investimentos). Já considerações relacionadas aos direitos humanos foram incorporadas pela primeira vez em tratados de investimentos no TBI Áustria-Malta (UNCTAD, Acordo entre a República da Áustria e Malta para a Promoção e Proteção Mútua de Investimentos), o que somente ocorreu no ano 2002 (GORDON; POHL; BOUCHARD, 2014).

Em levantamento feito até o ano de 2013 pode-se constatar uma evolução contínua da busca da comunidade internacional do direito dos investimentos por um comportamento socialmente responsável, por parte de empresas estrangeiras, no Estado receptor dos investimentos (GORDON; POHL; BOUCHARD, 2014).

Portanto, tem havido um maior avanço dos temas de responsabilidade social empresarial relacionados à proteção do meio ambiente e dos direitos trabalhistas. Preceitos de combate à corrupção e de tutela dos direitos humanos em sede de tratados de investimentos, por outro lado, ainda possuem previsão tímida quando comparados com a tutela do meio ambiente e do trabalho.

A pouca permeabilidade dos tratados exclusivamente de investimentos a esses padrões de diligência por parte das empresas se mostra ainda mais pronunciada quando comparados com os tratados de livre comércio (TLC). Os TLC inovaram ao disciplinar assuntos relacionados a direitos humanos em seus textos, ou mesmo áreas específicas de proteção ao trabalho e ao meio ambiente, antes mesmo de qualquer previsão nesse sentido em TBI (GAUKRODGER, 2020).

Pesquisas já deram conta de que tratados que não são exclusivamente de investimentos tendem a conter mais dispositivos relacionados à RSC do que os tratados que regulam especificamente temas de investimentos. Para ilustrar essa tendência, até 2013, de uma amostra de 2.042 TBI, apenas 10% continham menção a alguma categoria RSC, enquanto de um universo de 50 TLC, 96% continham previsão nesse sentido (GORDON; POHL; BOUCHARD, 2014).

Esse padrão fica ainda mais perceptível quando se analisa especificamente o instituto “responsabilidade social corporativa”, o qual englobaria um conjunto de categorias de direitos que as empresas deveriam envidar esforços para promover, e que conta com previsão em apenas 40 TBI/TLC, de um total de 2.575 acordos com cláusulas de investimentos (UNCTAD, 2021).

Analisando-se os mais recentes movimentos de inclusão da RSC em alguns TBI específicos, o novo modelo de TBI adotado pelos Países Baixos em 2019 traz em seu artigo 7 a previsão da responsabilidade social da empresa alinhada com a tendência atual de estimular os investidores a cumprirem com regras relacionadas ao meio ambiente, aos direitos humanos e às relações trabalhistas. Ademais, orienta expressamente os Estados pactuantes a seguirem as Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais, os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Negócios e Direitos Humanos e a Recomendação do Comitê de Ministros CM/REC (2016) do Comitê de Ministros da União Europeia para seus Estados-membros (UNCTAD, Acordo de Investimentos - Modelo de tratado de investimentos dos Países Baixos).

De modo bastante similar, o Marrocos também adotou no artigo 20 de seu modelo de TBI a responsabilidade social, ambiental, de proteção ao ser humano e de saúde pública por parte dos investidores. Também orienta os Estados a seguirem a Declaração de Princípios Tripartite sobre Empresas Multinacionais, as políticas sociais da Organização Internacional do Trabalho e as Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais (UNCTAD, Acordo para a Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos – Modelo Marroquino de Tratado de Investimentos)

No âmbito dos tratados de comércio com disposições sobre investimentos, pode-se citar o TLC “Acordo do Pacífico para a Aproximação das Relações

Econômicas” (Apare Plus) que em seu capítulo sobre investimentos, no artigo 5(2), traz a seguinte previsão em termos de RSC:

As Partes reafirmam a importância de cada Parte encorajar empresas operando dentro de seu território ou sujeita a sua jurisdição a voluntariamente incorporar em suas políticas internas padrões, diretrizes e princípios de responsabilidade social corporativa internacionalmente reconhecidos e que tenham sido endossados e apoiados pela parte. (Apare, 2017, tradução literal)

O artigo 14.17 do Acordo entre os Estados Unidos, México e Canadá também prevê a responsabilidade social empresarial. E o faz conclamando as empresas, ainda que de forma voluntária, a incorporar em suas políticas internas: padrões, diretrizes e princípios de responsabilidade social corporativa, incluindo as Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais (USMCA, 2018).

Portanto, é possível verificar um movimento de abertura dos TBI/TLC à concepção da necessidade de uma maior responsabilidade social por parte dos investidores e seus investimentos, com a inserção progressiva de categorias que caracterizam a RSC (meio ambiente, direitos trabalhistas, direitos humanos e combate à corrupção). Trata-se de um movimento ainda recente e embrionário, mas que tem ganhado espaço entre nações desenvolvidas e em desenvolvimento.

Não obstante, se por um lado a RSC ainda constitui um movimento acanhado nos TBI tradicionais (BERNASCONI, 2018), o mesmo não se pode dizer quanto ao modelo brasileiro de ACFI. Neste, o instituto conta com uma previsão minudente, sendo festejado como interessante inovação capaz de possibilitar o esperado equilíbrio nos tratados de investimentos (MONEBHURRUN, 2017b).

É diante dessa constatação que se analisa no tópico seguinte o potencial papel desempenhado pela RSC no ACFI como mecanismo interpretativo dos direitos e deveres do investidor estrangeiro e, por consequência, como reforço do direito de regular do Estado.

3.2 A responsabilidade social corporativa nos Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos brasileiros

O modelo de tratado de investimento adotado pelo Brasil traz em seu texto a previsão do instituto da responsabilidade social da empresa como um compromisso, direcionado aos investidores, de atingimento do mais elevado grau de contribuição para o desenvolvimento sustentável do país receptor do investimento.

Trata-se de uma norma de caráter voluntário, reveladora de uma tendência do direito internacional dos investimentos à abertura a códigos de conduta e *soft law*⁸ em geral (DANIC, 2012, p. 915). Por essa razão, não se vislumbra a possibilidade de invocar uma suposta natureza de norma cogente, constituindo mero compromisso de vontade das empresas.

Entretanto, reconhecer uma norma como de cumprimento voluntário no arcabouço normativo de um tratado não significa atestar uma completa ausência de função da mesma. Alguns tribunais arbitrais já reconheceram a possibilidade de reconvenção por parte do país receptor de investimento estrangeiro em causas nas quais se constata um comportamento corrupto ou contrário ao direito levado a cabo por uma empresa, permitindo a invocação da RSE como fundamento de base para a responsabilização de empresas (DUBIN, 2018).

Dada a natureza de norma voluntária da RSC, fica claro que a responsabilidade da empresa não pode ser utilizada como espécie de “argumento principal” a dar ensejo à condenação do investidor estrangeiro, mesmo porque se trata de *soft law* do direito internacional. No entanto, o fato de ser de cumprimento voluntário não significa que a empresa não deva envidar seus melhores esforços em prol da contribuição efetiva para com o desenvolvimento e o progresso do entorno econômico-social no qual ela se encontra inserida.

Justamente tendo em vista esse contexto, a inovação feita pelo ACFI brasileiro em prever uma detalhada regulamentação da responsabilidade social corporativa no corpo do texto de seu tratado é bem elucidativa da importância que o país designa a esse instituto. O modelo de ACFI do Brasil exorta as empresas estrangeiras a observar o arcabouço regulatório brasileiro, inclusive no que concerne à regulação em saúde pública.

O artigo 14(1) orienta os investidores nos seguintes termos:

Os investidores e seus investimentos devem se esforçar para alcançar o mais alto nível possível de contribuição para o desenvolvimento sustentável do Estado Anfitrião e da comunidade local, por meio da adoção de um alto grau de práticas socialmente responsáveis, com base nos princípios e padrões voluntários estabelecidos neste Artigo (UNCTAD, Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos - Modelo brasileiro de tratado de investimentos, tradução literal).

8 Norma não vinculante. (Tradução nossa)

A redação do dispositivo transcrito segue lógica similar à dos tradicionais TBI, no sentido de garantir a natureza jurídica de norma voluntária à RSC. No entanto, cumpre ressaltar dois pontos peculiares ao modelo brasileiro.

Primeiro, o modelo de ACFI conclama os investidores à adoção de práticas socialmente responsáveis em relação a comunidades locais, fator esse importante em razão de apresentar um mandamento voltado a populações diretamente afetadas pelas atividades de empresas (investidores). Esse preceito mostra-se ainda mais importante em face de prejuízos ocasionados por investidores a povos tradicionais e, também, a comunidades locais.

Um segundo aspecto refere-se à conexão direta do instituto da RSC à temática de saúde, por meio do qual se demanda do investidor uma abstenção no sentido de não buscar ou aceitar isenções que não estejam respaldadas na legislação ou na regulamentação do Estado receptor do investimento. Assim dispõe o artigo 14(2) e do modelo brasileiro de tratado de investimento:

Abster-se de buscar ou aceitar isenções que não estejam estabelecidas no quadro legal ou regulamentar relacionado aos direitos humanos, meio ambiente, saúde, segurança, trabalho, sistema tributário, incentivos financeiros ou outras questões (UNCTAD, Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos - Modelo brasileiro de tratado de investimentos, tradução literal).

A relevância do artigo 14(2) e pode ser notada em um duplo aspecto. Por um lado, o modelo brasileiro faz a vinculação direta entre a temática de saúde e a regulamentação sanitária pelo Estado receptor do investimento, o que se insere na esfera do poder regulatório estatal. Por outro, ao assim proceder, o modelo brasileiro vincula diretamente o tratamento do tema de saúde pública em sede de responsabilidade social da empresa às exceções de saúde pública, consideradas estas como emanção da discricionariedade do Estado no exercício de seu poder de regular.

Trata-se de uma tendência reconhecida atualmente em alguns TBI recentes, no sentido de vincular as atividades dos investidores mais diretamente a temas de relevância para o Estado receptor do investimento, cujo exemplo é o ACFI brasileiro (DUBIN, 2018). Isso faz com o que o Brasil possua uma abordagem única ao prever definições e direcionamentos mais claros sobre as obrigações dos investidores (BERNASCONI, 2020).

Tomando-se como exemplo concreto um dos ACFIs firmados pelo Brasil, o ACFI Brasil-Índia, celebrado em 2020, traz regra similar à do modelo brasileiro de ACFI. O artigo 12.1 do tratado dispõe que:

Os investidores e seus investimentos devem esforçar-se por alcançar o mais alto nível possível de contribuição para o desenvolvimento sustentável do Estado Anfitrião e da comunidade local, por meio da adoção de um alto grau de práticas socialmente responsáveis, com base nos princípios voluntários e normas estabelecidos neste Artigo e políticas internas, tais como declarações de princípio que foram endossadas ou são apoiadas pelas Partes (UNCTAD, Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República da Índia).

Logo, demanda-se um elevado padrão de responsabilidade do investidor para a contribuição ao desenvolvimento social do Estado anfitrião. Trata-se de importante comando normativo ao interligar a produção econômica do investidor aos propósitos de desenvolvimento sustentável do Estado receptor do investimento nos termos do que este compreende como desenvolvimento sustentável (MONEBHURRUN, 2015a).

Conforme já mencionado, a previsão do termo “saúde” no plano do instituto da responsabilidade social corporativa está conectada às exceções de saúde. Isso se dá em razão da necessidade de uma interpretação sistêmica de todo o texto do tratado de investimento, um todo interligado e com coerência lógica.

Nesse sentido, o potencial interpretativo da responsabilidade social corporativa no âmbito do ACFI reforça-se mais em razão do fato de a RSC não se encontrar isolada no texto do modelo brasileiro, como se fosse um instituto figurativo e sem potencial de gerar consequências, ainda que morais, aos investidores.

Diante disso, a análise da responsabilidade da empresa de não impor óbices à regulação do Estado em termos de saúde pública tem que vir conjugada com demais dispositivos que garantam ao Estado signatário a prerrogativa de exercer seu poder regulatório, dentre os quais se inclui a regulação da saúde pública.

Assim, a RSC deve ser ponderada com as exceções de saúde pública permitidas pelo ACFI, aquelas previstas no artigo 16 do modelo, denominadas “Provisões sobre Investimento e Meio Ambiente, Trabalho e Saúde” (UNCTAD, Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos - Modelo Brasileiro de Tratado de Investimentos).

Ademais, a interpretação das disposições sobre responsabilidade empresarial pode ser conjugada com o instituto da desapropriação com base no interesse

público ou necessidade de regular, pois a intervenção estatal em saúde muitas vezes dá ensejo a atos expropriatórios por parte do Estado.

Nesse ponto, a relevância do potencial interpretativo da RSC avulta ainda mais, especialmente em função de o direito de desapropriar constituir norma costumeira do direito internacional, resultado do poder soberano do Estado manifestado pelo seu poder de polícia, o que engloba a regulação (SLOANE, 2004).

Diante da conexão da RSC com padrões substanciais de proteção do investidor, é possível vislumbrar a funcionalidade da responsabilidade empresarial no âmbito do sistema de governança institucional do ACFI. Assim, esse sistema de governança funcionará como sistema cooperativo entre as partes, fazendo valer a lógica preventiva do modelo brasileiro de tratado de investimento, que é o equilíbrio.

Nesse sistema de governança, a responsabilidade social dos investidores poderá ser suscitada no âmbito do mecanismo de governança institucional dos ACFI, nomeadamente o Comitê Conjunto e o *Ombudsperson*. Estes constituem instâncias, respectivamente, de coordenação e de execução dos ACFI, o que permitiria o recebimento de reclamações dos investidores e dos próprios Estados signatários do tratado (BADIN; MOROSINI, 2017a, p. 231).

Isso significa dizer que se pode vislumbrar uma funcionalidade interpretativa por parte da responsabilidade social da empresa no âmbito do ACFI brasileiro. Esse papel da RSC serviria, portanto, para sopesar os direitos do investidor em face de suas obrigações para com o Estado, funcionando como espécie de “régua de medição” na análise das alegações do investidor.

Ou seja, embora os princípios que orientam a RSC nos ACFI não sejam, ao menos teórica e abstratamente, diretamente aplicáveis à solução de conflitos entre o investidor e o Estado anfitrião em sede de solução de controvérsias (etapa de arbitragem Estado-Estado) por expressa disposição do artigo 24(3) do ACFI modelo brasileiro, não se pode negar a possibilidade de sua aplicação no sistema preventivo do tratado de investimentos do Brasil.

Pensar o contrário seria reconhecer a ausência de utilidade de uma norma inserida em tratado de investimentos, por meio da vontade livre e soberana dos Estados pactuantes. Assim, uma falta de responsabilidade não quer significar uma falta de sanção (SANTOSO, 2017), no sentido de que ainda que não haja potencialidade de coerção do preceito primário da norma do tratado, é possível utilizá-la como parâmetro interpretativo da extensão dos direitos a serem adjudicados ao investidor.

Analisadas as premissas em nível abstrato do direito de regular sanitário no modelo brasileiro de acordo de investimentos, corporificadas, por um lado: pelo papel de legitimação das exceções de saúde pública, e por outro: pelo papel de reforço interpretativo da responsabilidade social corporativa; investiga-se no tópico seguinte, no nível concreto, a função de garantia preventiva desempenhada pelo sistema de governança do ACFI.

4 A governança institucional como mecanismo concretizador do direito de regular

O modelo de tratado de investimento adotado pelo Brasil não se filiou ao sistema de solução de controvérsias investidor-Estado comumente previsto no regime jurídico do direito internacional dos investimentos, por meio do qual o investidor pode acionar diretamente o Estado perante um tribunal arbitral internacional.

Ao contrário, o país optou por adotar em seu ACFI o sistema de solução de controvérsias Estado-Estado, o qual se assemelha a um instituto muito utilizado no passado do direito internacional para a proteção dos nacionais de determinado Estado, que é a proteção diplomática. Desse modo, no sistema Estado-Estado de investimentos, o país representa um nacional seu diante de uma solução de controvérsias (BERNASCONI-OSTERWALDER, 2014).

Assim, para a solução de eventuais disputas envolvendo o investidor estrangeiro e o Estado anfitrião, aquele não poderá acionar diretamente um tribunal arbitral para julgar o ponto objeto de controvérsia. Isso se dá em razão da opção brasileira por um sistema de governança focado na solução prévia de controvérsias, por meio do qual o investidor deve, primeiramente, contatar os representantes do país receptor do investimento para a tentativa de se alcançar uma solução consensual para a divergência.

A obrigatoriedade de cumprimento dessa etapa de negociação encontra seu fundamento na própria lógica que permeia o ACFI, que é a prevenção de um eventual litígio entre investidor e Estado, buscando-se, sempre que possível, uma solução amistosa (composição).

Nesse sentido, o modelo brasileiro prevê um sistema de governança institucional baseado em dois institutos específicos. O primeiro é o *Ombudsperson* (OID), também denominado Ponto Focal Nacional, que será responsável pelo suporte ao investidor da outra parte signatária do tratado. No caso brasileiro o papel de OID é desempenhado pela Câmara de Comércio Exterior (Camex), atribuição conferida pelo artigo 18(2) do modelo de ACFI do Brasil (UNCTAD, Acordo de Cooperação e Facilitação de

Investimentos - Modelo brasileiro de tratado de investimentos), pelo artigo 1º do Decreto nº 8.863 (Decreto nº 8.863, 2016) e regulamentado regimentalmente pela Resolução nº 12 (Resolução nº 12, 2017).

O segundo instituto constitui o Comitê Conjunto, ao qual recai a responsabilidade de administração do acordo. A este é atribuída a função de solução de disputas envolvendo o investidor da parte contrária de uma forma amistosa (UNCTAD, Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos - Modelo Brasileiro de Tratado de Investimentos).

O sistema de governança institucional e de solução de controvérsias previsto pelo ACFI pode ser visualizado no quadro abaixo.

Quadro 1 - Fluxo de Prevenção de Disputas e Solução de Controvérsias

Primeiro nível	Ponto Focal (Ombudsman)
	Órgão doméstico permanente
	Atividade diária
	Consultas entre as partes, investidores e organizações governamentais e não governamentais
	Comunicação com o Comitê Conjunto
Segundo nível	Comitê Conjunto
	Etapa obrigatória
	Estado formalmente submete a objeção do investidor ao Comitê Conjunto
	Coordenação com o Ponto Focal
	Participação de investidores e organizações governamentais e não governamentais
	Procedimentos e prazos (sessenta dias para submissão do caso)
	Produção de relatório ao final
Terceiro nível	Arbitragem Estado-Estado
	Processo adjudicatório
	Arbitragem ad hoc ou institucional
	Supervisão pelo Comitê Conjunto

Fonte: Morosini; Badin, 2017, p. 232.

Dada a estrutura do sistema de governança do ACFI, esse sistema pode desempenhar uma função concretizadora da legitimidade e da licitude das políticas regulatórias adotadas pelo Brasil diante de crises sanitárias. Essa possibilidade de composição das partes antes da emergência do conflito arbitral é relevante, vez que acadêmicos do direito dos investimentos têm vislumbrado o potencial aumento

de ações arbitrais de investidores questionando políticas regulatórias estatais mais assertivas diante da Covid-19 (RANJAN; ANAND, 2020).

Assim, a governança institucional do ACFI pode servir como meio de preservação do direito de regular brasileiro em saúde, dado o papel de instância consultiva em temas regulatórios desempenhado pelo *Ombudsperson*, concretizado pela atuação de instância resolutive amistososa da divergência, desempenhada pelo Comitê Conjunto.

4.1 O *Ombudsperson* como instância consultiva de temas regulatórios do Estado anfitrião

Dentro da estrutura de governança institucional prevista pelo ACFI, o *Ombudsperson* constitui o primeiro nível institucionalizado na busca pela prevenção do conflito. Assim, o artigo 18(4), itens b, c, d, e, prevê dentre as responsabilidades do OID, respectivamente, (i) o acompanhamento de pedidos e questionamentos do outro Estado ou do investidor, (ii) a avaliação de sugestões ou reclamações do outro Estado ou do investidor, e (iii) a prevenção de disputas em assuntos relacionados a investimentos, envolvendo para tanto autoridades governamentais e entidades privadas relevantes (UNCTAD, Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos - Modelo Brasileiro de Tratado de Investimentos).

Nota-se que a ênfase dada pelo ACFI nessa primeira instância institucional envolve o diálogo permanente entre as partes ligadas pelo tratado. Ou seja, a função do OID é servir de ponto de diálogo permanente para o bom desenvolvimento do investimento estrangeiro, atuando a um só tempo como instância de esclarecimento geral sobre a legislação brasileira relacionada diretamente ao investimento (o que envolve a adoção de atos regulatórios), e como instância de encaminhamento de soluções para questões relacionadas a determinado investimento.

De competência da Camex, o OID é uma etapa prévia ao acionamento do Comitê Conjunto, constituindo-se como órgão permanente institucional articulador de diferenças entre as partes, representantes do setor privado e órgãos governamentais e não governamentais interessados (BADIN; MOROSINI, 2017a, p. 233).

Para a consecução dessa competência, a estrutura do OID foi regulamentada no ordenamento legal brasileiro por meio do Decreto nº 8.863, de 28 de setembro de 2016. O artigo 2º do referido decreto estipula que caberá ao OID oferecer apoio aos investidores estrangeiros, fazendo-o por meio dos instrumentos das consultas e dos questionamentos (BRASIL, 2016).

Com relação às consultas, o decreto as caracteriza como dúvidas de caráter geral formuladas pelo investidor sobre a legislação e demais procedimentos administrativos diretamente relacionados a investimentos no Brasil (BRASIL, 2016). No escopo das consultas, que têm um caráter mais abstrato sobre a normatividade do ordenamento legal relacionado ao investimento estrangeiro, encontra-se a possibilidade de o OID fazer esclarecimentos sobre a política regulatória de saúde, valendo-se para tanto da Rede de Pontos Focais⁹. O procedimento de questionamento, por outro lado, busca dar solução a casos concretos submetidos à Secretaria do OID brasileiro (BRASIL, 2016).

Pode-se notar que tanto o procedimento de consultas quanto o de questionamentos contam com a intervenção da Rede de Pontos Focais, a qual poderá subsidiar o OID com informações técnicas sobre determinada regulação setorial.

A título de exemplificação, no caso do atual surto de Covid-19 eventuais dúvidas e contestações de determinado investidor podem ser levadas ao OID, o qual irá provocar a intervenção de órgãos e entidades relacionadas ao setor de saúde e temas sanitários em geral. Dentro dessa temática, podem ser chamados a colaborar o Ministério da Saúde, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), a Fundação Nacional de Saúde (Funasa), a Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia (Hemobrás), dentre outras que tenham relação com o investimento, com o objetivo de prestar esclarecimentos e informações apropriadas sobre a regulação do setor de saúde brasileiro.

Trata-se de um mecanismo voltado para a busca de um diálogo cooperativo entre as partes vinculadas pelo tratado de investimento, o qual almeja dar uma efetiva solução ao problema ou dúvida enfrentada pelo investidor estrangeiro. Embora nos TBI tradicionais se possa conceber, ao menos hipoteticamente, uma atuação nesse sentido, trata-se de uma possibilidade a ser exercida informalmente, sem previsão legal no tratado. No caso do ACFI, entretanto, este possui o mérito de dispor sobre esse mecanismo cooperativo no próprio texto do tratado, com regulamentação em nível infralegal, conferindo maior segurança jurídica ao investidor, inclusive franqueando-lhe o exercício do direito à informação por meio de seu artigo 18(4)e.

9 A Rede de Pontos Focais é composta por representantes de órgãos e entidades da Administração Pública, bem como de entidades paraestatais, os quais auxiliarão o OID no encaminhamento temático das demandas relacionadas a investimentos.

Ou seja, o OID tem por objetivo funcionar como ponto de apoio governamental aos investidores estrangeiros. Trata-se de um primeiro filtro negociador entre o investidor estrangeiro e o Estado receptor do investimento, evitando-se o recurso direto ao sistema arbitral, o qual contém elevados custos para as partes.

Caso não se alcance um acordo no âmbito do OID, a questão ainda deverá submetida ao Comitê Conjunto. Nessa etapa, de cunho obrigatório antes de eventual acesso ao procedimento arbitral, o Comitê funcionará como última instância de resolução amistosa da divergência.

4.2 O Comitê Conjunto como instância de resolução amistosa da divergência

O Comitê Conjunto funciona como uma espécie de “coordenador de diálogo” (MONEBHURRUN, 2017b), sendo formado por representantes governamentais dos países signatários do ACFI. Trata-se de instância responsável pela supervisão e implementação do tratado, cabendo-lhe conduzir agendas temáticas no âmbito dos investimentos entre os países.

Como segunda instância de diálogo do sistema de governança institucional do ACFI, também se propõe a solucionar a divergência enfrentada pelo investidor diante do Estado anfitrião, o que permite evitar o acionamento do mecanismo arbitral por parte do investidor.

Trata-se da instância mais elevada da governança institucional do ACFI, operando em um nível Estado-Estado e composto por representantes governamentais dos Estados signatários do tratado (BADIN; MOROSINI, 2017a, p. 226).

Dentre as competências atribuídas pelo ACFI ao Comitê Conjunto, cumpre mencionar aquela prevista no artigo 17(4)e. Trata-se da atribuição para resolver quaisquer assuntos ou disputas relacionadas diretamente ao investimento feito pelo investidor de uma parte signatária do tratado, o que deve se dar de uma forma amistosa.

Como se trata ainda de uma etapa prévia à arbitragem, o ACFI atribui ao Comitê Conjunto a função de tentar solucionar o impasse de uma maneira amigável, evitando-se, desse modo, o recurso ao sistema arbitral Estado-Estado, muitas vezes mais lento - por se dar via espécie de proteção diplomática, e economicamente oneroso (ainda que realizado entre Estados soberanos).

Ademais, os artigos 17(4)d e 17(6) do modelo do ACFI (UNCTAD, Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos - Modelo brasileiro de tratado de investimentos), trazem uma importante abertura à participação do setor privado na

gestão do acordo e, conseqüentemente, do encaminhamento a ser dado a demandas dos investidores. Isso significa a abertura da possibilidade de realização de convite pelo Comitê Conjunto ao setor privado para que este participe em grupos de trabalho temporários, o que caracteriza a abertura dialógica do ACFI à troca de subsídios entre as partes envolvidas.

O artigo 17(4)d prevê ainda a possibilidade de participação da sociedade civil no âmbito do Comitê Conjunto (UNCTAD, Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos - Modelo brasileiro de tratado de investimentos), o que se mostra como uma tentativa de maior democratização da condução dos temas relacionados a investimentos. Essa abertura ao diálogo constitui importante fator de legitimação das decisões estatais perante o investidor estrangeiro, principalmente no caso de políticas regulatórias, as quais podem muitas vezes impor severa intervenção na esfera jurídica dos investidores, com reflexos sobre terceiros.

Logo, no regime jurídico do direito internacional dos investimentos, chama a atenção essa abertura proporcionada pelo ACFI à participação de empresas privadas e da sociedade civil na gestão do tratado de investimentos. Essa abertura possibilitada pelo ACFI é admitida como sendo um avanço no mundo do direito dos investimentos, reconhecidamente hermético a contribuições externas (MONEBHURRUN, 2017b).

Nesse ponto, o ACFI oferece uma rara permeabilidade ao franquear a possibilidade de participação do setor privado e da sociedade civil nas reuniões do Comitê Conjunto, significando uma mudança no paradigma de que os tratados de investimentos estariam restritos aos Estados e empresas privadas. Essa mudança provocada pelo ACFI permite à sociedade civil participar ativamente da formulação de normas e políticas públicas sobre investimentos estrangeiros (MONEBHURRUN, 2017b).

Especificamente no que tange à participação da sociedade civil no regime do direito dos investimentos, esta constitui uma esperada mudança de paradigma. Evolui-se para um regime de acordos de investimentos não mais restrito apenas a Estados e companhias privadas, mas também a entidades da sociedade, muitas vezes diretamente afetadas por investimentos, como ocorre em temas de saúde. Ademais, essa abertura está alinhada à previsão da RSC no âmbito do ACFI.

Assim, todo o sistema de governança institucional do ACFI está estruturado no caráter cooperativo, com foco na regular troca de informações e prevenção de litígios, cujo mecanismo busca dissuadir o investidor da ideia de contestar

judicialmente medidas adotadas pelo Estado anfitrião, o que incluiria medidas de cunho regulatório em saúde (BADIN; MOROSINI, 2017a, p. 227).

Esse sistema de governança é voltado precipuamente à prevenção do conflito, o qual emerge com a instauração de um tribunal arbitral. E para o exercício de sua atuação preventiva, tanto o OID quanto o Comitê Conjunto aplicarão concretamente as garantias abstratas do poder regulatório do Estado, quais sejam, as exceções de saúde pública e a RSC, para melhor direcionar a composição da divergência a eles reclamada pelo investidor.

5 Conclusão

A pandemia de Covid-19 tem provocado a revisão de antigos postulados que até então regiam o regime jurídico do direito internacional dos investimentos. Embora esse regime jurídico já viesse enfrentando severas críticas da comunidade internacional, dada sua característica tradicionalmente protetiva dos investidores, o cenário imposto pela pandemia de Covid-19 abriu espaço para reflexões mais profundas no sentido de ser necessário repensar a relação desbalanceada entre investidor e Estado receptor de investimentos.

A prática tratadística do direito internacional dos investimentos já vinha manifestando as demandas por um reequilíbrio entre os direitos e obrigações do investidor e do Estado, por meio de cláusulas que buscassem salvaguardar o poder regulatório estatal. Dentre essas salvaguardas regulatórias, os tratados de investimentos mais modernos conferem ao Estado prerrogativas para atuar de forma mais assertiva e interventiva na adoção de políticas públicas de saúde, despontando as chamadas exceções (disposições) de saúde pública como instituto legitimador dessa intervenção estatal.

O ACFI, modelo de tratado de investimentos adotado pelo Brasil em 2015, em seu texto, também traz a previsão do direito de regular do Estado em temas de saúde pública. Todavia, esse direito de regular é reforçado por meio de um sistema interconectado formado pelas exceções de saúde, responsabilidade social corporativa e governança institucional, as quais encontram-se consubstanciadas no trinômio *legitimidade-reforço-concretização*.

As exceções de saúde pública não constituem em si uma novidade do ACFI brasileiro, pois já se encontravam presentes em TBI tradicionais. No entanto, a análise dos dispositivos do modelo brasileiro é bem elucidativa da importância atribuída pelo negociador brasileiro à preservação de seu espaço regulatório

(*regulatory space*) como elemento legitimador do direito de regular do Estado. O artigo 16 do modelo de ACFI traz ínsita, a um só tempo, a preservação da margem decisória em termos de regulação de saúde - artigo 16(1), e também a preservação do nível de proteção alcançado pelo Estado nesse tema, representando uma espécie de vedação ao retrocesso - artigo 16(2).

A RSC, por seu turno, é tratada no ACFI brasileiro de forma bastante minudente, buscando exortar o investidor estrangeiro a contribuir com a promoção de imperativos de desenvolvimento nacional do Estado receptor de investimentos, dentre os quais se inclui a saúde. Dessa maneira, embora se revista da natureza de norma voluntária, entende-se que a RSC pode desempenhar o importante papel de vetor interpretativo na fase prévia à instauração do conflito (sistema de governança) e, a depender, até mesmo na fase do procedimento arbitral, como forma de sopesamento da conduta do investidor para eventual adjudicação de seu direito. Nessa vertente, a responsabilidade social corporativa funcionaria como elemento de reforço interpretativo dos direitos e das obrigações do investidor.

Já o terceiro pilar do trinômio, consistente no sistema de governança do ACFI, funcionaria como elemento de garantia concreta do direito de regular do Estado. Tanto o *Ombudsperson* (Ponto Focal Nacional) quanto o Comitê Conjunto se prestariam a salvaguardar concretamente o direito de regular do Estado. Ou seja, ambas as instâncias do sistema de governança garantiriam a incidência dos institutos abstratamente previstos no ACFI, a saber, as exceções de saúde pública e a responsabilidade social corporativa.

Ante a investigação do trinômio mencionado, comprovou-se que o ACFI, no que tange ao direito de regular em temas de saúde, possui estrutura normativa capaz de permitir aos Estados pactuantes lidar com os desafios apresentados pelo momento atual de pandemia de Covid-19. Não se pode dizer que se trata estritamente de um modelo de tratado de investimentos superior aos tradicionais TBI, pois cada tratado (de investimento) reflete, na medida do possível, os valores que determinado país externa perante a comunidade internacional. Não obstante, não é demais reconhecer que o modelo brasileiro tem o mérito, e o potencial, de apresentar um sistema capaz de permitir ao Brasil o enfrentamento de crises de saúde pública como as impostas por pandemias, evitando eventuais responsabilizações internacionais do país por violação aos termos do tratado.

6 Referências

BRASIL. **Decreto nº 8.863, de 28 de setembro de 2016**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, Seção 1, p. 4, 29 set. 2016. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2016/decreto-8863-28-setembro-2016-783664-norma-pe.html>. Acesso em: 21 fev. 2021.

BRASIL. **Resolução nº 12, de 16 de fevereiro de 2017**. Aprova as regras regimentais do Ombudsperson de Investimentos Diretos – OID. Câmara de Comércio Exterior. Disponível em: <http://www.camex.gov.br/investimentos?id=1792>. Acesso em: 22 fev. 2021.

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

BADIN, Michelle Ratton Sanchez; MOROSINI, Fabio. Reconceptualizing International Investment Law from the Global South: An introduction. *In*: MOROSINI, Fabio; BADIN, Michelle Ratton Sanchez (Ed.). **Reconceptualizing international investment law from the Global South**. Cambridge University Press, 2017b.

BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie. Inclusion of Investor Obligations and Corporate Accountability Provisions in Investment Agreements. **Handbook of International Investment Law and Policy**, p. 1-20, 2020.

BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie. State-state dispute settlement in investment treaties. **Rethinking Bilateral Investment Treaties**, p. 253, 2014.

BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie; DOMMEN, Caroline; ABEBE, Mintewab; MANN, Howard; ZHANG, Joe. Harnessing Investment for Sustainable Development: Inclusion of investor obligations and corporate accountability provisions in trade and investment agreements. *In*: **Background document for the expert meeting co-hosted by the International Institute for Sustainable Development (IISD) and Friedrich Ebert Stiftung (FES) January**. 2018. p. 11-12.

CALAMITA, N. Jansen. The challenge of establishing a multilateral investment tribunal at ICSID. **ICSID Review-Foreign Investment Law Journal**, v. 32, n. 3, p. 611-624, 2017.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD). **Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República da Índia**. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5913/download>. Acesso em: 22 fev. 2021.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD). **Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos - Modelo brasileiro de tratado de investimentos**. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4786/download>. Acesso em: 12 fev. 2021.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD). **Acordo de Promoção e Proteção de Investimentos entre China e Cingapura**. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5377/download>. Acesso em: 3 fev. 2021.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD). **Acordo entre a República da Áustria e a República do Uzbequistão para a Promoção e Proteção de Investimentos**. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/226/download>. Acesso em: 3 fev. 2021.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD). **Acordo entre a República da Áustria e Malta para a Promoção e Proteção Mútua de Investimentos**. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/203/download>. Acesso em: 3 jun. 2021.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD). **Acordo de Investimentos - Modelo de tratado de investimentos dos Países Baixos**. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4786/download>. Acesso em: 17 abr. 2023.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD). **Acordo para a Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos – modelo marroquino de tratado de investimentos**. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5895/download>. Acesso em: 17 abr. 2023.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD). **Investment Policy Hub: Mapping of IIA Content**. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/ii-mapping>. Acesso em: 21 fev. 2021.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO (UNCTAD). **Tratado entre os Estados Unidos da América e a República da Polônia relativo às Relações Empresariais e Econômicas**. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5339/download>. Acesso em: 3 jun. 2020.

COZENDEY, Carlos Marcio Bicalho; CAVALCANTE, Pedro Mendonça. Novas perspectivas para acordos internacionais de investimentos - O Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI). *In*: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais (IPRI). **Cadernos de Política Exterior**. v. 1, n. 2. Brasília: FUNAG, 2015.

DANIC, Olivia. **L'émergence d'un droit international des investissements**: Contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI. Paris (França): 2012. 1.216 f. Tese (Doutorado em Direito Público). Departamento de Ciências Jurídicas, Administrativas e Políticas, Universidade Paris Ouest Nanterre La Defense, Paris. Disponível em: <https://hal.archives-ouvertes.fr/tel-02166275/>. Acesso em: 22 fev. 2021.

DEVA, Surya. Human rights violations by multinational corporations and international law: Where from here?. **Connecticut Journal of International Law**, v. 19, p. 1, 2003. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=637665. Acesso em: 22 fev. 2021.

DUBIN, Laurence. Les clauses RSE dans les traités d'investissement. **International Institute for Sustainable Development (IISD)**. 21 dez. 2018. Disponível em: <https://www.iisd.org/itn/fr/2018/12/21/corporate-social-responsibility-clauses-in-investment-treaties-laurence-dubin/>. Acesso em: 15 out. 2020.

GABINETE DO REPRESENTANTE COMERCIAL DOS ESTADOS UNIDOS. **Acordo entre os Estados Unidos da América, os Estados Unidos Mexicanos e Canadá (USMCA)**. Disponível em: <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between>. Acesso em: 11 mar. 2021.

GAUKRODGER, David. Business Responsibilities and Investment Treaties. **Public consultation paper by the OECD Secretariat**, v. 15, 2020.

GAUKRODGER, David. The balance between investor protection and the right to regulate in investment treaties: A scoping paper. **OECD Working Papers on International Investment**, v. 2, 2017.

GORDON, Kathryn; POHL, Joachim; BOUCHARD, Marie. Investment treaty law, sustainable development and responsible business conduct: a fact finding survey. Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact Finding Survey (July 22, 2014). **OECD Working Papers on International Investment**, v. 1, 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2469662. Acesso em: 20 fev. 2021.

KURTZ, Jürgen. Australia's Rejection of Investor–State Arbitration: Causation, Omission and Implication. **ICSID Review - Foreign Investment Law Journal**, v. 27, n. 1, p. 65-86, 2012.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MANN, Howard. Reconceptualizing international investment law: its role in sustainable development. **Lewis & Clark Law Review**, v. 17, p. 521, 2013.

MONEBHURRUN, Nitish. A inclusão da responsabilidade social das empresas nos novos Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos do Brasil: uma revolução. Crônicas do direito internacional dos investimentos. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 1, 2015a, p. 32-38.

MONEBHURRUN, Nitish. E eles descobriram a arbitragem investidor-Estado. **Brazilian Journal of International Law**, 12: 12-14, 2015b.

MONEBHURRUN, Nitish. Mapping the duties of private companies in international investment law. **Revista de Direito Internacional**, v. 14, n.2, 2017a, p.49-71.

MONEBHURRUN, Nitish. Novelty in international investment law: the Brazilian agreement on cooperation and facilitation of investments as a different international investment agreement model. **Journal of International Dispute Settlement**, v. 8, n. 1, p. 79-100, 2017b.

MOROSINI, Fabio Costa; GABRIEL, Viviane Daniele Rocha; COSTA, Anastacia. Solução de Controvérsias em Acordos de Investimento: as experiências do CPTPP, CETA e dos ACFIs. **Revista de Direito Internacional**, v. 17, n. 1, 2020.

MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Frederico; SCHREUER, Christoph. **The Oxford handbook of international investment law**. Oxford University Press on Demand, 2008.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **OECD investment policy responses to COVID-19**. Disponível em: <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/oecd-investment-policy-responses-to-covid-19-4be0254d/>. Acesso em: 9 out. 2020.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE (PNUMA). Corporate social responsibility and regional trade and investment agreements. **Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA)**. 2011. Disponível em: <https://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/25936>. Acesso em: 12 out. 2020.

RANJAN, Prabhash; ANAND, Pushkar. Covid-19, India, and investor-State dispute settlement (ISDS): will India be able to defend its public health measures?. **Asia Pacific Law Review**, p. 1-23, 2020.

RUGGIE, John. **Empresas e Direitos humanos: parâmetros da ONU para proteger, respeitar e reparar**. Tradução de Conectas Direitos Humanos. São Paulo: Conectas Direitos Humanos, 2011. Disponível em: <https://www.conectas.org/publicacoes/download/empresas-e-direitos-humanos-parametros-da-onu>. Acesso em: 22 fev. 2021.

SANTOSO, Benny. "Just Business": Is the Current Regulatory Framework an Adequate Solution to Human Rights Abuses by Transnational Corporations? **German Law Journal**, v. 18, n. 3, p. 533, May 2017.

SLOANE, Robert D.; REISMAN, W. Michael. Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation. **British Yearbook of International Law**, v. 75, p. 115, 2004.

SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **Resistance and change in the international law on foreign investment**. Cambridge University Press, 2015.

SOSSA, Dorothé C. **Le regime juridique international de l'investissement prive etranger dans les pays en developpement**: Evaluation critique des doctrines courantes et probleme de l'elargissement des recours arbitraux internationaux. Ottawa (Canadá): 1994. 353 f. Tese (Doutorado de Direito). Escola de Estudos Superiores e de Pesquisa, Universidade de Ottawa, Ottawa. Disponível em: <https://ruor.uottawa.ca/handle/10393/10246?locale=fr>. Acesso em: 19 fev. 2021.

TITI, Catharine. **The right to regulate in international investment law**. Bloomsbury Publishing, 2014.

TITI, Catharine. The right to regulate. In: **Foreign Investment under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)**. Springer, Cham, 2019. p. 159-183.