VIVIAN DANIELE ROCHA GABRIEL

EXPROPRIAÇÃO INDIRETA NOS ACORDOS DE INVESTIMENTO

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Associado Dr. José Augusto Fontoura Costa

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2019

VIVIAN DANIELE ROCHA GABRIEL

EXPROPRIAÇÃO INDIRETA NOS ACORDOS DE INVESTIMENTO

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Internacional, sob a orientação do Professor Associado Dr. José Augusto Fontoura Costa.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2019

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Gabriel, Vivian Daniele Rocha

Expropriação Indireta nos Acordos de Investimento
; Vivian Daniele Rocha Gabriel ; orientador José
Augusto Fontoura Costa -- São Paulo, 2019.

264

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Internacional) - Faculdade de Direito,
Universidade de São Paulo, 2019.

1. Expropriação Indireta. 2. Expropriação
Regulatória. 3. Acordos Internacionais de
Investimento. 4. Continente do Direito
Internacional. 5. Direito Internacional dos
Investimentos. I. Costa, José Augusto Fontoura,
orient. II. Título

Nome: GABRIEL, Vivian Daniele Rocha.

Título: Expropriação indireta nos acordos de investimento.

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Internacional, sob a orientação do Professor Associado Dr. José Augusto Fontoura Costa.

Prof. Associado Dr. José Augusto Fontoura Costa (orientador) Instituição: FDUSP

Banca realizada em:

Resultado:

Banca Examinadora

Prof(a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais, Terezinha e Dárcio, que mais uma vez me apoiaram, com muito amor, na concretização de mais um sonho. Nesse sentido, não posso deixar de agradecer também à minha madrinha Maria Aparecida, que sempre doce e atenciosa, apareceu e me trouxe luz nas horas em que mais precisei.

Gostaria de agradecer especialmente ao meu orientador, Professor José Augusto Fontoura Costa, por mais uma orientação brilhante, atenciosa e, sobretudo, baseada na confiança. Isso com certeza contribuiu para a superação de meus limites e para o fomento de meu desenvolvimento intelectual. Ainda, não posso deixar de agradecê-lo por ter sido meu referencial acadêmico e ético em todo o meu percurso como Pós-Graduanda no Largo São Francisco, o que, sem dúvidas, influenciou para que chegasse até aqui.

Aos meus amigos Mauro Arima, Charlot Guerra, Ely Xavier e Guilherme Klafke, que foram grandes pilares de sustentação para que essa tese fosse possível. Seu apoio no momento de finalização da tese nunca será esquecido e minha admiração por vocês faz com que seja sempre grata, por cada palavra de incentivo e abraço, mesmo que virtuais.

Ao Professor Peter-Tobias Stöll, por ter me recebido, mesmo em um período curto de pesquisa na Universidade de Göttingen, na Alemanha e, também, à Universidade de Michigan, nos EUA, e ao Professor Steven Ratner, que me oportunizaram ser Michigan Grotius Research Scholar (2018-2019) durante meu período doutorado sanduíche no exterior. Agradeço também à Bárbara Koremenos, que, em um domingo à tarde, mesmo frio e chuvoso, me recebeu da forma mais gentil possível, tendo me inspirado tanto a ponto de me fazer adotar seu referencial teórico na presente tese.

Ainda sobre Michigan, não posso deixar de agradecer às amigas que fiz lá, as quais foram responsáveis pelos melhores momentos que tive em 2018. Meus agradecimentos especiais vão para Daniele Nunes, Richard Scott, Lukas Gerhardinger, Theodosia Stavroulaki e Arthur Rodrigues, por toda a amizade, apoio na elaboração desse trabalho e conversas, acadêmicas ou não, que me proporcionaram um crescimento pessoal enorme.

À Fernanda Giancesella que, por mais que esteja longe, continua sempre muito perto e me faz ter saudades de quando trabalhávamos juntas todos os dias. Ao Leonardo Rocha Bento, por suas ideias pragmáticas e diretas, que também foram importantes nessa tese. À Liv Sarmento, por seu carinho e por ter estado presente na finalização desse projeto.

Aos colegas de Representação Discente da Pós-Graduação, especialmente ao Ariel Pessa, Pedro Arcain e Alex Alckmin, por todo o companheirismo e o aprendizado dentro e fora da Comissão de Pós-Graduação.

Ao Mário Sérgio de Oliveira e Silva por todo o auxílio e apoio com as questões da Pós-Graduação em meu último ano de doutorado, e, também, pela amizade e confiança.

Agradeço a todos que fizeram de meu período de doutorado um dos mais produtivos de minha vida, em termos de produção acadêmica, engajamento institucional e crescimento pessoal. Foram momentos únicos que, apesar de todos os percalços, me faziam repetir tudo de novo.

Por fim, ressalto meu agradecimento à Vera Thorstensen, Marilda Rosado, Michelle Badin e Renata Amaral por serem mulheres tão inspiradoras, a quem me espelho todos os dias para persistir em meus sonhos.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

RESUMO

GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. **Expropriação Indireta nos Acordos de Investimento**. 2019. 264f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

A presente tese propõe-se a analisar se os novos arranjos dos tratados de investimento, mais especificamente, os relativos à expropriação indireta, ensejam a cooperação. Os primeiros tratados bilaterais de investimento dispunham sobre a matéria de forma vaga e superficial, o que implicava a indeterminação do conceito e de suas hipóteses de incidência. Isso influenciou na proliferação de disputas envolvendo o tema, o que fez com que os tribunais arbitrais de investimento, no exercício de sua autoridade delegada, passassem a assumir um papel de maior protagonismo na condução do assunto, por vezes, assumindo uma função quase normativa. Esse fato despertou reações por parte dos sujeitos interessados e uma das mais marcantes consiste na mudança das disposições dos acordos quanto à expropriação indireta. Para analisar a hodierna variação do tema nas molduras jurídicas dos acordos de investimento, utilizou-se, primeiro, o método histórico, para se compreender melhor a evolução da expropriação indireta no âmbito internacional e como esta foi convencionada. Fez-se necessário uma análise comparada da *regulatory taking* americana e das decisões da Suprema Corte Americana que a envolvem, porquanto trata-se de antecedente importante, que foi exportado para o âmbito internacional. Utilizou-se a teoria do Continente do Direito Internacional como suporte teórico para se compreender as forças motrizes das alterações nos desenhos dos acordos internacionais, a qual foi aplicada à expropriação indireta de modo a extrair um desenho ideal de análise que fosse o mais cooperativo possível. No campo da aplicação, realizou-se pesquisa empírica nos acordos de investimento selecionados de modo a se observar, a partir da moldura ideal conjecturada, como esses países têm conduzido mudanças em seus acordos e se essas tornaram os modernos tratados de investimento cooperativos, de acordo com os pressupostos teóricos estudados. Por fim, a partir da análise empírica realizada, selecionou-se o acordo mais cooperativo quanto à expropriação indireta dentro da amostra, o qual, propõe-se, dever ser o paradigma de reforma.

Palavras-chave: expropriação indireta; *regulatory taking*; Continente do Direito Internacional; desenho dos acordos internacionais; Direito Internacional dos Investimentos.

ABSTRACT

GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. **Indirect Expropriation in Investment Agreements.** 2019. 264f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

The purpose of this thesis is to analyze if the new investment treaties provisions, in particular, those related to indirect expropriation, are prone to cooperation. The first bilateral investment treaties have vague and superficial provisions that triggered its indetermination and its incidence hypothesis. This has influenced the proliferation of disputes involving indirect expropriation, which has made the arbitral tribunals, in the exercise of their delegated authority, assume a leading role in the conduct of the analysis, sometimes assuming a quasi-normative role. This fact triggered some reactions and one of the most remarkable has been the current change in the indirect expropriation provisions in investment agreements. In order to analyze the current variation in the legal framework of investment agreements, the historical method was first used to better understand the evolution of indirect expropriation at the international level and how it was codified. As an important antecedent, a comparative analysis of the American regulatory taking and the decisions of the Supreme Court that involve it were analyzed, since they were exported later to the international field. The theory of the Continent of International Law was used as the theoretical support to help understanding the driving forces that change the designs of international agreements. Then, this theory was applied to indirect expropriation in order to extract an as cooperative as possible ideal framework. In the field of application, an empirical research was conducted on selected investment agreements in order to observe, from the conjectured ideal framework, how these countries have led to changes in their agreements and whether these have made modern investment treaties cooperative, in accordance with the theoretical assumptions studied before. Finally, based on the empirical analysis, the most cooperative agreement regarding indirect expropriation within the sample was selected, which, it is proposed, should be the reform paradigm.

Keywords: indirect expropriation; regulatory taking; Continent of International Law; design of international agreements; International Investment Law.

RESUMÉ

GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. **Expropriation indirect dans les accords d'investissement**. 2019. 264f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

La thèse ci-présente a pour but d'analyser si les nouveaux arrangements des traités d'investissement, plus spécifiquement ceux relationnés à l'expropriation indirecte, permettent la coopération. Les premiers traités bilatéraux d'investissement disposent sur le sujet de manière vague et superficielle, ce qui impliquait l'incertitude du concept et de ses hypothèses d'incidence. Cela a influencé dans la multiplication de disputes autour du thème, ce qui a entraîné les Cours arbitraux d'investissement – dans le cadre de leur autorité déléguée – à avoir un rôle plus important au développement du sujet, on dirait même sur une fonction presque normative. Ainsi, ce fait a provoqué des réactions aux parties intéressés et une de ces importantes réactions a été le changement des dispositions des accords quant à l'expropriation indirecte. Pour analyser la variation actuelle du thème selon les cadres juridiques des accords d'investissement, on a utilisé d'abord ça méthode historique, pour mieux comprendre l'évolution de l'expropriation indirecte à niveau international et comment elle a été convenue. Il est nécessaire d'analyser comparativement la *regulatory taking* américaine et les décisions de la Suprême Cour Américaine qui l'entourent, puisqu'il s'agit d'un précédent important, qui a été exporté à niveau international. On a utilisé la théorie du Continent du Droit International comme le support théorique pour comprendre les forces motrices des modifications dans le format des accords internationaux, c'est-à-dire, la théorie mentionnée a été appliquée à l'expropriation indirecte afin d'en retirer un modèle idéal d'analyse le plus coopératif possible. En matière de mise en place, une recherche empirique a été faite dans les accords d'investissement sélectionnés dans le but d'observer, à partir du modèle idéal imaginé, comment ces pays mènent des changements dans leurs accords et si ces modifications sont devenues les traités d'investissement coopératifs modernes, selon les conditions théoriques étudiées. Enfin, d'après cette analyse empirique, on a choisi l'accord le plus coopératif quant à l'expropriation indirecte, celui qui devrait être le paradigme de la réforme.

Mots-clés: expropriation indirecte; *regulatory taking*; Continent du Droit International; coopération internationale; modèles des accords internationaux.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Conjecturas da teoria do desenho institucional racional.	136
Quadro 2 – Conjecturas do Continente do direito internacional.	159
Quadro 3 – Desenho cooperativo quanto à expropriação indireta.....	200
Quadro 4 – Precisão.....	207
Quadro 5 – Exceção de interesse público.....	208
Quadro 6 – Sobrevivência temporal.	209
Quadro 7 – Monitoramento.	209
Quadro 8 – Solução de controvérsias.	210

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Tratados bilaterais de investimento da China.....	213
Tabela 2 – Tratados bilaterais de investimento do Canadá.	218
Tabela 3 – Tratados bilaterais de investimento dos Estados Unidos.....	221
Tabela 4 – Tratados bilaterais de investimento da Índia.	222
Tabela 5 – Tratados bilaterais de investimento da Rússia.....	226
Tabela 6 – Acordos de cooperação e facilitação de investimento do Brasil.	229
Tabela 7 – Análise do desenho de CETA e CPTPP.	232

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACFI	Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos
AGNU	Assembleia Geral das Nações Unidas
APPRI	Acordo de Promoção e Proteção de Investimentos
BIRD	Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento
BLEU	União Econômica Bélgica-Luxemburgo
CCE	Câmara de Comércio de Estocolmo
CCI	Câmara de Comércio Internacional
CEDH	Corte Europeia de Direitos Humanos
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CIRDI	Centro Internacional para Resolução de Disputas sobre Investimentos
CPA	Corte Permanente de Arbitragem
CPJI	Corte Permanente de Justiça Internacional
CPTPP	Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership
CSNU	Conselho de Segurança das Nações Unidas
CVDT	Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados
ELSI	Elettronica Sicola SpA
GATT	General Agreement on Trade and Tariffs
ICSID	International Centre for the Settlement of Investment Disputes
MAI	Acordo Multilateral sobre Investimentos
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
NAAEC	North American Agreement on Environmental Cooperation
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NOEI	Nova Ordem Econômica Internacional
OCDE	Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico
OIC	Organização Internacional do Comércio
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONG	Organização Não Governamental
ONU	Organização das Nações Unidas
ORG	Organização
PCA	Permanent Court Of Arbitration

PBC	bifenilos policlorados
SADC	Southern African Development Community
TBI	Tratado Bilateral de Investimentos
TIPs	Treaties With Investment Provisions
TIFA	Paraguay–United States Trade and Investment Framework Agreement
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
USTR	U.S. Office of the Trade Representative

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO		21
1	PROTEÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS CONTRA EXPROPRIAÇÃO INDIRETA	29
1.1	PRECEDENTES HISTÓRICOS DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS	30
1.1.1	Direito costumeiro internacional e padrões comportamentais provenientes do direito internacional clássico	31
1.1.2	Formação das normas jurídicas de proteção internacional dos investimentos estrangeiros.....	34
1.1.3	A proliferação expressiva de atentados diretos à propriedade estrangeira no âmbito internacional	39
1.2	O ENCADEAMENTO DE NOVAS FORMAS DE INTERVENÇÃO NA PROPRIEDADE DOS INVESTIDORES ESTRANGEIROS	47
1.3	ESFORÇOS PARA A MULTILATERALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS	54
1.3.1	As tentativas de regulação multilateral de investimentos.....	55
1.3.2	Iniciativas de outras áreas que também tratam da proteção da propriedade estrangeira	59
1.4	A ESCOLHA NATURAL PELA BILATERALIZAÇÃO.....	63
1.5	CONCLUSÕES PRELIMINARES.....	71
2	FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA EXPROPRIAÇÃO	73
2.1	EXPROPRIAÇÃO DIRETA OU CLÁSSICA	74
2.2	REGULATORY TAKING	81
2.3	A EXPORTAÇÃO DA REGULATORY TAKING PARA O ÂMBITO INTERNACIONAL	93
2.4	EXPROPRIAÇÃO INDIRETA	101
2.5	CONCLUSÕES PRELIMINARES.....	117
3	CONTINENTE DO DIREITO INTERNACIONAL COMO INSTRUMENTO ANALÍTICO INSITUCIONAL	119
3.1	ACORDOS INTERNACIONAIS E COOPERAÇÃO.....	120
3.2	ANTECEDENTES: A TEORIA DO DESENHO INSTITUCIONAL RACIONAL	124
3.2.1	Variáveis dependentes	127
3.2.2	Variáveis independentes	130
3.2.2.1	INCIDÊNCIA DE PROBLEMA DE DISTRIBUIÇÃO.....	138
3.2.2.2	INCIDÊNCIA DE PROBLEMA QUANTO AO CUMPRIMENTO.....	139
3.2.2.3	INCIDÊNCIA DE MAIOR NÚMERO DE ESTADOS.....	140
3.2.2.4	INCERTEZAS.....	142
3.2.2.5	CONSIDERAÇÕES SOBRE O DESENHO INSTITUCIONAL RACIONAL	144
3.3	O CONTINENTE DO DIREITO INTERNACIONAL	144
3.3.1	Problemas de cooperação no Continente do Direito Internacional	146
3.3.1.1	PROBLEMAS RELACIONADOS AOS INTERESSES	147
3.3.1.2	PROBLEMAS RELACIONADOS A CONSTRANGIMENTOS OU COAÇÕES.....	153
3.3.2	Características dos Estados em agregado e sua influência.....	154
3.3.3	Dimensões e subdimensões	156

3.3.4	Conjecturas e aprofundamentos	158
3.3.4.1	FLEXIBILIDADE	161
3.3.4.1.1	Incerteza em relação ao estado do mundo	161
3.3.4.1.2	Problema quanto à distribuição	168
3.3.4.1.3	Problema quanto à coordenação	172
3.3.4.1.4	Número de atores.....	172
3.3.4.2	CENTRALIZAÇÃO	173
3.3.4.2.1	Problema quanto ao cumprimento	174
3.3.4.2.2	Problema quanto ao comprometimento	174
3.3.4.2.3	Incerteza quanto ao comportamento.....	175
3.3.4.2.4	Incerteza quanto ao estado do mundo.....	177
3.3.4.2.5	Número de Estados.....	178
3.3.4.2.6	Centralização	178
3.3.4.3	ÂMBITO MATERIAL	180
3.3.4.3.1	Problema quanto ao cumprimento	181
3.3.4.3.2	Problema quanto ao comprometimento	181
3.3.4.4	CONTROLE	181
3.3.4.5	A OPÇÃO PELO CONTINENTE DO DIREITO INTERNACIONAL	183
3.4	CONCLUSÕES PRELIMINARES	185
4	A INFLUÊNCIA DO DESENHO DO ACORDO NA QUESTÃO DA EXPROPRIAÇÃO INDIRETA.....	187
4.1	APLICAÇÃO DO CONTINENTE DO DIREITO INTERNACIONAL NA EXPROPRIAÇÃO INDIRETA.....	188
4.2	EXPROPRIAÇÃO INDIRETA E PROBLEMAS DE COOPERAÇÃO.....	192
4.3	APLICAÇÃO DO DESENHO EXTRAÍDO AOS TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO	202
4.3.1	Justificativa para a escolha dos acordos a serem analisados	203
4.3.2	Metodologia de análise	205
4.3.3	Análise empírica dos acordos	212
4.3.3.1	PERFIL DOS ESTADOS SELECIONADOS	212
4.3.3.2	A INFLUÊNCIA DO DESENHO DOS TBIs SELECIONADOS NOS NOVOS ACORDOS PREFERENCIAIS DE COMÉRCIO	231
4.4	ANÁLISE CRÍTICA	234
4.5	CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	240
	CONCLUSÕES.....	243
	REFERÊNCIAS	249

INTRODUÇÃO

A interferência estatal nos direitos de propriedade dos investidores estrangeiros trata-se de assunto recorrentemente discutido no Direito Internacional dos Investimentos desde os seus primórdios. De início, englobavam essencialmente a questão da transferência direta da propriedade do ente privado para o Estado sem o pagamento da devida compensação. Em reação aos efeitos negativos dessas medidas, foi criado um arcabouço jurídico protetivo para resguardar o investidor. Nesse primeiro momento, as normas costumeiras forneciam os subsídios protetivos para lidar com a questão, contudo, com a proliferação dos tratados internacionais, essas diretrizes foram sendo incorporadas, primeiro, nos Tratados de Comércio, Amizade e Navegação e, depois, difundiram-se nos acordos de promoção e proteção de investimentos (APPRIs).

Ressalta-se que, com o tempo, as interferências na propriedade estrangeira tornaram-se cada vez mais frequentes. Na primeira metade do século XX, essas ganharam grande repercussão em nível mundial, diante das grandes expropriações e nacionalizações realizadas contra empreendimentos transnacionais, símbolos do poder econômico de várias nações, tais como a Inglaterra ou a França. Diante disso, as expropriações passaram a ser vistas como situações extremas, realizadas por governos que não estavam mais dispostos a comprometer-se com o capital estrangeiro em seu território e, por isso, efetuavam a apreensão física dos empreendimentos dos investidores, sem qualquer indenização que pudesse tentar mitigar tal ofensa aos seus direitos de propriedade. Nesse sentido, foram desenvolvidas normas internacionais para tentar coibir esse tipo de situação, surgindo, inclusive, diversas demandas jurídicas no âmbito adjudicatório internacional, o que deu visibilidade ao tema.

Ocorre que, ao mesmo tempo, também surgiam outros tipos de interferências à propriedade estrangeira. Essas não eram facilmente identificáveis e, tampouco, consistiam na transferência de posse dos direitos de propriedade estrangeira ao Estado. Entretanto, por meio de ações regulatórias estatais, ingeria-se no uso, no gozo, no valor e na condução dos investimentos, de forma a surtir efeitos tão negativos ao investidor que esses se equiparavam à uma expropriação clássica. A consequência dessas ações era clara: tornavam a permanência do investimento ou a sua lucratividade impossível, forçando o investidor a encerrar suas operações.

Esse tipo distinto de ameaça aos direitos de propriedade dos investidores estrangeiros foi sendo, aos poucos, estudado com maior frequência pela doutrina internacional, até ser

denominado, por Wortley e outros autores¹, na década de 1940, como expropriação indireta. No entanto, apesar desse reconhecimento doutrinário, o Direito Internacional resistiu a considerá-la, e, demorou ainda mais tempo, para normatizá-la. Dentre os exemplos de resistência, destacam-se o afastamento da Corte Internacional de Justiça (CIJ) em se manifestar sobre a responsabilidade internacional dos Estados quanto a intervenções regulatórias nos direitos de propriedade de investidores estrangeiros e a falha em se alcançar um acordo multilateral sobre investimentos, onde seria positivada norma protetiva a respeito desse novo tipo de interferência.

Apesar disso, conforme se prosseguia a evolução do Direito Internacional dos Investimentos, por meio da proliferação de tratados bilaterais de investimento (TBIs) e da criação de um mecanismo de solução de controvérsias especializado, que dava acesso direto à adjudicação internacional aos investidores, por meio da arbitragem investidor-Estado, novas tentativas de inclusão da expropriação indireta no arcabouço protetivo internacional surgiam. A partir do final da década de 1950, com a criação dos primeiros TBIs, esses instrumentos passaram a conter diversas proteções materiais e procedimentais aos investidores estrangeiros. De início, somente foi prescrita a proteção contra expropriação direta e estabelecido o dever de compensação pronta, adequada e efetiva aos investidores.

Contudo, a partir da exportação da *regulatory taking* americana para o plano externo, realizada, principalmente, pelos TBIs americanos e por meio do North American Free Trade Agreement (NAFTA), na década de 1980 e início de 1990, essa nova forma de interferência na propriedade foi positivada internacionalmente, trazendo maior visibilidade. Isso ocorreu devido às diversas arbitragens de investimento envolvendo expropriação indireta e as políticas públicas estatais contestadas no âmbito dessa iniciativa regional, as quais abrangiam desde restrições a exportações e acesso a mercados até medidas de proteção ambiental.

A partir de então, a cláusula de expropriação indireta passou a proliferar-se também globalmente, em diversos tratados internacionais. Salienta-se que os primeiros acordos internacionais a possuírem cláusulas de expropriação indireta consistiam em arcabouços jurídicos extremamente protetivos, com uma linguagem ampla e vaga, que abria margem para questionamentos de toda e qualquer medida, desde que, comprovadamente, ela possuísse efeitos semelhantes aos da expropriação direta. Esses instrumentos jurídicos internacionais referiam-se às medidas violadoras como atos com efeitos equivalentes ou similares à

¹ WORTLEY, B.A.; CHESHIRE, G.C.; KURATOWSKI, R.K.; DRUCKER, Alfred; LOEWENFELD, Erwin H.; ADAMKIEWICZ, W.; WEINREB, Alexander. Expropriation in international law. Transactions of the Grotius Society, v.33, **Problems of Public and Private International Law**, 1947, pp.25-48.

expropriação tradicional, sem se nomear diretamente o instituto. Além disso, não eram especificados os fatores a serem examinados para auxiliar na diferenciação entre uma expropriação indireta compensável e uma medida regulatória legítima não compensável, nem quais tipos de norma poderiam se caracterizar como expropriação indireta. Este último item se tornava problemático, por exemplo, pois abria uma margem protetiva muito grande ao investidor, que poderia contestar qualquer tipo de norma estatal, ao mesmo tempo em que os Estados se encontravam em posição de vulnerabilidade, pois poderiam ter suas medidas domésticas legítimas questionadas, tanto as que ofendiam o interesse dos investidores, quanto as que se desenvolviam sem essa característica, em função da obrigação internacional assumida.

Em função das diversas incertezas resultantes da falta de clareza normativa e da ausência de previsibilidade nas normas sobre expropriação indireta, a melhor opção para lidar com as incompletudes deixadas por uma redação imperfeita de um tema que se tornava cada vez mais complexo era a delegação² de sua interpretação aos tribunais arbitrais de investimento. Assim sendo, por meio da análise reiterada da matéria, os tribunais arbitrais de investimento passaram a consolidar alguns fatores comuns úteis para examinar se a medida governamental discutida consistia mesmo em expropriação indireta. Dentre eles, destacam-se a verificação dos efeitos da medida no controle do investimento, o exame das características da ação governamental e os seus efeitos na busca do interesse público e/ou a intensidade da interferência nas expectativas legítimas do investidor. No entanto, apesar do desenvolvimento dessas diretrizes, cada tribunal ainda teria que decidir por si próprio onde alocar mais ênfase na sua decisão de impor uma linha divisória entre a regulação legítima não-compensável e a expropriação indireta³.

Desse modo, a prática variável dos tribunais arbitrais de investimento, com decisões contendo diretrizes que poderiam se alterar, conforme o entendimento de cada tribunal, causava certo grau de insegurança jurídica internacional. Adicionalmente, o fato de muitas das decisões terem exposto diversos Estados perante a comunidade internacional em decorrência de severas condenações em arbitragens de investimento fruto da contestação de suas regulações estatais legítimas e de várias políticas públicas terem sido avaliadas em seu mérito pelos árbitros, os quais, muitas, vezes deixavam de lado o conjunto de direitos e

² ABBOTT, Kenneth; SNIDAL, Duncan. Hard and Soft Law in International Governance. **International Organization**, v. 54, n. 3, p. 421-456, 2000. p. 433.

³ SCHEFER, Krista Nadakavukaren. **International Investment Law: Text, Cases and Materials**. 2. ed. Cheltenham: Elgar, 2016. p. 241.

valores embutidos nessas medidas⁴, também ocasionava a apreensão dos Estados soberanos. Por fim, considerando que as decisões nem sempre eram favoráveis aos investidores devido as correntes interpretativas distintas e a subjetividade de cada árbitro, a forma como o assunto era conduzido pelas autoridades delegadas começou a causar um incômodo entre Estados e investidores.

Nesse diapasão, quanto mais indeterminado ou impreciso o termo estabelecido no tratado ou, ainda, quanto mais próximo de um princípio geral, maior era delegação do legislador internacional aos árbitros. Isso passou a causar um fenômeno de “adjudicação legislativa”⁵ na questão da expropriação indireta, pois, à medida que os tratados de investimento possuíam menor densidade normativa, os árbitros passavam a usurpar a função legislativa estatal e a agir com grande extensão de competência ao esclarecer os termos, os limites e a aplicação dos tratados internacionais.

Nesse panorama, a questão figurava em um ambiente de incerteza e imprecisão, o que acarretou sucessivas críticas, descumprimentos ou, até mesmo, em situações mais drásticas, a denúncia dos acordos, prejudicando a disposição das partes para cooperação⁶. Entretanto, a partir do final do século XX e início do século XXI, aproveitando o ímpeto de mudanças no cenário global, iniciou-se revisão de modelos de acordos internacionais de investimento, além da negociação de novos tratados⁷. O que se vivencia desde então é um movimento de mudança *ex ante* dos tratados internacionais de investimento e de reconfiguração dos acordos de investimento, de modo a tornar os acordos mais claros e cooperativos e, conseqüentemente, diminuir o papel normativo dos árbitros na condução da interpretação da expropriação indireta.

⁴ ORTINO, Federico. Refining the Content and Role of Investment ‘Rules’ and ‘Standards’: A New Approach to International Investment Treaty Making. **ICSID Review**, v. 28, n. 1, p.152-168, 2013. p. 162.

⁵ ALVAREZ, José E. **International Organizations as Law Makers**. New York: Oxford University Press, 2005. p. 531.

⁶ Segundo Bonnitche, Poulsen e Waibel, o fato de os tribunais arbitrais de investimento interpretarem questões centrais de forma fragmentada faz com que, apesar de haver algum grau de consenso na interpretação, que a jurisprudência permaneça incompleta e, ocasionalmente, inconsistente. Isso pode dificultar o comportamento dos Estados em identificarem se estão em conformidade com as obrigações do acordo, reduzindo a previsibilidade também para os investidores. BONNITCHE, Jonathan; POULSEN, Lauge N. Skovgaard; WAIBEL, Michael. **The Political Economy of the Investment Treaty Regime**. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 6.

⁷ Segundo a UNCTAD, apesar de ainda ser pequeno, esse movimento de renegociação e novas negociações é crescente. Ele abrange a substituição de acordos antigos, além de promover iniciativas de interpretações conjuntas, abandono de acordos antigos não ratificados, denúncia de velhos acordos, dentre outras descritas no *World Investment Report 2018*, documento elaborado pela instituição. Cf. UNITED NATIONS. United Nations Conference on Trade and Development. **World Investment Report 2018: Investment and New Industrial Policies**. Geneva: United Nations, 2018. p. 96-103.

Contudo, a principal indagação que se coloca é se esses novos acordos têm se apresentado de fato cooperativos quanto à questão da expropriação indireta. Essa dúvida se torna importante, pois, a partir de um novo arranjo de cláusulas incluído nos acordos internacionais de investimento, se as partes aumentam a sua disposição em colaborar na potencialização de ganhos recíprocos, deixarão de lado uma possível abdicação dos compromissos assumidos ou traição, que acarretariam na violação do acordo. Isso faz com que se limite mais as hipóteses de arbitrabilidade das regulações estatais e, por conseguinte, que os árbitros tenham um papel mais restrito e concentrado, haja vista que a norma estará mais completa e clara.

Desse modo, o objetivo central da presente tese será analisar o fenômeno da mudança *ex ante* nos arranjos dos acordos de investimento no século XXI, em particular, quanto à questão da expropriação indireta e, se tais acordos, têm ensejado a cooperação. Essa análise se mostra relevante ao passo que os impactos dessa mudança se refletirão diretamente no cumprimento da norma e, também, em seu exame posterior pelos tribunais arbitrais de investimento. Caso se mostrem cooperativos, em função da inclusão, exclusão ou adaptação de determinado conjunto de cláusulas e, para tanto, será necessário identificar quais são essas normas, as mudanças serão positivas, contribuindo para um resultado eficiente e para o reforço da cooperação mútua entre as partes, para que o acordo não seja violado. Entretanto, se essas alterações nos acordos de investimentos forem pouco relevantes, haverá uma manutenção do estado de incompletude da norma, característica que continuará a prejudicar a estabilidade entre os interesses dos investidores e Estados, aumentando o poder quase normativo que se tem observado no âmbito dos tribunais arbitrais de investimento.

A metodologia empregada para a realização da pesquisa consistirá, em um primeiro momento, na aplicação do método histórico para que se possa compreender o contexto em que surgiram as primeiras manifestações da expropriação indireta no plano internacional e como essas foram tratadas pelo Direito Internacional. O intuito é compreender a evolução do regime internacional de proteção dos investimentos contra a expropriação, que teve de se moldar a partir de um novo tipo de interferência na propriedade. Isso será realizado com base no exame doutrinário, perpassando, também, pela análise de jurisprudência internacional relevante sobre o assunto.

A pesquisa versará também sobre uma análise conceitual da expropriação indireta e como esta foi transposta para o plano internacional, em um segundo momento, será efetuada uma análise comparada sobre a *regulatory taking*. Esse instituto, é originário do direito americano e, por esse motivo, será necessário examinar também determinadas decisões da

Suprema Corte Americana, que são paradigmáticas e conduzem o raciocínio para o estudo do tema.

Por fim, um dos pontos mais importantes do trabalho será quando do emprego do método empírico para que se possa efetuar uma análise qualitativa de fontes primárias de direito internacional. A intenção dessa pesquisa é a busca de dados relevantes, por meio da observação da experiência de celebração dos mais recentes tratados bilaterais de investimento, para que se possa analisar se os acordos desenvolvidos, a partir de cláusulas específicas dispostas, ensejam a cooperação.

Nesse sentido, a partir da aplicação da teoria do Continente do Direito Internacional, e da seleção de variáveis independentes, quais sejam os problemas de cooperação e incertezas verificados na questão da expropriação indireta, e as variáveis dependentes, representadas pelas cláusulas específicas dos tratados que visam mitigar dissuadir esses problemas, será elaborado um arranjo ideal de cláusulas que, teoricamente, seria o mais apropriado para fomentar a cooperação em um acordo internacional de investimento. A partir desse modelo, serão selecionadas as variáveis dependentes ou cláusulas que serão analisadas durante a pesquisa de cada TBI selecionado, e estabelecida uma gradação para que, no momento do exame, seja possível classificá-las como mais ou menos cooperativas e, depois, seja possível realizar um exame mais apurado sobre as características da rede de tratados de cada país.

Serão analisados, a partir de um recorte específico, os TBIs de China, Canadá, Estados Unidos, Índia, Rússia e Brasil, firmados de 1º de janeiro de 2001 a 1º de janeiro de 2019. A limitação da amostra dos países a serem estudados foi realizada, primeiramente, pois o universo de acordos de investimento assinados chega, atualmente, a mais de 3.000 TBIs, por isso a necessidade de se focar em um número específico de acordos, para que o exame qualitativo seja mais profícuo.

Além disso, a seleção desses países em específico se deu em função de uma mescla de fatores individuais que, basicamente, consideram a sua importância para o cenário econômico internacional e, em uma primeira leitura realizada, sua atuação destacada no atual cenário do Direito Internacional dos Investimentos. Ademais, o lapso temporal selecionado foi escolhido pensando nos tratados assinados ou renegociados no século XXI, e que, teoricamente, já são vetores da reforma em andamento e contêm alterações importantes a serem estudadas.

Assim sendo, ao se descrever resumidamente o escopo dos capítulos da presente tese, esclarece-se que o capítulo inicial descreverá a evolução histórica da proteção internacional da propriedade no Direito Internacional. Serão abordadas desde as mais relevantes

expropriações diretas ou nacionalizações ocorridas no século XX, que ameaçavam de forma visível a propriedade dos investidores estrangeiros haja vista a transferência da posse ao Estado, até a emergência da expropriação indireta, nova espécie de ingerência nos direitos de propriedade dos investidores que se instrumentalizava a partir do arcabouço regulatório estatal.

O segundo capítulo abordará os pressupostos jurídicos do instituto da expropriação, inicialmente, de forma geral, e, depois, de forma específica, focada na expropriação indireta. Um dos principais pontos a serem analisados será o estudo da *regulatory taking*, instituto advindo do direito americano que se desenvolveu a partir da atuação dos tribunais domésticos para a resolução de casos complexos envolvendo a diminuição do uso economicamente viável de propriedades em razão de regulações estatais deletérias. Após a compreensão de sua aplicação em âmbito doméstico, será analisado como este foi transposto para o plano internacional pelos Estados Unidos, com foco especial no modelo de TBI americano da época e das disposições estabelecidas no âmbito do NAFTA.

No terceiro capítulo, será realizado um estudo interdisciplinar da teoria do Continente do Direito Internacional, inserida no âmbito do institucionalismo racional, corrente teórica proveniente da área das Relações Internacionais. Essa será aplicada como suporte teórico da presente tese, ao passo que auxiliará na compreensão e instrumentalização da variação dos desenhos dos acordos internacionais de forma geral, para que se possa, posteriormente, se entender as mudanças no recorte específico do Direito Internacional dos Investimentos e, especialmente, na questão da expropriação indireta.

Finalmente, no último capítulo será efetuada a aplicação da teoria ao objeto de pesquisa, e extraídos os pressupostos teóricos para a análise do desenho dos novos acordos de investimentos e das cláusulas relacionadas à expropriação indireta através de pesquisa empírica. Esta será realizada, a partir de um recorte selecionado de tratados de investimento, em um lapso temporal determinado, para que se possa observar, a partir das informações encontradas, se os arranjos dos acordos assinados implicam maior cooperação.

Ao final da pesquisa, será avaliado qual é o modelo que enseja mais cooperação no âmbito da expropriação indireta, dentre os padrões de proteção internacional empiricamente examinados. Essa análise final se torna importante ao passo que, para fins práticos, o modelo selecionado poderá se tornar um paradigma a ser seguido nas mudanças em curso, para que se possa trazer maior estabilidade tanto para Estados, quanto para investidores e, ao final, se tentar recuperar o papel principal dos Estados na elaboração de diretrizes normativas a respeito da expropriação indireta.

CONCLUSÕES

A temática da expropriação sempre foi considerada uma medida extrema pela comunidade internacional. Sua popularidade emergiu das grandes expropriações do século XX, em que empreendimentos transnacionais, símbolos de poder e resquícios de um domínio colonial dos séculos anteriores, foram transferidos para o domínio dos Estados nacionais, trazendo à baila o debate internacional sobre sua legitimidade e o pagamento obrigatório de compensação. Devido à sua condição extraordinária e por ser visivelmente identificável face à transferência direta de domínio, a expropriação direta esteve presente sob os holofotes do Direito Internacional por um longo período de tempo.

No entanto, conforme os Estados nacionais sofriam condenações e imposições ao pagamento de elevadas compensações em função das expropriações clássicas, passaram a se desenvolver também outras formas de intervenção na propriedade estrangeira. Inicialmente identificada como um ruído, a expropriação indireta foi ganhando destaque aos poucos no cenário internacional. Entretanto, seu reconhecimento e codificação não foram imediatos, em grande parte, porque esta ocorria por meios não tão óbvios e de difícil comprovação, o que gerava reticências tanto de Estados, quanto de tribunais internacionais.

Nesse particular, destaca-se o papel fundamental dos EUA em conduzir seu processo convencional na esfera bilateral. Com o claro propósito de alargar as proteções aos seus investidores internacionais e, verificando o aparecimento de novas formas de intervenção na propriedade pelo mundo, o país optou por transpor para o plano internacional instituto já conhecido e utilizado em seu direito interno, qual seja a *regulatory taking*, que tratava justamente das ingerências regulatórias nos direitos de propriedade tangíveis, sendo mandatória compensação. Não se pode negar que, ao exportar seu direito para seus TBIs e para o NAFTA, o país já se encontrava familiarizado com o instituto e suas nuances, posição vantajosa em relação a outros países, que o consideravam difícil ou oneroso. Além disso, ao fazê-lo, o país assumiu protagonismo quanto às mudanças em relação à temática da expropriação no Direito Internacional dos Investimentos, o que pode ser vislumbrado até os dias de hoje em suas negociações bilaterais ou preferenciais.

Contudo, uma vez convencionalizada, a expropriação indireta passou a ter novos desafios pela frente. O primeiro deles consistia em sua própria redação nos acordos de investimento. De início, esses institutos apareciam no texto dos tratados de forma superficial, com uma linguagem vaga, imprecisa e limitada. O propósito dessa ausência de especificação

era claro, deixar o conceito o mais aberto possível para que os investidores pudessem contestar amplamente toda e qualquer regulação estatal, garantindo, assim, maior proteção a esses atores. Ocorre que os Estados exportadores de capital não contavam com a atuação proeminente dos tribunais arbitrais de investimento ao analisar a matéria, uma vez que a eles foi delegada a função adjudicatória e interpretativa dos instrumentos jurídicos internacionais. Entretanto, quanto mais incompletos são os tratados em relação à expropriação indireta, maior é a subjetividade para que se possa trazer à baila indícios mais concretos de como as partes devem se comportar ou cumprir com as suas obrigações.

Não se pode olvidar também que os mais afetados com essa maleabilidade interpretativa eram os Estados receptores de investimento, que passam a ter suas políticas públicas legítimas analisadas em seu mérito pelos árbitros internacionais, que, para avaliar se devido ou não o pagamento de compensação, adentram à análise sobre seu propósito público. Havia, então, um cenário de usurpação, porém, este era legítimo, ao passo que a autoridade do tribunal arbitral foi delegada pelos próprios Estados.

Nesta toada, a solução que se fazia possível era a de uma mudança *ex ante* nos acordos internacionais, de modo a tentar limitar a adjudicação legislativa no âmbito da expropriação indireta. Uma das inferências mais precípuas dessa alteração normativa seria a de que, a partir dessas alterações, os tratados internacionais seriam mais cooperativos, uma vez que seriam mais completos. A cooperação seria fundamental, nesse caso, pois evitaria que os Estados cedessem a impulsos de traição ou abdicação dos compromissos assumidos, o que implicaria uma contenção, de certa forma, do exercício da delegação de poder dos árbitros e, mesmo se isso viesse a ocorrer, esta seria realizada de forma mais limitada, em função da maior objetividade do texto legal.

Contudo, a criação, modificação ou adaptação dos tratados internacionais não se trata de tarefa fácil. Como destacado na presente tese, ela necessita ser elaborada a partir da ponderação dos custos-benefícios de cada inclusão. Nesse sentido, a adoção da teoria do Continente do Direito Internacional, para que servisse de suporte teórico ao entendimento da variação dos tratados internacionais, foi de grande valia.

O Continente do Direito Internacional forneceu subsídios para que se visualizasse como as alterações nos textos dos tratados poderiam ser ainda mais efetivas se fossem pensadas pelo prisma da maximização da cooperação. Nesse sentido, a divisão entre variáveis independentes e dependentes se mostra essencial, porquanto permite enxergar que cada problema de cooperação ou incerteza que possa surgir na relação implica uma medida

específica, uma variável dependente que, se for incluída em grau mais próximo do ideal, surtirá efeitos à médio e longo prazo para o sucesso do acordo.

O fato de esse arcabouço teórico ser geral e abstrato possibilitou sua aplicação ao tema da expropriação indireta e, posteriormente, permitiu a avaliação de qual desenho seria o melhor possível para estimular a cooperação entre as partes no assunto. A criação dessa moldura jurídica ideal foi importante também, pois possibilitou a seleção das cláusulas que seriam analisadas posteriormente na análise empírica que se empreendeu.

Nesse diapasão, superado o estudo teórico, fazia-se necessário visualizar como tem sido a experiência prática da negociação dos tratados mais modernos em relação ao tema e se esses têm se demonstrado mais voltados à cooperação. Como o universo dos TBIs atingiu a um patamar de mais de 3.000 acordos até o momento, foi necessário criar um recorte mais focado para que fosse possível a realização da pesquisa, em função de suas limitações. Os países selecionados, China, Canadá, Estados Unidos, Índia, Rússia e Brasil, foram escolhidos em função do papel que têm exercido no movimento de reforma. Vale salientar que cada país possui uma iniciativa diferente, uns mais proativos, outros menos, porém, mesmo que sejam visualizadas poucas alterações, isso se torna importante para comparar os dados e a posição de cada país *a posteriori*.

Ressalta-se que a pesquisa empírica empreendida foi realizada a partir da análise de todos os acordos assinados, mesmo que terminados ou que ainda não estivessem em vigor, entre 1º de janeiro de 2001 e 1º de janeiro de 2019. Após a delimitação temporal, fazia-se necessário criar um padrão para que fosse possível a leitura das informações retiradas da observação. Assim, foi criada uma gradação específica, com critérios baseados na maior ou menor cooperação que as variáveis dependentes precisão da linguagem, exceção de interesse público, sobrevivência temporal, monitoramento e solução de controvérsias pudessem alcançar.

Desse modo, a partir da análise empírica realizada, chega-se à principal conclusão da presente tese, que consiste no reconhecimento de que o acordo canadense é o mais cooperativo da amostra quanto à questão da expropriação indireta, além de ser o modelo de acordo que mais estimulará o seu cumprimento, o comprometimento das partes, orientará de forma mais clara o comportamento das mesmas e afastará incertezas. Assim, considerando as mudanças em curso promovidas pelo movimento de alteração *ex ante* que o Direito Internacional dos Investimentos está vivenciando, se o acordo canadense é o mais cooperativo, ele pode ser utilizado como paradigma nessa mudança, servindo, inclusive, ao

propósito de tentar afastar o fenômeno da adjudicação legislativa ou intervenção excessiva pelos árbitros, que tem trazido instabilidade tanto para Estados, quanto para investidores.

Nesse sentido, destaca-se que o Estado canadense já participa ativamente do movimento de mudanças dos TBIs, proliferando seu modelo de forma intensa. Isso faz parte de uma diretriz política comercial interna que, desde a alteração de seu modelo de acordo, tinha como objetivo expandir o número de parceiros do Canadá, consequentemente, difundindo suas regras.

Contudo, o mais importante está no desenho do acordo canadense. Dentre as principais características dessa moldura jurídica e que são centrais para as mudanças no sistema vigente, destacam-se: (i) a alta precisão da linguagem; (ii) as flexibilidades das exceções de interesse público; (iii) a existência de um sistema de solução de controvérsias delegado formal e centralizado; (iv) o monitoramento amplo e inclusivo e (v) a sobrevivência temporal longa. Quanto ao primeiro item, durante o estudo teórico do Continente e de sua aplicação por meio da pesquisa empírica e da análise qualitativa dos tratados, observou-se que ele se trata da dimensão mais importante quando de uma mudança normativa, visto que, quanto mais preciso o acordo, maior a possibilidade de se exigir o cumprimento de um dever.

Nesse sentido, traz-se à baila outra conclusão importante do trabalho. A partir da análise do texto dos acordos mais tradicionais, tem-se que, em razão de sua amplitude e de sua disposição quase que principiológica, que implica esforços dos árbitros em darem conteúdo à norma depois da conduta, as disposições sobre expropriação indireta nesses tratados assemelham-se muito mais a *standards*, do que a regras duras e consistentes de *hard law*. Nesse sentido, torna-se difícil exigir o cumprimento de uma norma indeterminada, que as partes não conseguem visualizar o seu conteúdo e que os tribunais arbitrais não conseguem aplicar. Por isso, por mais deletéria que seja a atuação desses organismos, ela é necessária diante da incompletude normativa.

O acordo canadense, por sua vez, possui um elevado grau de precisão, citando diretamente a expropriação indireta, além de defini-la e expor os fatores necessários a serem avaliados para a distinção entre uma medida regulatória compensável e não compensável. Essa maior clareza na linguagem quanto à expropriação indireta, se comparada a outros acordos, traz maior previsibilidade, estabilidade e segurança jurídica às obrigações, que não precisarão de terceiros para interpretá-las.

No entanto, a linguagem isoladamente ainda não promove o grau de cooperação desejável. Faz-se necessário que esteja acompanhada das exceções de interesse público, as quais terão o condão de determinar quais regulações estatais não entram na regra de ampla

proteção aos investidores estrangeiros. Os acordos canadenses trazem essa sub dimensão de uma forma equilibrada, pois não são extremamente flexíveis, de acordo com a gradação elaborada, mas contêm as disposições suficientes e necessárias para que fique claro quais normas estatais não poderão ser contestadas.

Ressalta-se também, de forma conclusiva, que as flexibilidades auxiliam na acomodação de interesses no âmbito do acordo. Considerando que o tratado era antes exclusivamente voltado ao interesse dos investidores, o fato de se reforçar que os Estados têm direito de regular em determinadas matérias e, inclusive, discriminá-las, faz com que, por meio de uma regra forte, se assevere que a proteção ao *regulatory space* dos Estados pode ser reforçada pela área internacional. Isso faz com que o Direito Internacional dos Investimentos também avoque para si ao menos uma parcela da responsabilidade quanto à preservação de interesses comuns à toda a sociedade.

Ademais, não se pode negar que, o estabelecimento de um sistema de solução de controvérsias trata-se de elemento fundamental para a cooperação e, também, o sucesso do acordo canadense. Ressalta-se que este é o principal elemento presente no afastamento de quase todos problemas de cooperação destacados no arquétipo ideal formulado. Sua simples existência já serve como elemento intimidador de comportamentos desviantes, e seu acionamento e posteriores resultados também convêm a serem utilizados como exemplos do que pode acontecer caso se siga em frente com a violação.

Além dessas três principais características, destaca-se que tanto a forma de monitoramento amplo e inclusivo, quanto o estabelecimento de punições através da sobrevivência temporal longa mostram-se também como importantes para o fomento da cooperação no âmbito da questão. Isso ocorre, porque a ampliação da fiscalização dos acordos, por um lado, induz ao reforço do compromisso das partes com a transparência e a troca de informações, e, por outro, faz com que se amplie o espaço de discussão, trazendo formalmente ao âmbito do acordo os entes não-estatais. Vale ressaltar que, essa maior participação de todos interessados faz com que a comunidade internacional esteja atenta a quaisquer comportamentos desviantes. Assim, caso ocorram, isso causará reações, principalmente, na reputação das partes, o que pode contribuir para a inibição de comportamentos desviantes. Quanto às cláusulas de sobrevivência temporal, essas possuem um peso menor se comparadas às primeiras sub dimensões citadas, uma vez que um grau um pouco mais brando de sobrevivência temporal, por exemplo, de 5 a 10 anos, também cumpriria com as expectativas propugnadas, porquanto, em um mundo economicamente

globalizado, esse período de tempo já seria suficiente como punição para que o Estado fique atrelado a um parceiro que não pretende mais cooperar.

Desse modo, o presente trabalho se orientou pelos contornos que foram dados à expropriação indireta pelo Direito Internacional dos Investimentos, demonstrando quais têm sido os seus principais desafios e seu atual estágio de evolução. Este corresponde à transição de uma codificação de certa forma instável, para uma mais estável, em função de alterações na redação das próprias cláusulas de expropriação indireta e, também, em razão das demais cláusulas que lhe dão suporte, tornando-se mais duras, para evitar violações. Ao se conjecturar as consequências dessa alteração, tem-se que, de forma imediata, haverá o cumprimento do acordo e o afastamento de sua violação, e de modo mediato, se retirará o máximo possível de subjetividade interpretativa dos árbitros.

Nesse processo, os acordos canadenses devem servir de paradigma para outros Estados que pretendam efetuar mudanças em seu arcabouço jurídico internacional para corrigir imprecisões, indeterminações e a rigidez quanto à abordagem da expropriação indireta. Porém, o maior benefício em se seguir esse modelo será maximizar a cooperação em torno da temática da expropriação indireta, fazendo com que se reduza o máximo possível das arestas. Assim, somente um acordo mais completo e cooperativo terá o condão de conduzir das mudanças *ex ante* para que surtam os efeitos originalmente concebidos.

REFERÊNCIAS

ABBOTT, Kenneth W. Modern International Relations Theory: A Prospectus for International Lawyers. **Yale Journal of International Law**, v. 14, p. 225-411, 1989.

ABBOTT, Kenneth; SNIDAL, Duncan. Hard and Soft Law in International Governance. **International Organization**, v. 54, n. 3, p. 421-456, 2000.

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ADLER, Emanuel. O construtivismo no estudo das relações internacionais. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 47, p. 201-246, 1999.

ALTERMAN, Rachelle. Regulatory Takings and the Role of Comparative Research. *In*: ALTERMAN, Rachelle. **Takings International: A Comparative Perspective on Land Use Regulations and Compensation Rights**. Chicago: American Bar Association, 2010.

ALVAREZ, José E. **International Organizations as Law Makers**. New York: Oxford University Press, 2005.

AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984.

BACCINI, Leonardo. Explaining Formation and Design of EU Trade Agreements: The Role of Transparency and Flexibility. **European Union Politics**, v. 11, n. 2, p. 192-217, 2010.

BALDI, Marino. Less May Be More: The Need for Moderation in International Investment Law. *In*: ECHANDI, Roberto; SAUVÉ, Pierre. **Prospects in International Investment Law and Policy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 443-449.

BATH, Vivienne. The South and Alternative Models of Trade and Investment Regulation Chinese Investment and Approaches to International Investment Agreements. *In*: MOROSINI, Fábio; BADIN, Michelle Ratton Sanchez. **Reconceptualizing International Investment Law from the Global South**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 47-94.

BEEN, Vicki; BEAUVAIS, Joel C. The Global Fifth Amendment? Nafta's Investment Protections and the Misguided Quest for an International "Regulatory Takings" Doctrine. **New York University Law Review**, v. 78, n. 1, p. 30-143, 2003.

BELL, Abraham. Private Takings. **The University of Chicago Law Review**, v. 76, n. 2, 2009.

BENEDEK, Wolfgang. Multi-Stakeholderism in the Development of International Law. *In*: FASTENRATH, Ulrich et al. **From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma**. Oxford: Oxford University Press: 2011, p. 201-210.

BERCOVICI, Gilberto. **Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

BERGER, Axel. Hesitant Embrace: China's Recent Approach to International Investment Rule-Making. **The Journal of World Investment & Trade**, v. 16, n. 5-6, p. 843-868, 2015.

BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James; REISMAN, W. Michael (org.). **Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary**. The Hague: Kluwer Law International, 2005.

BONNITCHA, Jonathan; POULSEN, Lauge N. Skovgaard; WAIBEL, Michael. **The Political Economy of the Investment Treaty Regime**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

BRASIL. **Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm. Acesso em: 21 mar. 2019.

BROCHES, Aron. Awards Rendered Pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement, Execution. **ICSID Review-Foreign Investment Law Journal**, v. 2, n. 2, p. 287-334, 1987.

BROCHES, Aron. The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**, v. 136, 1972.

BROWN, Chester. **Commentaries on Selected Model Investment Treaties**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

BROWN, Chester. Introduction: The Development and Importance of the Model Bilateral Investment Treaty. In: BROWN, Chester. **Commentaries on Selected Model Investment Treaties**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 1-13.

BROWN, Chester. The Evolution of the Regime of International Investment Agreements: History, Economics and Politics. In: BUNGENBERG, Marc. GRIEBEL, Jörn; HOBE, Stephan et al. (Eds.) **International Investment Law**. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 153-185.

CALVO, Carlos. **Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América**. Paris: Durand et Pedone-Lauriel, 1868. t. 1. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=KsBBAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 4 out. 2015.

CANADA; BURKINA FASO. **Agreement Between the Government of Canada and the Government of Burkina Faso for the Promotion and Protection of Investments**. 2017. Disponível em: <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/3460>. Acesso em: 03 maio 2019.

CANADA; CHINA. **Agreement Between the Government of Canada and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments**. 2012. Disponível em: <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/3476>. Acesso em: 15 maio 2019.

CANADA; EUROPE. **EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement**. 2016. Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf. Acesso em: 03 maio 2019.

CANADA; MOLDOVA. **Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Moldova for the Promotion and Protection of Investments**. 2018. Disponível em: <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/5806>. Acesso em: 03 maio 2019.

CANADA; SERBIA. **Agreement Between Canada and the Republic of Serbia for the Promotion and Protection of Investments**. 2014. Disponível em: <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/3152>. Acesso em: 11 maio 2019.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. As Nações Unidas e a Nova Ordem Econômica Internacional (com atenção especial aos Estados latino-americanos). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 21, n. 81, p. 213-232, jan./mar. 1984.

CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. **Droit international économique**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2013.

CASSESE, Antonio. **International Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.

CERVO, Amado Luiz; BUENO, Clodoaldo. **História da política exterior do Brasil**. Brasília: UNB, 2008.

CHRISTIE, G. C. What Constitutes a Taking of Property under International Law? **British Yearbook of International Law**, v. 38, n. 38, p. 307-338, 1962.

COLOMBIA; CHINA. **Bilateral Agreement for the Promotion and Protection of Investments Between the Government of the Republic of Colombia and the Government of the People's Republic of China**. 2008. Disponível em: <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/720>. Acesso em: 20 mar. 2019.

COMPREHENSIVE AND PROGRESSIVE AGREEMENT FOR TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP. **Chapter 9**. 2018. Disponível em: <https://dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/cptpp/official-documents/Documents/9-investment.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

COSTA, José Augusto Fontoura. **Direito internacional do investimento estrangeiro**. Curitiba: Juruá, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI ROSA, Paolo; HEWETT, Dawn Y. Yamane. The New 2012 U.S. Model BIT: Staying the Course. In: BJORKLUND, Andrea (ed.). **Yearbook on International Investment Law & Policy 2012-2013**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 595-607.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DOLZER, Rudolph. Indirect Expropriations: New Developments? **New York University Environmental Journal**, v. 11, n. 1, p. 64-93, 2002.

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

ELKINS, Zachary; GUZMAN, Andrew T.; SIMMONS, Beth. Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960-2000. **University of Illinois Law Review**. Illinois, n. 265, p. 265-304, 2008. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/433>. Acesso em: 30 jun. 2014.

EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D. **An Introduction to Empirical Legal Research**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

EUROPE. Council of Europe. **Protocol n. 1 to the Convention**. 1952. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/echr-toolkit/protocole-1>. Acesso em: 03 fev. 2019.

EUROPE. European Court of Human Rights. **Lithgow v. United Kingdom**. Judgement 8 jul. 1986.

EUROPE. European Court of Human Rights. **Papamichalopoulos v. Greece**. Judgement 24 jun. 1993. ECHR Reports 1993.

EUROPE. European Court of Human Rights. **Sporrong & Lönnrot v. Sweden**. Judgement 18 dez. 1984. ECHR Reports 1984.

FEARON, James; WENDT, Alexander. Rationalism v. Constructivism: A Skeptical View. In: CARLSNAES, Walter; RISSE-KAPPEN, Thomas; SIMMONS, Beth A. **Handbook of International Relations**. London: SAGE Publications, 2002, p. 66-99.

FINNEMORE, Martha; SIKKINK, Kathryn. International Norm Dynamics and Political Change. **International Organization**, v. 52, n. 4, p. 887-917, 1998.

FORTIER, L. Yves; DRYMER, Sephen L. Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know it when I See it, or Caveat Investor. **ICSID Review**, v. 19, n. 2, p. 79-110, 2004.

FRIEDMAN, S. **Expropriation in International Law**. London: Stevens & Sons, 1953.

GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. **A proteção jurídica dos investimentos brasileiros no exterior**. São Paulo: Lex Editora: Aduaneiras, 2017.

GABRIEL, Vivian Daniele Rocha; COSTA, José Augusto Fontoura. O MERCOSUL e as controvérsias sobre investimentos. **Revista do Tribunal Permanente de Revisão**, Assunción, v. 3, n. 5, p. 267-284, 2015.

GALVAN, Sara C. Gone Too Far: Oregon's Measure 37 and the Perils of Over-Regulating Land Use. **Yale Law & Policy Review**, v. 23, n. 2, p. 587-600, 2005.

GAZZINI, Tarcisio. Drawing the Line Between Non-Compensable Regulatory Power and Indirect Expropriation of Foreign Investment: An Economic Analysis of Law Perspective. **Manchester Journal of International Economic Law**, v. 7, n. 3, p.36-51, 2010.

GERMANY; PALESTINIAN AUTHORITY. **Agreement Between the Government of the Federal Republic of Germany and the Palestine Liberation Organization for the Benefit of the Palestinian Authority Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments**. 2005. Disponível em: <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/5294>. Acesso em: 20 mar. 2019.

GILPIN, Robert. **A economia política das relações internacionais**. Brasília: UnB, 2002.

GOLDMAN, Berthold. The Suez Company: An International Company. **Le Monde**. 4 oct. 1956. Disponível em: https://www.trans-lex.org/9/_/goldman-berthold-le-monde-p-3. Acesso em: 05 fev. 2019.

GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José Augusto Fontoura. **Governança global e regimes internacionais**. São Paulo: Almedina, 2011.

GUZMAN, Andrew T. The Design of International Agreements. **The European Journal of International Law**, v. 16, n. 4, p. 579-612, 2005.

HASENCLEVER, Andreas; MAYER, Peter; RITTBERGER, Volker. Interests, Power, Knowledge: The Study of International Regimes. **Mershon International Studies Review**, v. 40, n. 2, p. 177-228, 1996.

HEES, Felipe; CAVALCANTE, Pedro Mendonça; PARANHOS, Pedro. The Cooperation and Facilitation Investment Agreement (CFIA) in the Context of the Discussions on the Reform of the ISDS System. **South Centre Investment Policy Brief**, n. 11, 2018.

HERZ, John H. Expropriation of Foreign Property. **The American Journal of International Law**, v. 35, n. 2, p. 243-262, 1941.

HIGGINS, Rosalyn. The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**, v. 176, 1982.

HOFFMANN, Anne K. Indirect Expropriation. *In*: REINISCH, August (org.). **Standards of Investment Protection**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 151-170.

HUCK, Hermes Marcelo. **Contratos com o Estado**: aspectos de Direito Internacional. São Paulo: Editora Aquarela, 1989.

INDIA; SAUDI ARABIA. **Agreement Between the Government of the Republic of India and Government of the Kingdom of Saudi Arabia Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments**. 2006. Disponível em: <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/1594>. Acesso em: 16 maio 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia**. ICSID CASE n. ARB/81/1, Award. 20 nov. 1984.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Bernardus Henricus Funnekotter and others v. Republic of Zimbabwe**. ICSID Case n. ARB/05/6. Award. 22 abr. 2009.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States**. ICSID Case n. ARB(AF)/99/1. Award. 16 dez. 2002.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Siemens AG v. Argentine Republic**. ICSID Case n. ARB/02/8. Award, 6 fev. 2007.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic**. ICSID Case n. ARB/03/1. Decision on Liability. 30 jul. 2010.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States**. ICSID Case n. ARB (AF)/00/2. Award. 29 maio 2003.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Elettronica Sicola SpA (ELSI), United States v Italy**. Judgement, 20 July 1989. ICJ Reports 1989.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001**. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf. Acesso em: 01 maio 2019.

KAZAKHSTAN; NETHERLANDS. **Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments Between the Republic of Kazakhstan and the Kingdom of the Netherlands**. 2002. Disponível em: <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/1784>. Acesso em: 20 mar. 2019.

KEOHANE, Robert O. International Institutions: Two Approaches. **International Studies Quarterly**, v. 32, n. 4, p. 379-396, 1988.

KINGSBURY, Benedict; SCHILL, Stephen. Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law. **New York University School of Law Institute for International Law and Justice Working Paper**, n. 2009/6, 2009.

KLOSS, Karla. **Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais**. Curitiba: Juruá, 2010.

KOLO, Abba; WÄLDE, Thomas. Capital Transfer Restrictions under Modern Investment Treaties. *In*: REINISCH, August (org.). **Standards of Investment Protection**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 205-243.

KOREMENOS, Barbara. **The Continent of International Law Explaining Agreement Design**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

KOREMENOS, Barbara; LIPSON, Charles; SNIDAL, Duncan. The Rational Design of International Institutions. *In*: KOREMENOS, Barbara; LIPSON, Charles; SNIDAL, Duncan (org.). **The Rational Design of International Institutions**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 1-39.

KRASNER, Stephen D. Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables. *In*: KRASNER, Stephen D. (ed.). **International Regimes**. New York: Cornell University Press, 1983.

KRIEBAUM, Ursula. Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State. **Journal of World Investment & Trade**, v. 8, n. 5, p. 717-744, 2007.

KRIEBAUM, Ursula; REINISCH, August. **Property, Right to, International Protection**. Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL], 2009.

KUWAIT; INDIA. **Agreement Between the State of Kuwait and the Republic of India for the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment**. 2001. Disponível em: <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/1569>. Acesso em: 16 maio 2019.

LEVESQUE, Celine; NEWCOMBE, Andrew. Canada. *In*: BROWN, Chester (ed.). **Commentaries on Selected Model Investment Treaties**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 53-130.

LEVY, Daniel de Andrade; MOREIRA, Rodrigo. ICSID in Latin America: Where Does Brazil Stand? *In*: LEVY, Daniel de Andrade; BORJA, Ana Gerdau de; PUCCI, Adriana Noemi (ed.). **Investment Protection in Brazil**. Alphen aan de Rijn: Wolters Kluwer, 2013, p. 17-36.

LOWENFELD, Andreas F. **International Economic Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

LUTMAR, Carmela; CARNEIRO, Cristiane L. Compliance in International Relations. World Politics. *In: OXFORD RESEARCH ENCYCLOPEDIA OF POLITICS*, 2018. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4424948/mod_resource/content/1/Lutmar%20and%20Carneiro%202018.pdf. Acesso em: 03 mar. 2019.

MAGALHÃES, José Carlos de. **Direito econômico internacional: tendências e perspectivas**. Curitiba: Juruá, 2012.

MELTZ, Robert; MERRIAM, Dwight H.; FRANK, Richard M. **The Takings Issue: Constitutional Limits on Land-Use Control and Environmental Regulation**. Washington: Island Press, 1999.

MERRILLS, J. G. **International Dispute Settlements**. 4. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

MICELI, Thomas J.; SEGERSON, Kathleen. Regulatory Takings: When Should Compensation Be Paid? **The Journal of Legal Studies**, v. 23, n. 2, p. 749-776, 1994.

MIKADZE, Kirsten. Uninvited Guests: NGOs, Amicus Curiae Briefs, and the Environment in Investor-State Dispute Settlement. **Journal of International Law & International Relations**, v. 12, n. 1, p. 36-81, 2016.

MILES, Kate. **The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

MNOOKIN, Robert H.; KORNHAUSER, Lewis. Bargaining in the Shadow of the Laws: The Case of Divorce. **Yale Law Journal**, v. 88, n. 5, p. 950-997, 1979.

MORRISON, Alan B. **Fundamentals of American Law**. Oxford: Oxford University Press, 1996.

MUCHLINKSKI, Peter T. **Multinational Enterprises & the Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MUCHLINSKI, Peter. Towards a Coherent International Investment System: Key Issues in the Reform of International Investment Law. *In: ECHANDI, Roberto; SAUVÉ, Pierre (ed.). Prospects in International Investment Law and Policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 411-442.

MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (org.). **The Oxford Handbook of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

NEDUMPARA, James J. India's Trade and Investment Agreements Striking a Balance between Investor Protection Rights and Development Concerns. *In: MOROSINI, Fábio; BADIN, Michelle Ratton Sanchez. Reconceptualizing International Investment Law from the Global South*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 188-217.

NEUMAYER, Eric; SPESS, Laura. Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries? **LSE Research Online**, 2005. Disponível em: <http://eprints.lse.ac.uk/archive/00000627>. Acesso em: 2 maio 2019.

NEWCOMBE, Andrew. The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law. **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**, v. 20, n. 1, p. 1-57, 2005.

NICARAGUA; RUSIA. **Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República de Nicaragua y el Gobierno de la Federación de Rusia**. 2012. Disponível em: <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/2100>. Acesso em: 12 maio 2019.

NORTH AMERICA FREE TRADE AGREEMENT. **Chapter Eleven: Investment**. Disponível em: https://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/fta-ale/11.aspx?lang=eng&_ga=2.111423559.2135367391.1555950062-221068697.1555950062. Acesso em: 20 abr. 2019.

NORTH AMERICAN FREE TRADE AGREEMENT. **Metalclad Corporation v. The United Mexican States**. ICSID Case n. ARB(AF)/97/1. Award. 20 ago. 2000.

NORTH AMERICAN FREE TRADE AGREEMENT. **Methanex Corporation v. United States of America**. Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits. 3 ago. 2005.

NORTH AMERICAN FREE TRADE AGREEMENT. **Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada**. Interim Award. 26 jun. 2000.

NORTH AMERICAN FREE TRADE AGREEMENT. **S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada**. Partial Award. 13 nov. 2000.

NORWAY. **Norway Model Bit 2007**. 2007. Disponível em: <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/2873>. Acesso em: 13 abr. 2019.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT “Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law. **OECD Working Papers on International Investment**, 2004/04. OECD Publishing, 2004. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf. Acesso em: 04 jul. 2017.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Draft Convention on the Protection of Foreign Property**. 12 out. 1967. Disponível em: <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2017.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment**. 4. ed. OECD, 2008. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/investmentstatisticsandanalysis/40193734.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 03 fev. 2019.

ORTINO, Federico. Refining the Content and Role of Investment ‘Rules’ and ‘Standards’: A New Approach to International Investment Treaty Making. **ICSID Review**, v. 28, n. 1, p.152-168, 2013.

OYE, Kenneth A. Explaining Cooperation under Anarchy: Hypotheses and Strategies. *In*: OYE, Kenneth A. (org.) **Cooperation Under Anarchy**. Princeton: Princeton University Press, 1986, p. 1-24.

PELC, Krzysztof J.; URPELAINEN, Johannes. When do International Economic Agreements Allow Countries to Pay to Breach? **The Review of International Organizations**, v. 10, n. 2, p. 231-264, 2015.

PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **Guaracachi America and Rurelec v. Bolivia**. PCA Case n. 2011-17.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. **Case Concerning certain German Interests in Polish Upper Silesia, Germany v. Poland**. Judgement 13 set. 1938. PCIJ Report, 1938.

POULSEN, Lauge N. Skovgaard. Bounded Rationality and the Diffusion of Modern Investment Treaties. **International Studies Quarterly**, v. 58, n. 1, p.1-14, 2014.

RATNER, Steven R. Regulatory Takings in Institutional Context: Beyond the Fear of Fragmented International Law. **The American Journal of International Law**, v. 102, n. 3, p. 475-528, 2008.

REINISCH, August (org.). **Standards of Investment Protection**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

REINISCH, August. Expropriation. *In*: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (org.). **The Oxford Handbook of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008. Online: set. 2012. DOI 10.1093/oxfordhb/9780199231386.013.0011.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá Ribeiro. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. *In*: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (org.). **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 455-492.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JÚNIOR, Ely Caetano. Introdução. *In*: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). **Direito internacional dos investimentos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 1-7.

RIPINSKY, Sergey; WILLIAMS, Kevin. **Damages in International Investment Law**. London: British Institute of International and Comparative Law, 2008.

ROBERTS, Anthea. Investment Treaties: The Reform Matrix. **AJIL Unbound**, v. 112, p. 191-196, 2018. [Symposium on the BRICS Approach to the Investment Treaty System].

ROBERTS, Thomas E. United States. *In*: ALTERMAN, Rachelle. **Takings International: A Comparative Perspective on Land Use Regulations and Compensation Rights**. Chicago: American Bar Association: 2010.

ROSE-ACKERMAN, Susan; ROSSI, Jim. Disentangling Deregulatory Takings. **Virginia Law Review**, v. 86, p. 1.435-1.495, 2000.

RUIZ FABRI, Hélène. The Approach Taken by the European Court of Human Rights to the Assessment of Compensation for “Regulatory Expropriations” of the Property of Foreign Investors. **New York University Environmental Law Journal**, v. 11, n. 1, p. 148-173, 2002.

SALACUSE, Jeswald W.; SULLIVAN, Nicholas P. Do Bits Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their Grand Bargain. **Harvard International Law**. Cambridge, v. 46, n. 1, p. 67-130, inverno 2005.

SANDERS, Anthony B. Of All Things Made in America Why Are We Exporting the Penn Central Test? **Northwestern Journal of International Law & Business**, v. 30, n. 2, p. 339-381, 2010.

SCHEFER, Krista Nadakavukaren. **International Investment Law: Text, Cases and Materials**. 2. ed. Cheltenham: Elgar, 2016.

SCHRIJVER, Nico. **Sovereignty Over Natural Resources: Balancing Rights and Duties**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

SCHWARZENBERGER, Georg. **Foreign Investments and International Law**. New York: Frederick A. Praeger Publishers, 1969.

SHAW, Malcolm N. **International Law**. 6. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

SIMMA, Bruno. From Bilateralism to Community Interest in International Law. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**, v. 250, 1994.

SIMMONS, Beth. International Law and International Relations. *In*: WHITTINGTON, Keith E.; KELEEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (ed.). **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 187-207.

SORNARAJAH, M. **The International Law on Foreign Investment**. 4. ed. New York: Cambridge University Press, 2017.

STANLEY, Jon A. Keeping Big Brother Out of Our Backyard: Regulatory Takings as Defined in International Law and Compared to American Fifth Amendment Jurisprudence. **Emory International Law Review**, v. 15, n. 1, p. 349-389, 2001.

STERN, Brigitte. In Search of the Frontiers of Indirect Expropriation. *In*: ROVINE, Arthur W. (ed.). **Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation**. Leiden: Brill, 2008, p. 29-52. [The Fordham Papers, v. 1].

STERN, Brigitte. **O contencioso dos investimentos internacionais**. Barueri, SP: Manole, 2003.

STERN, Brigitte. The Future of Investment Law: A Balance Between the Protection of Investors and the States' Capacity to Regulate. *In*: ALVAREZ, José E.; SAUVANT, Karl P.; AHMED, Kamil Gerard; VIZCAINO, Gabriela P. (ed.). **The Evolving International Investment Regime**. New York: Oxford University Press, 2011, p. 174-192.

STIFTER, Lukas; REINISCH, August. Expropriation in the Light of the UNCTAD Investment Policy Framework for Sustainable Development. *In*: HINDELANG, Steffen; KRAJEWSKI, Markus (ed.). **Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified**. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 81-96.

STIGLITZ, Joseph E. **Globalização: como dar certo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

STOCKHOLM. Stockholm Chamber of Commerce. **RosInvestCo Uk Ltd. v. Russian Federation**. SCC Case n. Arb. V079/2005. Final Award. 12 set. 2010.

STOCKHOLM. Stockholm Chamber of Commerce. **SCC. Mr. Franz Sedelmayer v. The Russian Federation**. Arbitration Award. 7 jul. 1998.

SUBEDI, Surya P. **International Investment Law: Reconciling Policy and Principle**. 3. ed. Oxford: Hart Publishing, 2016.

SWEDEN; CHINA. **Agreement on the Mutual Protection of Investments between the Government of the Kingdom of Sweden and the Government of the People's Republic of China**. 1982. Disponível em: <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/782>. Acesso em: 08 abr. 2019.

SWITZERLAND; MÉXICO. **Agreement Between the Swiss Confederation and the United Mexican States on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments**. 1995. Disponível em: <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/2006>. Acesso em: 20 abr. 2019.

TELLI, Isadora Postal. **Investimento estrangeiro e meio ambiente: uma análise sobre o tratamento das questões ambientais suscitadas nos casos decididos pelo ICSID entre 2000-2013**. 2015. 188 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

THE ENERGY CHARTER TREATY. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/itre/dv/energy_charter/_energy_charter_en.pdf. Acesso em: 22 abr. 2019.

THORSTENSEN, Vera. **OMC – Organização Mundial do Comércio**: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

TIBURCIO, Carmen. **The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law**. The Hague; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

TINKER, Catherine. NAFTA: A experiência da América do Norte, dez anos depois: relação entre comércio e proteção do meio-ambiente baseada na cooperação, e não na harmonização do direito ambiental. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**. Porto Alegre, v. 2, n. 5, 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/49556>. Acesso em: 20 abr. 2019.

TITI, Aikaterini. **The Right to Regulate in International Investment Law**. Baden-Baden: Nomos, 2014.

TRUITT, J. Frederick. **Expropriation of Private Foreign Investment**. Bloomington: Graduate School of Business Division of Research University of Indiana, 1974.

UNITED KINGDOM; YEMEN. **Agreement Between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Yemen Arab Republic for the Promotion and Protection of Investments**. Disponível em: <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/2377>. Acesso em: 03 abr. 2019.

UNITED NATIONS. **Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts**: with commentaries: 2001. 2008. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Acesso em: 13 mar. 2019.

UNITED NATIONS. United Nations Commission on International Trade Law. **Expropriation UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II**. New York: United Nations, 2012. Disponível em: https://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d7_en.pdf. Acesso em: 10 mar. 2019.

UNITED NATIONS. United Nations Conference on Trade and Development. **International Investment Agreements: Key Issues**. New York: United Nations, 2005, v. 3. Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/iteit200410v3_en.pdf. Acesso em: 30 jun. 2018.

UNITED NATIONS. United Nations Conference on Trade and Development. **World Investment Report 2018: Investment and New Industrial Policies**. Geneva: United Nations, 2018.

UNITED NATIONS. United Nations Conference on Trade and Development. **Investment Policy Hub**. Disponível em: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>. Acesso em: 13 mar. 2019.

UNITED NATIONS. United Nations Conference on Trade and Development. **The Entry into Force of Bilateral Investment Treaties (BITs)**. New York: United Nations, 2006. [IIA Monitor, n. 3]. Disponível em: https://unctad.org/en/Docs/webiteiia20069_en.pdf. Acesso em: 29 jan. 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. **Agins v. City of Tiburon**. 447 U.S. 255, 1980.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. **Dolan v. City of Tigard**. 512 U.S. 374, 1994.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. **First English Evangelical Lutheran Church v. County of Los Angeles**, 482 U.S. 304, 1987.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. **Kelo v. City of New London**. 545 U.S. 469, 2005.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. **Lingle v. Chevron U.S.A. Inc.** 544 U.S. 528, 2005.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. **Lucas v. South Carolina Coastal Council**. 505 U.S. 1003, 1992.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. **Palazzolo v. Rhode Island**. 533 U.S. 606, 2001.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. **Penn Central Transportation Co. v. City of New York**. 438 U.S. 104, 1978.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. **Pennsylvania Coal Co. v. Mahon**. 260 U.S. 393, 1922.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. **Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency**. 535 U.S. 302, 2002.

UNITED STATES OF AMERICA. U. S. Department of State. **Outcomes of Current U.S. Trade Agreements**. Disponível em: <https://www.state.gov/e/eb/tpn/bta/fta/c76143.htm>. Acesso em: 10 maio 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. **US Model BIT 2012**. 2012. Disponível em: <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>. Acesso em: 20 mar.2019.

UNITED STATES OF AMERICA; ALBANIA. **Treaty Between the Government of The United States of America and the Government of the Republic of Albania Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment**. 1995. Disponível em: <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/39>.

VADI, Valentina S. Towards a New Dialectics: Pharmaceutical Patents, Public Health and Foreign Direct Investments. **New York University Journal of Intellectual Property and**

Entertainment Law, v. 5, n. 1, p. 113-195, 2015.

VAN AAKEN, Anne. Smart Flexibility Clauses in International Investment Treaties and Sustainable Development: A Functional View. **The Journal of World Investment & Trade**, v. 15, n. 5-6, p. 827-861, 2014.

VANDEVELDE, Kenneth J. A Brief History of International Investment Agreements, **U.C. Davis Journal of International Law & Policy**. California, v. 12, n. 1, p. 157-194, 2005.

VATTEL, Emer de. **O direito das gentes**. Prefácio e tradução Vicente Marotta Rangel. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004.

VIÑUALES, Jorge E. Foreign Investment and the Environment in International Law: An Ambiguous Relationship. **British Yearbook of International Law**, v. 80, n. 1, p. 244-332, 2009.

VITORIA, Francisco de. **Relecciones**: sobre os índios e sobre o poder civil. Brasília: FUNAG, 2016.

VIZCAINO, Gabriela P. (eds.) **The Evolving International Investment Regime**. New York: Oxford University Press, 2011.

WAEDELDE, Thomas; KOLO, Abba. Environmental Regulation, Investment Protection and 'Regulatory Taking' in International Law. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 50, n. 4, p. 811-848, 2001.

WARNER, Mildred E. Regulatory Takings and Free Trade Agreements: Implications for Planners. **The Urban Lawyer**, v. 41, n. 3, p.427-433, 2009.

WATSON, Alan. **Legal Transplants**: An Approach to Comparative Law. 2. ed. Athens: The University of Georgia Press, 1993.

WORTLEY, B.A. **Expropriation in Public International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 1959.

XAVIER JÚNIOR, Ely Caetano. **A crise do direito internacional dos investimentos**: análise empírica e soluções possíveis. 2017. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

XAVIER JÚNIOR, Ely Caetano. **Direito internacional dos investimentos e o Brasil**: uma perspectiva a partir do padrão de tratamento justo e equitativo. 2014. 279 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

XAVIER JÚNIOR, Ely Caetano. **Direito internacional dos investimentos**: o tratamento justo e equitativo dos investidores estrangeiros e o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

YANNACA-SMALL, K. Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements. **OECD Working Papers on International Investment**, n. 2006/03. OECD Publishing, 2006. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2006_3.pdf. Acesso em: 15 maio 2019.

ZIEGLER, Andreas R.; GRATTON, Louis-Philippe. Investment Assurance *In*: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (org.). **The Oxford Handbook of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 524-548.