BRUNO GRAÇA SIMÕES

ENTRE A SOBERANIA E A LIBERDADE

ADMISSÃO E ESTABELECIMENTO DE INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS

Dissertação de Mestrado

Orientador:
Prof. Associado Dr. Umberto Celli Junior

FADUSP
2010

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
DEPARTAMENTO DE DIREITO INTERNACIONAL E COMPARADO

BRUNO GRAÇA SIMÕES

ENTRE A SOBERANIA E A LIBERDADE

ADMISSÃO E ESTABELECIMENTO DE INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do titulo de Mestre em Direito Internacional.

ORIENTADOR:
PROF. ASSOCIADO DR. UMBERTO CELLI JUNIOR

São Paulo
2010

DEDICATÓRIA

Esta dissertação de mestrado é dedicada à memória saudosa de meus queridos avós paternos, José Soler Simões e Genezia Ferezim Simões, que se foram sem ver este trabalho concluído.

AGRADECIMENTOS

De todas as páginas desta dissertação de mestrado, esta é, sem dúvida, a que mais vezes foi reescrita. Muitas pessoas passaram pela minha vida acadêmica ao longo desses três anos, algumas delas deixando profundas marcas na maneira como o trabalho se desenvolveu. Tarefa impossível tentar agradecer nominalmente a todas elas. Vejamos se consigo ao menos destacar as principais.

Agradeço primeiramente a Deus por me inspirar e dar forças para concluir este trabalho. Se Deus não concebesse a obra, em vão trabalharia o autor.

Agradeço muito especialmente ao meu *maestro*, o Prof. Umberto Celli Junior, que foi meu orientador e agora é também meu amigo, por nossa longa e enriquecedora convivência quase diária, que transcendeu o que se espera de uma orientação acadêmica e se transformou em uma verdadeira amizade.

Agradeço também a leitura crítica e atenta de meu orientador na graduação, Prof. Celso Lafer, que abriu meus olhos para uma série de questões fundamentais que se relacionavam ao tema principal deste, apontando caminhos importantes no exame de qualificacão. Na pessoa do Prof. Celso Lafer aproveito para agradecer à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), cuja bolsa de pesquisa foi essencial para que eu pudesse me dedicar exclusivamente às atividades acadêmicas.

Agradeço ainda ao Prof. José Augusto Fontoura Costa, cuja rigorosa argüição de qualificação clareou os sinuosos caminhos por onde este trabalho se enveredava. Debates informais posteriores foram igualmente decisivos para o amadurecimento das idéias que defendi neste trabalho. Na pessoa do Prof. José Augusto, estendo meus agradecimentos aos seus colegas do Departamento de Direito Internacional e Comparado, pelo apoio recebido, especialmente das professoras Beth e Claudia, e da minha professora honorária, Dona Edna.

Não posso deixar de agradecer à queridíssima Ana Carolina Cavalcanti de Albuquerque, sempre presente, pela leitura particular da versão preliminar do texto completo. Sua visão filosófica foi importante para que este trabalho adquirisse uma maior consistência. Na pessoa da Ana Carolina, saúdo também meus colegas de pós-graduação e meus amigos e "alunos" na Faculdade de Direito e fora dela, sempre dispostos a ouvir minhas últimas impressões sobre tudo o que está escrito nas páginas que seguem.

Agradeço finalmente aos meus pais. Por tudo, rigorosamente tudo.

DUAS PALAVRAS

"Se um estrangeiro vier habitar convosco na vossa terra, não o oprimireis, mas esteja ele entre vós como um compatriota, e tu o amarás como a ti mesmo, porque fostes estrangeiro no Egito."

(**Levítico**, 19, 33-34)

"(…) *A opção de investir num lugar em vez de outro, neste setor produtivo e não naquele, é sempre uma* escolha moral e cultural*. Postas certas condições econômicas e de estabilidade política absolutamente imprescindíveis, a decisão de investir, isto é, de oferecer a um povo a ocasião de valorizar o próprio trabalho, é determinada também por uma atitude de solidariedade e pela confiança na Providência divina, que revela a qualidade humana daquele que decide."*

– **Papa João Paulo II**, Carta encíclica *Centesimus annus* (1º de maio de 1991), §36.

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIAÇÕES....8

1. INTRODUÇÃO....9

2. SOBERANIA ECONÔMICA E INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS.... 18

2.1. O POSTULADO DA 'SOBERANIA ECONÔMICA'....18

2.2. O CONCEITO DE SOBERANIA PARA O DIREITO INTERNACIONAL....21

2.2.1. Independência e autoridade....21

2.2.2. Delimitação das competências domésticas do estado....23

2.3. COMPETÊNCIAS ECONÔMICAS DO ESTADO....28

2.3.1. Competências normativas: o papel regulador do estado....29

2.3.2. Competências normativas e conflitos de concepção....33

2.3.3. Competências normativas do estado e o imperativo de liberalização....36

2.4. COMPETÊNCIAS ESTATAIS E INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS....41

2.4.1. Origens de um conflito de interesses....41

2.4.2. A ONU e os investimentos internacionais....51

2.5. CONCLUSÕES GERAIS DO CAPÍTULO....63

3. LIBERDADE DE INVESTIMENTO: INTERESSES, CONCEITOS, LIMITES . 67

3.1. INTERESSES EM JOGO....67

3.1.1. Interesses econômicos dos investidores....68

3.1.2. Opções políticas dos estados....73

3.2. A AFIRMAÇÃO DE UMA LIBERDADE DE INVESTIMENTO....75

3.2.1. Conceito econômico de investimento....77

3.2.2. Conceito jurídico de investimento internacional....79

3.2.3. Conceito de investidor....86

3.2.4. Liberdade de investimento e direito de estabelecimento....97

3.2.5. Liberdade de circulação de capitais....102

3.3. CONCLUSÕES GERAIS DO CAPÍTULO....106

4. MODELOS DE ADMISSÃO DE INVESTIMENTOS 108
4.1. TIPOLOGIA DOS MODELOS DE ADMISSÃO 108
4.1.1. Modelo de controle dos investimentos 112
4.1.2. Modelo de liberalização por lista positiva 115
4.1.3. Modelo de industrialização regional integrada 117
4.1.4. Modelo do tratamento nacional recíproco 119
4.1.5. Modelo de livre admissão com lista negativa 122
4.2. OPÇÕES POLÍTICAS PARA ADMISSÃO E ESTABELECIMENTO 125
4.2.1. Discricionariedade completa do estado receptor 125
4.2.2. Liberalização seletiva 131
4.2.3. Industrialização regional integrada 136
4.2.4. Liberalização regional aprofundada 140
4.2.5. Liberalização ampliada 146
4.2.6. Formulações híbridas: processos de liberalização controlada 153
4.2.7. Formulações híbridas: NAFTA 154
4.2.8. Formulações híbridas: ASEAN 160
4.2.9. Formulações híbridas: MERCOSUL 163
4.3. JURISPRUDÊNCIA SOBRE A ADMISSÃO DE INVESTIMENTOS 166
4.3.1. "Nos termos das leis e regulamentos do estado receptor" 166
4.3.2. Padrões de não-discriminação 176
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS 179
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 184
7. LISTA DE CASOS 192

LISTA DE ABREVIAÇÕES

ALCA	Área de Livre-Comércio das Américas
ALADI	Associação Latino-Americana de Integração
ALALC	Área Latino-Americana de Livre Comércio
ASEAN	*"Association of Southeast Asian Nations"* (Associação de Nações do Sudeste Asiático)
BIT	*"Bilateral investment treaty"* Acordo Bilateral de Investimento
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CPJI	Corte Permanente de Justiça Internacional
EUA	Estados Unidos da América
FMI	Fundo Monetário Internacional
FTA	*"Free Trade Agreement"* (Acordo de Livre-Comércio)
GATS	*"General Agreement on Trade in Services"* (Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços)
ICSID	*"International Centre for the Settlement of Investment Disputes"* (Centro Internacional para Solução de Controvérsias sobre Investimentos)
IDI	Instituto de Direito Internacional
MAI	*"Multilateral Investment Treaty"* (Acordo Multilateral de Investimentos)
MIGA	*"Multilateral Investment Guarantee Agency"* (Agência Multilateral de Garantia de Investimentos)
NAFTA	*"North American Free Trade Agreement"*
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
TJUE	Tribunal de Justiça da União Européia
TRIMs	*"Trade-Related Investment Measures Agreement"* (Acordo de Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio)
UE	União Européia
UNCTAD	*"United Nations Conference on Trade and Development"* (Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento)
URSS	União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

1. INTRODUÇÃO

Apesar de reconhecido por sua centralidade no desenvolvimento econômico de cada nação, o tema dos investimentos internacionais nunca chegou a figurar entre as principais questões do debate jurídico no Brasil. As razões são variadas. Em primeiro lugar, apenas recentemente as empresas brasileiras passaram a realizar investimentos no exterior. Além disso, durante décadas a sociedade brasileira esposou ideais legados do Estado Novo, favorecendo um papel paternalista do estado brasileiro em relação à sociedade e aos empresários. Aspectos culturais envolvendo a noção de que o Brasil estaria para sempre condenado a ser apenas um importador de capital e tecnologia, proclamando uma vocação econômica agrário-exportadora, também contribuíram para a apatia no que se refere ao tema dos investimentos internacionais. Por conta disso, boa parte da raríssima pesquisa jurídica a esse respeito está preocupada com questões envolvendo a *atração* de investimentos internacionais por meio de políticas públicas e a *proteção* jurídica dos investidores estrangeiros no Brasil. Tais questões podem ser endereçadas, sem grandes dificuldades, com base na Constituição Federal de 1988 e na Lei 4.131 de 3 de fevereiro de 1962, inserindo-se portanto o problema no campo do direito constitucional econômico.

Em 1º de maio de 2006, todavia, essa situação sofreu um duro golpe. O governo da Bolívia anunciou naquela ocasião a expropriação de investimentos internacionais no setor dos chamados 'hidrocarbonetos' (petróleo e gás natural). Entre os investidores estrangeiros, destacava-se uma subsidiária holandesa da Petrobras, cuja presença na Bolívia viabilizava o abastecimento de gás natural para boa parte do parque industrial brasileiro e para a maioria das residências abastecidas de gás encanado no Sul e no Sudeste do Brasil. O episódio provocou as mais variadas reações, a maioria delas sintonizada com uma visão "imperialista" das relações econômicas internacionais. Algumas poucas vozes na Academia, porém, notaram que o Brasil havia mudado de perfil em relação àquilo que ficara consagrado no imaginário popular por força do populismo de Getúlio VARGAS. O modelo de regulamentação implementado na década de 1960 já não dava conta de atender às demandas do interesse nacional. Essa situação se tornou ainda mais notável conforme a opinião pública acompanhava a estratégia de negociação do

governo brasileiro e da diretoria da Petrobras com o governo da Bolívia, tendo em vista a recuperação do valor dos bens expropriados.

Ainda que não sejam muitas as empresas brasileiras investindo no exterior, é possível afirmar que o perfil estrutural do país mudou de 'mero importador' para importador e exportador de investimentos internacionais, inserido na economia global e vulnerável às tendências e às crises que afetam o mercado mundial. Tal mudança exige a alteração do referencial jurídico que orienta a atuação do Brasil no plano internacional e na maneira pela qual o país regulamenta os investimentos internacionais em seu território. Mais do que isso, essa mudança impõe uma dura reflexão a alguns dos pensadores da política externa brasileira, que precisam atualizar seus paradigmas cristalizados em uma visão de mundo típica da Guerra Fria.

O tema, portanto, renova sua importância e reclama uma profunda revisão das prioridades políticas e econômicas do país, bem como a reformulação jurídica das reais prioridades do estado nessa matéria. Nesse sentido, a função atribuída ao direito internacional seria a de solucionar controvérsias entre os países em desenvolvimento, importadores de capital, e os países desenvolvidos, exportadores de capital. Essa dicotomia é questionada cada vez que um país em desenvolvimento, como o Brasil, começa a exportar capital. Talvez a solução não venha de um esforço de equilíbrio normatizado entre os interesses daqueles que exportam e aqueles que importam o dito capital estrangeiro, mas da adoção de padrões normativos homogêneos para regulamentação da mobilidade desses investimentos tendo em vista os interesses dos estados e os interesses dos investidores. A dicotomia política e econômica entre países desenvolvidos e os países em desenvolvimento talvez possa ser substituída por uma dicotomia jurídica entre a liberdade normativa dos estados e as liberdades fundamentais garantidas aos indivíduos.

Desenvolvido ou em vias de se desenvolver, cada estado é confrontado diariamente com demandas contraditórias que envolvem, por um lado, a promoção do desenvolvimento nacional, a proteção de interesses nacionais em face de estrangeiros submetidos à sua jurisdição territorial e a proteção dos interesses nacionais em face de outros estados no plano internacional; e por outro, os imperativos de cooperação internacional para o desenvolvimento e para a promoção de direitos humanos, bem como a proteção diplomática dos interesses de seus nacionais submetidos à jurisdição territorial de outros estados. Os investidores, por seu turno, buscam seu lucro diferido e procuram

manter remunerados os seus acionistas, não obstante teorias recentes sobre a responsabilidade social das corporações e o relevante discurso sobre a função social das empresas transnacionais na promoção do progresso econômico e social dos povos. Sem dúvida, uma relação turbulenta, em que o raciocínio da soma-zero (em que o ganho do investidor é um prejuízo para o estado e vice-versa) apenas atrapalha o desenvolvimento econômico e a paz.

São este os interesses em jogo nas controvérsias internacionais sobre investimentos. O assunto foi amplamente ignorado pela Conferência de Bretton Woods (1944) e a tentativa de regulamentação proposta na Conferência de Havana (1947) não prosperou. A ONU ainda tentou codificar as normas consuetudinárias aplicáveis aos investidores estrangeiros, mas as discussões também não prosperaram. Durante a década de 1960, por conta de uma série histórica de nacionalizações dos investimentos estrangeiros em diversas partes do mundo alicerçada em uma afirmação da 'soberania econômica' do estados, os países desenvolvidos foram obrigados a tomar atitudes imediatas com o objetivo de proteger seus investidores.

Os investimentos internacionais se equilibram entre duas liberdades: a liberdade econômica dos estados, por eles denominada 'soberania' econômica, e articulada por países em desenvolvimento tendo como base uma reação ao 'imperialismo' voltada para a retomada de setores econômicos concedidos a investidores estrangeiros; e a liberdade econômica dos investidores, interessados em aplicar seu capital em localidades onde possam obter os melhores benefícios, desimpedidos de barreiras anti-econômicas postas pelos estados. A liberdade econômica dos investidores se fundamenta no liberalismo clássico de Adam SMITH e tantos outros, e prega uma reação contra a politização da economia representada pelo antigo Absolutismo e práticas mercantilistas e colonialistas. As novas demandas de 'soberania econômica' se baseiam em uma crítica ao imperialismo capitalista e na correção de seus excessos, abraçando teses neo-mercantilistas que reafirmam a importância do controle da economia pelo estado.

Busca-se o equilíbrio entre as soberania e a liberdade por meio da regulamentação internacional do direito de nacionalização dos investimentos estrangeiros, da regulamentação internacional de um código de conduta das empresas transnacionais e, mais recentemente, da regulamentação internacional da circulação de capitais, que é o escopo do presente trabalho.

O primeiro esforço sistemático de implementação da regulamentação internacional da circulação de capitais remonta ao projeto Organização Internacional do Comércio (OIC), cujo tratado constitutivo nunca chegou a vigorar, embora seu capítulo sobre tarifas comerciais tenha se transformado no GATT, influenciando de modo decisivo o movimento liberalizante que culminaria na criação da OMC em 1994. As disposições do texto aprovado pela Conferência de Havana incluíam apenas algumas disposições vagas que sequer consolidavam o direito internacional consuetudinário da época, tampouco estabeleciam um sistema coerente que conciliasse os interesses em jogo. Tentativa paralela de regulamentação foi promovida pela ONU, a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem e, posteriormente, a partir das prerrogativas de codificação do direito internacional concedidas pela Carta da ONU à sua Assembléia Geral. Ao longo de duas décadas de divergências cada vez mais amplas, os trabalhos de codificação produziram uma ruptura total do consenso liberal e o esfacelamento de regras consuetudinárias aplicáveis à matéria.

Na falta de uma regulamentação multilateral dos investimentos, um outro vértice do triângulo institucional planejado em Bretton Woods, o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD, posteriormente integrado ao grupo de organizações internacionais denominado Banco Mundial), tentaria suprir a zona de *non droit* para onde se encaminhava o tema, de modo a garantir uma segurança mínima para os estados e para os investidores. A partir da Convenção de Washington de 1965, foi criado o *International Center for Settlement of Investment Disputes* (ICSID), no qual controvérsias referentes a investimentos internacionais poderiam ser dirimidas em caráter definitivo, conferindo alguma segurança jurídica para as partes, especialmente para os investidores. Em 1985, o Banco Mundial patrocinou a Convenção de Seul, que criaria a *Multilateral Investment Guarantee Agency* (MIGA), promovendo a securitização dos investimentos e uma assistência técnica que possibilitaria aos países em desenvolvimento aprimorar seus mecanismos internos de regulação e suas práticas administrativas. A MIGA atendia aos interesses dos países desenvolvidos e dos investidores internacionais, mas referia-se principalmente às reivindicações dos países importadores de investimentos, que buscavam a internacionalização da garantia como forma de diluição dos elementos de pressão política. Em complemento, o Banco Mundial aprovou em 1993 um conjunto de princípios, as chamadas Linhas Diretrizes para o Tratamento de Investimentos Estrangeiros, destinado

a servir de guia para o tratamento do investimento estrangeiro por parte dos países em desenvolvimento.

No âmbito do GATT, o tema dos investimentos permaneceu periférico até meados da década de 1980, quando dois países desenvolvidos se viram às voltas com uma controvérsia sobre investimentos: a disputa entre Canadá e Estados Unidos, a respeito de certos requisitos de desempenho estabelecidas como contrapartidas à recepção de investimentos pelo governo canadense. Tendo o painel designado para o caso apresentado uma solução considerada inadequada por ambas as partes, evidenciou-se a necessidade de regulamentação internacional de investimentos relacionada a atividades comerciais. As *Trade-Related Investment Measures* (TRIMs) da OMC, oriundas dessa necessidade, aplicam alguns princípios clássicos do velho GATT à matéria dos investimentos, especialmente a proibição de certos requisitos de desempenho, tais como as restrições quantitativas.

As TRIMs efetivamente limitaram a capacidade dos Estados de conduzir uma política industrial sem amarras externas. Por conta disso, os estados em desenvolvimento ainda lutam por sua flexibilização. Da mesma maneira, as disposições sobre investimentos incluídas no acordo sobre *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPs) e no *General Agreement on Trade in Services* (GATS) são igualmente objeto de discussões e questionamentos tanto no plano político quanto no plano doutrinário, o GATS constituindo um verdadeiro acordo de investimentos para os setores não-excepcionalizados do comércio de serviços

Até o presente momento, a regulamentação multilateral dos investimentos permanece insuficiente e omissa em diversos aspectos, motivo pelo qual se busca a segurança jurídica e a ponderação axiológica dos princípios aparentemente conflitantes em arranjos regionais e acordos bilaterais. A primeira iniciativa regional de regulamentar a matéria foi proposta pelo Tratado de Roma de 1957, que instituiu a Comunidade Econômica Européia. O texto do Tratado de Roma visava a promoção da liberdade de circulação de capitais, o que se deu de modo lento e gradual, porém consistente. Atualmente, é possível falar em um mercado comum de capitais de investimento, impulsionado sobremaneira pela união monetária instituída em 2002 e reconhecido pela versão consolidada do Tratado de Roma, vigente a partir de dezembro de 2009. Mas o modelo europeu não se generalizou e tampouco influenciou diretamente as demais

iniciativas multilaterais ou regionais.

Em grande parte, as supracitadas iniciativas promovidas pelo Banco Mundial inspiram-se na prática dos países industrializados, desenvolvida principalmente no âmbito da OCDE. Em 1959, a OCDE adotou um "código de liberalização dos movimentos de capitais", o qual apresenta uma postura favorável à liberalização, estimulando e protegendo os investimentos transnacionais a partir da adoção de padrões absolutos e comparativos de tratamento dos investidores, além de estabelecer regras e limites à prática das nacionalizações. De 1995 até 1998, a OCDE se viu às voltas com a negociação de um *Multilateral Agreement on Investments* (MAI). O tema foi levado também à agenda da Rodada Doha no contexto da OMC, mas, desde a paralisia das negociações na Conferência de Cancún, o assunto tem permanecido fora da agenda.

Além do modelo europeu e das linhas gerais propostas pela OCDE, o *North American Free Trade Agreement* (NAFTA), que congrega Canadá, Estados Unidos da América e México, dispõe de seu próprio regime de investimentos, contido em seu Capítulo XI. De características bem distintas do regime europeu, o regime de investimentos do NAFTA foi o referencial para a proposta da Área de Livre-Comércio das Américas (ALCA), cujas negociações encontram-se indefinidamente suspensas.

Ora, se as coisas caminham de modo razoavelmente construtivo nas relações "Norte-Norte", não se pode dizer o mesmo das relações "Norte-Sul", tampouco das relações "Sul-Sul". Virtualmente ausentes na OCDE e na UE, os países em desenvolvimento têm tido dificuldade para se articular e executar políticas de investimento que sejam interessantes para os investidores locais, para a política industrial dos estados e, na medida do possível, para suas populações carentes. Um exemplo dessa paralisia é o MERCOSUL, que dispõe de dois protocolos, o Protocolo de Colônia, sobre investimentos internacionais entre os membros, e o Protocolo de Buenos Aires, sobre o regime dos investimentos internacionais para estados não-membros. Nenhum dos dois está em vigor, por falta de ratificação. Resta aos membros do MERCOSUL, Brasil inclusive, a negociação no plano bilateral.

Tendo em vista a forte tônica dada pelos países em desenvolvimento à idéia de soberania econômica, os países exportadores de capital se viram obrigados a recorrer à prática bilateral, promovendo os ditos acordos de promoção e proteção dos investimentos, mais conhecidos pela denominação em inglês, *Bilateral Investment Treaties* (BITs). O

objetivo original dos BITs era proteger os investidores já estabelecidos em um determinado país em desenvolvimento, assegurando a possibilidade de solução internacional para uma eventual controvérsia. De modo geral, os BITs conseguem conciliar razoavelmente os interesses antagônicos da soberania econômica e da liberdade de circulação de capitais a cada caso em que se apliquem. Como modo de compensar o travamento da ALCA, o governo americano tem se esforçado para celebrar BITs com o maior número de países latino-americanos, de modo a constituir uma variante bilateral da ALCA com cada país interessado e assim evitar os reveses causados principalmente pelo Brasil com a interrupção das negociações.

Acrescentando fatores à discussão, a década de 1990 produziu um novo elemento: países em desenvolvimento exportadores de capital, os quais se vêem às voltas com a necessidade de conciliar em âmbito interno dois discursos aparentemente contrapostos, calcados em princípios que refletem épocas, estruturas e concepções diferentes no campo do direito internacional. Países como o Brasil, a China, a Índia e a Rússia, não obstante apresentarem indicadores sociais que evidenciam um menor desenvolvimento econômico e social relativamente aos valores apresentados pelos países desenvolvidos, já possuem grandes conglomerados corporativos capazes de realizar investimentos em alguns setores estratégicos tanto em outros países em desenvolvimento como também em outros países desenvolvidos.

Assim, o direito internacional aplicável aos investimentos sofreu profundas alterações ao longo do século XX, sem no entanto convergir de maneira a produzir um consenso material entre países exportadores e países importadores de capital. O desenvolvimento econômico de estados importadores a ponto de os tornar exportadores de capital parece contribuir para uma nova etapa na evolução dessa matéria. A argumentação extrema de cada um dos pólos precisa ceder espaço para uma argumentação mais razoável que se preocupe em resguardar ao mesmo tempo os interesses de quem importa capital e de quem exporta capital pelo simples motivo de que são dois conjuntos de interesses integrados à política econômica de um mesmo estado.

A presente dissertação se propõe a discutir um dos muitos aspectos da regulamentação internacional dos investimentos: sua admissão e estabelecimento, intimamente relacionada à liberalização dos investimentos internacionais. Diante disso, o trabalho precisa se dividir entre os argumentos em favor da liberdade do investidor e os

argumentos em favor da soberania dos estados, que inspira os modelos alternativos a essa proposta, além dos mecanismos pelos quais essa liberalização tem sido realizada ou evitada.

O primeiro capítulo trata da soberania econômica dos estados em face dos investidores internacionais. Parte de considerações teóricas sobre o conceito de soberania e o conflito de teses jurídicas sobre sua existência e seus limites e procura construir historicamente a soberania do estado em matéria de investimentos, tratando-se especificamente da relação da soberania econômica com o direito internacional consuetudinário e o conflito de concepção que acabaria minando um consenso positivo, favorecendo os partidários dos mais amplos controles soberanos.

O segundo capítulo discute a liberdade de investimento. O capítulo abre com considerações sobre os interesses dos interesses do investidor em uma operação de investimento à luz da mais recente doutrina econômica disponível. Em seguida, são expostos os interesses do estado em suas relações com os investidores internacionais e os mecanismos internos por meio dos quais os estados procuram satisfazer suas demandas de desenvolvimento e se aproveitar da entrada de investidores internacionais. Postas as considerações extra-jurídicas, passa-se a discussão da liberdade de investimento propriamente dita, a qual requer que se conceitue "investimento" e "investidor" (pessoas físicas, pessoas jurídicas, acionistas), sempre com destaque para a jurisprudência arbitral. Examina-se na seqüencia a liberdade de investimento em sua relação com o direito de estabelecimento e a liberdade de circulação de capitais, utilizando a nomenclatura consagrada no direito comunitário europeu.

O terceiro capítulo, partindo da classificação proposta pela UNCTAD, apresenta cada um dos modelos existentes tanto em suas considerações políticas como em suas considerações econômicas, incluindo menção à sua evolução histórica. Haverá amplo espaço para citação do direito positivo e, sempre que possível, para a análise de jurisprudência relacionada a um modelo específico. A análise das posições brasileiras vem diluída no presente capítulo, ao falarmos das regras do MERCOSUL, das regras bilaterais e, brevemente, da importância das regras domésticas.

Livros e artigos específicos sobre a admissão e o estabelecimento de investimentos internacionais são raros. Em português, não encontramos nenhum. A maior parte dos trabalhos menciona a questão de maneira incidental, como discussão preliminar

para os amplos debates sobre os padrões de tratamento nacional, e remete sempre às mesmas fontes. O que se apresenta no presente trabalho é um esforço de sistematização da melhor bibliografia disponível. O leitor reparará que a maior parte dos autores estrangeiros mencionados se relaciona, direta ou indiretamente, com a UNCTAD, e se insere diretamente no principal *think tank* sobre aspectos jurídicos internacionais do investimento estrangeiro. Vozes surgem de outros campos do conhecimento, especialmente na economia e na política, ameaçando esvaziar o conteúdo jurídico ao fazer uso de argumentos típicos dessas outras áreas. Tais vozes merecem ser ouvidas, mas, diante de uma dissertação de direito internacional, devem ter seu peso devidamente balanceado em benefício da área de concentração do trabalho.

Para concluir esta breve introdução, cremos importante observar que o direito internacional aplicável à circulação dos investimentos não é produto de uma única matriz conceitual. É antes a combinação instável de uma inspiração liberal de fundamentação ética e tradução econômica, prezando em primeiro lugar a liberdade do indivíduo, com uma inspiração nacionalista e coletivista, mais pragmática e de forte conteúdo protecionista, em que o foco é o desenvolvimento econômico do estado soberano. Essa duplicidade não-complementar entre soberania e liberdade, que dá título à dissertação, inspira e orienta o desenvolvimento de todo o trabalho, demonstrando o grave problema da incoerência intrínseca à maneira como o direito dos investimentos se desenvolveu até hoje.

Retomando as sábias palavras do Papa JOÃO PAULO II, a coerência do sistema jurídico que se desenvolve a cada dia para regulamentar os investimentos internacionais depende da conciliação entre os princípios não jurídicos que o influenciam. Essa conciliação é dada pela reflexão ética. Investir é uma escolha moral e cultural. Esvaziado de seu aspecto moral, o investimento se torna apenas uma feroz disputa hobbesiana entre tribos pós-modernas e, em um ambiente como esse, o direito perde toda e qualquer capacidade de construir um mundo melhor.

2. SOBERANIA ECONÔMICA E INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS

> **REG:** *All right, but apart from the sanitation, the medicine, education, wine, public order, irrigation, roads, a fresh water system, and public health, what have the Romans ever done for us?*
> **XERXES:** *Brought peace.*
> **REG:** *Oh, peace! Shut up!*
> – **MONTY PYTHON**, *Life of Brian*, cena 9.

2.1. O POSTULADO DA 'SOBERANIA ECONÔMICA'

"O que fez por nós o imperialismo?", pergunta um indignado líder revolucionário. "Nada!" respondem seus igualmente indignados camaradas. Essa pergunta retórica e sua previsível resposta são humoristicamente subvertidas pelo grupo cômico britânico MONTY PYTHON em seu filme *'A Vida de Brian'* (1979). Essa aguda sátira do Novo Testamento apresenta, na cena em epígrafe, a reunião de uma fictícia 'Frente Popular da Judéia' disposta acabar com o jugo do imperialismo romano sobre naquela região. Em resposta à pergunta retórica do comandante, seus correligionários listam uma série de benfeitorias realizadas pelos romanos: saneamento, ordem pública, estradas, vinho. Os pontos positivos da presença "opressora" dos estrangeiros são evidenciados, para o desconforto e indignação de seu líder, que as admite, mas insiste na pergunta: "Aparte isto e aquilo, o que fizeram por nós os romanos?". E a resposta não poderia ser menos alentadora: 'Trouxeram a paz'.

Em um país em desenvolvimento, ex-colônia de um outrora importante império ultramarino, lançar um olhar favorável sobre a presença imperial de um estado estrangeiro em outro é derrubar cristais. Se a consagração do princípio da auto-determinação dos povos e a decadência dos impérios coloniais acabou com o imperialismo *político*, no campo das relações econômicas ainda não foi encontrada uma solução satisfatória. A mais remota possibilidade de que setores econômicos ou a totalidade da economia nacional venha a cair em mãos de grupos privados estrangeiros desperta sentimentos nacionalistas que costumam incluir em seus discursos palavras de ordem em defesa da 'soberania econômica' do estado e contra imperialismo *econômico* de estrangeiros.

Pensando a partir da perspectiva de um país descolonizado imaginário, o imperialismo econômico não é bom porque mantém *nossas* riquezas nas mãos de *outros*. O juízo de valor presume que o mais correto é que as riquezas de um determinado país estejam sob o controle desse país, diretamente em poder do governo ou pelo menos em poder dos seus nacionais. Questionar essa postulação é ser "entreguista", é quase um ato de traição à 'pátria', palavra semanticamente relacionada a 'patrimônio' por meio da raiz latina *pater*, pai. O estado é visto como um *bonus paterfamilias* pós-moderno.

Não faz diferença, para os defensores da 'soberania econômica', quem são os outros, que interesses têm eles nas riquezas nacionais, quais riquezas desejam e para quais fins, ou que benefícios de desenvolvimento podem trazer para a comunidade local ou mesmo para toda a humanidade. Tampouco importa, em um primeiro momento, se as riquezas permanecem sob controle de um exclusivo grupo político nacional ou vão diretamente para as mãos do governo. Afugentados os forasteiros e, com eles, a ameaça à 'soberania econômica' nacional, os poderes do estado terão condições de redistribuir a riqueza nacional da maneira que achar mais conveniente.

O governo desse país descolonizado imaginário então descobre que não possui uma infra-estrutura adequada para explorar *"nossas"* riquezas. *"Nossas"* ferrovias, por exemplo, foram construídas por imperialistas estrangeiros e abandonadas quando o tigre-de-papel foi destruído. Agora estão em ruínas ou cercadas por minas terrestres. É preciso reconstruí-las. Isso requer recursos: trabalhadores, maquinário e conhecimento técnico, além de capital para financiar o empreendimento. Se não puder tornar e manter viável a exploração de suas riquezas com os *"nossos"* recursos, o estado precisará importá-los de outros estados e os custos de tais importações tendem a ser altos para quem não respeita as regras do jogo. Os juros serão pagos aos estrangeiros, aqueles que dominavam imperialmente as *"nossas"* riquezas, com a exploração das *"nossas"* riquezas. Se não pudermos pagar, teremos de dificuldade em captar novos recursos externos, o que atrapalhará o desenvolvimento econômico da pátria. Se a pátria não se desenvolver, a pobreza e a miséria aumentarão, e o governo precisará direcionar *"nossos"* recursos para o combate à pobreza e à miséria ou mesmo para reprimir a insatisfação popular. Com isso, até a ordem pública, imperialmente imposta pelos colonizadores, se vê ameaçada. Pouco importa. Aparte isto e aquilo, o que fizeram por nós os romanos?

Atribui-se a Joan ROBINSON (1903-1983), economista inglesa pós-

keynesiana, a afirmação de que 'só há uma coisa pior do que ser explorado pelo imperialismo: é não ser por ele explorado'. Essa formulação do pensamento de ROBINSON, cuja obra se dedica à competição imperfeita causada pela imperfeição dos mercados, nos foi transmitida pelo economista e diplomata brasileiro Roberto CAMPOS (1917-2001), no prefácio à edição brasileira do bem-humorado panfleto 'Manual do perfeito idiota latino-americano', dedicado a questionar certos lugares-comuns da retórica dos países em desenvolvimento, especialmente na América Latina. Entre os lugares-comuns, a teoria da dependência que aponta o imperialismo como causa do subdesenvolvimento e o rompimento de relações econômicas com as economias centrais como mecanismo de promoção do desenvolvimento das economias periféricas.

Nossa dissertação começa em tom de irônica polêmica intencionalmente. É importante se despir de preconceitos ideológicos fundados em uma distorção da verdade para desempenhar uma análise com maior rigor científico. Especialmente quando a alegação toma força de verdade incontestável, como é o caso do postulado da 'soberania econômica' dos estados. O impacto desse argumento faz com que muitos internacionalistas o tomem como uma norma consuetudinária, ou seja, como 'prova de prática geral aceita como Direito', nos termos do Art. 38 (1)(b) do Estatuto da CIJ. Todo estado é soberano e, por ser soberano, determina livremente sua política econômica e organiza livremente seu espaço econômico, observam CARREAU e JUILLARD (2007, pp. 430).

Não podemos, todavia, tomar a 'soberania econômica' como um dado. É preciso conhecer o conceito de soberania e posteriormente impingir-lhe o adjetivo 'econômica' para que possamos conhecer aquilo de que estamos falando. Atribuída originalmente a Jean BODIN, a idéia de 'soberania; foi por ele definida em seus *'Les six livres de la République'* no sentido de "*une puissance absolute et perpetuelle*", uma potência, um poder absoluto e perpétuo de um estado (BODIN, 1.VIII). Nicola MATTEUCCI salienta que o conceito de soberania se liga ao de poder político. Seria a "racionalização jurídica do poder político, no sentido de transformação do poder de fato em poder de direito" (in BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO, 2004, p. 1179). Trata-se portanto de um termo ligado à teoria geral do estado, racionalização jurídica da ciência política, apenas parcialmente adequada às necessidades do direito internacional e da economia política internacional. Assim, o propósito do presente capítulo é investigar o postulado da 'soberania econômica' do estado, analisando a transformação do argumento

em regra jurídica e apontando os problemas decorrentes de uma tal mutação, aplicando-o especificamente ao problema da admissão dos investimentos internacionais.

2.2. O Conceito de Soberania para o Direito Internacional

No direito internacional, a soberania é um conceito elementar. Impossível conhecer o direito "aplicável às entidades soberanas" (NGUYEN, DAILLIER e PELLET, 2003, p. 85) sem compreender o atributo da soberania. Ocorre que sua conceituação é ambígua. Há grande divergência doutrinária acerca de seu conteúdo e ainda maiores divergências quanto aos pressupostos que dariam justificativa à delimitação material desse conceito, a exemplo do que acontece com o conceito de 'liberdade individual', ao qual muito se assemelha (KOSKENNIEMI, 2005, p. 224). Por isso, para falar de soberania, é importante adotar uma premissa capaz de orientar toda a análise.

2.2.1. *Independência e autoridade*

Muitos autores, entre os quais destacamos Guido SOARES, apontam que a soberania se desdobra em um *aspecto externo*, a independência em relação a qualquer ordem normativa que não seja a ordem internacional, "elemento que mais precisamente definiria a personalidade jurídica do Estado, no universo das relações internacionais"; e um *aspecto interno*, referente às competências conferidas aos órgãos do estado para criar, interpretar e fazer cumprir comandos normativos, o que torna o estado a máxima autoridade normativa, dotada de uma "exclusividade de poderes normativos e de ação política no relativo ao sistema jurídico interno" (SOARES, 2004, p. 145).

A diferença entre o aspecto externo e o seu aspecto interno da soberania do estado evidencia o contraste entre a percepção do que seja a soberania para os teóricos do estado e para os teóricos do direito internacional. A soberania interna é a soberania de Jean BODIN e seus sucessores da teoria geral do estado, o poder exclusivo de emitir comandos normativos nos limites de uma determinada circunscrição territorial para uma determinada população, vinculado nos termos de uma racionalização jurídica do poder de fato em poder

de direito. A soberania externa, por sua vez, é a soberania que interessa ao direito internacional: consiste na *independência* em relação a qualquer outra *'puissance'* capaz de lhe emitir comandos normativos. Nesse sentido, a sempre lembrada decisão de Max HUBER, no caso da *Ilha das Palmas* (1928).

A soberania externa dos estados torna-os sujeitos de direito internacional, personalidade jurídica que não é conferida a entidades federadas. É a soberania externa o atributo que distingue o poder da Prefeitura de São Paulo, a quem recai o poder exclusivo de emitir comandos normativos válidos, na medida em que a Constituição Federal lhe atribui competências enquanto administração pública municipal, do poder conferido à União e à própria República Federativa do Brasil (REZEK, 2002, p. 216).

As competências internacionais dos estados soberanos são aquelas que se assumem no âmbito internacional, seja em conseqüência de sua personalidade jurídica internacional, conferida pelo atributo da soberania, seja em conseqüência do exercício de suas competências iniciais que lhes permite contrair obrigações perante seus demais e produzir normas jurídicas que disciplinam sua atuação na ordem jurídica internacional. Dá se o nome de *imediatismo normativo* ao princípio que submete o estado diretamente à ordem jurídica internacional (NGUYEN, PELLET e DAILLIER, 2003, p. 435). Nesse sentido, vale relembrar o ensinamento de Hans KELSEN, para quem, a discussão sobre o conceito de soberania coincide com a discussão sobre a relação entre ordenamento jurídico interno e o ordenamento jurídico internacional, no âmbito de uma concepção monista do direito. A soberania, diz KELSEN, não é um fato que pode, ou não, ser observado. Adotando-se a concepção monista com primazia do direito internacional, a única concepção logicamente compatível com a proposta metodológica kelseniana, a soberania se torna um pressuposto que implica a subordinação direta de um dado ordenamento jurídico, ou seja, de um estado enquanto autoridade normativa, ao ordenamento jurídico internacional, não havendo qualquer ordem normativa que se lhes interponha ou separe (KELSEN, 2005, p. 544).

Ora, se o atributo que confere personalidade jurídica de direito internacional ao estados é o atributo da soberania, e se a soberania nada mais é que um pressuposto que implica a subordinação direta dos estados à ordem jurídica internacional, então é inescapável a constatação de que todos os estados são igualmente soberanos, ou seja, cada estado goza das mesmas capacidades e competências que todos os demais, nos termos do

direito internacional geral. O reconhecimento dessa igualdade entre os estados pode ser verificado no Art. 2 (1) da Carta das Nações Unidas, o qual prescreve que a ONU se pautará pelo respeito ao princípio da igualdade soberana de todos os seus membros.

Concluímos portanto que, dentre os dois sentidos reconhecidos pelo direito internacional para o vocábulo 'soberania', um deles se refere mais apropriadamente à competência para organização das competências internas, que podemos equiparar ao poder constituinte, enquanto o outro se refere à personalidade jurídica internacional, que confere tal 'poder constituinte' aos estados e também submete esse 'poder constituinte' às limitações impostas pela ordem jurídica internacional. Assim, os aspectos materiais de cada estado (população, extensão territorial, forma de organização econômica, etc...) não criam diferenças formais, sendo todos eles dotados, *ab initio*, das mesmas competências e dos mesmos deveres postos pelo direito internacional (CARREAU e JUILLARD, 2007, p. 22).

2.2.2. *Delimitação das competências domésticas do estado*

Tendo ainda em vista uma perspectiva monista kelseniana, o problema da soberania externa se resolve com o princípio do imediatismo normativo, enquanto o problema da soberania interna pode ser compreendido como o problema da delimitação das competências exercidas internamente pelo estado em face das competências exercidas externamente nos termos do direito internacional. Com o colapso da antiga visão naturalista do direito das gentes e a reafirmação voluntarista da característica descentralização normativa da ordem internacional, essa delimitação de competências não se daria do ambiente internacional para o doméstico, mas do ambiente doméstico para o internacional. Evidência disso é o caráter duradouro da concepção voluntarista do direito internacional, conforme consagrada pela CIJ no polêmico caso *Lotus*.

> *"Le droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts commun. Les limitations de l'indépendance des États ne se présument donc pas".*

De acordo com a antiga CPJI, as limitações à "independência" dos estados, ou

seja, à sua máxima autoridade normativa sobre determinada matéria de direito interno, não devem ser presumidas. Dito inversamente, a soberania interna do estado deve ser presumida o mais extensivamente possível. Mais uma vez nos deparamos com a semelhança entre a doutrina da liberdade do indivíduo no âmbito do direito constitucional e a doutrina da soberania do estado no âmbito do direito internacional. Da mesma forma que as liberdades dos indivíduos só podem ser limitadas por lei, observados determinados requisitos formais, a autonomia normativa do estado se pressupõe máxima diante de um quadro normativo lacunoso ou ambíguo. A função do direito internacional, nesse sentido, seria a de estabelecer os termos em que podem ser postas exceções a essa liberdade inicial do estado (KOSKENNIEMI, 2005, p. 256).

O debate entre aquilo que o direito internacional mantém sob competência interna do estado e aquilo que o direito internacional transfere para a competência externa decorrente de sua participação da ordem jurídica internacional é orientado pela noção de *domínio reservado*. Como ensinam NGUYEN, DAILLIER e PELLET (2003, pp. 449-51), até o começo do Século XX, defendeu-se a existência um critério jurídico *material* para a delimitação das competências domésticas do estado, sustentado na tese de um domínio reservado 'por natureza'. Certas atividades estatais ligadas à sua rotina doméstica estariam naturalmente excluídas – ou seja, reservadas – de interferências da ordem jurídica internacional. Incluiu-se entre os domínios 'naturalmente' reservados ao estado a definição de seu regime político e a delimitação de suas competências pessoais.

Mas, prosseguem os autores, podemos apontar ao menos dois motivos para atacar essa noção naturalista do conceito de domínio reservado: por um lado, o critério é ambíguo, não sendo sempre possível traçar uma linha reta separando atividades estatais domésticas de atividades estatais internacionais. A interdependência entre os vários estados é um dado que não pode ser negligenciado e a mútua influência gera efeitos tanto no plano doméstico de cada um como no plano internacional. Além disso, a noção naturalista pressupõe que cumpra ao estado a responsabilidade pela determinação de seus assuntos naturalmente domésticos, legislando em causa própria sem considerar certos pressupostos de igualdade, reciprocidade e cooperação que possibilitam a convivência internacional. Falava-se em reserva de competência para assuntos que envolvessem a "honra" e os "interesses vitais" dos estados.

O surgimento de organizações internacionais intergovernamentais às quais os

estados delegavam as mais variadas tarefas, principalmente, aquelas que por sua 'natureza', amplitude ou complexidade não poderiam ser devidamente disciplinadas pela mera interação diplomática, resultou em um paradoxo: ao mesmo tempo em que criavam as organizações, dando-lhes poderes amplos em certos campos da vida internacional, os estados tratavam de agrilhoar suas criações com regras de não-intervenção nos assuntos internos, domésticos, essenciais e outras questões *"d'honneur"*. Ilustramos com o exemplo do Pacto da Sociedade das Nações (1919), cujo Art. 15 (8) fazia menção à "competência exclusiva" dos estados, nos seguintes termos:

> *Si l'une des Parties pretend et si le Conseil reconnait que le differend porte sur une question que le droit international laisse a la competence exclusive de cette Partie, le Conseil le constatera dans un rapport, mais sans recommander aucune solution.*

Mais tarde, a Carta das Nações Unidas também tratou do tema do domínio reservado, adotando uma linguagem mais favorável a uma perspectiva mais voluntarista, "essencialmente restrita à competência domestica de cada estado". O Art. 2 (7) se apresenta nos seguintes termos:

> *Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter Vll*

Com efeito, a noção de domínio reservado é mais jurídica do que política. Assunto dos mais polêmicos, o domínio reservado foi assim disciplinado pelo IDI em resolução relatada por Charles ROUSSEAU, em 1954:

> *"Le domaine réservé est celui des activités étatiques où la compétence de l'Etat n'est pas liée par le droit international. L'étendue de ce domaine dépend du droit international et varie suivant son développement"*

Não é, todavia, criação doutrinária a sistematização proposta pelo IDI. Assim já se expressava a antiga CPJI, no parecer consultivo sobre os *Decretos de nacionalidade* (1923):

> *"The question whether a certain matter is or is not solely within the jurisdiction*

> *of a State is an essentially relative question; it depends upon the development of international relations"*

Se a questão é essencialmente relativa e dependente do desenvolvimento das relações internacionais, é preciso operar os conceitos com cautela para evitar generalizações e equívocos. Diante da relativização de seu conteúdo, ERMACORA (1994, p. 147) propõe a delimitação do conceito a partir da análise da Declaração de Relações Amistosas, aprovada pela Assembléia Geral da ONU em 1970. Assim se expressa a Declaração sobre o "dever de não intervir em assuntos relativos à competência nacional de qualquer Estado, de acordo com a Carta das Nações Unidas":

> *No State or group of States has the right to intervene, directly or indirectly, for any reason whatever, in the internal or external affairs of any other State. Consequently, armed intervention and all other forms of interference or attempted threats against the personality of the State or against its political, economic and cultural elements, are in violation of international law. (...) No State may use or encourage the use of economic, political or any other type of measures to coerce another State in order to obtain from it the subordination of the exercise of its sovereign rights and to secure from it advantages of any kind. (...) Every State has an inalienable right to choose its political, economic, social and cultural systems, without interference in any form by another State. (...) Nothing in the foregoing paragraphs shall be construed as reflecting the relevant provisions of the Charter relating to the maintenance of international peace and security.*

Para ERMACORA (1994, p. 152), refletindo a partir do acima exposto, a única característica cognoscível *a priori* da noção de domínio reservado parece estar relacionada à organização política do Estado – ou seja, seu sistema de governo conforme definido por seu poder constituinte. Mesmo essa característica é vulnerável a acusações de falta de legitimidade se confrontada com o direito de autodeterminação dos povos, ou seja, se a representatividade do poder central e o respeito aos direitos humanos pelo governo legalmente constituído não puderem acomodar em termos aceitáveis toda a sua complexidade populacional. Ora, a Carta dá à ONU certos poderes em matérias que em tese deveriam estar submetidas à competência nacional dos estados, nos termos do direito internacional clássico, inclusive quanto ao uso da força. Argumenta-se, nesse caso, que a matéria não será de competência essencialmente nacional se for objeto da Carta das Nações Unidas, do direito internacional geral ou de acordos específicos. Os defensores dessa proposta retomam o parecer de 1923 da CPJI:

> *"The words 'solely within the domestic jurisdiction' seem rather to contemplate certain matters which, though they may very closely concern the interest of more than one State, are not, in principle, regulated by international law. As regards such matters, each State is sole judge. (...) It may well happen that, in a matter which (...) is not, in principle, regulated by international law, the right of a State to use its discretion is nevertheless restricted by obligations which it may have undertaken towards other States. In such a case, jurisdiction which, in principle, belongs solely to the State, is limited by rules of international law. Art. 15 (8), then ceases to apply as regards to those States which are entitled to invoke such rules, and the dispute as to the question whether a State has or has not the right to take certain measures becomes in these circumstances a dispute of an international character and falls outside the scope of the exception contained in this paragraph".*

O IDI, em sua já citada resolução sobre o domínio reservado, aponta em sentido semelhante:

> *La conclusion d'un engagement international dans une matière relevant du domaine réservé exclut la possibilité pour une partie à cet engagement d'opposer l'exception du domaine réservé pour toute question se rapportant à l'interprétation ou à l'application dudit engagement.*

Não obstante, tal argumentação é questionável na medida em que o parecer da CPJI se referia ao Pacto da Sociedade das Nações e à noção de competência *exclusiva* do Estado. O texto da Carta das Nações Unida fala em competência *essencialmente nacional*, expressão de maior amplitude semiológica. Além disso, seria inadequado supor que cada acordo internacional estabelece novas restrições ao exercício das competências estatais, uma vez que não se pode pressupor uma competência geral por parte das organizações internacionais. Há que se respeitar um mínimo de funcionalidade. O critério que determina os limites funcionais de uma organização, dos quais se deduzem os limites de sua personalidade jurídica internacional, é o princípio da especialidade. Isso já havia sido sublinhado pela CIJ, em outro parecer consultivo referente à *Legalidade do uso de armas nucleares*:

> *"International organizations are subjects of international law which do not, unlike States, possess a general competence. International organizations are governed by the 'principle of speciality', that is to say, they are invested by the States which create them with powers, the limits of which are a function of the common interests whose promotion those States entrust to them".*

O princípio da especialidade se fundamenta na concepção de que uma organização internacional constitui um meio para a obtenção de determinados fins comuns

aos estados membros. Por conta disso, a posição mais tradicional considera que a ampliação das competências de uma organização internacional para além de seu fim determinado é uma usurpação das competências decorrentes da soberania estatal. Nesse sentido, como apontam NGUYEN, DAILLIER e PELLET (2003, p. 592), o funcionamento de uma organização internacional está inevitavelmente marcado pela tensão e pela complementaridade dos princípios de direitos dos tratados, que regem o seu ato constitutivo, por um lado, e, por outro, pela exigência de autonomia e eficácia de toda a organização humana, constantemente invocada por seus órgãos autônomos.

Se nos ativermos a tratados que não criam organizações internacionais, mais estabelecem regras internacionais para a regulamentação de uma determinada matéria, a interpretação pode parecer mais simples, mas ainda assim requer um esforço de *depeçage* do ato internacional. Sempre que o tratado criar uma obrigação para as partes contratantes, será inadmissível qualquer exceção baseada na competência essencialmente nacional. Se o estado concordou em contrair uma obrigação, não pode deixar de a cumprir alegando prejuízo ao exercício de suas competências domésticas, uma vez que é da própria natureza das obrigações jurídicas internacionais o estabelecimento de certas restrições ou certos padrões às atividades estatais.

Assim, a questão dos limites do domínio reservado muda de aspecto. Trata-se agora de identificar a existência de obrigações internacionais contraídas validamente a respeito de matérias controvertidas, como por exemplo direitos humanos, o princípio da autodeterminação dos povos ou em assuntos que envolvam relações econômicas internacionais.

2.3. COMPETÊNCIAS ECONÔMICAS DO ESTADO

Se a conceituação doutrinária da soberania é imprecisa, a adição de um adjetivo, caracterizando seu aspecto econômico, contribui para tornar a questão ainda mais polêmica. Como observam CARREAU e JUILLARD (2007, p. 23), a noção de soberania é maior que a mera noção de territorialidade, mas a ela se relaciona de modo estreito, a ponto de se considerar redundante a expressão "soberania territorial". A "soberania econômica"

se relaciona, *prima facie*, às competências territoriais econômicas do estado, aplicando-se ao controle que o estado pode ou não exercer sobre determinadas atividades econômicas que se realizam total ou parcialmente sob sua jurisdição territorial.

2.3.1. *Competências normativas: o papel regulador do estado*

Os estados são os principais sujeitos das relações econômicas internacionais. Como ensinam CARREAU e JUILLARD (2007, p. 21), a primazia dos estados no direito que regula as relações econômicas internacionais se deve à natureza das fontes desse sub-campo do direito internacional: são fontes produzidas *pelos* estados e *para* os estados. A essa peculiaridade típica do direito *inter gentes*, dá-se o nome de desdobramento funcional. Isso não significa, porém, que o direito internacional econômico seja um direito exclusivamente intergovernamental. Enquanto matérias instrumentais ao direito internacional, como as regras de direito dos tratados, praticamente ignoram a presença de outros atores, o direito internacional econômico, como, de resto, as demais áreas de aplicação do direito internacional, exige a consideração de interesses esposados por atores não-estatais, os quais podem ser direta ou indiretamente afetados pela moldura jurídica articulada pelos protagonistas das relações econômicas internacionais.

Diante disso, o estado precisa articular sua moldura jurídica de maneira a contemplar os interesses gerais da sociedade, conciliando na medida dos Possível as diversas opiniões existentes quanto ao modo mais apropriado de exercer suas competências normativas em matéria econômica. A pluralidade de opiniões pode ser sintetizada em dois tipos ideais: (i) o *'red light concept'*, segundo o qual o ato de regular é o ato de restringir condutas, coibindo aquelas que não sejam desejadas; e (ii) o *'green light concept'*, que incorpora à noção de regulação também um aspecto "promocional", viabilizando ou estimulando algumas condutas. Ainda de acordo com CELLI JUNIOR (2009, p. 74), podemos observar dois enfoques para a análise do conceito de regulação: um enfoque dito 'americano' e um e um enfoque dito 'europeu'. Ambos os enfoques, se analisados a partir do prisma da economia política internacional, talvez sejam melhor contrastados como um enfoque relacionado a uma perspectiva neoliberal e um enfoque relacionado a uma perspectiva neo-mercantilista. Para avançar, é importante delinear algumas breves considerações neoliberalismo e neo-mercantilismo no campo da economia política

internacional.

A economia política internacional é o ramo dos estudos internacionais que procura analisar a relação entre a economia e a política no plano internacional. O foco dessas discussões, de um modo geral, é a distribuição dos recursos econômicos entre os estados e os problemas decorrentes das desigualdades entre os estados nesse contexto. Na ordem econômica internacional vigente, de cunho capitalista, é perceptível a influência do liberalismo clássico tanto nos seus aspectos políticos quanto nos aspectos puramente econômicos, é desejável que a esfera política de atuação do estado não coincida com a esfera econômica de atuação das forças de mercado. Por conta disso, a relação entre estado e mercado, em nossas reflexões limitada à sua vertente internacional, merece atualmente dois tratamentos doutrinários principais: o neoliberalismo e o neo-mercantilismo (JACKSON e SORENSEN, 2007, p. 242-4).

O neoliberalismo procura recuperar os principais pontos do pensamento econômico liberal clássico. Fruto de uma critica ao mercantilismo absolutista, o liberalismo econômico postula a necessidade de preservação das liberdades econômicas individuais em face do estado. Nesse sentido, a economia não deve estar subordinada à política. A intervenção do estado é vista como anti-econômica e geradora de conflitos. Sem a intervenção do estado, o mercado tenderá a se organizar de modo espontâneo, observando suas regras inerentes de produção e comércio. A harmonização das vontades individuais de cada agente aumentará a eficiência das relações econômicas e, conseqüentemente, viabilizará o maior crescimento econômico possível (JACKSON e SORENSEN, 2007, p. 249-52).

O neo-mercantilismo responde ao neoliberalismo, questionando o axioma de que o estado não deva interferir no mercado. Inspirados pelo paradigma realista das relações internacionais, os neo-mercantilistas defendem que o estado deva desempenhar um papel ativo gestão da atividade econômica, tendo como meta o seu fortalecimento em relação aos demais, valorizando os ganhos econômicos relativos em detrimento do valor absoluto desses ganhos. Quanto mais forte um estado, em matéria econômica, mais influente esse estado será no cenário econômico internacional (JACKSON e SORENSEN, 2007, p. 245-9).

Crises do capitalismo costumam estimular o debate acerca do verdadeiro papel do estado em sua relação com o mercado. Em síntese, o problema se refere ao grau

necessário de interferência do governo no mercado. Retomando o debate sobre regulação, considera-se que o enfoque neoliberal traduza regulação como um processo de elaboração de normas voltadas à promoção de determinados objetivos econômicos e sociais, predominantemente aqueles relacionados à correção de falhas de mercado. Dentro dessa perspectiva, o estado procura despolitizar sua atuação, interferindo de maneira indireta, estabelecendo agências reguladoras ou entidades similares, caracterizadas por seu perfil eminentemente técnico e por sua independência em relação à conjuntura política do cenário nacional.

O enfoque neo-mercantilista, por sua vez, é mais amplo. Se, a exemplo do enfoque neoliberal, há preocupação com a elaboração de normas voltadas à promoção de determinados objetivos econômicos e sociais, a promoção desses objetivos não se resolve com a despolitização da atuação do estado, mas sim pela sua politização. Dentro dessa perspectiva, o estado age diretamente nas relações de mercado, seja como empresário, seja aplicando metas de planejamento econômico, seja promovendo incentivos à economia nacional.

Nota-se que não há um tratamento uniforme para a questão, que possamos identificar como correto ou mais adequado, apesar dos partidários de cada um dos enfoques insistirem em desmoralizar seus antagonistas. Em síntese, podemos nos utilizar da definição proposta por CELLI JUNIOR (2009, p. 75), para quem a regulação seria um processo de influência, controle e orientação de atividades econômicas públicas e privadas por meio de medidas governamentais. Assim, além de cuidar das falhas de mercado e da busca pela maior eficiência econômica dos agentes, a atividade reguladora do estado visaria a adequação dessa atividade ao endereçamento de questões relacionadas ao mais amplo desenvolvimento econômico e social.

Nesse sentido, podemos comparar metaforicamente a atividade reguladora à condução de um barco a vela. As forças de mercado – os ventos – podem empurrar o barco da economia nacional para várias direções, inclusive para a direção desejada pelo comandante da embarcação e seus tripulantes; da mesma forma, o comandante – o governo – pode posicionar seus equipamentos de maneira a aproveitar a melhor força dos ventos ou navegar contra essas forças, dependendo mais uma vez da direção desejada. Assim, as escolhas políticas que influenciam a atividade reguladora do estado dependem de uma certa sabedoria alicerçada na prática por parte dos tomadores de decisão para que causem

os resultados mais desejáveis.

Em princípio, a atividade de regulação da economia, por suas especificidades, parece ser uma atividade restrita ditas às competências exclusivas do estados, não havendo qualquer justificativa para que o direito internacional geral nela interfira de maneira alguma. Se retomarmos o estudo das relações econômicas internacionais e aplicarmos o conceito de igualdade soberana à matéria, veremos que as normas econômicas de direito internacional geral devem ser aplicadas uniformemente a todos os estados, independentemente da forma de organização econômica que venham a adotar.

NGUYEN, DAILLIER e PELLET (2003, pp. 1063-4) apontam que o aspecto econômico da soberania estatal adquiriu maior relevância ao longo do século XX. As doutrinas clássicas não o ignoravam, mas o advento de um conceito liberal de estado, calcado fundamentalmente na redução gradual do forte intervencionismo em questões de comércio internacional contribuiu para a escassez de regulamentação econômica específica, em contraste com outras áreas do direito internacional. Reduzido à função de *"gendarme"*, o estado só poderia exercer soberanamente o seu poder incontrastável no combate às distorções de mercado, cujo diagnóstico foi por muito tempo impreciso.

Internamente, todavia, o estado sempre buscou fortalecer sua relevância como legislador econômico, atuando em defesa de setores estratégicos e desafiando de tempos em tempos a participação estrangeira na economia nacional. Seja como investidor direto, seja como fomentador, o aumento do papel do estado como agente econômico moderno simultâneo à onda de protecionismo que se seguiu à Guerra de 1914 é um dado marcante do século XX. As respostas desencontradas por ocasião da crise de 1929 despertaram a consciência dos governos quanto à necessidade de se "internacionalizar" alguns temas econômicos, estabelecendo um mínimo de governança global com o objetivo de enfrentar crises econômicas e promover o desenvolvimento, e, inversamente, salvaguardando as prerrogativas econômicas típicas do direito interno, à medida em que eram objeto de contestação.

Na Europa, até a Primeira Guerra Mundial, os estados não chegaram a enfrentar qualquer grande limite ao exercício soberano de suas competências internas de caráter econômico. A preocupação com questões econômicas permanecia restrita a aspectos de direito interno e o ritmo do crescimento econômico dos estados oscilava em cadências mais ou menos compassadas. Nos Estados Unidos, o isolamento causado pelas

distâncias físicas e o enorme potencial de desenvolvimento econômico interno contribuíam para manter o desinteresse por uma regulação internacional da economia. O Japão, também isolado por distâncias físicas, procurava extrair o melhor de seus recursos e, fazendo uso de força militar para promover seus interesses econômicos no Extremo Oriente, se revelava evidentemente desinteressado de qualquer compromisso jurídico internacional. Assim, o direito internacional econômico se mantinha pouco desenvolvido por falta de interessados em seu aperfeiçoamento.

Ocorre que, apesar da argumentação jurídica que assegura a igualdade soberana dos estados, é forçoso constatar que a igualdade formal não pressupõe qualquer igualdade material. No mundo real, os estados não são de modo algum iguais entre si. A grande Federação Russa é tão soberana quanto a pequena república insular de Nauru. A populosa República Popular da China é tão soberana quanto o minúsculo Principado de Mônaco. Ainda que a igualdade formal garanta os mesmos direitos e deveres a estados tão diferentes, a complexidade econômica variável de cada estado exige que o direito das relações econômicas internacionais se adapte a essas diferenças materiais. A falta de adaptação pode levar a rupturas.

2.3.2. *Competências normativas e conflitos de concepção*

Como sugerem CARREAU e JUILLARD (2007, p. 23), a capacidade desigual de alinhamento de cada economia nacional ao sistema internacional vigente importa uma desigual condição de partida, de inserção no sistema econômico internacional. Se o ponto de chegada de uma sociedade justa e desenvolvida é, ainda que em caráter utópico, praticamente o mesmo para todos os estados, a dessemelhança entre pontos de partida exige que as regras de direito internacional econômico sejam criadas tendo em vista a solução de problemas concretos e não apenas a consecução de paradigmas teóricos. A essa desigualdade de pontos de partida Celso LAFER denomina conflito de concepção. Um conflito de concepção, como aponta Celso LAFER (1999, pp. 20-22), deve ser entendido como uma heterogeneidade axiológica entre visões distintas acerca de um determinado tema. Os conflitos de concepção sobre a economia política internacional surgem com a Revolução Russa e se solidificam durante os anos de bipolaridade, opondo um modelo dito "capitalista" a um modelo dito "socialista". Para efeitos de clareza, essa dicotomia merece

ser revista e esclarecida.

Em 1917, a revolução liberal que havia derrubado o Império Russo foi derrubada por uma revolução comunista. Na história dos investimentos internacionais, a revolução na Rússia marca o início de uma era de posicionamentos extremados, geralmente inseridos em uma perspectiva geopolítica mais ampla. A Revolução Bolchevique rompeu com o consenso liberal clássico ao atacá-lo em sua raiz: seu alvo era a própria noção de propriedade privada dos meios de produção. O Decreto da Terra, publicado em 26 de outubro de 1917 (ou 8 de novembro, no antigo calendário ortodoxo russo), aboliu a propriedade privada da terra sem previsão de qualquer indenização aos proprietários expropriados, fossem eles nacionais ou estrangeiros. Da mesma forma, ao longo dos meses seguintes, os bancos, as minas, as fábricas, o setor de petróleo e finalmente todo o parque industrial foi tomado pelo Estado. Além disso, o governo bolchevique repudiou a dívida externa do Império Russo, que crescera muito durante a Primeira Guerra Mundial. Nenhuma medida de caráter compensatório foi tomada, nenhuma diferenciação se estabeleceu entre investidores nacionais e investidores estrangeiros. O silêncio dos bolcheviques sobre esse aspecto denota o fim do consenso (LOWENFELD, 2008, p. 392). Para QUADROS (1998, p. 17), a União Soviética passa a ignorar o princípio da proteção à propriedade privada de estrangeiros sem no entanto o recusar formal e expressamente.

Os estados ocidentais que tiveram seus cidadãos lesados pelo novo governo em Moscou, fazendo uso dos instrumentos de proteção diplomática, protestaram e procuraram por vários meios recuperar ao menos uma parcela do que fora perdido. Por muitos anos, diplomatas estrangeiros se esforçaram para obter algo dos soviéticos, mas nenhum acordo chegou a ser celebrado. O argumento soviético baseava-se no padrão de tratamento nacional: os decretos de Lênin haviam expropriado os bens de todos os proprietários, fossem eles russos ou estrangeiros; assim, não há desrespeito à regra do tratamento nacional. O padrão "vazio" ainda assim era um padrão, não tendo havido medida alguma direcionada contra um Estado específico. O argumento, por razões óbvias, não mereceu boa acolhida entre as potências ocidentais.

Muitas controvérsias resultaram em arbitragens. Um dos debates mais lembrados se refere ao caso *Lena Goldfields* (1930). Nesse contencioso, a União Soviética se viu condenada a pagar indenização para o reclamante estrangeiro, mediante alegação de

enriquecimento ilícito. Não obstante, o contexto internacional foi favorável aos soviéticos, todavia, tendo em vista que a Revolução Bolchevique apenas inaugurou as muitas rodadas de ataque ao liberalismo político e econômico típico do século XIX. Os vinte anos que separam o fim da Primeira Guerra Mundial e o início da Segunda Guerra Mundial representam, nos dizeres de René CASSIN (1951, p. 240), uma verdadeira contra-revolução atacando as conquistas liberais das revoluções inglesa, americana e francesa. Ao liberalismo clássico já não se opunha, porém, o absolutismo despótico, mas uma perigosa combinação de nacionalismo e socialismo que seria mais tarde classificada como totalitarismo.

O conflito de concepção que inspirou os acontecimentos do século XX se dá entre uma visão "anti-estatal" das atividades econômicas, remanescente de uma conquista gradual das revoluções liberais na França, na Inglaterra e nos EUA, em oposição a uma visão "estatal" dessas atividades, remanescente de uma crítica à visão anterior, realizada, em cores diferentes mas objetivos semelhantes, por pensadores e políticos alemães, italianos e russos, tais como HEGEL, MARX, LÊNIN, GRAMSCI e os teóricos do nacional-socialismo e do fascismo. O socialismo real praticado pela URSS e seus estados-satélites nunca chegou a constituir o rigoroso comunismo proposto por MARX e seus sucessores. Os motivos são variados: além dos aspectos tecnicamente discutíveis da teoria econômica marxista – abordados com muita qualidade pela Escola de Viena liderada por BÖHM-BÄWERK, VON MISES, HAYEK, STRAUSS e tantos outros – a incompatibilidade dos sistemas era tão absoluta que seria impossível coexistirem sem que um causasse a destruição do outro. Apesar da prática ter sido alcunhada de "capitalismo de estado", o discurso soviético permanecia fiel ao cânon marxista, a ponto de fomentar o conflito de concepção que viria a se extinguir com o fim do bloco socialista.

Ampliando nossos horizontes, vemos que o conflito de concepção, controlado verticalmente pela positivação de normas constitucionais, encontra difícil solução no plano internacional. É possível chegar a uma decisão majoritária que preserve os interesses minoritários para traçar o limite das liberdades individuais e das liberdades do estado em um sistema constitucional. Pergunta-se se será possível traçar um mesmo limite entre as liberdades individuais e estatais em um ambiente internacional, em que são os estados, por conta do desdobramento funcional, produzem as normas que regulam suas condutas. Nesse ambiente em que a participação individual é, quando não inexpressiva, seriamente

mitigada em face de "interesses nacionais" que talvez fossem mais bem traduzidos como interesses do estado, é difícil vislumbrar argumentos a favor das liberdades econômicas individuais em face das liberdades econômicas do estados. Se nos ativermos exclusivamente aos investimentos internacionais, como poderemos delimitar as liberdades econômicas de indivíduos que não se inserem como cidadãos em um determinado sistema constitucional, mas neles desejem ingressar como investidores ou como trabalhadores? É possível harmonizar tais liberdades com os imperativos de desenvolvimento encampados soberanamente por um estado? Mais do que isso, quando dois sistemas constitucionais estabelecem o equilíbrio de liberdades em pontos distintos do espectro político, qual critério deveria prevalecer?

No centro do debate, restava claro o verdadeiro conflito de concepção: a determinação da função do estado em face do mercado e de um sistema econômico de crescente complexidade e diante também das possibilidades de atuação econômica dos indivíduos. A grande maioria dos pensadores ocidentais de inclinação não-marxista saudou a queda da União Soviética como o fim do conflito de concepção e a vitória de um modelo "capitalista", "neoliberal", traduzido no chamado "Consenso de Washington", cuja discussão ainda desperta muitas polêmicas. Seja como for, a aparente superação do conflito de concepção nos conduz ao que, ainda de acordo com os ensinamentos de LAFER (1999, pp. 20-2), seria considerado um conflito de interesses. Já não haveria uma heterogeneidade axiológica, senão uma divergência analítica quanto à melhor utilização do sistema.

2.3.3. *Competências normativas do estado e o imperativo de liberalização*

O colapso do comunismo soviético, verificado nos primeiros anos da década de 1990, fez submergir um determinado modelo econômico internacional. A ausência de concepções diferentes tornou a economia de mercado o padrão único de relações econômicas internacionais. Para participar dessas relações, os estados precisam se adaptar a esse modelo. Uma tal adaptação pressupõe a adequação da estrutura econômica doméstica aos padrões capitalistas liberais vigentes na ordem internacional. Daí se constata a difícil conciliação entre o direito à auto-determinação reconhecido pelo direito internacional geral e a necessidade de integração exigida pelas relações econômicas internacionais.

A palavra-chave dessa ordem econômica internacional é liberalização. É possível verificar uma forte tendência de liberalização do comércio de bens e de serviços e dos pagamentos a ambos relacionados, bem como, em menor grau, também uma tendência de liberalização do direito de estabelecimento e circulação de investimentos internacionais. As regras gerais sobre a matéria são postas principalmente pela OMC, mas também o FMI e o grupo Banco Mundial desempenham funções normativas na estruturação da ordem econômica internacional. Qualquer proposta de reforma dessa ordem, como as que foram aventadas após a crise econômica de 2008/2009 exigirá, em primeiro lugar, a reforma dessas organizações internacionais.

A liberalização econômica internacional é, nos dizeres de CELLI JUNIOR (2009, p. 76), um processo cujo objetivo é o de estabelecer um mercado mais aberto e competitivo. O meio utilizado para alcançar tal meta é a remoção de quaisquer obstáculos à entrada de agentes econômicos no mercado a ser liberalizado. Exigência principal é a adequação do sistema normativo à ordem econômica liberal, o que pode significar a substituição do quadro normativo existente. Essa liberalização possui duas faces, uma interna, em que se visa a assegurar um mercado aberto e competitivo para todos os agentes econômicos locais; e outra internacional, em que se visa assegurar um mercado aberto e competitivo para todos os agentes econômicos estrangeiros que se disponham a participar do ambiente econômico doméstico.

Os efeitos das duas faces do processo de liberalização, observa CELLI JUNIOR (2009, 76), coincidem, mas a liberalização internacional tende a requerer uma liberalização interna. Nesse sentido, CELLI JUNIOR (2009, p. 73) aponta o conflito potencial entre a liberalização e a regulação de que tratamos anteriormente. O avanço da liberalização pode resultar em uma limitação da capacidade reguladora dos estados, caso, por exemplo, obrigações assumidas internacionalmente venham a exigir a revogação ou a alteração de determinadas normas. É evidente, todavia, que a produção de normas internacionais também consiste em uma atividade normativa do estado, ainda que desprovida da autonomia de que é dotado o estado soberano para regular livremente. Assim, a preservação do *policy space* na verdade consiste na demarcação dos limites da internacionalização de regras jurídicas aplicáveis a uma determinada questão econômica.

Nesse contexto de liberalização e da tensão entre esse processo e a capacidade de regulação do estado, ainda que os estados permaneçam igualmente soberanos, e

igualmente vinculados à ordem econômica internacional vigente, a autonomia normativa que se pressupõe de uma entidade soberana cada vez menos delimitada, ou mais amplamente limitada pelos padrões assumidos pelo direito internacional. Se adotarmos o já citado padrão consagrado por HUBER, no caso da *Ilha das Palmas*, segundo o qual a soberania significaria a independência – o direito de exercer exclusivamente as funções de estado – com relação a alguma parcela da superfície terrestre, constatamos que a esfera de autonomia econômica estatal diminui à medida em que se amplia o arcabouço normativo econômico internacional e a função de normatizar as relações econômicas deixa de seguir a livre-determinação do estado, mas passa a obedecer a padrões internacionais.

Não obstante o franco impulso que a ordem econômica internacional ainda confere à idéia de liberalização, e a igualdade de direitos e deveres que o direito internacional geral outorga, sistemicamente, aos estados, a consideração das diferenças de desenvolvimento conferiu ao direito das relações econômicas internacionais um enfoque mais próximo do *'green light concept'*, merecendo destaque sua função de promoção de determinadas condutas como estratégia para superação de obstáculos e consecução de objetivos programáticos reivindicados pelos países em desenvolvimento. Inclusive no tema dos investimentos internacionais.

Ao longo da década de 1980, articulou-se um consenso cada vez mais amplo em torno da tese de que o liberalismo econômico seria capaz de trazer maior crescimento econômico e desenvolvimento tecnológico se comparado com o protecionismo e a planificação econômica, práticas comuns entre as estratégias de desenvolvimento que fizeram sucesso entre os países em desenvolvimento. Entre os muitos trabalhos em defesa da tese do liberalismo econômico, destaca-se um artigo do economista americano John WILLIAMSON, publicado em 1989. Nele, WILLIAMSON buscou sumarizar dez mecanismos de reforma econômica acerca dos quais as instituições de Washington teriam, na hipótese do autor, fechado questão. Por "instituições de Washington", WILLIAMSON quer se referir não apenas ao Congresso e ao alto-escalão do Governo dos EUA, mas também às instituições financeiras internacionais sediadas naquela capital, às agências econômicas americanas e os *think tanks* dedicados à questão (WILLIAMSON, 1989).

Os dez mecanismos de reforma econômica sumarizados por WILLIAMSON são: (i) política fiscal rigorosa; (ii) redirecionamento dos gastos públicos de subsídios a setores da economia para investimento orientado para a melhora geral da educação, da

saúde e da infra-estrutura; (iii) reforma tributária; (iv) taxas de juros orientadas pelas necessidades do mercado; (v) taxas de câmbio mais competitivas; (vi) liberalização comercial, com ênfase na eliminação de restrições quantitativas à importação, e redução das políticas de proteção a mecanismos tarifários uniformes; (vii) liberalização da entrada de investimento estrangeiro direto; (viii) privatização de empresas estatais; (ix) "desregulacão", ou seja, a abolição de regulação que impeça a entrada no mercado ou restrinja a concorrência, exceto se justificada em termos de segurança, proteção ambiental ou defesa do consumidor, além da supervisão de instituições financeiras; e (x) proteção dos direitos de propriedade.

A mera leitura dos dez pontos expostos por WILLIAMSON evidencia que esse "receituário neoliberal" não foi totalmente seguido por aqueles a quem se endereçava. Apesar da pressão social em muitos países da África e da América Latina, para quem os anos 1980 haviam sido uma década 'perdida', em que o crescimento econômico foi devorado pela escalada inflacionária, pela explosão demográfica e falta de respaldo ao programa desenvolvimentista a partir do declínio do bloco socialista, ainda assim as lideranças locais implementaram apenas parcialmente as propostas de WILLIAMSON. As propostas tecnicamente irresistíveis do "Consenso de Washington" pareciam demonstrar que a liberalização econômica e as reformas legislativas domésticas seriam capazes de promover o desenvolvimento duradouro dos países em desenvolvimento, a exemplo do que acontecera na Ásia, onde alguns países em desenvolvimento, como a Coréia do Sul e Taiwan, já haviam tomado medidas voltadas para sua integração à ordem econômica internacional, mas os custos políticos da transição e a falta de comprometimento ideológico com o liberalismo minou as reformas, que foram feitas apenas parcialmente, com resultados medianos e sob censura de certos setores da opinião pública, para quem o Consenso de Washington se tornou um eufemismo para o imperialismo econômico dos EUA sobre o mundo.

Não obstante, o Consenso de Washington marca o fim do conflito de concepções. Aqueles que se opunham ao projeto capitalista e liberal do Ocidente não foram capazes de promover um "Consenso de Moscou" e tiveram que se render à queda do Muro de Berlim, ao colapso da URSS e à abertura econômica dos países socialistas. O problema é que o conflito de concepção foi apenas aparentemente superado. Há um consenso "negativo": o estado não deve atuar diretamente como agente econômico,

possuindo todos os meios de produção e planejando a economia até mesmo em seus mínimos detalhes. A visão centralizadora, legado do comunismo soviético e do nacional-socialismo alemão, foi afastada em benefício da autonomia econômica dos particulares e de um papel regulador do estado.

Nesse passo, o conflito entre o *quantum* de liberdade individual e o *quantum* de controle estatal apresenta-se como um mero conflito de interesses, com estados e indivíduos preservando uma esfera autônoma que poderíamos traduzir como "liberdade". Mas, os critérios para traçar os limites entre a liberdade dos indivíduos e a liberdade dos estados também são vulneráveis a uma opção valorativa. Qualquer escolha, qualquer decisão jurídica que delimite as liberdades, dependerá de uma escolha, a qual será positivada em uma Constituição a partir de princípios básicos que orientam o funcionamento do estado. Para ser legítima, essa Constituição econômica precisará refletir um entendimento entre os indivíduos que conduzem um determinado estado e os indivíduos que, mantendo com o estado um vínculo de nacionalidade, são politicamente conduzidos pelas autoridades do estado. Percebemos novamente uma situação de heterogeneidade axiológica típica de conflitos de concepção que é controlada, supomos, com a consolidação do estado democrático de direito.

Essas questões referentes à proteção dos investidores, foram, em larga medida, solucionadas com a adoção de tratados internacionais que positivaram os princípios que os estados exportadores de capital anteriormente afirmavam dotados de caráter vinculativo na forma de normas consuetudinárias. Se não podemos falar em um regime uniforme, podemos claramente perceber uma tendência em favor da adoção por tratado de certas normas de tratamento, mecanismos de solução de controvérsias claramente definidos e também mecanismos de garantia, bastante influentes na escolha dos investidores. A resposta tradicional, de que o estado seria soberano, foi gradativamente descartada e a grande maioria dos países, mesmo entre aqueles que não se comprometeram por tratado, promoveu medidas no sentido de tornar mais seguros os investimentos em seu território, com intuito de fomentar seu desenvolvimento econômico.

2.4. COMPETÊNCIAS ESTATAIS E INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS

2.4.1. *Origens de um conflito de interesses*

O conflito de teses jurídicas sobre os investimentos internacionais surge antes mesmo do desenvolvimento de seu conceito econômico. Tal conflito fundava-se originalmente na proteção jurídica dos bens de estrangeiros localizados no território de um determinado estado. A expansão ultramarina européia já assinalara um período de maior circulação internacional de pessoas, direcionado para o desenvolvimento das relações comerciais entre o Ocidente e o Oriente. Quanto maior a quantidade de indivíduos cruzando as fronteiras dos recém-consolidados estados nacionais, maiores as possibilidades de ocorrer uma interação conflituosa entre esses indivíduos e o estado que os recebia. Na medida em que esses indivíduos passaram a manter relações econômicas de prazo cada vez mais longo, sob a égide de um soberano de quem não eram súditos, impôs-se a necessidade de estabelecer um regime jurídico de proteção desses indivíduos, para evitar que o estado de acolhimento maltratasse os estrangeiros, afrontando os direitos do estado de nacionalidade. Os primeiros internacionalistas já apontavam em seus escritos as duas soluções possíveis para a questão do tratamento desses indivíduos: (i) o tratamento nacional do estrangeiro; e (ii) o tratamento do estrangeiro nos termos de um padrão internacional mínimo.

Os precursores da primeira solução tomavam como referência o antigo *ius gentium* dos romanos. O *ius gentium*, ordenamento jurídico paralelo ao *ius civilis*, disciplinava as relações jurídicas entre os cidadãos romanos e os *peregrini*, ou seja, os indivíduos que não gozavam de cidadania romana que se encontravam submetidos à jurisdição territorial de Roma. Inspirados pelo modelo romano e também pelo impacto cultural da tradição humanista, os primeiros internacionalistas propunham que o estado receptor concedesse ao não-súdito o mesmo tratamento concedido ao súdito (VITÓRIA, *De Indis*, III, 5). Não obstante estivessem lastreados em uma argumentação quase teológica, dando ao direito dos estrangeiros uma fundamentação relacionada ao direito natural, autores de expressão mais materialista, como SORNARAJAH (2004, p. 19) insinuam que a defesa de tais direitos ocultaria o propósito de promover a expansão

colonial nas Índias. Concordamos que o resultado de tais desenvolvimentos seria o fortalecimento da posição das companhias coloniais, mas discordamos da ilação de SORNARAJAH por considerarmos que essa racionalidade puramente econômica nos parece incompatível com as preocupações e com a formação intelectual dos juristas (e teólogos) daquelas épocas.

Os precursores da segunda solução sintetizam-se no impacto da obra de VATTEL (*Direito das Gentes*, II, 8, 104). Em meados do século XVII, momento em que VATTEL redige seu famoso tratado, já se desenvolvia bem a idéia de que o estado receptor deveria respeitar os direitos e propriedades de súditos estrangeiros. Mas, para VATTEL, os termos nos quais o estado deveria respeitar os direitos e propriedades de estrangeiros não podiam se limitar à aplicação das mesmas regras vigentes aos nacionais. Ao contrário, os padrões nacionais podem ser demasiado invasivos em comparação com os de outras nações, motivo pelo qual se propõe um padrão externo, em que se estabelecesse o tratamento minimamente aceitável para os estrangeiros. É uma das primeiras tentativas positivistas de internacionalização dos direitos fundamentais.

Tanto a perspectiva do tratamento nacional quanto a perspectiva do padrão internacional mínimo de tratamento pressupõem que o direito deva se desenvolver visando o incremento das atividades econômicas, destacando-se a livre-circulação de pessoas, de mercadorias e também de investimentos. Em ambas, ainda que na vertente do padrão internacional isso se torne mais patente, a idéia é que os estrangeiros sejam *bem tratados* pelo estado que os acolhe. Isso obviamente tenderia a beneficiar os estados que tivessem à sua disposição estruturas mercantis mais bem desenvolvidas. Como conseqüência, em retrospectiva, é forçoso reconhecer que a consagração de tais direitos (associada também à defesa da liberdade de navegação) favoreceu a expansão de certas potências européias, conduzindo, por conseqüência, a um desenvolvimento do direito internacional orientado pela ideologia liberal.

No que se refere ao desenvolvimento do investimento internacional, o contexto colonial não nos oferece grandes contribuições. O investimento colonial não pode ser considerado internacional, na medida em que é protegido pelas leis e pela força do estado metrópole, não precisando de regras específicas de solução de conflito. O principal componente da relação de colonização é a extensão da jurisdição da metrópole às áreas colonizadas. Apesar de diferenças de cunho administrativo, a colônia é um território

submetido a uma jurisdição principal, não havendo o aspecto jurídico de transnacionalidade: o montante investido não deixa o âmbito de uma jurisdição estatal para se instalar no âmbito de outra. O investidor, por sua vez, embora cidadão da metrópole, não é considerado um estrangeiro pelo poder colonial constituído (SORNARAJAH, 2004, p. 18).

SORNARAJAH menciona ainda (2004. p. 19) que a situação é distinta no contexto de relações não-coloniais com estados alheios à "civilização européia". Países como a China, o Japão e o Sião viram-se forçados a assinar tratados estabelecendo enclaves de facilitação do comércio e de investimento de estrangeiros em seu território, nos quais seria aplicável a legislação do estado de nacionalidade, com base no princípio da extraterritorialidade. Em caso de controvérsias entre o estado receptor dos investimentos e o estado de nacionalidade de um investidor, a solução militar jamais deixaria de ser cogitada. O imperialismo do século XIX foi especialmente importante na transmissão de valores liberais, atraindo outras civilizações para o modelo europeu. A justificação doutrinária viria a reboque, em um esforço de liberal de racionalização.

É especialmente importante no contexto não-colonial anterior à descolonização a análise das relações entre EUA e América Latina. Potência em ascensão, os EUA buscavam ampliar sua influência política, econômica e cultural no hemisfério ocidental. Doutrinas como a de Monroe e seus diversos corolários se esforçavam para afastar as Américas de uma influência européia indesejada. Os posicionamentos dos EUA desde logo evoluíram para uma apaixonada defesa de um padrão internacional mínimo. Já em 1796 o Presidente John Adams (*apud* DOLZER e SCHREUER, 2008, p. 11) afirmava:

> *"There is no principle of the law of nations more firmly established than that which entitles the property of strangers within the jurisdicition of another country in friendship with their own to the protection of its sovereign by all efforts in his power."*

Cabe salientar, no sentido do que foi dito até aqui, uma tendência já apontada Afonso ARINOS e retomada por LAFER (1977, p. 65), entre outros autores: os estados mais adiantados do Ocidente, Inglaterra, França e, a seu turno, também os EUA, "procuraram regular juridicamente a relação com outros povos em função de suas transformações internas". Na medida em que o liberalismo político e econômico se impunha como projeto e objetivo do desenvolvimento dessas sociedades, as doutrinas

liberais também influenciavam a maneira como esses estados lidavam com outros e como seus povos lidavam com outros. Assim, os séculos XVIII e XIX assistiram a uma internacionalização da ordem constitucional, com a gradativa inclusão de temas de direito internacional nos dispositivos constitucionais. A adoção de dispositivos referentes ao tratamento de estrangeiros e os esforços de delimitação do âmbito discricionário da soberania do estado são reflexo desse fenômeno.

No campo doutrinário, o tema dos bens dos estrangeiros não chegou a empolgar muitos juristas do período. A discussão parecia resolvida no âmbito do direito público interno de cada estado. Havia a presunção de que cada entidade soberana protegeria, com sua legislação doméstica, a propriedade privada dos estrangeiros, sendo considerada suficiente garantia o tratamento nacional. Na falta de padrões de tratamento ou de proteção adequados, o estado de nacionalidade do investidor poderia, por meio do instituto da proteção diplomática, fazer valer os direitos de seu cidadão.

Uma exceção à apatia pode ser encontrada nas Conferências da Paz realizadas na Haia em 1899 e em 1907. Entre as Convenções celebradas, a Convenção sobre Regras e Costumes da Guerra Terrestre (Haia II), de 29 de Julho de 1899, e sua segunda versão (Haia IV), datada de 18 de outubro de 1907, indica a possibilidade de se construir um consenso internacional sobre o termo, o qual se estabeleceu nos termos do Art. 46 (em ambas as Convenções, o artigo mantém a mesma numeração):

> *"Family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected. Private property cannot be confiscated"*.

Reconhece-se, portanto, o dever de proteção dos Estados contra a propriedade privada de todos, sendo, portanto, abrangente ao direito de nacionais e de estrangeiros. Não se mesura, todavia, o *quantum* da proteção que seria objeto de candente discussão nas décadas subseqüentes (QUADROS, 1998, p. 17).

O consenso em torno da obrigação de indenização de todo Estado contra atentados à propriedade de estrangeiros parecia tão firmemente consolidado que ROOT (1910, p. 521-2), um dos primeiros internacionalistas de destaque nos EUA, assim se expressava:

> *"There is a standard of justice, very simple, very fundamental, and of such*

> *general acceptance by all civilized countries as to form a part of the international law of the world. The condition upon which any country is entitled to measure the justice due from it to an alien by the justice which it accords to its own citizens is that its system of law and administration shall conform to this general standard. If any country's system of law does not conform to that standard, although the people of the country may be content or compelled to live under it, no other country can be compelled to accept it as furnishing a satisfactory measure of treatment to its citizens".*

O consenso expressado por ROOT não foi, todavia, duradouro. Vimos que a Revolução Bolchevique abriu a brecha para um conflito de concepção entre um sistema liberal capitalista e um sistema socialista. A partir dessa brecha Leste/Oeste, que gerou efeitos duradouros nas relações econômicas internacionais pelo menos até o colapso da URSS, o consenso em torno de um discurso liberal ruiu, e propostas alternativas começaram a surgir no mundo em desenvolvimento da década de 1920, representado principalmente pela América Latina. É verdade que os líderes latino-americanos enveredaram por um caminho diferente do proposto pelo marxismo-leninismo soviético, mas isso não os torna menos relevantes. Já desde o século XIX, líderes nacionalistas latino-americanos travavam conflitos verbais com as potências européias e com os EUA, promovendo, ataques sistemáticos às potências estrangeiras fundados em discursos nacionalistas que refletiam, de uma maneira geral, a mesma proposta da 'soberania econômica' característica de alguns anos depois. Refletindo desde genuínas questões econômicas até meras estratégias burlescas de legitimação de líderes usurpadores no poder, os tradicionais ataques às propriedades de estrangeiros na América Latina tomariam novo impulso, e nova orientação, a partir de 1917.

Naquele ano, o México apresentou a sua versão da ruptura do consenso em matéria de proteção dos bens dos estrangeiros. No dia 5 de fevereiro de 1917, quando na Rússia ainda reinava um Czar, foi promulgada a dita Constituição de Querétaro, oficialmente uma revisão constitucional do texto anterior, de 1857, ao qual se pretendia fazer incluir as reivindicações sociais encampadas pela Revolução Mexicana, que conduzira o país à guerra civil desde a queda de Porfírio Diaz, em 1911. Para nosso campo de estudo, é importante o Art. 27 da Constituição Mexicana, cujo texto permanece praticamente inalterado desde a sua promulgação:

> *"La propriedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde originariamente a la nación la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares,*

> *constituyendo la propiedad privada. Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización. La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación".*

Por pelo menos dois motivos, a Constituição de Querétaro revoluciona juridicamente o tema no qual nos debruçamos: em primeiro lugar, por inaugurar a idéia de território como *propriedade* do estado. Além disso, inaugura também a noção de *função social* da propriedade. O estado passa a ter o direito de intervir na propriedade privada, seja nacional ou estrangeira, com o fito de fazer uma "distribuição eqüitativa da riqueza pública". A propriedade privada – leia-se sempre a propriedade privada de recursos naturais ou dos meios de produção – está subordinada ao interesse comum de toda a população. Sendo o estado o soberano intérprete e executor da vontade geral da nação, cabe a ele expropriar os bens que não estiverem, em sua opinião, atendendo às suas funções sociais.

O modelo mexicano é bastante diferente do padrão liberal, mas não chega ao ponto de uma ruptura absoluta, como o modelo soviético, uma vez admite indenização, embora o texto constitucional não especifique os critérios em que se dará essa compensação. Alem disso, o modelo mexicano não exclui a propriedade privada dos recursos naturais e dos meios de produção. Reformas constitucionais posteriores incluíram regras um pouco mais específicas sobre matérias novas, tais como o regime do mar territorial e aspectos referentes a reforma agrária. As linhas iniciais do extenso Art. 27 permanecem, todavia, inalteradas.

Em tese, tais regras são aplicáveis tanto a investidores nacionais como a investidores internacionais. O fundamento jurídico dessa nova configuração do estatuto dos estrangeiros é o pensamento de um jurista argentino do século XIX, que se dedicara a combater a extraterritorialidade da jurisdição de certos estados, principalmente a Inglaterra (quem?). De acordo com o princípio da extraterritorialidade, sob alegações diversas, os estados poderiam estabelecer tribunais fora de sua jurisdição territorial com o objetivo de dirimir disputas que afetassem seus nacionais no exterior. A distorção da justiça representada por esse tipo de medida gerou grandes discussões no Brasil, por exemplo durante a questão Christie, mas foi na Argentina que a questão tomou proporções de doutrina internacional.

Carlos CALVO, o jurista argentino que enfrentou essa questão, procurava combater a presença de um aparato judicial estrangeiro em território nacional, aparato este que poderia gerar grandes constrangimentos aos governos da Argentina e de outros países em que se verificava essa prática de feição colonial. A doutrina Calvo indica que os estrangeiros não podem ter mais direitos que os nacionais do estado que os recebe. Assim se expressou CALVO (1896, III. 138)**,** em seu tratado sobre direito internacional:

> *"La responsabilité des gouvernements envers les étrangers ne peut être plus grande que celle que ces gouvernements ont à l'égard de leurs propres citoyens. On ne saurait prétendre, on effet, que les droits d'hospitalité puissent restreindre le droit qui appartient à un gouvernement d'user de tous les moyens légaux pour pourvoir à la conservation de l'État, ou que les étrangers puissent obtenir une position privilegiée; l'exemption des conséquences des malheurs publics est la garantie des dommages qui pourraint être causés par force majeure ou par l'impérieuse necéssité de pourvoir au salut publique"*

A proposta de Calvo vem reforçar a doutrina do tratamento nacional, tornando-a absoluta. Para Calvo, os limites da proteção aos direitos e bens de estrangeiros não podem ser mais amplos que os conferidos pela lei aos nacionais. Os direitos de hospitalidade, aqueles que regulam o tratamento e a proteção dos estrangeiros, não podem restringir o direito do estado de fazer uso de todos os meios legais para garantir sua própria preservação. Enfrentando graves crises políticas internas, a República Argentina encontraria em Calvo a expressão jurídica dos atos que o governo central precisava tomar para garantir a unidade nacional.

Ora, se cumpre aos estrangeiros a aplicação de um *tratamento nacional absoluto*, é fundamental que estrangeiros e nacionais estejam submetidos aos mesmos tribunais. Desenvolveu-se daí a "cláusula de Calvo", que se inspira na doutrina Calvo, mas com ela não deve ser confundida. Nos termos da cláusula de Calvo, os investidores internacionais que são admitidos no território de um determinado estado renunciam a todas as formas de proteção que poderiam a ser utilizadas pelo seu estado de nacionalidade. A adoção de tal cláusula foi polêmica no início, e acabaria evoluindo para o princípio do esgotamento dos recursos internos como pré-requisito para o estabelecimento de um contencioso internacional entre indivíduos e Estados.

De grande relevância histórica, especialmente no combate à *gunboat diplomacy*, ou 'diplomacia das canhoneiras', ou seja, emprego de força militar para persuadir governos recalcitrantes a cumprir suas obrigações internacionais, a Doutrina

Calvo foi retomada com força por ocasião das expropriações conduzidas na América Latina durante a década de 1930. Já desde 1907, a Convenção Drago-Porter celebrada juntamente com as demais convenções da Haia daquele ano, estabeleceu a proibição da prática da diplomacia das canhoneiras, momento em que a doutrina Calvo perde força em benefício do consenso liberal que se fortalecia cada vez mais. O impacto da Doutrina Calvo não foi dos maiores ao longo do século XIX. Às vésperas da Primeira Guerra Mundial, as influências benéficas do investimento internacional alicerçado nas bases do liberalismo econômico eram amplamente reconhecidas pelas principais potências. Esse reconhecimento, não obstante fosse discutível seu grau de efetiva universalização, foi a base das regras consuetudinárias sobre a matéria, garantindo total segurança ao investimento estrangeiro durante todo o ciclo produtivo e em caso de expropriação por qualquer motivo. Tais regras fariam parte essencial das obrigações do Estado em face de estrangeiros.

Uma análise da Doutrina Calvo em retrospectiva aponta, porém, que a equalização dos direitos de estrangeiros ao dos nacionais geraria reflexos indesejáveis, deixando o direito dos estrangeiros vulnerável às vicissitudes dos poderes legislativos internos, os quais podem adotar as mais amplas garantias ou optar pela total ausência de proteção. Nesse sentido, a Doutrina Calvo surge como um mecanismo para interromper progressiva internacionalização do regime jurídico de proteção aos estrangeiros.

Estamos, agora, diante de um problema de direito internacional. As regras costumeiras referentes ao respeito à propriedade já não são universalmente aceitas. A idéia de acordo tácito unânime como pressuposto de validade das normas consuetudinárias, vigente à época, já não se verifica, na medida em que México e URSS subvertem a interpretação dessas normas e esvaziam seu conteúdo. Reflexo disso foi a necessidade de codificar o costume internacional no que se refere ao tratamento dos bens de estrangeiros. A Sociedade das Nações convocou uma Conferência de Codificação para 1930, cujos trabalhos resultaram infrutíferos.

Os problemas antecipados pela reforma constitucional mexicana em 1917 causariam novos transtornos em 1938, quando o presidente Lázaro CÁRDENAS determinou a nacionalização da indústria petrolífera no México, consolidando um movimento de adesão progressiva à Doutrina Calvo como argumento para diminuição da hegemonia americana na região. Coube ao Secretário de Estado americano Cordell HULL

reagir às invectivas mexicanas. Em uma célebre troca de comunicações diplomáticas, HULL desenvolveu uma fórmula de indenização que até hoje leva seu nome. Assim se expressou o Secretário americano sobre aquela que ficaria conhecida como a Fórmula de HULL:

> *"The fundamental issues raised by this communication from Mexican Government are, therefore, first, whether or not universally recognized principles of the law of nations require, in the exercise of the admitted right of all sovereign nations to expropriate private property, that such expropriation be accompanied by provision on the part of such government for adequate, effective, and prompt payment for the properties seized; second, whether any government may nullify principles of international law through contradictory municipal legislation of its own; or, third, whether such Government is relieved of its obligations under universally recognized principles of international law merely because its financial and economic situation makes compliance therewith difficult".*

Na opinião de HULL, as expropriações de bens de estrangeiros só são lícitas se, independentemente do que dispuser o direito interno para os nacionais do estado expropriante, elas forem acompanhadas de indenização imediata (*prompt*), adequada, ou seja, integral (*adequate*) e efetiva, ou seja em moeda sonante (*effective)*. Para HULL, faz-se necessária a utilização de um padrão mínimo que oriente e corrija a regra nacional de tratamento. Como observa QUADROS (1998, p. 19), nem sempre a adoção do princípio da igualdade entre nacionais e estrangeiros, o tratamento nacional, em matéria de regime da propriedade privada quis significar o afastamento, ao menos total, quanto aos últimos, das regras de direito internacional.

A grande discussão em matéria de tratamento passaria a girar em torno do embate entre o princípio do tratamento nacional e as regras internacionais de tratamento mínimo dos estrangeiros. As noções desenvolvidas pela Revolução Russa, pela Constituição Mexicana e pela recuperação do pensamento de Carlos Calvo dariam o tom dos argumentos dos países em desenvolvimento. A retomada de valores liberais clássicos, conforme revitalizados pela Fórmula de HULL, daria o tom dos argumentos dos países desenvolvidos.

Como observam DOLZER e SCHREUER (2008, p. 13), é possível observar em inúmeras disputas internacionais referentes ao estatuto dos estrangeiros em direito internacional a noção de que o estrangeiro está protegido de medidas inaceitáveis tomadas pelo estado receptor por regras de direito internacional que são independentes daquelas do

Estado receptor. A soma dessas regras é o padrão mínimo internacional (*international minimum standard*).

Um detalhe importante deve ser adicionado à já ampla lista de controvérsias referentes ao regime jurídico dos bens de estrangeiros. Com a Revolução Russa, surge a tomada de propriedade fundamentada em uma filosofia econômica. O debate sobre os padrões de tratamento e proteção dos investimentos passaria a admitir a hipótese de tomada de bens fundada em objetivos "sociais". A reestruturação de setores econômicos inteiros poderia justificar a atitude, afastando a ilicitude da idéia de tomar os bens de um estrangeiro, a ponto de Cordell HULL se preocupar apenas com os critérios de indenização. SORNAJARAH (2004, p. 20), a propósito, indica que as tomadas de bens realizadas antes da Primeira Guerra Mundial tinham como característica uma inspiração política voltada contra a interferência continuada de potências estrangeiras. Assim, as expropriações de bens levadas a cabo no esteio das Revoluções Russa e Mexicana seriam qualitativamente diferentes das que as antecederam por estarem relacionadas a uma perspectiva de reforma econômica e social. SORNARAJAH (2004, p. 20) ainda lamenta que, não obstante essa essencial diferença entre os dois tipos de interferência, a doutrina continuou aplicando os mesmos princípios para ambos os casos.

Com efeito, há diferenças entre os dois atos do ponto de vista da convicção e da motivação política do estado, motivo pelo qual os acordos propostos e as decisões arbitrais e judiciais não agradaram os estados expropriadores. O problema é que, para o investidor, estabelecendo uma relação de longo prazo com um outro estado, devendo dedicar-se à gestão de um empreendimento de modo a fazê-lo cumprir os planos de negócios esperados, ao custo de muito dinheiro e de algum desgaste político, não faz a menor diferença conhecer o motivo que leva o governo daquele novo estado a tomar os bens e investimentos, oferecendo em troca pouca ou nenhuma indenização. O investidor perde, seja por *vendetta* política do caudilho local, seja por interesse social do grupo revolucionário. No mesmo sentido, a julgar pela evolução econômica dos Estados que tomaram bens de estrangeiros em contextos revolucionários de inspiração social, não se pode afirmar com absoluta certeza que isso se traduziu em grandes benefícios para a população.

2.4.2. *A ONU e os investimentos internacionais*

Já se tornou um dos grandes clichês da doutrina internacionalista a constatação de que a Segunda Guerra Mundial representa um momento de mudança de paradigmas no Direito Internacional, inaugurando um período de bipolaridade definida ao longo do qual a arquitetura internacional herdada do século XIX é reavaliada à luz de uma série de conflitos de concepção entre as duas grandes potências, EUA e URSS. Também no que se refere aos investimentos internacionais a constatação é relevante.

Após a Segunda Guerra Mundial, inverte-se a relação de complementação entre direito constitucional e direito internacional apontada por Afonso ARINOS e Celso LAFER (1977, p. 69), anteriormente mencionada. Se antes as principais potências do ocidente buscavam regular as relações com outros povos em função de transformações internas, internacionalizando o direito constitucional, agora o movimento se inverte. Há, diz LAFER, um claro esforço de constitucionalizar a ordem internacional de maneira a conferir estabilidade à organização jurídica da comunidade internacional. A criação da ONU é uma etapa importante na constitucionalização da ordem internacional, disciplinando os poderes e as competências internacionais de cada estado e da comunidade internacional.

Também nesse sentido, reforça-se a necessidade de internacionalizar os direitos humanos já consagrados em constituições ocidentais, de maneira e coibir novos holocaustos e intimidar a URSS, cuja proposta de internacionalização do socialismo era vista com maus olhos. Sendo uma das finalidades da organização o respeito universal aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, conforme apontado pelo Art. 1 (3) da Carta das Nações Unidas, e uma obrigação de seus Estados-membros assegurar o gozo desses direitos, nos termos do Art. 55, alínea *c*, da mesma Carta, ficou evidente que o papel das Nações Unidas seria decisivo na internacionalização desses direitos.

Um dos mecanismos de internacionalização dos direitos humanos de que fez uso a Organização das Nações Unidas foi o esforço de proclamação dos direitos fundamentais, seguindo o movimento de codificação do direito consuetudinário. No que se refere especificamente ao problema dos investimentos internacionais, era curioso notar que a propriedade de estrangeiros encontrava-se mais bem tutelada em tempos de guerra que em tempos de paz. Uma das medidas para solucionar essa contradição foi a inclusão do

tema da propriedade no âmbito das matérias que deveriam compor a *International Bill of Rights* planejada pelos EUA.

A concretização do princípio da proteção da propriedade – seja de estrangeiros, seja de nacionais – é consolidada na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

> *Art. 17.*
> *1. Toda pessoa, individual e coletivamente, tem direito à propriedade.*
> *2. Ninguém pode ser arbitrariamente privado de sua propriedade.*

De fato, o Art. 17 da Declaração Universal é a primeira regra positiva de direito internacional reconhecendo o direito do indivíduo à sua propriedade privada. Ou seja, reconhece a obrigação do Estado de respeitar a propriedade privada de toda pessoa, incluindo aí os estrangeiros que se encontrarem sob sua jurisdição territorial. A partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Assembléia Geral das Nações Unidas voltou repetidamente ao tema do tratamento da propriedade de estrangeiros. O motivo da recorrência era o debate ideológico entre o bloco ocidental e o bloco socialista, agravado com o processo de descolonização da África e da Ásia, o que impossibilitava a constituição de um efetivo consenso. O crescimento do número de membros no âmbito das Nações Unidas enfraqueceu o peso numérico das democracias ocidentais e facilitou a adoção de práticas fundadas na defesa da soberania econômica do Estado em face dos investidores estrangeiros.

Os novos países em desenvolvimento foram hábeis em se articular em torno de agrupamentos tais como o "Terceiro Mundo", ou o Movimento Não-Alinhado ou ainda o G-77, cada um deles adaptado a um foro específico. No âmbito da ONU, a atuação concertada desses países altera fundamentalmente a atuação da Assembléia Geral. Graças à articulação da maioria afro-asiática, os documentos produzidos pela Assembléia Geral tiveram uma mudança gradual de conteúdo. Todas as resoluções do período da Guerra Fria refletem a tensão essencial entre a necessidade de proteção dos bens de estrangeiros (principalmente, bens localizados em países em desenvolvimento) advogada pelos países industrializados, e a necessidade reclamada pelos países em desenvolvimento de disporem livremente dos recursos econômicos localizados em seu território. As resoluções oscilam entre os dois pólos, mas tendem, por força de maiorias conjunturais, a favorecer cada vez mais os países em desenvolvimento. Muitas vezes impulsionados por posições ideológicas, por insistência nas noções mais estritas de soberania (soberania permanente sobre recursos

naturais), e pelo apelo à descolonização econômica, apoiada por uma doutrina econômica clamando pela independência dos centros do colonialismo.

A principal tarefa da ONU seria declarar o direito internacional consuetudinário aplicável à tutela da propriedade de estrangeiros. Além da Assembléia Geral, por seu órgão plenário e por seus comitês especiais e permanentes, também o ECOSOC participou do esforço de codificação das normas consuetudinárias aplicáveis à tutela dos bens de estrangeiros. A discussão rapidamente mudou de perspectiva, deixando de se preocupar com a tutela dos estrangeiros em face dos estados e passando a se preocupar com a afirmação dos direitos soberanos dos estados sobre seus recursos naturais e atividades econômicas, em uma manipulação de sentido voltada para a proteção dos países em desenvolvimentos em face da 'ameaça do imperialismo econômico' representada pelos investidores estrangeiros.

Sem dúvida, o papel preponderante nos esforços de codificação coube à Assembléia Geral da ONU no debate sobre o conteúdo das regras consuetudinárias aplicáveis ao tema. Inicialmente, foram aprovados documentos (Resolução 523 (VI) de 12 de janeiro de 1952 e Resolução 626 (VII) de 21 de dezembro de 1952) que consagravam a postura que vinha sendo adotada pelos países desenvolvidos desde o fim da guerra, favorecendo a cooperação regional e multilateral para o desenvolvimento, e observando que o respeito à soberania deve ser harmonizado com a necessidade de atração de capital estrangeiro para promoção pública ou privada de crescimento econômico. Nos termos dessa primeira tentativa de codificação das normas consuetudinárias, a soberania econômica do estado encontra um limite na necessidade de manter as condições de segurança dos fluxos de capital estrangeiro, a mútua confiança e a cooperação entre os estados. A manutenção da segurança dos fluxos de capital estrangeiro importa o respeito aos direitos adquiridos dos estrangeiros já estabelecidos, condicionando iniciativas de transferência de propriedade, por exemplo, ao pagamento de uma indenização.

A Resolução 824 (IX), de 11 de dezembro 1954, vai além: reconhecendo a contribuição positiva dos fluxos internacionais de investimento privado, a Assembléia Geral recomenda a adoção de medidas de fomento aos investimentos internacionais, especialmente em uma perspectiva de auxílio ao desenvolvimento, incluindo-se a celebração de acordos internacionais entre países industrializados e países em desenvolvimento como mecanismo de estímulo aos fluxos de investimento. Em contraste,

a Assembléia Geral adotou a Resolução 837 (IX) de 14 de dezembro de 1954, na qual surge pela primeira vez a expressão "soberania permanente sobre recursos naturais", entendida como um corolário do direito à autodeterminação dos povos. Tal relação se funda na noção de que a 'soberania econômica' do estado é um aspecto irrenunciável de sua soberania territorial, não sendo por isso afastada na hipótese de uma subjugação imperial. A retomada da independência, ao exercício desimpedido dos poderes soberanos, portanto, importa a retomada da soberania econômica e dos plenos poderes sobre os recursos e atividades econômicas conduzidas no território estatal (QUADROS, 1998, p. 28). Posicionamentos nesse sentido foram reafirmados pela Resolução 1312 (XIII) de 12 de dezembro de 1958, pela Resolução 1514 (XV) de 14 de dezembro de 1960 e pela Resolução 1515 (XV) de 15 de dezembro de 1960.

Em geral, a fase que vai de 1945 até 1962 pode ser caracterizada pelo início de um reconhecimento do direito do investidor à sua propriedade privada pelo direito internacional, o qual deveria tutelá-lo e responsabilizar os estados em caso de violações desse direito. Os novos estados, porém, estavam impregnados por uma expressiva hostilidade ao direito internacional tal como desenvolvido, aplicado e, em certos casos, imposto pelos países desenvolvidos. Disso resulta o emprego de argumentos em favor do fortalecimento da posição soberana do estado diante dos indivíduos estrangeiros. Um dos efeitos retóricos dessa hostilidade é a substituição do termo "expropriação" pelo termo "nacionalização", visando sublinhar a relevância do interesse público na ação empreendida pelo Estado.

A perspectiva dos países da América Latina e, posteriormente, da África e da Ásia, onde a descolonização legou estruturas econômicas dependentes de grupos estrangeiros, especialmente aqueles originários da metrópole colonial, devido a restrições econômicas estabelecidas no contexto do chamado "pacto colonial" que conferia à metrópole o monopólio do comércio com a colônia. Ricos em recursos naturais e bens agrícolas, os estados que formariam o grupo dos estados em desenvolvimento careciam dois componente essencial na promoção do desenvolvimento: o capital a ser investido e a qualificação técnica de sua mão-de-obra. A esses estados interessava superar os entraves ao desenvolvimento legados pelas estruturas coloniais. A estratégia era dúplice: ao mesmo tempo em que buscavam romper com compromissos internacionais herdados do colonialismo, proclamando sua competência de controle exclusivo da economia nacional,

os países em desenvolvimento se articularam para obter concessões não-recíprocas de países industrializados.

Essa afirmação se beneficiou de um cenário favorável, qual seja o conflito de concepções entre o Oeste capitalista e o Leste socialista. Diante dessa polaridade, o esforço de articulação de uma nova polarização entre o Norte e o Sul, abertamente apoiada pelo Leste socialista, se daria exatamente na busca por uma maior igualdade econômica entre os estados combinada com a peremptória afirmação de sua soberania econômica. O hiato entre o grau de desenvolvimento dos países industrializados e os países em desenvolvimento, que só fez aumentar ao longo do século XX, salvo raríssimas exceções, foi determinante na diferenciação das normas econômicas internacionais. Um movimento organizado das economias em desenvolvimento conseguiu obter importantes concessões dos principais atores econômicos internacionais, propiciando que fosse oferecido aos países em desenvolvimento um tratamento mais favorável em determinadas questões econômicas internacionais nos termos do sistema geral de preferências. Concentradas naquilo que veio a ser conhecido como o direito internacional do desenvolvimento, essas novas normas econômicas internacionais encampavam a idéia de igualdade real entre os estados em face da clássica igualdade formal, inadequada à satisfação dos anseios dos países em desenvolvimento.

A afirmação reiterada da 'soberania econômica' dos estados afetou diretamente o tema dos investimentos internacionais, pois, entre as estratégias empregadas para demonstrar a ruptura com a herança colonial se destacou a expropriação do investimento estrangeiro. Até aquele momento, os países em desenvolvimento mantinham, como estratégia de desenvolvimento, exploração de seus recursos mais competitivos, como o café no Brasil, o cobre no Chile ou a carne na Argentina e no Uruguai. A utilização equivocada das rendas da exportação dos recursos naturais e agrícolas prejudicou as iniciativas de desenvolvimento, embora não se possa dizer que progressos não tenham sido realizados. A falta de alternativas, identificada com a presença de investidores estrangeiros em setores considerados estratégicos sugeriu a adoção de medias definitivas contra os "agentes do imperialismo" que administravam ferrovias em dilatadas concessões e exploravam petróleo e outros recursos minerais sem qualquer comprometimento com as demandas nacionais. Inspirados pela experiência soviética, os países em desenvolvimento começaram a expropriar, com ou sem indenização, os estrangeiros detentores de ativos que

fossem considerados estratégicos.

Fausto de QUADROS (1998, p. 24-5) aponta que os estados descolonizados questionavam especialmente o princípio dos direitos adquiridos, que havia sido consagrado pela antiga CPJI no caso *dos Colonos Alemães na Polônia* nos sentido de que os direitos adquiridos por indivíduos segundo o direito em vigor não se extinguem com uma mudança de soberania. Argumentavam os novos estados que o princípio da autodeterminação dos povos permitiria a *tabula rasa*, ou seja, desvincularia o estado de quaisquer compromissos celebrados supostamente em seu nome entre a metrópole colonial e investidores estrangeiros. Tais contratos, alegavam, deveriam ser regidos pelo novo direito interno do estado receptor do investimento.

Entre os episódios que compõem a luta dos países em desenvolvimento contra o liberalismo ocidental, é importante sublinhar a onda de nacionalizações das décadas da descolonização, com especial destaque para o episódio da nacionalização do Canal de Suez, que transcendeu os limites do bom-senso e evoluiu para uma guerra entre Israel e Egito (1956), e também a realização da Primeira Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD I). Nesse passo, é importante destacar a relevância da descolonização para o desenvolvimento da regulamentação internacional dos investimentos. Com a dissolução dos impérios coloniais, as antigas metrópoles se tornaram pólos de exportação de capital direcionado, principalmente, para as suas ex-colônias. Ora, ao se descobrirem exportadores de capital, os velhos impérios coloniais passaram a apoiar a necessidade de regulamentação internacional do setor, com vistas a preservar seus investimentos.

A lógica das expropriações era a da recuperação do controle de determinados setores econômicos pelo estado como caminho para a "independência econômica", ou seja, a utilização das rendas de utilização desses recursos na modernização da economia nacional de maneira a tornar o estado menos dependente de recursos externos, com reflexos favoráveis para toda a sociedade. Obviamente, essa atitude de confronto gerou uma reação contrária por parte dos estados de nacionalidade dos investidores expropriados. A discussão jurídica reflete uma mudança de ponto de partida, cuja compreensão é fundamental para correta análise da regulamentação internacional dos investimentos. Em um primeiro momento, o debate procura responder se existem normas internacionais consuetudinárias regendo as relações entre os estados receptores de investimentos e os

investidores ali instalados. O ponto de partida dos estados desenvolvidos é a suposta existência de um padrão internacional mínimo que orienta a liberdade que os estados têm para tratar os estrangeiros que se encontram sob sua jurisdição territorial. O desafio a esse pressuposto é apresentado pelos estados em desenvolvimento que negam a existência de tal padrão. Esse conflito de concepções seria muito influente no desenvolvimento estrutural do direito internacional econômico.

Inicialmente, como observa SORNARAJAH (2004, p. 19), as relações entre os antigos impérios e as antigas colônias, ou entre os países exportadores e os países importadores de capital foram extremamente hostis, especialmente por conta do processo traumático de descolonização. Além disso, os novos governos estavam dedicados a recuperar o controle de determinados setores de suas economias, o que acabou por desencadear uma temporada de nacionalizações que teve com conseqüência imediata o aumento das pressões internacionais para consolidação das normas aplicáveis a tal questão.

Durante a década de 1960, o período de reconstrução das áreas destruídas pela Segunda Guerra já havia sido superado. Os países industrializados lançavam iniciativas regionais de cooperação econômica (especialmente, as Comunidades Européias e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) e também rodadas de negociações multilaterais no âmbito do GATT (Rodada Kennedy), com o objetivo de iniciar uma nova etapa do processo de liberalização das relações econômicas internacionais. Ora, as novas iniciativas de cooperação econômica internacional passaram a exigir o alargamento da proteção assegurada aos bens dos investidores internacionais.

O primeiro documento de grande relevância produzido pelas Nações Unidas sobre os tema dos investimentos internacionais e sua relação com a controvertida questão da ‘soberania econômica’, foi a Declaração sobre a Soberania Permanente sobre Recursos Naturais, aprovada pela Resolução 1803 (XVII) de 14 de dezembro de 1962, coroando a década de discussões das Nações Unidas. O documento contou com o voto favorável de 86 estados-membros, dois votos contrários (França e República Sul-Africana). Os países socialistas se abstiveram, bem como duas das mais importantes lideranças no Movimento Não-Alinhado: Birmânia e Gana.

A Resolução 1803 (XVII) proclama, em primeiro lugar, que o direito dos povos e estados à soberania permanente sobre suas riquezas e recursos naturais deve ser exercido em benefício de seu desenvolvimento nacional, promovendo o bem-estar de seus

habitantes (Parágrafo 1º). Consagra a seguir a tese da soberania permanente, afirmando que a importação de capital para os fins de desenvolvimento e promoção de bem-estar deve estar conforme às regras e condições que os estados considerem necessárias ou desejáveis, no que se refere à autorização, restrição ou proibição dessas atividades (no parágrafo 2º).

A grande inovação da Resolução 1803 (XVII), todavia, se encontra no terceiro parágrafo:

> *"In cases where authorization is granted, the capital imported and the earnings on that capital shall be governed by the terms thereof, by the national legislation in force, and by international law. The profits derived must be shared in the proportions freely agreed upon, in each case, between the investors and the recipient State, due care being taken to ensure that there is no impairment, for any reason, of that State's sovereignty over its natural wealth and resources"*

A alusão ao direito internacional vem corrigir uma tendência de resoluções anteriores. O exercício da soberania permanente deve ser regido (*shall be governed*) pelas normas pactuadas entre investidor e estado de acolhimento e por sua legislação doméstica, mas também pelo Direito Internacional: *"by the national legislation in force, and by international law"*. Rompe-se com isso uma concepção estrita de tratamento nacional, na medida em que os investimentos internacionais são regidos por regras internacionais, não-aplicáveis aos investimentos domésticos. O parágrafo oitavo da resolução acrescentava ainda que o acordos internacionais de investimento livremente celebrados por estados soberanos devem ser cumpridos de boa-fé.

Como observa GESS (1964, p. 448), o texto da Resolução 1803 é ambíguo. Apesar disso, ou justamente por causa disso, foi capaz de alinhavar um consenso entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento em torno de quatro princípios fundamentais: (i) o dever do Estado de indenizar em caso de medida expropriatória, respeitando a idéia de indenização apropriada tributária da Fórmula de HULL; (ii) o reconhecimento do papel do direito internacional na determinação dos valores da indenização; (iii) o caráter vinculativo dos acordos de investimento celebrados entre estados e entes privados; e (iv) o caráter vinculativo dos acordos de arbitragem celebrados entre Estados e entes privados. Nesse sentido, a Declaração sobre Soberania Permanente conseguiu estabelecer uma solução de compromisso entre a orientação tradicional encampada pelos países desenvolvidos e a nova orientação proposta pelos países em desenvolvimento, sem abrir mão do direito internacional. Há portanto uma correção de

rumos em relação a resoluções anteriores, condicionando o exercício da soberania permanente ao respeito ao direito internacional.

Mais uma vez, no entanto, não se pode dizer que o consenso tenha sido duradouro. Na medida em que aumentava o número de estados descolonizados admitidos nas Nações Unidas, tornou-se possível articular maiorias silenciosas sob a liderança do movimento não-alinhado, tendo o apoio explícito da URSS e do bloco socialista, no sentido de direcionar o conteúdo das resoluções produzidas nos órgãos plenários das Nações Unidas, especialmente na Assembléia Geral.

O debate entre o tratamento nacional e o tratamento segundo um padrão internacional mínimo, que parecia ter sido consensualmente encerrado com a Resolução 1803 (XVII), prosseguiu na medida em que os países em desenvolvimento ganhavam força política no âmbito da Assembléia Geral. Os novos estados não estavam em manter quaisquer laços com suas ex-metrópoles e visavam a máxima diminuição dos poderes dos investidores coloniais em suas economias. Na falta de grupos empreendedores locais, caberia ao governo assumir as funções de empreendedor, estabelecendo um rígido controle da economia, com medidas protecionistas e limitação das liberdades econômicas de estrangeiros. O regime jurídico dos investimentos internacionais seria determinado pela legislação interna, geralmente com muitos rigores (SACERDOTI, 1994, p. 290).

Na ONU, o número crescente de novos estados membros em desenvolvimento estimulava a reafirmação periódica das regras proclamadas na Resolução 1803. Mas essa reafirmação não ocorreu de maneira consensual e favorável à cristalização de princípios gerais e regras consuetudinárias aceitas tanto por importadores como por exportadores de capital. Muito ao contrário, favoreceu o dissenso. O aumento expressivo no preço de certas matérias-primas em que a base industrial dos países desenvolvidos se baseava, especialmente o petróleo, resultado de uma ação concertada dos produtores dos países em desenvolvimento em 1970, conferiu importância a essas reservas estratégicas em poder de países em desenvolvimento. Com isso, as mais sérias dúvidas foram lançadas contra a existência das normas consuetudinárias no tratamento dos investimentos de estrangeiros.

O ápice do processo de "nacionalização" das competências econômicas estatais se dá em 1974, poucos meses após o primeiro choque do petróleo. Entre os dias 9 de abril e 2 de maio daquele ano, esteve a Assembléia Geral reunida em Sessão Especial, a sexta de sua história, para discussão do tema da "Nova Ordem Econômica Internacional" (NOEI).

Ao cabo de quatro semanas de negociação, foram adotadas duas polêmicas resoluções: a *"Declaration for the establishment of a New International Economic Order"*, Resolução 3201 (S-VI) de 1 de Maio de 1974 ("Declaração da NOEI"); e o *"Programme of action on the establishment of a New International Economic Order"*, Resolução 3202 (S-VI) de 1 de Maio de 1974 ("Programa de ação da NOEI"). Essas resoluções não foram aprovadas pela Assembléia Geral mediante votação formal, razão pela qual os Estados contrários foram obrigados a adotar reservas (WESTON, 1981, p. 450).

Sobre a soberania econômica, a Declaração da NOEI proclama solenemente como um dos fundamentos dessa nova ordem o princípio da "soberania total e permanente de todos os Estados sobre seus respectivos recursos naturais e atividades econômicas", cujo conteúdo material assim estabelece (Art. 4º, *e*):

> (…) *In order to safeguard these resources, each State is entitled to exercise effective control over them and their exploitation with means suitable to its own situation, including the right of nationalization or transfer of ownership to its nationals, this right being an expression of the full permanent sovereignty of the State. No State may be subjected to economic, political or any other type of coercion to prevent the free and full exercise of this inalienable right;*

Nota-se a cristalização da posição dos países em desenvolvimento mais fervorosos em sua oposição ao modelo liberal ocidental. O recrudescimento das posições se aprofundaria ainda mais com a Resolução 3281 (XXIX) de 12 de Dezembro de 1974, em que a Assembléia-Geral das Nações Unidas aprovou um documento cuja preparação havia sido prevista nas Resoluções da NOEI: a *Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados* ("CDDEE"). O propósito inicial do documento seria o aprofundamento da reforma da ordem econômica internacional a partir dos princípios da NOEI, consolidando as novas regras sobre a matéria. Inspirava-se na Resolução 45 (III) da UNCTAD, à qual já fizemos menção, e buscava incorporar também o conteúdo da Declaração de Argel de 1973, aprovada pelo Movimento dos Países Não-Alinhados.

Sobre a soberania econômica, a CDDEE reconhece aquilo que já havia sido consagrado nas Resoluções NOEI. Em primeiro lugar, o Art. 2(1) proclama que todo Estado tem total e permanente soberania sobre todas as suas riquezas, recursos naturais e atividades econômicas, devendo exercer livremente tal poder soberano, incluindo-se nesse exercício a posse, o uso e a disposição de seu soberano patrimônio. Nesse sentido, o Art. 2 (1) cristaliza a proposta dos países em desenvolvimento no que se refere à "soberania

econômica" dos estados:

> *"Every State has and shall freely exercise full permanent sovereignty, including possession, use and disposal, over all its wealth, natural resources and economic activities"*

O segundo parágrafo procura regulamentar o conteúdo de seu precedente. Os direitos atribuídos aos Estados se dividem em três subparágrafos temáticos. O primeiro subparágrafo, dedicado ao tratamento dos investimentos, reconhece o direito de cada Estado…

> *"To regulate and exercise authority over foreign investment within its national jurisdiction in accordance with its laws and regulations and in conformity with its national objectives and priorities. No State shall be compelled to grant preferential treatment to foreign investment;"*

Conseqüência lógica da soberania total e permanente dos Estados e do direito destes de regular e exercer autoridade sobre investimentos estrangeiros localizados no âmbito de sua jurisdição internacional é a recusa necessária de qualquer padrão internacional de tratamento. Mais uma vez se consolida a proposta de submissão do problema ao direito doméstico de cada Estado, nos termos do tratamento nacional mais puro, não havendo qualquer menção ao direito internacional (CARREAU e JUILLARD, 2007, p. 472).

A ausência de qualquer menção ao direito internacional e a conseqüente ausência de qualquer padrão mínimo internacional, permite ao Estado a liberdade de escolher *qualquer* regra de tratamento: preferencial, nacional ou diferencial. A escolha dessa regra de tratamento se pauta pelas prioridades e objetivos nacionais, estando, portanto, submetida aos programas de desenvolvimento. A decisão soberana de implementar políticas favoráveis ou desfavoráveis aos investimentos internacionais, ainda que lese os direitos adquiridos de investidores previamente estabelecidos, não permite a oposição de qualquer padrão internacional contra essa medida, uma vez que a CDDEE reconhece os direitos soberanos dos Estados.

Ademais, não há menções claras sobre as regras possíveis de tratamento. Assim, se, por um lado, não há qualquer menção consistente sobre a possibilidade de concessão de tratamento preferencial, por outro, há um silêncio eloqüente sobre o

tratamento diferencial. Por omissão, entende-se que a CDDEE autoriza o tratamento diferencial, discriminatório, aos investidores estrangeiros. Isso fez surgir um comentário irônico que atesta que a CDDEE seria a Carta dos Direitos dos países do Sul e dos Deveres dos países do Norte. (CARREAU e JUILLARD, 2007, p. 473).

É importante observar a degradação do padrão de tratamento: se, nos primórdios, pleiteava-se um tratamento equivalente ao nacional, corrigido, quando assim exigissem as circunstâncias, por um padrão mínimo internacional, passou-se a seguir a pleitear o tratamento exclusivamente nacional e, por fim, a permitir o tratamento inferior ao nacional, discriminatório, avesso aos mais elementares princípios de cooperação internacional. Por conta disso, aponta-se que a CDDEE representa um retrocesso em relação à Resolução 1803, na medida em que extrapola os limites originais da doutrina Calvo, nega a existência padrões mínimos internacionais e permite que a propriedade privada dos estrangeiros esteja totalmente vulnerável à vontade dos Estados de acolhimento, acima dos quais não se reconhecia haver qualquer instância. O registro de votação da CDDEE mostra questiona sua eficácia. Apesar de aprovada com 120 votos favoráveis e apenas seis votos contrários (Alemanha, Bélgica, Dinamarca, EUA, Luxemburgo e Reino Unido), além das abstenções de Áustria, Canadá, Espanha, França, Holanda, Irlanda, Israel, Itália, Japão e Noruega, a CDDEE conseguiu reunir nesses dezesseis votos, quinze membros da OCDE, totalizando cerca de dois terços do comércio mundial daquela época. Com tal quantidade de objeções, fica difícil não considerar que os países em desenvolvimento talvez tenham ido longe demais, como observa MALANCZUK (2002, p. 234).

A oposição persistente por parte de alguns países quanto ao modelo proposto pela NOEI, bem como a recusa do modelo liberal clássico pelos defensores da NOEI corroeu as regras consuetudinárias sobre a matéria, inaugurando um período de incerteza no plano multilateral. A avaliação do impacto dessas resoluções exige uma reflexão equilibrada. Como observa BROWNLIE (2008, p. 542), o forte sabor político e programático da CDDEE denota que não há ali a intenção de *declarar* princípios pré-existentes. De fato, sendo decorrência de uma proposta de *nova* ordem econômica internacional, os princípios enumerados pela CDDEE se assemelham muito mais ao conteúdo de um plano aplicável *ex nunc* que ao conteúdo de um esforço de codificação do direito não-escrito, aplicável *ex tunc*.

2.5. CONCLUSÕES GERAIS DO CAPÍTULO

Atualmente, é inegável a competência 'soberana' de cada estado para regular sua economia de modo independente dos demais. Essa condição é o ponto de partida para consideração do problema dos investimentos. Se aplicamos uma tal afirmação aos investimentos internacionais, verificamos que, por força de sua 'soberania econômica', os estados não estão obrigados a permitir a entrada de investidores em seu território, sendo-lhes facultada tal liberalidade e sendo a decisão de admitir submetida às exigências do planejamento econômico nacional. É nesse sentido que afirmam, por exemplo, JENNINGS e WATTS (1992, pp. 383-384) e SHIHATA (1994, p. 47).

Mais do que isso, cada estado pode escolher livremente os fundamentos de seu sistema econômico nacional. CARREAU e JUILLARD observam que haveriam limites a essa auto-determinação econômica do estado, quais sejam, as linhas gerais da ordem econômica internacional (2007, p. 24), especialmente a partir do momento em que o conflito de concepção entre um sistema capitalista liberal e um sistema socialista foi superado a partir do desmoronamento deste último.

O objetivo principal da articulação de uma noção de "soberania econômica", especialmente tendo em vista seu caráter "permanente", sempre foi o de fundamentar um poder de controle mais amplo por parte do estado em face de interesses estrangeiros. Há uma clara opção pela exclusão do outro da economia e sua re-aceitação mediante total sujeição às competências econômicas e administrativas do estado. Uma análise em retrospecto dessas questões aponta para a existência de algumas ambigüidades que fragilizam as propostas esposadas pelos países em desenvolvimento. A oposição persistente dos países da OCDE ao modelo proposto pelos partidários da NOEI já tornaria qualquer esforço de sistematização insuficiente, mas os desdobramentos da "revolução" dos estados em desenvolvimento legaram problemas ainda mais complexos.

Em primeiro lugar, a questão da titularidade da soberania econômica deixa brechas: se a soberania é característica dos estados, apenas os estados podem ser economicamente soberanos. A maioria dos textos produzidos no contexto da NOEI aponta nesse sentido, mas há documentos indicando "povos e nações" como titulares dos direitos

de soberania econômica. O argumento da "soberania econômica" parece ter sido usado como figura retórica visando combater situações contra as quais se insurgiam os países em desenvolvimento. Assim, foi empregado contra o colonialismo e contra situações de discriminação racial sustentadas de alguma maneira pelos países desenvolvidos (NGUYEN, DAILLIER, PELLET; 2003, p. 1064). Em casos como os de Israel e da África do Sul, a "soberania econômica" é atributo dos povos e das nações. Por outro lado, não se fala, por exemplo, em soberania econômica do Tibete ou dos tibetanos.

Em segundo lugar, não resta claro se a todos os estados é reconhecida com a mesma força a plenitude de sua "soberania econômica". Se o argumento da "soberania econômica" é empregado com o objetivo de superar as desvantagens econômicas enfrentadas por países em desenvolvimento, podem os países desenvolvidos fazer uso de argumentação semelhante visando a proteção de suas prerrogativas em face dos países em desenvolvimento? A aplicação da noção de "soberania econômica" exclusivamente aos atos praticados por países em desenvolvimento fere o princípio da igualdade soberana, que se encontra positivado na Carta das Nações Unidas (NGUYEN, DAILLIER, PELLET; 2003, p. 1065). Por outro lado, sua apropriação por países desenvolvidos esvazia os esforços por uma liberalização econômica em favor do desenvolvimento e da redução das desigualdades entre estados. O argumento da soberania econômica se presta, por exemplo, para justificar as medidas protecionistas tão combatidas nas relações comerciais internacionais.

Além disso, o conteúdo da "soberania econômica" é amplíssimo. As primeiras resoluções tratavam de recursos naturais. A partir de 1974, o discurso passou a ser direcionado para atividades econômicas em geral. Atualmente, é possível falar em recursos minerais e agrícolas, bem como atividades de exploração, transformação e comercialização de tais recursos. O aumento da relevância dos recursos marítimos e do território marítimo dos estados veio ampliar ainda mais o conteúdo, agregando conceitos como o de zona econômica exclusiva e plataforma continental à noção de soberania econômica. Dessa forma, é possível observar uma tendência geral de crescimento da dominação do estado sobre recursos naturais cada vez mais distantes de sua base territorial terrestre (NGUYEN, DAILLIER, PELLET; 2003, p. 1066). Essa tendência se orienta mais por um desejo de exclusão do outro do que propriamente por um anseio genuíno pela exploração dos recursos disponíveis. Tão importante quanto encontrar petróleo a quilômetros de

profundidade é garantir que as "potências" jamais cheguem perto desses recursos, recursos estes aliás estrategicamente referidos como "reservas" (NGUYEN, DAILLIER, PELLET; 2003, p. 1066).

Considerar programático o conteúdo das resoluções adotadas no contexto da NOEI importa observar o impacto de seus princípios a partir de 1974. Talvez o maior legado da NOEI seja o esfacelamento do direito consuetudinário aplicável ao investimento internacional. Se a NOEI foi incapaz de gerar uma nova ordem econômica internacional, soube destruir a antiga ordem e colocar sérios obstáculos à consolidação de um padrão internacional mínimo de tratamento aos investidores. Esforços de décadas visando a harmonização de padrões de tratamento e critérios de expropriação não foram, todavia, totalmente vãos. As amplas discussões sobre o conteúdo do direito consuetudinário alimentaram a celebração de acordos sobre investimentos, inicialmente restritos a relações bilaterais e posteriormente adotados em esquemas de cooperação regional e liberalização comercial.

Fundamentada na decisão do caso *Lotus*, segundo a qual não se presumem as obrigações internacionais que limitam as liberdades dos estados, as reafirmações periódicas de 'soberania econômica' em face dos investidores internacionais foram decisivas para inviabilizar qualquer proclamação de normas consuetudinárias por parte da ONU. Todo estado tem o direito de controlar a entrada de investimento internacional em seu território, direito esse decorrente de sua 'soberania econômica', podendo impedir a entrada de determinados investidores ou excluir investidores presentes em seu território. Dizendo de outras forma, *não há qualquer obrigação internacional não-escrita de admissão dos investidores internacionais*.

Por outro lado, a ausência de normas consuetudinárias permite que os estados contraiam modalidades variadas de compromissos nessa área por meio de obrigações internacionais escritas sob forma solene e contraídas perante outra entidade igualmente soberana, na forma de um tratado internacional. Na interpretação de tais documentos, não há que se presumir qualquer direito soberano, mas sim a vontade do estado positivada no texto escrito e os objetivos gerais que moveram a celebração do documento, a fim de corretamente observar a delimitação entre as competências internas e os limites externos. Alguns acordos regionais e bilaterais chegam a instituir o prévio direito de admissão e estabelecimento para investidores que sejam nacionais das partes contratantes. Havendo

tratado concedendo tais direitos aos investidores, cada estado deixa de ter o poder de selecionar investidores provenientes de suas contrapartes, por força do princípio *pacta sunt servanda* (SORNARAJAH, 2004, p. 97).

A associação entre o direito de admissão e estabelecimento conferido a investidores internacionais em etapa preliminar e o padrão de tratamento nacional pós-estabelecimento resulta na renúncia ao direito de controle dos investimentos internacionais por parte dos estados contratantes, como veremos no próximo capítulo.

3. LIBERDADE DE INVESTIMENTO: INTERESSES, CONCEITOS, LIMITES

"O dinheiro é como o vento: só entra pela porta se puder sair pela janela."
– **Provérbio árabe.**

3.1. INTERESSES EM JOGO

A relação entre o investidor e o estado em que se realiza o investimento é uma relação marcada, desde o início, por potenciais conflitos de interesses. Os interesses econômicos dos investidores se chocam com os interesses econômicos do estado, e também com os interesses sociais e políticos, as prioridades públicas estabelecidas em diversos níveis administrativos e, em certos casos, com os interesses escusos de determinadas autoridades públicas interessadas em se beneficiar privadamente da posição ocupada. Não se pode olvidar, igualmente, os interesses do estado de nacionalidade do investidor, o qual em tese se preocupa com o tratamento que seus nacionais recebem no exterior, patrocinando direta ou indiretamente a defesa dos interesses particulares de nacionais que se afirmem lesados pelo estado receptor de investimentos.

Se, por um lado, temos uma relação potencialmente conflituosa, por outro, é importante deixar claro que o investidor precisa do estado receptor de investimentos e o estado receptor de investimentos precisa do investidor. Cada parte detém algo que interessa à outra. O investidor dispõe de capital, tecnologia, redes de distribuição, enfim, condições empresariais de contribuir para o crescimento econômico do estado receptor de investimentos; este, por sua vez, dispõe de posição geográfica, recursos naturais, mão-de-obra de menor custo relativo ou especialmente qualificada para determinada função, além de um mercado consumidor para os produtos oferecidos pelo investidor (GÓMEZ-PALACIO e MUCHLINSKI, 2008, p. 232-3).

É cínica, portanto, a alegação de que apenas os investidores internacionais se beneficiam das operações de investimento. Muitos lugares do planeta permaneceriam submetidos a um inescapável subdesenvolvimento se a entrada de investimentos não os aproximasse, ainda que minimamente, dos países tidos como os mais desenvolvidos do ponto de vista econômico e social. Portanto, é mais apropriado afirmar que os estados receptores de investimento nem sempre estão em condições de lidar com a amplitude de

efeitos causados pela entrada de investimentos internacionais em sua jurisdição territorial, daí decorrendo efeitos indesejados de ordem econômica, política e social, como demonstraremos nas próximas páginas.

3.1.1. *Interesses econômicos dos investidores*

A explicação canônica do funcionamento do comércio internacional sob o prisma das ciências econômicas nos é dada pelo modelo de Heckscher-Ohlin, desenvolvido por Bertil G. OHLIN (1889-1979) a partir dos trabalhos de seu professor e antecessor na Escola de Economia de Estocolmo, Eli F. HECKSCHER (1879-1852). Em um estudo denominado *"Interregional and international trade"* publicado em 1933, OHLIN revisita a teoria das vantagens comparativas de David RICARDO (1772-1823) para propor um modelo matemático de equilíbrio do comércio internacional.

Para RICARDO, a especialização econômica de cada país se basearia dotação relativa de fatores tecnológicos que afetam a produtividade de determinados produtos. Países com tecnologia mais eficiente para a produção de vinhos deveriam se especializar na produção e comercialização de vinhos. Países com tecnologia mais eficiente para a produção de têxteis deveriam se especializar na produção e comercialização de têxteis. Assim, o país produtor de vinhos (Portugal) e o país produtor de têxteis (Inglaterra), caso comercializassem seus produtos comparativamente vantajosos entre si, estariam ambos se beneficiando do comércio internacional (KRUGMAN e OBSTFELD, 2003, pp. 11-12).

OHLIN faz uso da lógica de RICARDO, mas baseia seu modelo não na dotação desigual de tecnologia entre os diferentes países, mas na dotação desigual de fatores de produção, como terra, trabalho ou capital. Os países tenderão se especializar, de acordo com o modelo, nas atividades econômicas cujos fatores de produção sejam proporcionalmente mais abundantes em comparação com os demais países. Assim, um país em que o trabalho seja um fator de produção abundante, e conseqüentemente mais barato, tenderia a se especializar na produção de bens ou prestação de serviços que empreguem grande quantidade de mão-de-obra (GILPIN, 2001, p. 206-207).

Aos postulados ricardianos desenvolvidos pelo modelo Heckscher-Ohlin, interessa-nos adicionar a chamada "Equivalência de Mundell", que postula que o comércio internacional de fatores de produção e o comércio internacional de bens têm o mesmo

efeito e podem se substituir mutuamente. Assim, barreiras ao comércio de bens tenderiam a estimular o comércio de fatores de produção para o interior de um território aduaneiro (MUNDELL, 1957). Em outras palavras, quando o comércio de bens enfrentar barreiras tarifárias protecionistas, os produtos estrangeiros tenderão a instalar sua produção no interior do território aduaneiro protegido por tarifas com o objetivo de ampliar sua presença, produzindo localmente os bens que exportaria para não ser prejudicado pelas políticas de proteção do mercado local (GILPIN, 2001, p. 279).

O modelo de Heckscher-Ohlin, complementado no que se refere aos investimentos internacionais, pela equivalência de Mundell, reflete o pensamento neoliberal e o pensamento neoliberal encontra dificuldades metodológicas para lidar com a circulação internacional de fatores de produção, especialmente no que se refere à relação entre empresas multinacionais e estruturas oligopolistas de mercado. Sendo efeito de um mercado imperfeito, está permeado por considerações não-econômicas e não pode ser, portanto, explicado com base em modelos gerais (GILPIN, 2001, p. 280). Nesse passo, uma explicação puramente econômica de uma perspectiva neoliberal fica comprometida. Por isso, é preciso recorrer a uma visão alternativa.

Deve-se ao economista inglês John H. DUNNING a formulação da teoria mais amplamente utilizada para descrever os interesses que influenciam o processo decisório que culmina na internacionalização das atividades de uma determinada empresa. Por levar em consideração uma multiplicidade de fatores, o modelo proposto por DUNNING é freqüentemente referido como "modelo eclético". O modelo eclético procura explicar por quê uma empresa decide internacionalizar sua produção, para onde essa empresa direciona sua internacionalização e de que maneira realiza seu ingresso em um novo mercado, a partir de uma 'falha' no modelo de Heckscher-Ohlin. No modelo clássico, existe a presunção tácita de que os bens comercializados internacionalmente são trocados por agentes econômicos diferentes, um vendedor localizado em um determinado estado e um comprador localizado em outro estado. No modelo eclético, DUNNING indica que o vendedor e o comprador fazem parte de uma mesma empresa multinacional, e realizam o chamado comércio intra-firma (DUNNING, 1988, p. 1).

Para DUNNING, a internacionalização da produção, na forma de investimento internacional, ocorre em razão da existência de três fatores determinantes, conhecidos coletivamente como paradigma OLI por conta de sua sigla em inglês: (i) vantagens de

propriedade (*"Ownership"*); (ii) vantagens de localização do estado receptor (*"Location"*); (iii) vantagens de internalização da produção no estado receptor (*"Internalization"*). As vantagens de propriedade e de internalização da produção são específicas do investidor, e as vantagens de localização são específicas do estado receptor. Ocorre investimento internacional quando as três vantagens estão presentes. Na ausência de vantagens de internalização e localização, o agente econômico tenderá a exportar, licenciar ou vender patentes para o estado receptor (DUNNING, 1988, pp. 2-4) (MORAES, 1997, p. 27). Evidentemente, as vantagens do paradigma OLI podem estar presentes de maneiras muito variadas, motivo pelo qual se fala em quatro tipos de produção internacional. Esses quatro tipos, na verdade, refletem de certo modo a evolução das relações econômicas internacionais (GÓMEZ-PALACIO e MUCHLINSKI, 2008, pp. 233-4) (RUGMAN e VERBEKE, 2003, p. 150) (MUCHLINSKI, 2007, pp. 31-2).

A mais tradicional das estratégias de produção internacional é o *investimento em busca de recursos naturais*. Trata-se de um investimento orientado principalmente pelos fatores de localização e voltado para a oferta do produto em questão. Estados receptores de investimento que detenham grandes reservas de recursos naturais tendem a se beneficiar da distribuição desigual de recursos pelo planeta. Dessa forma, quanto mais necessário e relativamente escasso for o recurso natural em questão, mais confortável será a posição de barganha do estado receptor de investimentos para impor suas regras aos investidores internacionais. Por outro lado, se os investidores internacionais estiverem inseridos em uma estrutura oligopolista, detendo o controle da tecnologia de extração ou dominando as redes globais de distribuição, sua posição se fortalece em relação à do estado (GÓMEZ-PALACIO e MUCHLINSKI, 2008, p. 234) (RUGMAN e VERBEKE, 2003, pp.158-60) (MUCHLINSKI, 2007, pp. 31-2). Nesse sentido, os estados produtores de petróleo tentaram romper o controle oligopolista das grandes companhias petrolíferas e transferiram o controle da extração do petróleo para suas companhias petrolíferas estatais. Com isso, o 'gargalo' do setor petroleiro foi transferido para os possuidores de refinarias de petróleo. Por isso, muitos países exportadores de petróleo precisam importar gasolina e outros derivados (MORAES, 1997, p. 28).

Um segundo tipo é o *investimento em busca de mercados*. Essa estratégia procura suprir um mercado com bens ou serviços fornecidos localmente pelo investidor internacional, em substituição às importações de seus produtos. Vários dados influenciam a

decisão de investimento em busca de mercados. Em primeiro lugar, o tamanho do mercado do estado receptor de investimento. A presença de restrições ao comércio, sejam elas naturais, tais como os custos de transporte, ou artificiais, como barreiras tarifárias e outros mecanismos de controle das importações, também é decisiva para estimular o investimento internacional. Nessa situação, a força do estado receptor de investimento reside na dimensão de seu mercado consumidor e em sua capacidade soberana de excluir investidores. O investidor tenderá a se submeter às regras do estado receptor de investimento tendo em vista as possibilidades lucrativas do mercado interno. O equilíbrio tende a se alterar em favor do investidor se o produto por ele oferecido for muito demandado pelo mercado interno (GÓMEZ-PALACIO e MUCHLINSKI, 2008, p. 234) (RUGMAN e VERBEKE, 2003, pp. 158-60) (MUCHLINSKI, 2007, p. 32) (MORAES, 1997, p. 28).

A terceira modalidade, mais recente, é o *investimento racionalizado*, voltado para maior eficiência da produção global do investidor. O objetivo, nesse caso, é aprimorar a competitividade da empresa ao permitir uma integração internacional mais eficiente das suas cadeias produtivas. Tradicionalmente, esse investimento estava ligado à oferta de mão-de-obra barata por estados em desenvolvimento. Hoje em dia, a capacitação da mão de obra disponível em um determinado país também é relevante para a escolha do investidor. Mencione-se como exemplo o influxo de investimentos americanos e ingleses, nos setores de serviços relacionados ao atendimento ao consumidor, para países como a Índia, onde a mão-de-obra é abundante, barata e fala inglês com fluência. Entre as características dessa modalidade de investimento, podemos destacar a integração vertical e horizontal das cadeias produtivas, obedecendo a uma visão global das operações, limitada unicamente pela intervenção dos estados com incentivos ou restrições que direcionam o fluxo dos investimentos e do comércio intra-firma. O investimento racionalizado é típico do fenômeno da globalização e se beneficia da integração regional e da redução geral de tarifas promovida gradualmente no âmbito do GATT/OMC (GÓMEZ-PALACIO e MUCHLINSKI, 2008, p. 234) (RUGMAN e VERBEKE, 2003, pp. 158-60) (MUCHLINSKI, 2007, p. 32) (MORAES, 1997, p. 28).

Uma quarta modalidade de investimento, ainda mais recente, traduz o fenômeno da aquisição de empresas situadas no centro decisório da economia global por empresas originárias de países em desenvolvimento. Trata-se daquilo que traduzimos como

investimento em busca de recursos estratégicos. O objetivo dessa modalidade é aprimorar a competitividade de uma empresa, como em um investimento racionalizado, por meio do acesso a recursos não-naturais. Manifesta-se, geralmente, pela aquisição de empresas "tradicionais" em um dado segmento corporativo. O ingresso de uma empresa "periférica" em um estado "central" beneficia essa empresa na medida em que ela tem acesso a novos recursos de pesquisa e desenvolvimento que contribuem para fortalecer sua posição no mercado e estimulam a inovação tecnológica (RUGMAN e VERBEKE, 2003, 158-60) (MUCHLINSKI, 2007, pp. 32, p. 433-34) (UNCTAD, 2005, p. 109).

A racionalização dos investimentos, seja na vertente tradicional de globalização da produção, seja na vertente mais recente de ingresso em centros de inovação, é um fenômeno novo, que subverte a lógica colonial que se ressente no investimento em busca de recursos naturais e a estratégia terceiro-mundista de substituição de importações, cenários típicos do período da descolonização. Na atualidade, podemos falar em *clusters* de investimento internacional concentrados em determinados pólos que oferecem a combinação adequada de vantagens de localização para o aprimoramento da competitividade das empresas. O principal efeito prático desse fenômeno é a integração regional da produção entre os citados *clusters*, possibilitando *spillovers* de conhecimento e desenvolvimento entre pólos de inovação (RUGMAN e VERBEKE, 2003, pp. 171-2) (MUCHLINSKI, 2007, p. 32) (SASSEN, 2000, p. 47).

A evolução desses modelos reflete a história econômica da humanidade. A expansão colonial européia marcou de início uma busca por recursos naturais, com destaque para especiarias e metais preciosos. A revolução industrial fez aumentar a necessidade de ampliação dos mercados consumidores. A expansão do capitalismo industrial e as críticas às suas contradições exigiu um aprimoramento das atividades de empresas transnacionais. Os esforços de superação do atraso por países em desenvolvimento fez surgir grupos empresariais "periféricos", mas capazes de atuar nos mercados "centrais", aliando-se ou adquirindo tradicionais empresas. . Assim, na medida em que a economia internacional se globaliza e uniformiza, as regras internacionais de concorrência se tornam mais e mais importantes para evitar as distorções típicas de mercados mal-regulados.

3.1.2. *Opções políticas dos estados*

Qualquer estado que pretenda formular uma política de investimentos com o objetivo de promover seu desenvolvimento econômico deverá considerar sua parte no paradigma OLI, ou seja, suas vantagens de localização, sem descurar do papel subsidiário de suas políticas públicas no que se refere às vantagens de propriedade e de internalização. Portanto, os estados devem considerar a lógica dos investidores para dela poder extrair o melhor resultado para si.

O investimento internacional é necessário para suprir a demanda por capital, novas tecnologias, bens e serviços que empresas locais não oferecem em quantidade, qualidade ou valores adequados ao bem-estar dos cidadãos nacionais. Para os países em desenvolvimento, a carência de capital e tecnologia, bem como de determinados tipos de bens e de serviços, tende a ser mais aguda, motivo pelo qual é recomendável que liberalização do ingresso de investimentos internacionais se insira em um programa mais amplo de desenvolvimento econômico e social. A função do governo do país em desenvolvimento seria, portanto, a de estimular a entrada de investidores estrangeiros que possam trazer os fatores escassos para a economia nacional.

O ingresso de novos competidores estrangeiros gera, porém, algumas dificuldades, daí a necessidade de estruturação de uma política de desenvolvimento mais ampla, capaz de lidar com as dificuldades que surgem de um processo de liberalização e abertura econômica. Entre as dificuldades da abertura de um mercado aos investimentos internacionais, podemos mencionar o fenômeno do *crowding out*, ou seja, a eliminação dos competidores locais, incapazes de acompanhar as mudanças do mercado diante da presença de empresas globalizadas, já acostumadas à competição internacional e geralmente dotadas de grandes redes de produção e distribuição ao redor do mundo. A eliminação dos competidores locais pode ser causa de problemas políticos e sociais muito graves em certos países em desenvolvimento, motivo pelo qual os governos devem se preocupar em proteger determinados setores estratégicos ou criar mecanismos de adaptação competitiva para que esses competidores locais consigam se adequar à nova realidade e tenha condições de enfrentar a concorrência estrangeira.

Além disso, os governos devem buscar as melhores vantagens da presença de investidores estrangeiros, proporcionando o *spillover* do investimento, ou seja, a gradual

disseminação dos conhecimentos do investidor estrangeiro para a sociedade nacional. Para proporcionar o *spillover*, é preciso estimular a criação de vínculos entre o investimento e a localidade em que está instalado, de maneira a viabilizar a sua permanência no longo prazo, o que se dá, geralmente, por meio da concessão de incentivos aos investidores. Por fim, o estado precisa manter sob controle os efeitos gerais do investimento no mercado de trabalho, no fluxo de exportações e de importações e no desenvolvimento econômico nacional de longo prazo (GÓMEZ-PALACIO e MUCHLINKSI, 2008, p. 235).

Por conta disso, os governos interessados em atrair investimentos internacionais geralmente estabelecem uma cuidadosa legislação dispondo sobre vários aspectos dos investimentos internacionais, denominada pela doutrina como 'códigos de investimento', ainda que nem sempre a forma legislativa utilizada tenha a solenidade de uma codificação (JUILLARD, 1994, p. 54-55). Esses códigos incluem condições de admissão, exigências que o investidor deve cumprir se desejar ingressar naquele estado. A mais comum é a exigência de forma prescrita em lei, obrigando o a adotar uma determinada forma societária para realizar seu investimento. Códigos de investimento mais rigorosos estabelecem critérios de participação societária local mínima para a realização do investimento ou impõem o uso de *joint-ventures* como forma obrigatória de organização empresarial dos investimentos internacionais.

Os códigos de investimento podem ainda impor requisitos de desempenho (*performance requirements*), obrigações para que os investidores conduzam seus negócios nos termos previstos pela lei. Exemplos de requisitos de desempenho são: emprego de uma quantidade mínima de produtos locais, exportação de quantidade mínima de produtos, contratação de um número mínimo de funcionários locais. Tais requisitos são essencialmente incompatíveis com a ordem econômica liberal, sendo proibidos em acordos patrocinados por países como o Canadá e os EUA. A tendência liderada por esses dois países é de gradual abolição desses requisitos, que amarram a liberdade de empreendimento e impedem a otimização da gestão empresarial.

Também no âmbito do comércio internacional os requisitos de desempenho foram objeto de deliberações restritivas. Durante a Rodada Uruguai, o assunto foi trazido à pauta como discussão complementar à criação da OMC. Nesse contexto, foi celebrado o acordo TRIMs (*Trade Related Investment Measures*), de 1994, que proíbe uma série de requisitos de desempenho aplicáveis ao investimento que podem afetar o comércio

internacional. DOLZER e SCHREUER advertem que a presença de proibições contra os requisitos de desempenho no acordo TRIMs e nos diversos BITs pode levar a um conflito de jurisdição entre os mecanismos de solução de controvérsias da OMC e os mecanismos de solução de controvérsia estabelecidos pela Convenção de Washington ou soluções arbitrais *ad hoc*. Se um BIT fizer menção, por exemplo, a "outras obrigações internacionais assumidas pelas partes", permitindo que tais obrigações sejam invocadas em juízo quando o tratado estiver em discussão, e supondo que ambas as partes sejam também membros da OMC, o tribunal arbitral terá que considerar o conteúdo do acordo TRIMs ao formular de sua decisão (2008, p. 84).

Além disso, os estados podem estabelecer medidas de proteção de setores sensíveis ou estratégicos, ou seja, setores da economia em que o capital estrangeiro não estaria autorizado a investir diretamente, tanto por considerações políticas como por considerações sociais. Ademais, evidentemente, o investidor deverá a cumprir o sistema geral de regulação das atividades econômicas estabelecidos pela lei nacional do estado receptor de investimento, tais como legislação concorrencial, empresarial, trabalhista e tributária (GÓMEZ-PALACIO e MUCHLINKSI, 2008, pp. 236-7).

Nessa perspectiva, o desenvolvimento de políticas públicas voltadas para a atração de investimentos internacionais exige a reorganização do ordenamento jurídico, de maneira a assegurar, por meio de incentivos, requisitos de desempenho permitidos e políticas mais amplas de fomento (tais como programas de qualificação de mão-de-obra, pesquisa científica e tecnológica e aperfeiçoamento da infra-estrutura existente), o sucesso da estratégia de atração e os benefícios decorrentes desse sucesso. Sendo assim tão ampla a gama de fatores que o estado precisa gerenciar de maneira eficiente e integrada, é evidente que o gestor público encontrará muita dificuldade para definir suas prioridades, suas metas, suas regras e suas medidas excepcionais visando o melhor aproveitamento possível dos recursos advindos de investimentos internacionais. Os resultados podem ser excelentes, mas exigem uma verdadeira revolução jurídica e administrativa, com os custos e percalços característicos das grandes mudanças.

3.2. A AFIRMAÇÃO DE UMA LIBERDADE DE INVESTIMENTO

A ponderação entre os interesses do investidor e as prioridades do estado

receptor de investimento tem como ponto decisivo o momento da admissão do investidor estrangeiro pelo estado receptor de investimentos. É nesse momento que as vantagens de negociação específicas de cada parte influenciam na delimitação do ponto de equilíbrio da relação de investimento que se inicia. O resultado da negociação determina, em larga medida, os direitos que serão conferidos ao investidor. Hipoteticamente, o direito mais amplo que um estado poderia conceder a um investidor seria a liberdade de investimento, ou seja, o direito de realizar sem constrangimentos toda e qualquer atividade lícita necessária ao bom andamento de uma operação de investimento. Essa hipótese é, evidentemente, pouco plausível. Critérios mínimos de ordem pública, saúde pública e segurança nacional sempre limitarão a liberdade do investidor, não importando quão liberal seja a autoridade estatal.

Para bem compreender o sentido e o alcance da liberdade de investimento, trabalharemos alguns conceitos a ela diretamente relacionados. Em primeiro lugar, os direitos de admissão, de estabelecimento e de acesso ao mercado, três liberdades afins que merecem ser diferenciadas com precisão. Além disso, é importante ressaltar a importância da liberdade de movimentação de capital, instrumento necessário para o financiamento dos investimentos internacionais. Nesse debate, procuraremos dialogar principalmente com um importantíssimo artigo de Patrick JUILLARD publicado no ano 2000, pioneiro no esforço de delimitação dessas liberdades e que serviu de referência para a elaboração de nosso texto. Também é importante ressalvar desde logo, como aponta o próprio JUILLARD, que a terminologia jurídica aplicável à matéria é confusa, não restando clara a delimitação entre cada uma dessas liberdades, tampouco os modos de interação entre essas liberdades distintas e, ao mesmo tempo, afins (JUILLARD, 2000, p. 323).

As liberdades econômicas a que fazemos menção se alicerçam em um dos fundamentos da ordem econômica internacional que se pretendeu instituir após 1945, qual seja, o princípio da não-discriminação. A idéia é simples: não discriminar entre similares com base em critérios não-econômicos, tais como nacionalidade do produto ou do produtor, por exemplo. Do princípio da não-discriminação decorrem regras destinadas a conferir plena aplicabilidade ao seu conteúdo, no caso concreto. No plano multilateral, as regras do GATT-47 se propuseram a resolver a aplicação do princípio da não-discriminação à circulação de produtos industrializados. Os entraves à circulação de produtos não-industrializados e de fatores de produção seriam resolvidos, se fosse do

interesse das partes contratantes, em suas relações regionais e bilaterais.

A proposta é delimitar, para efeitos do presente trabalho, cada uma dessas liberdades econômicas à luz do direito internacional. Não se trata de uma tarefa simples. Em primeiro lugar porque, como verificamos ao longo do capítulo precedente, o direito internacional consuetudinário deixou de oferecer referências para a nossa reflexão, o que obriga o jurista a recorrer a outras fontes do direito internacional. Em segundo lugar, porque a densidade normativa do regime jurídico dos investimentos internacionais é uma das maiores e mais diversificadas de todo o direito internacional positivo, contabilizando cerca de três mil acordos internacionais bilaterais e numerosos acordos regionais, complementados por abundante legislação doméstica (JUILLARD, 1994, pp. 26-8).

Uma das conseqüências da pluralidade de fontes internacionais e domésticas regulamentando os investimentos internacionais se refere à diversidade de definições empregadas na conceituação de algumas noções essenciais. O ponto de partida é a já mencionada concepção de que é função das regras de direito internacional promover e proteger as atividades dos investidores privados, como é, de resto, função do direito internacional promover e proteger os direitos humanos em todos os seus aspectos. Ora, para bem promover e proteger as atividades dos investidores privados, é preciso saber que atividades devem ser protegidas e quem são os investidores privados internacionais. A própria expressão "investimento internacional", por vezes substituída pela expressão "investimento estrangeiro" ou "investimento transnacional", não é totalmente unívoca, motivo pelo qual passamos agora à sua conceituação.

3.2.1. *Conceito econômico de investimento*

Quando definimos o que é um investimento, estamos restringindo pelo objeto o alcance dos instrumentos internacionais. A abrangência *ratione materiae* depende, portanto, da clareza da definição de investimento. Tradicionalmente, os tratados procuravam refletir a fórmula clássica de *"property, rights and interests"*, ecoando os antigos tratados de paz, amizade, comércio e navegação, típicos do século XIX. Essa expressão, embora adequada do ponto de vista jurídico, foi gradualmente substituída pela noção de investimento, um termo emprestado das ciências econômicas (DOLZER e SCHREUER, 2008, p. 60). À primeira vista, o termo "investimento" parece menos amplo

que a formulação anterior. Ocorre que a definição econômica, ao ser transplantada para o direito internacional, suscitou esforços de conceituação peculiares ao Direito, o que, aliás, é o ponto principal da discussão do conceito de investimento.

No âmbito da economia, a definição de investimento varia de acordo com a escola econômica a que adere o pensador. Jean-Pierre LAVIEC (1985, p. 27) contrasta as definições propostas por clássicos como John Maynard KEYNES e Friedrich HAYEK: para KEYNES (*apud* LAVIEC, 1985, p. 27), o investimento significa *"the current addition to the value of capital equipment which has resulted from the productive activity of the period"*; para HAYEK (*apud* LAVIEC, 1985, p. 27), o investimento seria *"the act of applying a unit of input in any process of production"*. José Augusto FONTOURA COSTA (2008, p. 32) recupera uma afirmação de DORNBUSCH e FISCHER, de que o investimento é o gasto destinado ao aumento ou à manutenção do estoque de capital. Como explicam DORNBUSCH e FISCHER (*apud* FONTOURA COSTA, 2008, p. 32), o estoque de capital é composto de bens duráveis utilizados na atividade produtiva e o investimento é o gasto de capital para manter a estrutura produtiva, bem como o gasto para ampliar a estrutura produtiva ou, até mesmo, para criar uma nova estrutura, quando se trata de dar início uma nova atividade econômica.

Há ainda uma necessária distinção a ser feita entre o investimento direto e o investimento indireto. Como apontam KRUGMAN e OBSTFELD (2003, p. 171), o investimento direto é o fluxo internacional de capital com que uma empresa localizada em um determinado estado cria uma subsidiária em um outro estado. A partir dessa conceituação aparentemente simples, podemos afirmar, utilizando uma linguagem mais adequada ao estudo jurídico, que um investimento *direto* envolve um aporte ou transferência de fundos para um projeto de médio ou longo prazo, tendo em vista uma certa rentabilidade diferida e a assunção de riscos econômicos, comerciais e financeiros inerentes à atividade a ser desempenhada, com a participação do transferidor de capital, ao menos parcialmente, no gerenciamento do projeto (DOLZER e SCHREUER, 2008, p. 60).

As palavras-chave para compreensão do fenômeno econômico de um investimento direto a partir da linguagem jurídica são: controle, risco e lucro diferido. Isso nos ajuda a diferenciar os investimentos diretos dos indiretos, melhor situados como investimentos em carteira, operação em que não há o elemento de administração do investimento; de transações contratuais ordinárias para compra e venda de bens e serviços

em que não há administração, nem projeção da rentabilidade ao longo do tempo, ainda que os pagamentos da compra e venda seja parcelado; e de transações financeiras de curto prazo, em que o lucro ou prejuízo é imediato. É evidente que, quando a aquisição de uma empresa nacional por investidores estrangeiros exigir a aquisição do controle acionário, a transação que envolve a compra e venda de ações submete-se à tutela dos investimentos internacionais, uma vez que é indispensável para a efetivação do investimento.

Por fim, é importante observar nesse nosso dialogo com as ciências econômicas, que o investimento não é a *ação* do investidor, mas o *resultado* daquela ação, um bem adquirido ou mantido com o capital do investidor, que constitui um bem jurídico a ser, portanto, tutelado pelo Direito. Se um investidor adquire uma nova fábrica, os economistas identificam o investimento na aquisição viabilizada pela transferência de capital do investidor para o agente econômico que vende ou constrói a fábrica. Essa transferência é o gasto de capital destinado a aumentar o estoque de capital. Os juristas, por sua vez, identificam o investimento na fábrica recém-adquirida, no bem que faz aumentar o patrimônio do investidor, e nas obrigações a ele relacionadas, incluindo direitos e interesses. Essa distinção é importante para que possamos prosseguir definindo juridicamente um investimento.

3.2.2. *Conceito jurídico de investimento internacional*

A partir das noções trabalhadas na economia, podemos desenvolver um conceito de investimento adequado ao direito internacional e aplicável às relações econômicas internacionais. O desenvolvimento conceitual, todavia, não prima por seu rigor analítico, influenciado que é pela falta de um documento multilateral abrangente sobre essa matéria. Não obstante, o emprego do termo não tem encontrado obstáculos à sua utilização. Ao contrário, tem-se a impressão de que é justamente o potencial criativo dessa *softness* conceitual que torna sua utilização mais interessante no âmbito internacional. Cada estado pode delimitar da maneira que achar mais conveniente a sua própria definição de investimento, seja para a produção de legislação doméstica, seja para a celebração de atos internacionais com um ou mais estados. Assim, a noção de investimento consolida-se lentamente, influenciada em especial pela finalidade dos documentos que são celebrados e pela interpretação desses documentos que nos é dada por decisões jurisdicionais

internacionais. Na falta de um acordo entre as partes, a tarefa de consolidar os conceitos, dizendo o que é investimento e o que não é, caberá aos mecanismos de solução de controvérsia.

A adoção de padrões normativos e modelos preliminares de regulamentação contribui para que o jurista não se veja obrigado a compulsar exaustivamente todas as centenas de tratados vigentes, podendo se ater àqueles que, por circunstâncias históricas e econômicas, se tornaram mais relevantes. Quanto à definição de investimento, CARREAU e JUILLARD (2007, p. 404) propõem diferenciar os tratados internacionais sobre investimentos em três tipos, distintos quanto ao objeto e quanto ao objetivo: (i) *tratados de proteção*, em que a prioridade é garantir a segurança dos investimentos realizados por nacionais das partes-contratantes, geralmente celebrados entre países industrializados e países em desenvolvimento; (ii) *tratados de liberalização*, em que a prioridade é eliminar entraves à circulação dos investimentos entre as partes-contratantes, geralmente celebrado entre países com grau de desenvolvimento econômico similar; e (iii) *tratados de promoção do desenvolvimento*, em que a prioridade é a atenuação das desigualdades de desenvolvimento, celebrados entre países industrializados e países em desenvolvimento.

Como vimos no capítulo anterior, os tratados de proteção aos investimentos são conseqüência de uma crise de confiança que abalou as relações entre países exportadores e importadores de capital, durante as décadas de descolonização, suscitando uma intensa atividade jurídica com o objetivo de restaurar o ambiente favorável às operações internacionais de investimento. Essa restauração ocorreu, inicialmente, com a celebração dos primeiros BITs e com a criação do ICSID em 1965. A partir daí, verifica-se um florescimento cada vez maior de BITs voltados para a proteção de investimentos internacionais, hoje contados aos milhares. Uma terceira etapa, parcialmente suspensa até o momento, seria a celebração de um acordo multilateral de investimentos consolidando a prática bilateral. O acordo MAI, patrocinado pela OCDE, e suspenso desde 1998, foi a tentativa mais recente de celebração de um acordo multilateral abrangente.

Ora, para bem proteger o que quer que seja, o tratado internacional precisa definir o que está sendo protegido. Definir é impor limites a um objeto do conhecimento humano, elegendo uma ou mais características que fazem a diferença entre aquilo que está coberto pela definição e aquilo que não se restringe ao seu escopo. Há potencial para polêmicas sempre que os estados soberanos se deparam com conceitos jurídicos que impõe

limites a determinados conceitos, observando-se com freqüência um esforço de diminuição da abrangência de conceitos que "ameacem" a soberania estatal simultaneamente a um alargamento da abrangência de conceitos que "protejam" essa soberania.

No campo dos investimentos internacionais, a situação não é diferente. Diz-nos a Convenção de Washington, no que se refere aos limites de sua competência jurisdicional, conforme exposto no Art. 25 (1), que *"the jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment"*. Isso é importante para garantir que os tribunais arbitrais constituídos pelo ICSID não será utilizados para julgar controvérsias internacionais oriundas de disputas territoriais. Mas o que é um investimento? A Convenção de Washington não nos informa. Por conta disso, para pronunciar sobre uma questão de fundo envolvendo investimentos internacionais, o tribunal arbitral precisará analisar preliminarmente a adequação da situação fática aos limites impostos pela Convenção de Washington. Em outras palavras, o tribunal arbitral precisará se manifestar sobre a *existência* de um investimento internacional diretamente relacionado à controvérsia.

Como não há qualquer duplo grau de jurisdição *ratione materiae*, tampouco vinculação por precedentes judiciais, em arbitragens sobre investimentos no âmbito do ICSID, cada tribunal arbitral é livre para se pronunciar sobre a questão controvertida da maneira que considerar mais conveniente. Evidentemente, essa iniciativa é temerária e permite a diluição da noção de investimento na noção mais ampla e mais antiga de bem. Ademais, pode diluir a operação de investimento em uma operação contratual qualquer. Esse tipo de diluição acaba por privilegiar a obrigação de proteger os bens dos estrangeiros, transformando-a em um seguro contra tudo que possa ameaçar os bens de estrangeiros. Como apontam CARREAU e JUILLARD (2007, p. 407), *"qui trop embrasse mal étreint"*.

Os tratados bilaterais de investimento tentam evitar esse risco de imprevisibilidade. Consolidando as décadas de prática, os países industrializados aprimoraram modelos de convenção bilateral, revistos periodicamente, e que servem como referência para a negociação com os países em desenvolvimento. A utilização de minutas e a cooperação entre os países industrializados no âmbito da OCDE produziu definições semelhantes ou idênticas, as quais contribuem para melhor delimitação os conceitos.

Os BITs concebidos pelos países desenvolvidos adotam duas vias para definir a

sua aplicação *ratione materiae*: em primeiro lugar, uma proposição de ordem geral (algo como os "todos os bens, direitos e interesses de qualquer natureza"); a seguir, uma enumeração dos principais bens, direitos e interesses de qualquer natureza cobertos por essa definição. Daí resulta o problema: protegem-se todos os bens, inclusive aqueles que não são considerados investimentos de um ponto de vista econômico. Em geral, os BITs aproveitam para remeter qualquer controvérsia ao ICSID ou a algum mecanismo de arbitramento similar. Assim, exemplos que não estejam listados no tratado deverão ser avaliados pela câmara arbitral constituída nos termos da cláusula arbitral. A ausência de vinculação por precedente nesses casos propicia maior pluralidade de conceituações. Também os tratados regionais e setoriais sobre investimentos tomam emprestados aos BITs a lógica da mais ampla proteção.

É importante observar que os BITs geralmente não fazem menção ao Art. 25(1) da Convenção de Washington, preferindo delimitar o escopo *ratione materiae* por tratado. Ora, se a Convenção de Washington não define o que é investimento, a aplicação do direito internacional em matéria de investimento requer a resposta para pelo menos duas questões: (i) o sentido geral do termo "investimento", indicando se o caso pode ser julgado pelo mecanismo do ICSID; e (ii) a relação entre o sentido desse termo é a definição incluída no tratado em disputa, indicando que o caso pode ser julgado com base no tratado internacional a que se submete. A doutrina de expressão inglesa denomina essa dupla verificação como "fechadura dupla" (*"double keyhole approach"*) (DOLZER e SCHREUER, 2008, p. 62).

Nesse sentido, manifestou-se o tribunal para *CSOB contra Eslováquia*, nos seguintes termos:

> *"A two-fold test must therefore be applied in determining whether this Tribunal has the competence to consider the merits of the claim: whether the dispute arises out an investment within the meaning of the Convention and, if so, whether the dispute relates to an investment as defined by the Parties' consent to ICSID arbitration, in their reference to the BIT and the pertinent definitions (...)"*

Também pode acontecer de o investimento não estar protegido por um tratado bilateral, mas estar submetido diretamente às leis domésticas de uma parte-contratante da Convenção de Washington. Nesse caso, o tribunal arbitral fará sua dupla verificação tendo em vista a definição doméstica de investimento. Se o objeto da controvérsia não for

considerado um investimento nos termos da lei doméstica, não há o que se discutir. Porém, se antes de analisar a legislação doméstica, o tribunal arbitral considerar que o objeto da controvérsia não constitui um investimento, em sentido geral, pronunciar-se-á incompetente e deixará de discutir o mérito da questão (DOLZER e SCHREUER, 2008, p. 62).

Além dos instrumentos que protegem os investimentos, é importante observar os instrumentos que os promovem. Ora, está claro que a preocupação dos BITs é, acima de tudo, a segurança do investidor que já está investindo fora de seu país de nacionalidade. A promoção de investimentos pode ser uma conseqüência das iniciativas de proteção. Quanto mais sólida for a proteção, mas eficaz será a promoção. Mas essa proteção que condiciona a promoção na medida em que houver algum tipo de mecanismo de garantia. A mera existência de um acordo internacional estipulando regimes de tratamento e proteção não impede os arroubos dos líderes mais nacionalistas. Isso pode acontecer a qualquer momento, e, quando acontecer, o investidor terá apenas um interesse: recuperar tanto quanto for possível do montante equivalente ao valor global do investimento. Havendo um mecanismo de garantia, ainda que o regime político do estado de acolhimento não transpareça credibilidade, o investidor se arriscará a investir (CARREAU e JUILLARD, 2007, p. 410).

Sendo um mecanismo de diminuição de riscos políticos, os mecanismos de garantia dos investimentos promovem a entrada de novos investidores: o investidor sabe que seu lucro dependerá unicamente de seu desempenho econômico e sabe que estará protegido caso reviravoltas políticas façam com que perca seus investimentos. Por isso, mais que os BITs e as cláusulas de jurisdição do ICSID, os mecanismos de garantia são os verdadeiros promotores dos investimentos internacionais. Em geral, tais mecanismos são instituições domésticas dos países industrializados criadas com o objetivo de encorajar uma maior participação de seus empreendedores nos mercados globalizados. No plano internacional, há ainda a MIGA, ligada ao grupo do Banco Mundial, constituída pela Convenção de Seul de 1985.

É importante ressaltar que a Agência não garante todo e qualquer investimento submetido a qualquer risco em qualquer estado, até porque seus recursos são escassos e não podem ser desperdiçados em aventuras financeiras. Tal qual a Convenção de Washington, a Convenção de Seul não define investimento. Diferencia-os, não obstante,

entre investimentos elegíveis, ou seja, aqueles que podem ser garantidos por seus recursos, de investimentos não-elegíveis. Nos termos do Art. 12(a), entre os investimentos elegíveis lista-se o capital aplicado a juros (*"equity investment"*), incluindo empréstimos de médio ou longo prazo feitos ou garantidos por acionistas do investidor, além do investimento estrangeiro direto. Ou seja, a Convenção de Seul cobre todo capital aplicado a juros, mesmo que não tenha as características (controle) de um investimento estrangeiro direto. Alem disso, a Convenção de Seul também cobre o chamado *non-equity investment* que seja classificado como investimento estrangeiro direto. Na outorga da garantia, a Agência deverá levar em consideração a viabilidade econômica do investimento e a sua contribuição para o desenvolvimento do país de acolhimento, bem como sua adequação às demandas internas estado receptor.

A maneira pela qual a Convenção de Seul indica os investimentos elegíveis suscita uma discussão referente à relação entre investimentos e contratos internacionais, à qual nos referiremos brevemente. Pergunta-se: uma transação comercial ordinária, tal como a compra e venda de bens de produção, poderia ser considerada um investimento internacional por sua importância qualitativa e quantitativa para o país importador? A Convenção de Seul dá a entender que sim, mas é importante observar que o pagamento desse tipo de transação é imediato (ainda que parcelado). É característica dos investimentos internacionais o lucro diferido, aquele que não é percebido imediatamente, mas projetado no tempo. Não basta, portanto, realizar uma grande transferência de capital de um estado para outro. É preciso "se investir", ou seja, assumir para si a responsabilidade pelo trabalho que resultará no lucro.

Por fim, os instrumentos que propiciam a livre-circulação dos investimentos, ou seja, a liberalização dos fluxos internacionais de investimento, pressupõem uma perspectiva liberalizante das relações econômicas internacionais, distinta da lógica de proteção relacionada ao tema das expropriações e da garantia dos investimentos. Em acordos de livre-circulação, os estados adotam os pressupostos da teoria neoliberal e derrubam, ainda que gradualmente, as restrições aos investimentos postas em seu direito positivo. A idéia, já mencionada, é simples: tendo em vista o bem maior que é o desenvolvimento econômico, as partes-contratantes concordam em eliminar restrições à livre-circulação dos fatores de produção: bens, capital e trabalhadores. A liberalização dos investimentos é imperativa para que se liberalize a circulação do capital (ou seja, permita-

se o livre financiamento das empresas) e a circulação do trabalho (ou seja, o livre deslocamento de trabalhadores). Essas liberdades se relacionam intimamente entre si, não sendo possível promover uma em detrimento da outra sem gerar problemas de ordem estrutural. Surge daí outro problema: o problema da liberalização parcial, em que se concede grande liberdade à circulação dos capitais mas se dificulta, por qualquer motivo, a circulação de trabalhadores, o que em parte contribui para a perpetuação de problemas sociais como o desemprego.

Em tratados que visam a liberalização da circulação dos investimentos, a clareza das definições é fundamental para o sucesso da empreitada. Como exemplo, mencionaremos o tratamento dado ao tema no âmbito da UE e no âmbito da OCDE. Tanto a União Européia como a OCDE trabalham com indicações incompletas, mas similares, e que se assemelham com a definição econômica apresentada anteriormente. Nos termos da Diretiva CEE 88/361, de 24 de junho de 1988, que procura regulamentar a execução da liberdade de circulação de capitais no âmbito da União Européia, são investimentos diretos:

> *"Os investimentos de qualquer natureza efetuados por pessoas singulares, empresas comerciais, industriais ou financeiras e que servem para criar ou manter relações duradouras e diretas entre o investidor e o empresário ou a empresa a que se destinam esses fundos com vista ao exercício de uma atividade econômica. Esta noção deve pois ser considerada na sua acepção mais lata".*

Da mesma forma, a OCDE procura afirmar o que é um investimento direto nos seguintes termos:

> *Investment for the purpose of establishing lasting economic relations with an undertaking such as, in particular, investments which give the possibility of exercising an effective influence on the management thereof.*

Das indicações de ambas as instituições, é possível extrair que um investimento direto consiste em um aporte de capital possibilitando o estabelecimento de uma ligação duradoura entre um investidor e uma entidade exercendo alguma atividade econômica, resguardando-se o direito de real influência na gestão das atividades da empresa. São diferentes, portanto, dos investimentos em carteira, já citados como excluídos da tutela jurídica promovida por essas instituições.

A concepção liberal abraçada pelas duas instituições supramencionadas

demonstra que o investimento é um movimento de capital, fonte de financiamento necessário ao desenvolvimento, destinado a favorecer a livre instalação de pessoas e de empresas. Nesse sentido, o investimento direto seria preferível ao feito em carteira. Em um ambiente liberalizado, ambos se beneficiam da livre circulação do capital, mas, enquanto o investimento em carteira é reputado como buscando o maior lucro possível no curto prazo, o investimento direto parece preferir o maior lucro diferido, admitindo a possibilidade de amargar alguns prejuízos durante os primeiros lustros de seu plano de negócios.

Dessa forma, a liberdade de circulação de investimentos (e de capital e de trabalhadores), se orienta pelas perspectivas de rentabilidade futura a médio e longo prazo, o que tende a estimular o desenvolvimento econômico. Vale mais apenas atrair investidores dispostos a imobilizar quantias mais altas com vistas a gerar um impacto econômico maior a longo prazo que atrair especuladores financeiros dispostos a girar capital em bolsa de valores e perceber lucros sempre que possível. Nesse sentido, a mobilidade dos investimentos adquire maior importância que sua segurança, na medida em que essa mobilidade não se confunda com a volatilidade e esteja relacionada com a duração continuada inerente à noção de investimento (CARREAU e JUILLARD, 2007, p. 406).

3.2.3. *Conceito de investidor*

Havendo compreendido o que é um investimento, cumpre agora responder a uma segunda pergunta: quem investe? A pergunta é relevante na medida em que permite aplicar o adjetivo "internacional" ao investimento, identificando o elemento estrangeiro que qualifica o investimento como não-doméstico e, portanto, não submetido *apenas* à legislação doméstica do estado receptor. A regra parece simples: é "estrangeiro" o investimento que o nacional de um determinado estado realiza no território de um outro estado com quem não mantenha qualquer vínculo de nacionalidade. A esses não-nacionais, dá-se o nome, dentro de uma perspectiva do estado receptor, de "investidores estrangeiros". Pressupõe-se, portanto, um movimento através de uma fronteira. Não importa, para efeitos de regime de proteção e promoção dos investimentos, a origem do capital e demais componentes do investimento.

A definição parece simples, mas o problema se instala quando passamos a uma

segunda indagação, fomentada pela primeira resposta: *por que definir a nacionalidade do investidor?* Ora, a nacionalidade do investidor é relevante para determinar a que regimes internacionais de regulamentação estará submetido tanto o investimento quanto o próprio investidor. Atos internacionais geralmente criam direitos e deveres unicamente para os nacionais de seus respectivos signatários. Assim, é preciso identificar o vínculo de nacionalidade entre o investidor e um estado para aplicar o tratado que beneficie os nacionais desse estado. Além disso, o investidor que possuir vínculo de nacionalidade com o estado em que realiza o investimento não terá direito à proteção internacional pelos meios do direito econômico internacional. Ademais, a jurisdição dos tribunais internacionais é determinada, entre outros fatores, pela nacionalidade do reclamante. Especificamente, se o estado se submete a uma jurisdição especializada em matéria de investimentos, o faz com base na lógica da reciprocidade, e estará disposto a aceitar tal jurisdição apenas na medida em que sua contraparte concordar com a mesma jurisdição.

Investidores individuais

As principais maneiras de identificação nesse vínculo de nacionalidade se encontram nos tratados internacionais que regulam a matéria dos investimentos. No caso das pessoas físicas, a nacionalidade é determinada principalmente pelas normas domésticas do Estado de nacionalidade. De modo geral, as autoridades governamentais emitem algum documento certificando o pertencimento de um dado indivíduo à população do estado e atestando sua nacionalidade. Esse "atestado" de nacionalidade é prova da existência do vínculo de nacionalidade, mas nem sempre é suficiente, como veremos adiante. A prática internacional nessa matéria foi moldada, principalmente, a partir de casos referentes à concessão de proteção diplomática, por parte do Estado de nacionalidade, a pessoas físicas e jurídicas cujos direitos tenham sido lesados por um outro Estado.

Questiona-se – a nosso ver, com razão – se o mero transplante de princípios desenvolvidos no contexto da proteção diplomática seria suficiente para tutelar os interesses das pessoas privadas no âmbito dos investimentos internacionais. Além disso, em face de uma tendência cada vez mais consolidada de permitir acesso direto do investidor aos tribunais internacionais, mormente no âmbito do ICSID, há sentido em se reciclar a proteção diplomática? DOLZER e SCHREUER (2008, p. 47) apontam que,

apesar das dificuldades, havendo lacuna nos tratados internacionais, a melhor opção é adotar os métodos tradicionais de representação e proteção dos indivíduos. Essa posição tradicional foi consagrada pela CIJ no caso *Nottebohm*, nos seguintes termos.

> *"The character thus recognized on the international level as pertaining to nationality is in no way inconsistent with the fact that international law leaves it to each State to lay down the rules governing the grant of its own nationality. The reason for this is that the diversity of demographic conditions has thus far made it impossible for any general agreement to be reached on the rules relating to nationality, although the latter by its very nature affects international relations. It has been considered that the best way of making such rules accord with the varying demographic conditions in different countries is to leave the fixing of such rules to competence of each State. On the other hand, a State cannot claim that the rules it has thus laid down are entitled to recognition by another State unless it has acted in conformity with this general aim of making the legal bond of nationality accord with the individual's genuine connection with the State which assumes the defence of its citizens by means of protection as against other States".*

Adequando-se a esse raciocínio, a Convenção de Washington assim se expressa sobre a nacionalidade dos investidores individuais:

> *"Any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute;"*

O tribunais arbitrais organizados no âmbito do Centro se pronunciaram em diversas oportunidades sobre o vínculo de nacionalidade dos investidores individuais. É paradigmático o julgamento do caso *Soufraki contra Emirados Árabes*, em que o tribunal reafirmou a regra geral de que cabe a cada estado determinar suas regras de nacionalidade, mas que caberia aos tribunais verificar a efetividade dessa determinação em caso de controvérsia:

> *"It is accepted in international law that nationality is within the domestic jurisdiction of the State, which settles, by its own legislation, the rules relating to the acquisition (and loss) of its nationality. (...). But it is no less accepted that when, in international arbitral or judicial proceedings, the nationality of a person is challenged, the international tribunal is competent to pass upon that challenge. It will accord great weight to the nationality law of the State in question and to the interpretation and application of that law by its authorities. But it will in the end decide for itself whether, on the facts and law before it, the person whose nationality is at issue was or was not a national of the State in*

> *question and when, and what follows from that finding. Where, as in the instant case, the jurisdiction of an international tribunal turns on an issue of nationality, the international tribunal is empowered, indeed bound, to decide that issue".*

Outro ponto controvertido é a proteção diplomática do cidadão com mais de uma nacionalidade. A regra que se cristaliza foi consagrada no julgamento do caso *Olguín contra Paraguai*. Nesse caso, assim se pronunciou o tribunal arbitral:

> *"62. En el caso de la protección diplomática del binacional, tanto uno como el otro de sus Estados patriales tienen capacidad para actuar en su favor contra un tercer Estado, y este último no tendría cómo invocar, en el plano internacional, normas que en el derecho interno del Estado protector sirvan para transferir el encargo de la protección—que además no es obligatorio—al Estado co-patrial en razón del domicilio de la persona o de otro factor semejante. El tercer Estado, el hipotético autor del acto ilícito que habrá causado daño al particular extranjero, sólo estaría autorizado por el derecho internacional, en este preciso dominio, a negar la legitimidad de la protección diplomática cuando falte un vínculo de nacionalidad efectiva entre el particular y el Estado protector; nunca por cuenta de reglas de derecho interno que, tanto em uno como en otro de los Estado co-patriales, sirvan para disciplinar el ejercicio de determinados derechos y que, además, podrían mostrarse discordantes entre si".*

O tribunal prossegue afirmando que não se pode aplicar por analogia as regras internas sobre proteção diplomática a particulares no que se refere ao acesso à jurisdição do ICSID, cujo objetivo é justamente dar ao particular um direito de ação direta, excluído de um processo de endosso de sua reclamação pelo governo de seu estado de nacionalidade. Basta que o estado seja signatário da Convenção de Washington e de um BIT que a ela faça menção para que tal direito de ação se torne possível.

Nacionais do estado receptor de investimento estariam, em princípio, obviamente excluídos da proteção internacional conferida por tratados bilaterais de investimento. A Convenção de Washington é clara nesse sentido, como vimos acima: "*does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute*". A idéia é evitar o chamado *"treaty-shopping"*, a mudança oportunista de nacionalidade. Esse posicionamento foi corroborado pelo tribunal arbitral que julgou o caso *Champion Trading contra Egito*.

> *"What is relevant for this Tribunal is that the three individual Claimants, in the documents setting up the vehicle of their investment, used their Egyptian nationality without any mention of their US nationality. (...) The mere fact that this investment in Egypt by the three individual Claimants was done by using, for whatever reason and purpose, exclusively their Egyptian nationality clearly qualifies them as dual nationals within the meaning of the Convention and*

thereby based on Article 25(2)(a) excludes them from invoking the Convention".

É importante ressaltar que na maior parte dos tratados o vínculo relevante é o de nacionalidade e não o de residência. Se o investidor reside permanentemente no estado receptor de investimento, mas preserva para si sua nacionalidade originária, ele pode vir a ser amparado por um acordo internacional de investimentos. Cite-se como exemplo o caso *Feldman contra México*, julgado no âmbito do NAFTA:

> *"under general international law, citizenship rather than residence or any other geographic affiliation is the main connecting factor between a state and an individual. Residence, even permanent or otherwise authorized or officially certified residence, only fulfills a subsidiary function which, as a matter of principle, does not amount to, or compete with, citizenship. In particular, in matters of standing in international adjudication or arbitration or other form of diplomatic protection, citizenship rather than residence is considered to deliver, subject to specific rules, the relevant connection".*

Por fim, encerrando a questão da nacionalidade dos investidores individuais, é importante observar que a perda de nacionalidade de indivíduo, substituindo-a pela nacionalidade de um estado que mantenha um acordo de investimentos com o estado de nacionalidade originário, torna o indivíduo plenamente capaz de proteger seus investimentos no plano internacional. Tal foi a posição do tribunal arbitral no julgamento do caso *Siag contra Egito.*

Pessoas jurídicas como investidores

É importante ter em mente a questão da nacionalidade dos investidores individuais, mas é insensato não admitir que na maioria dos casos os investidores são pessoas jurídicas. Ora, a determinação da nacionalidade das pessoas jurídicas é mais complexa que a dos indivíduos. Os vários sistemas jurídicos nacionais e os múltiplos tratados sobre investimentos internacionais utilizam critérios diversos para determinar a nacionalidade das pessoas jurídicas. Antes de tudo, é importante observar que a nacionalidade normalmente pressupõe personalidade jurídica. Dessa forma, entidades não-incorporadas não deveriam gozar de qualquer proteção jurídica, embora se admita por tratado algumas regras diferenciadas.

De maneira geral, dois são os critérios mais comuns: (i) o local de constituição

da sociedade; ou (ii) a sede social da empresa. A célebre opinião em separado do juiz Jessup no julgamento do caso *Barcelona Traction* pela CIJ demonstra que cada sistema jurídico favorece um critério distinto. Assim se expressa o juiz Jessup sobre os critérios de nacionalidade das pessoas jurídicas.

> *"There are two standard tests of the "nationality" of a corporation. The place of incorporation is the test generally favoured in the legal systems of the common law, while the siège social is more generally accepted in the civil law systems. There is respectable authority for requiring that both tests be met. It is not possible to speak of a single rule for all purposes. The tests used in private international law have their own character (...) Commercial treaties and claims conventions often contain their own definitions of which companies shall be considered to have the nationality of a State for purposes of the treaty. The tests used for such purposes may be quite different – even in the practice of the same State – from the tests used for other purposes. For example, the "control" test was widely used to determine the enemy character of property during war, but it is not established in international law as a general test of the nationality of a corporation."*

A maioria dos tratados internacionais sobre investimentos adota um ou outro desses critérios. Entre os que favorecem o local de incorporação, podemos mencionar o modelo americano de BIT, versão 2004. Veja-se como exemplo prático o Art. 1 (e) do BIT celebrado entre Polônia e Reino Unido em 1987:

> *Art. 1. (e) "investor" shall comprise with regard to either Contracting Party: (...) (ii) any corporations, firms, organisations and associations incorporated or constituted under the law in for in that Contracting Party (...)*

Nos casos em que os tratados aplicáveis optam pela regra do local de constituição da sociedade como critério único para determinação da nacionalidade das pessoas jurídicas, os tribunais arbitrais têm se recusado a desconsiderar a personalidade jurídica e analisar a nacionalidade dos acionistas da empresa. No caso *Tokios Tokeles contra Ucrânia*, o reclamante era uma empresa constituídas nos termos das leis da Lituânia, com quase a totalidade do controle nas mãos de nacionais ucranianos. O tratado relevante, o BIT entre Lituânia e Ucrânia, adotava apenas o critério de incorporação A controvérsia decorrente a relação entre os objetivos da Convenção de Washington mereceu um vigoroso voto dissidente por parte do árbitro-presidente, Prosper WEIL, no qual se afirma que o raciocínio empregado poderia ameaçar futuro da Convenção de Washington. O tribunal arbitral se pronunciou sobre o tema nos seguintes termos:

> *"38. Rather, under the terms of the Ukraine-Lithuania BIT, interpreted according to their ordinary meaning, in their context, and in light of the object and purpose of the Treaty, the only relevant consideration is whether the Claimant is established under the laws of Lithuania. We find that it is. Thus, the Claimant is an investor of Lithuania under Article I (2)(b) of the BIT. (...) 39. We reach this conclusion based on the consent of the Contracting Parties, as expressed in the Ukraine Lithuania BIT. We emphasize here that Contracting Parties are free to define their consent to jurisdiction in terms that are broad of narrow; they may employ a control-test or reserve the right to deny protection to claimants who otherwise would have recourse under the BIT. Once that consent is defined, however, tribunals should give effect to it, unless doing so would allow the Convention to be used for which it was clearly not intended".*

No caso *Saluka contra República Tcheca*, o tribunal arbitral precisou lidar com um problema semelhante. Uma pessoa jurídica constituída na Holanda foi confrontada com a acusação de que seria mera fachada para investidores japoneses se beneficiarem do BIT celebrado entre Holanda e a antiga Tchecoeslováquia em 1991. O Art. 1 (b) (ii) afirmava serem considerados investidores as pessoas jurídicas constituídas nos termos das leis holandesas. Analisando a questão, o tribunal se pronunciou nos seguintes termos:

> *240. The Tribunal has some sympathy for the argument that a company which has no real connection with a State party to a BIT, and which is in reality a mere shell company controlled by another company which is not constituted under the laws of that State, should not be entitled to invoke the provisions of that treaty.* (…) *However that may be, the predominant factor which must guide the Tribunal's exercise of its functions is the terms in which the parties to the Treaty now in question have agreed to establish the Tribunal's jurisdiction.* (…) *241. The Tribunal cannot in effect impose upon the parties a definition of "investor" other than that which they themselves agreed. That agreed definition required only that the claimant-investor should be constituted under the laws of (in the present case) The Netherlands, and it is not open to the Tribunal to add other requirements which the parties could themselves have added but which they omitted to add.*

Apesar de reconhecer que a pessoa jurídica reclamante era uma mera fachada (*"a shell company"*) para uma pessoa jurídica incorporada nos termos da legislação de um terceiro estado, simpatizando com o argumento que tais sociedades sem uma real conexão com o local de constituição não deveria ser permitido fazer uso dos tratados de investimento, o tribunal entendeu que não poderia alterar o sentido dos dispositivos contidos no tratado, no caso específico a regra de incorporação.

Outros tratados favorecem a regra da sede social ou da sede principal como critério de determinação na nacionalidade. Por exemplo, o BIT celebrado entre Argentina e

Alemanha.

> *Art.1.(4) El concepto de "sociedades" designa todas as las personas jurídicas, así como todas las sociedades comerciales y demás sociedades o asociasiones con o sin personería jurídica que tengan su sede en el território de una de las Partes Contratantes, independientemente de que su actividad tenga o no fines de lucro.*

Há ainda tratados que combinam local de constituição e sede. É o caso, por exemplo, do BIT entre Paquistão e Suécia, cujo Art. 1 (3) citamos a seguir:

> *The term "company" means any legal person incorporated or constituted in accordance with the legislation of one Contracting State and having its head office in the territory of that State.*

Da mesma forma, o Art. I(2) do Acordo de Promoção e Proteção de Investimentos da ASEAN, adotava um critério híbrido:

> *"The term 'company' of a Contracting Party shall mean a corporation, partnership or business association incorporated or constituted under the laws in force in the territory of any Contracting Party wherein the place of effective management it situated."*

Esse dispositivo foi aplicado no caso *Yaung Chi Oo contra Birmânia*. O reclamante era uma pessoa jurídica incorporada em Singapura, parte contratante do acordo da ASEAN, mas o tribunal se preocupou em verificar se a empresa era efetivamente administrada desde aquela localidade.

Há, porém, um número cada vez mais expressivo de tratados que vai além dos requisitos formais de incorporação ou sede social. Exige-se um vínculo econômico substancial entre a pessoa jurídica reclamante e o estado cuja nacionalidade essa reclamante pretende fazer reconhecer. Esse vínculo pode consistir de efetivo controle acionário por nacionais do estado pretendido, mas também se admite que a existência de atividade econômica genuína por parte da aludida pessoa jurídica nesse estado.

Em alguns tratados, um *"preponderant interest"* de nacionais em uma empresa é suficiente. É caso do tratado celebrado entre Bolívia e Suíça, por exemplo, que diz:

> *Art.1. (...) (b) On entend par «sociétés»: (...)* [da parte da Suíça] *les personnes morales ou sociétés de personnes sans personnalité juridique mais capables de posséder un patrimoine, dans lesquelles existe, directement ou indirectement, un*

> *intérêt suisse prépondérant; (...)* [da parte da Bolívia]*, les sociétés, corporations et firmes constituées d'après les lois en vigueur sur son territoire.*

Outro tratados combinam esse critério de *"preponderant interest"* com o critério de sede social, como por exemplo, o tratado celebrado entre Lituânia e Suécia:.

> *Art. 1 (3) The term "investor ' shall mean: (...) (b) any legal person having its seat in the territory of either Contracting Party or in a third country with a predominant interest of an investor of either Contracting Party.*

Por fim, o tratado celebrado entre Irã e Suíça combina todos os elementos acima mencionados, resguardando até mesmo os controladores das pessoas jurídicas:

> *Art.1(1) The term "investor" refers with regard to either Contracting Party to*
> *(a) natural persons who, according to the law of that Contracting Party, are considered to be its nationals;*
> *(b) legal entities, including companies, corporations, business associations and other organisations, which are establish under the law of that Contracting Party and have their seat, together with real economic activities, in territory of that same Contracting party;*
> *(c) legal entities not established under the law of the Contracting Party but effectively controlled by natural persons as defined in (a) above or by legal entities as defined in (b) above.*

Entre as arbitragens que tocaram nessa questão, vale destacar a já citada decisão do caso *Champion Trading contra Egito*. Além dos investidores individuais, de que falamos anteriormente, entre as partes reclamantes se encontrava também uma pessoa jurídica incorporada nos Estados Unidos, mas controlada majoritariamente por indivíduos com dupla nacionalidade (egípcia e americana). O argumento do Egito, reclamado, mencionava o fato de que o BIT celebrado entre Estados Unidos e Egito previa um critério misto de local de constituição e controle acionário por nacionais do estado de pretendida nacionalidade. O tribunal arbitral resolveu a questão nos seguintes termos:

> *"Neither the Treaty nor the Convention contain any exclusion of dual nationals as shareholders of companies of the other Contracting State, contrary to the specific exclusion of Article 25(2)(a) of the Convention regarding natural persons. The Respondents did not adduce any precedents or learned writings according to which dual nationals could not be shareholders in companies bringing an ICSID action under the Treaty".*

Outro caso envolvendo o problema da combinação de critérios é o caso *Águas del Tunari contra Bolívia*. Nesse caso, o reclamante era uma pessoa jurídica constituída

nos termos da lei boliviana, mas controlada por pessoas jurídicas holandesas. O reclamante argumentava que o tratado bilateral celebrado entre Bolívia e Holanda incluiria entre os investidores protegidos os controladores holandeses da companhias boliviana. A Bolívia contestou argumentando que os controladores holandeses seriam, na verdade, sociedades controladas por uma sociedade americana.

Acionistas como investidores

A proteção dos acionistas é um problema que não é novo no estudo dos investimentos internacionais. É cada vez mais comum que investimentos internacionais ocorram por meio da aquisição de ações de uma determinada sociedade de nacionalidade diferente da nacionalidade do investidor adquirente. Conforme tal prática se foi generalizando, começaram a surgir dificuldades acerca da legitimidade ativa desses investidores "indiretos" para exigir reparações contra danos sofridos pela sociedade de que sejam acionistas. A resposta a essa indagação não é simples, por misturar os critérios de nacionalidade dos investidores individuais com os critérios de nacionalidade das pessoas jurídicas e exigir um tratamento mais preciso do tema em tratados internacionais.

O direito internacional clássico sobre a matéria foi consolidado no já mencionado caso *Barcelona Traction*, julgado pela CIJ em 1970. A controvérsia envolvia a legitimidade do governo da Bélgica para exercer a proteção diplomática de acionistas de nacionalidade belga que haviam adquirido participação societária em uma sociedade canadense, cujos investimentos na Espanha haviam sofrido danos crescentes a partir da consolidação do regime fascista de Francisco Franco. Para a CIJ, a ausência de um direito consuetudinário, demonstrado pela falta de consenso na formulação de normas gerais sobre a matéria, como procuramos demonstrar no capítulo anterior, implicava em que a situação fosse regulamentada por tratado entre as partes ou por acordos diretos entre os investidores e o estado receptor de investimentos. Os acionistas só teriam o direito de exigir reparações quando seus direitos de acionista fossem diretamente desrespeitados pelo estado receptor do investimento. Outra possibilidade de ação direta se configuraria na hipótese de haver previsão expressa em tratado internacional vigente entre os estados relacionados:

> *"It is well known that there are rights which municipal law confers upon the latter distinct from those of the company, including the right to any declared*

> *dividend, the right to attend and vote at general meetings, the right to share in the residual assets of the company on liquidation. Whenever one of his direct rights is infringed, the shareholder has an independent right of action.* (…) [*T*]*he protection of shareholders requires that recourse be had to treaty stipulations or special agreements directly concluded between the private investor and the State in which the investment is placed. States ever more frequently provide for such protection, in both bilateral and multilateral relations, either by means of special instruments or within the framework of wider economic arrangements."*

Mais recentemente, a Corte re-expôs o mesmo raciocínio, na decisão do caso *Diallo*, opondo a Guiné e a República Democrática do Congo, sobre o direito de proteção diplomática de um nacional guineense contra danos praticados pelo governo congolês.

> *"In contemporary international law, the protection of the rights of companies and the rights of their shareholders, and the settlement of the associated disputes, are essentially governed by bilateral or multilateral agreements for the protection of foreign investments, (...) and also by contracts between States and foreign investors. In that context, the role of diplomatic protection somewhat faded, as in practice recourse is only made to it in rare cases where treaty régimes do not exist or have proved inoperative. It is in this particular and relatively limited context that the question of protection by substitution might be raised. The theory of protection by substitution seeks indeed to offer protection to the foreign shareholders of a company who could not rely on the benefit of an international treaty and to whom no other remedy is available, the allegedly unlawful acts having been committed against the company by the State of its nationality. Protection by "substitution" would therefore appear to constitute the very last resort for the protection of foreign investments.*

Ora, tendo em vista o exposto, e relembrando que a Convenção de Washington deixa claro que o investidor não pode fazer uso do mecanismo da proteção diplomática se quiser se utilizar dos mecanismos de proteção dos investidores do Centro, isso significaria que os acionistas só poderiam iniciar procedimentos arbitrais no âmbito do Centro se seus direitos de acionistas fossem violados pelo estado receptor de investimento. Se os direitos violados fossem os da sociedade, apenas esta poderia dar início a procedimentos com vistas a reparar os danos sofridos. Esse raciocínio vem sendo aplicado com consistência por tribunais arbitrais no âmbito da Centro. Como exemplo, mencionamos o caso *Enron contra Argentina*.

> *"… what the State of nationality of the investor might argue in a given case to which it is a party cannot be held against the rights of the investor in a separate case to which the investor is party. This is precisely the merit of the ICSID Convention in that it overcame the deficiencies of diplomatic protection where the investor was subject to whatever political or legal determination the State of nationality would make in respect of its claim."*

Com a evolução dos tratados que regulam investimentos internacionais, todavia, a definição de investimento positivada passou a incluir referência a cotas, cotistas ou participação societária, tornando mais clara a situação dos acionistas. Tribunais arbitrais constituídos no âmbito do ICSID analisaram a questão em mais de uma oportunidade, notando-se na decisão de *Azurix contra Argentina* que os desenvolvimentos jurídicos contribuíram para as decisões dos tribunais:

> *"The issues before this Tribunal concern not diplomatic protection under customary international law but the rights of investors, including shareholders, as determined by treaty, namely, under the BIT. The Tribunal does not find it necessary to resolve the controversy regarding the extent of the right of a State under public international law to protect its nationals who are shareholders in foreign companies".*

É importante, ressaltar, como comprova farta jurisprudência, que é indiferente, para efeitos da Convenção de Washington, a posição do acionista individual no quadro de participação da sociedade. Majoritários ou minoritários gozam do mesmo direito de, nos termos da Convenção de Washington, solucionar qualquer controvérsia surgida diretamente de um investimento.

Em síntese, vimos que a diversidade de fontes explica a variedade de definições, as quais se orientam a partir de um núcleo duro, qual seja o aporte permanente de capital com expectativa controlada de rentabilidade a médio ou longo prazo. Documentos de caráter mais protetor buscam ampliar ao máximo o escopo do conceito de investimento, obedecendo a uma lógica econômica mais relacionada à proteção dos bens. Outros documentos buscam assegurar apenas os aportes de médio e longo prazo, de maneira a realçar o caráter de duração no tempo do investimento. Além disso, faz-se necessária a ponderação da participação dos investidores na gestão, na aferição de lucros ou prejuízos com o empreendimento. Nota-se uma tendência de restrição às operações que exijam aporte de bens e presença de pessoas. Trata-se de uma nova visão, mais dinâmica e menos protecionista (ou seja, estática).

3.2.4. *Liberdade de investimento e direito de estabelecimento*

A expressão 'liberdade de investimento' não é corrente na terminologia jurídica por conta da multiplicidade de definições do termo 'investimento' e, mais ainda, do termo

‘liberdade’, o que restringe sua aceitação. Dessa forma, para melhor trabalhar a matéria, os instrumentos internacionais tendem a recorrer a duas outras liberdades econômicas, com quais a liberdade de investimento não deve ser confundida, mas sem a qual dificilmente seria compreendida: o direito de estabelecimento e a liberdade de circulação de capitais. Veremos a seguir em que consistem e de que maneira se relacionam com a liberdade de investimento.

Se considerarmos que o investimento internacional necessariamente faz surgir uma relação de longo prazo entre o investidor e o estado receptor de investimento, tendo em vista um interesse duradouro do investidor no estado receptor, não faz sentido separar o direito de admissão do direito de estabelecimento. Se admitirmos, todavia, como fazem alguns BITs, que certos compromissos de curto prazo podem ser considerados investimento, nesse caso poderemos traçar uma distinção entre o direito de admissão e o direito de estabelecimento.

O direito de admissão se refere às regras que cuidam do ingresso do investidor estrangeiro, concedendo ao investidor o acesso ao mercado interno. Esse direito pode ser temporário ou permanente. Como destaca a UNCTAD, a admissão temporária pode ser suficiente quando a empresa estrangeira pretende realizar apenas uma “discreta transação”, mas seria insuficiente para a criação de uma associação mais duradoura com o estado receptor do investimento (UNCTAD, 2004, p. 147).

Na eventualidade de o investidor estrangeiro necessitar de um acesso permanente ao mercado interno do estado receptor de investimento, este poderia conceder um direito permanente de acesso ao mercado, permitindo à empresa estrangeira realizar negócios no âmbito de sua jurisdição territorial. Esse direito de acesso ao mercado pode ser suficiente para empresas que desenvolvem atividades internacionais, tais como o comércio de bens e serviços, ou quando o negócio é conduzido por transações eletrônicas. Em ambos os casos, não há necessidade de uma presença permanente do investidor no território do estado receptor de investimento (UNCTAD, 2004, p. 146)..

Se, ao contrário, a atividade desenvolvida pelo investidor requer uma presença permanente para desempenhar as atividades, o direito de estabelecimento se torna necessário. Juridicamente, a palavra “estabelecimento” refere-se principalmente ao local em que se desempenham atividades empresariais. Conceder o “direito de estabelecimento” consiste, em se tratando de relações econômicas internacionais, na remoção de restrições

para que os empresários de um determinado estado desempenhem atividades econômicas em caráter permanente, tendo em vista uma remuneração não-salarial. No mesmo sentido, pronuncia-se a UNCTAD (2004, p. 147).:

> *"a right of establishment ensures that a foreign investor, whether a natural or legal person, has the right to enter the host country and set up an office, agency, branch or subsidiary (as the case may be), possibly subject to limitations justified on grounds of national security, public health and safety or other public policy grounds... Thus, the right to establishment entails not only a right to carry out business transactions in the host country but also the right to set up a permanent business presence there. It is therefore of most value to investors who seek to set up a long-term investment in a host country".*

Esse direito de estabelecimento poderá se articular por meio de conceitos e padrões variados. Reivindicações de não-discriminação entre investidores estrangeiros de várias nacionalidades ou entre investidores estrangeiros e investidores nacionais foram decisivas para moldar os dois padrões principais que articulam o direito de investimento no plano do direito internacional: o padrão de tratamento nacional e o padrão de tratamento da nação mais favorecida.

O padrão de tratamento nacional pode ser definido como o tratamento não menos favorável que aquele concedido pelo estado receptor de investimento aos seus nacionais envolvidos em atividades econômicas semelhantes às do investidor titular do direito. Trata-se de um padrão de importância especial na fase posterior à admissão do investidor estrangeiro.

O padrão de tratamento da nação mais favorecida, por sua vez, pode ser definido como o tratamento não menos favorável que o concedido a qualquer outro investidor estrangeiro envolvido em atividades econômicas semelhantes às do investidor titular do direito. O padrão de tratamento da nação mais favorecida assegura que o tratamento mais favorável oferecido por um estado receptor de investimento aos nacionais de um determinado estado por meio de um tratado será automaticamente estendido ao investidores estrangeiros que sejam titulares desse direito.

Esses padrões podem ser utilizados separadamente ou combinados, prevalecendo aquele que oferecer a melhor situação para o investidor. Certos tratados estendem esses padrões de não-discriminação à fase de pré-estabelecimento, assegurando igualdade de condições de concorrência internacional para acesso ao mercado e estabelecimento. Uma vez estabelecido o investimento, todos os acordos internacionais

protegerão seu tratamento posterior nos termos do padrão de não-discriminação adotado. Veremos exemplos de uma tal situação no próximo capítulo deste trabalho.

Os primeiros tratados internacionais sobre liberdade de estabelecimento foram as antigas convenções de estabelecimento, normalmente complementares aos tradicionais tratados de paz, amizade, comércio e navegação. Com a recente implementação de mercados comuns a partir de tratados internacionais de integração econômica, o tema da liberdade de estabelecimento voltou a ser relevante.

Tanto as antigas convenções de estabelecimento como os mais recentes acordos de integração econômica regional se fundam na cláusula do tratamento nacional, decorrente do princípio da não-discriminação. A cláusula de tratamento nacional aplica o padrão de tratamento nacional que acabamos de ver. Por meio dela, todos os nacionais das partes contratantes de um determinado tratado recebem o mesmo conferido pelas partes a seus respectivos nacionais. Instrumentos contendo cláusulas de tratamento nacional geralmente detalham a cobertura da liberdade de estabelecimento.

Os direitos concedidos aos investidores estrangeiros podem se referir à fase pré-estabelecimento, ou seja, à concessão de tratamento nacional prévio, ou restringir-se à fase pós-estabelecimento, ou seja, apenas ao momento posterior à admissão dos investidores. Tratados que concedem tratamento nacional prévio igualam todos os investidores nacionais e todos os potenciais investidores estrangeiros, submetendo-os às mesmas condições, contanto que a atividade econômica seja desempenhada por meio de um estabelecimento permanente. Veremos em detalhes a concessão desse direito na prática

O direito de estabelecimento se relaciona de maneira bastante próxima com a liberdade de investimento. O segundo é pressuposto do primeiro. Tanto para o direito de estabelecimento como para a liberdade de investimento, a noção de "presença permanente" adquire relevância central. Para se assegurar o direito de estabelecimento, ensina JUILLIARD (2000, pp. 330-2), é necessário assegurar a liberdade de investimento. Se o estabelecimento pressupõe uma presença permanente com o objetivo de desempenhar atividades econômicas, não se pode assegurar tal direito à presença permanente se as pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras estiverem impedidas de operar a partir de instalações localizadas no estado de estabelecimento. A mera aquisição de um imóvel já é um investimento e se esse imóvel destinado a se tornar a sede de um investidor internacional estiver impedido de ser utilizado da maneira planejada pelo investidor

unicamente pelo fato de ser propriedade de um estrangeiro, então nos deparamos com uma restrição ao direito de estabelecimento que afeta diretamente a liberdade de investimento.

A mais recente versão consolidada do Tratado de Roma, ao tratar da circulação de capitais, se estrutura de maneira a subordinar essa liberdade ao objetivo de tornar viáveis as liberdades fundamentais da integração européia, qual seja, a livre-circulação de pessoas, mercadorias e serviços. Assim, a liberdade de investimento, desdobrada em liberdade de circulação de capitais e direito de estabelecimento, seria uma liberdade instrumental para a integração européia. Nesse sentido, o TJUE já havia se pronunciado nos seguintes termos, ao analisar o caso *Casati*:

> *"10. Pour ce raisons, l'article 67, paragraphe 1, differe des dispositions concernant la libre circulation des merchandises, des personnes et des services, en ce sens que l'obligation de liberer les mouvements des capitaux n'est prevue que 'dans la mesure necessaire au bon fonctionnement du marché commun'. L'ampleur de cette limitation, qui reste applicable aprés l'expiration de la periode de transition, est variable dans le temps et depend d'une appreciation des besoins du marché commun et de l'évaluation a la fois des avantages et des risques qu'une liberalisation pourrait presenter pour celui-ci, compte tenu de son état du moment et, notamment, du degré d'intégration atteint dans les domaines pour lesquels les mouvements de capitaux ont une importance particulière".*

Da mesma forma, a liberdade de investimento não pode ser assegurada se o direito de estabelecimento não o é. Como garantir a presença permanente do investidor, idéia central do velho conceito de investimento estrangeiro direto, sem permitir que ele tenha o direito de se estabelecer? A liberdade de investimento seria uma concha vazia, se não fosse acompanhada por um direito de estabelecimento. Fica claro, portanto, que da mesma forma que o direito de estabelecimento pressupõe a liberdade de investimento, a liberdade de investimento é dependente do direito de estabelecimento, em uma relação quase simbiótica.

A liberdade de investimento sem direito de estabelecimento equivaleria a investir em um país onde fosse proibida a propriedade privada dos meios de produção. Seria uma concha vazia, sendo o investidor obrigado a investir em parceria com um estado e às vezes totalmente subordinado à autoridade desse. Mas nem sempre a concha está totalmente vazia. Há investimentos que não requerem presença permanente e, em não requerendo, não seriam prejudicados se tal direito não fosse assegurado aos investidores. Os investimentos em carteira, de que falamos anteriormente, não seriam prejudicados. A

grande maioria dos tratados que buscam proteger os investidores inclui a aquisição de ações entre os investimentos cobertos pelo instrumento. Assim, a liberdade de investimento se apresenta mais ampla que a liberdade de estabelecimento. Dessa forma, podemos concluir que a liberdade de investimento não é sinônimo do direito de estabelecimento, por existirem operações de investimento que podem ser conduzidas sem fazer uso do direito de estabelecimento.

3.2.5. *Liberdade de circulação de capitais*

Vimos que o direito internacional consuetudinário não nos ajuda na delimitação da liberdade de estabelecimento. Sem surpresas constatamos que o mesmo se aplica à liberdade de circulação de capitais. Assim, faz-se necessário que passemos diretamente ao direito positivo em um esforço de determinar seu conteúdo. A matéria se incluiu apenas recentemente entre os temas jurídicos. As convenções bilaterais tradicionais estavam geralmente preocupadas em assegurar apenas os pagamentos relacionados às transações correntes. Houve por muito tempo um peso político conferido à promoção do comércio internacional, com a presunção de que um estado forte seria um estado com uma balança comercial favorável. Ora, para atender às demandas de desenvolvimento do comércio internacional bastaria solucionar o problema dos pagamentos internacionais realizados em transações correntes. Demais pagamentos se submeteriam às restrições de cada estado de residência.

Com o desenvolvimento do direito da integração, foi notada a necessidade de estender tal proteção a todas as operações de capital envolvendo atividades econômicas entre os estados associados em um projeto de integração econômica. Presente em vários mecanismos de integração regional, quase sempre com alguma restrição, a liberdade de circulação de capitais pode ser definida como a liberdade de realização de transferências de qualquer quantia em moeda de um estado para outro com o objetivo de financiar operações de capital.

Muitas lacunas remanescentes dessa definição tentada exigem maiores esclarecimentos. Chamamos "circulação" a totalidade de movimentos possíveis de capital, sendo a liberdade de circulação o conteúdo positivado dos movimentos de capital que podem ser realizados livremente pelos residentes – e não mais pelos nacionais – de um

determinado estado. É importante observar que o vínculo jurídico relevante entre o investidor e os estados já não é o da nacionalidade, mas o da residência. Enquanto o investidor residir em um determinado estado, gozará da liberdade de circulação de capital acordada entre esse estado e os demais.

Além disso, é possível notar que as expressões "liberdade de circulação de capital" e "movimentos de capital" estão sendo reinterpretadas por tribunais arbitrais, de maneira a aumentar cada vez mais a sua abrangência. Inicialmente, tal liberdade cobriria apenas os *pagamentos* relacionados a uma dada operação de capital. Seria tecnicamente mais correto fazer menção a uma "liberdade de pagamentos relacionados a movimentos de capital". Nesse sentido, a remoção de entraves à realização de pagamentos não se traduzia em uma necessária remoção de restrições à própria operação de capital. Tratar-se-ia, portanto, de uma liberdade *cambiária*, parcialmente superada pelo advento da moeda única.

A interpretação mais atual, por outro lado, professa que a liberdade de circulação de capital abrange tanto os pagamentos quanto a própria operação de capital. Nesse sentido, a remoção de entraves à circulação de capitais envolveria, além dos pagamentos internacionais, a própria operação de capital. Supondo que um investimento seja uma operação de capital, a remoção de restrições à circulação de capital significaria a remoção de restrições aos investimentos internacionais e aos pagamentos a ele relacionados. Essa é a interpretação que é atualmente aplicada pelo direito comunitário europeu e pela OCDE.

Mas o que difere uma transação corrente de outras operações de capital? Tal distinção não é fácil e nenhuma definição satisfatória do que venha a ser uma operação de capital foi consagrada pelo direito positivo. Decisões do antigo Tribunal de Justiça das Comunidades Européias tentaram enfrentar a questão, mas os doutrinadores não acompanharam a orientação do TJUE. A definição proposta se encontra, atualmente, obscurecida pela superveniência de novas diretivas européias, entre as quais a própria diretiva de 1988 que mencionamos anteriormente. Sendo um campo muito dinâmico, é importante prestar atenção aos documentos internacionais, que consolidam a prática financeira internacional e se propõem a garantir liberdade de circulação de capital às operações citadas e aos pagamentos a elas relacionados.

No âmbito do direito comunitário europeu, a versão consolidada do Tratado de

Roma, em seu Art. 56, proíbe todas as restrições à movimentação de capital e aos pagamentos entre estados-membros ou entre estes e terceiros estados. O conteúdo do Art. 56 havia sido regulamentado pela Diretiva 88/361/CEE do Conselho, de 24 de junho de 1988. Em seu Anexo 1, a Diretiva apresenta uma lista de definições, entre as quais citados o seguinte excerto:

> *"Na presente nomenclatura, os movimentos de capitais são classificados segundo a natureza econômica dos ativos e responsabilidades a que se referem, expressos em moeda nacional ou em divisas estrangeiras. Os movimentos de capitais enumerados na presente nomenclatura entendem-se como abrangendo: o conjunto das operações necessárias à realização dos movimentos de capitais, conclusão e execução da transação e transferências relacionadas com essa transação (...); as operações efetuadas por qualquer pessoa singular ou coletiva, incluindo as operações que incidem sobre os ativos ou as responsabilidades dos estados-membros e das outras administrações e organismos públicos, (...) as operações de liquidação ou de cessão dos ativos constituídos, o repatriamento do produto dessa liquidação ou a utilização desse produto, no local, nos limites das obrigações comunitárias; as operações de reembolso dos créditos ou empréstimos. A presente nomenclatura não é limitativa da noção de movimento de capitais (...)"*

No âmbito da OCDE, o Código de Liberalização dos Movimentos de Capitais, aponta, em seu Anexo D, ponto 3, os movimentos de capitais cobertos por seus dispositivos.

> *"The General List enumerates operations which comprise transactions between residents of different countries as well as any capital transfers resulting directly therefrom and envisaged thereunder by the parties concerned. For example, the sections dealing with the granting of credits or loans cover not only the initial transfer of the capital amounts in question but also their subsequent retransfer; they do not, however, cover transfers, such as interest, which are considered to be current payments and therefore are dealt with in the Code of Liberalisation of Current Invisible Operations. The purchase or sale of foreign exchange in order to complete an operation included in the General List is covered by the section dealing with that operation. Foreign exchange transactions that are necessary to complete an operation included in the Code of Liberalisation of Current Invisible Operations are covered by the provisions of that Code."*

Da mesma forma, podemos relacionar a liberdade de investimento com a liberdade de circulação de capitais. Impossível falar em liberdade de investimento na presença de restrições à movimentação de capitais. Faz parte do conceito de investimento que trabalhamos desde o início a suposição de que existe um movimento de capital entre duas circunscrições territoriais. Mas as liberdades não coincidem: existem movimentos de capital que não podem ser classificados como investimento; e existem investimentos que

não podem ser classificados como movimentos de capital.

Não há uma definição geral de movimento de capital que seja aceita na comunidade financeira internacional. Os movimentos de capital seriam uma categoria residual cuja definição se daria em função de sua oposição ao conceito de pagamentos correntes. Toda transação que não se classifique como pagamento corrente deveria ser considerada um movimento de capital. Como afirma a Corte Européia no caso *Luisi e Carbone*:

> *Current payments are transfers which are caused by some underlying transaction of a "current character", whereas capital operations may be defined as financial operations which essentially contemplate the placement or investment of the amount involved, rather than the compensation due by reason of some "current" transaction.*

Essa definição ainda dá margem a críticas, mas evidencia que o cerne da questão está na oposição entre transações correntes e operações de capital. Tratados internacionais não procuram esclarecer a diferença e tampouco procuraram cunhar um conceito do que venha a ser um movimento de capital. No âmbito europeu, a Diretiva 88/361 não apresenta nenhuma definição, mas o seu Anexo 1 enumera várias categorias de movimentos de capital. Dessas, apenas duas estão relacionadas aos investimentos internacionais: categoria I (investimento direto) e categoria II (investimento imobiliário). As demais incluem movimentos de capital de caráter menos duradouro, relacionados com operações de mais curto prazo, especulativas, incompatíveis com a conceituação proposta.

Fica claro, portanto, que a noção de movimento de capital é mais ampla que a noção de investimento. Não obstante, a remoção de restrições à movimentação de capital inclui, no mínimo, a remoção de restrições a pagamentos relacionados com investimentos diretos e *real estate investments*. Assim, a noção de movimento de capital poderia cobrir a operação financeira e a transação a ela relacionada. Não basta permitir que um investidor estrangeiro adquira uma fábrica. É preciso permitir que o investidor pague pela aquisição da fábrica, transferindo dinheiro do exterior para a conta daquele que vende a fábrica.

Existem, por outro lado, certos investimentos que podem ser conduzidos sem nenhuma movimentação internacional de capital. Isso ocorre quando o investidor estrangeiro contribui em espécie para a constituição do investimento em um estado receptor, cedendo, por exemplo, equipamentos, máquinas ou veículos que correspondam em valor à sua participação no investimento. Nesse caso, podemos constatar que a

liberdade de investimento e a liberdade de circulação de capitais não são equivalentes. Repita-se ainda que a liberdade de circulação de capitais é instrumental para a realização de investimentos, sendo inconcebível que restrições à circulação de capitais estimulem a entrada de investimentos estrangeiros.

3.3. CONCLUSÕES GERAIS DO CAPÍTULO

Tendo observando os conceitos de admissão, estabelecimento e acesso a mercados, confrontados com o problema da circulação de capitais e a meta projetada de uma liberdade de investimento, podemos agora traçar algumas considerações conclusivas sobre o que foi discutido no presente capítulo.

Por um lado, é importante observar que existem certos investimentos internacionais que não requerem a presença comercial do investidor no estado receptor do investimento. Não havendo necessidade de presença comercial, o investidor ficaria satisfeito "apenas" com um direito de admissão para si ou para o seu investimento. O exemplo mais evidente é o do investimento em carteira, que não exige do investidor a aquisição e a manutenção de um estabelecimento permanente para realização e supervisão de seu investimento, mas somente a autorização da autoridade nacional responsável pela fiscalização das atividades em bolsa de valores (GÓMEZ-PALÁCIO; MUCHLINSKI, 2008, p. 231).

Da mesma forma, quando o investidor realiza investimentos internacionais com vistas ao comércio internacional de bens e de serviços, o simples direito de admissão pode lhe ser suficiente, especialmente quando o investidor estrangeiro necessita de permissões para fazer comercializar seus produtos no mercado doméstico do estado receptor ou para celebrar um acordo de licenciamento ou distribuição com uma empresa local. Em tais casos, não há necessidade de um estabelecimento permanente (GÓMEZ-PALÁCIO; MUCHLINSKI, 2008, p. 232).

Os mais puristas podem argumentar que essas situações não se refiram à circulação internacional de fatores de produção, mas à circulação internacional de bens ou serviços, ou seja, comércio internacional. Não obstante, é relevante retomar a equivalência de Mundell citada anteriormente. Comércio e investimento são estratégias complementares nos planos de negócios das empresas multinacionais, estratégias estas voltadas para a

penetração em novos mercados, a qual pode se dar sem que a empresas multinacional se estabeleça, em sentido estrito, no território do estado receptor.

Por outro lado, quando a operação internacional de investimento consiste em um investimento direto, presente, entre outras características, a duração do investimento no longo prazo, e envolvendo a movimentação de capital, bens de produção e trabalhadores para o território do estado receptor, tudo isso submetido ao controle direto do investidor estrangeiro, nesse caso a operação exigirá do estado receptor a outorga de um direito de admissão combinado com um direito de estabelecimento, sendo desejável a liberdade de movimentação de capitais. Apenas com a concessão de um direito de admissão e estabelecimento é que o investidor poderá iniciar seu empreendimento.

Uma tal concessão de direitos depende das definições incluídas no tratado internacional que regule as relações internacionais econômicas entre o estado de nacionalidade do investidor e o estado receptor de investimento. Na falta de um tratado ou em complementação a este, as leis domésticas do estado receptor que regulamentam o investimento estrangeiro também terão sua relevância na determinação das condições e conteúdo de um direito de admissão e estabelecimento.

Assim, um definição mais ampla de investimento pode vir a cobrir até mesmo o investimento em carteira, independentemente de um estabelecimento permanente ou da real presença comercial do investidor estrangeiro no estado receptor. Definições mais restritivas, focadas na natureza do investimento, podem restringir tais direito apenas a operações de investimento direto, conduzidas pelo investidor a partir de seu estabelecimento permanente, refletindo a sua real presença comercial no estado receptor.

4. MODELOS DE ADMISSÃO DE INVESTIMENTOS

> *"We are not ready yet for a right of establishment. You have to remember our history as a colony. The East India Company came here as trader and ended up owning the country".*
>
> – **Manmohan Singh**, primeiro-ministro da Índia, em declaração à *The Economist* (1998).

4.1. TIPOLOGIA DOS MODELOS DE ADMISSÃO

A proliferação de instrumentos estabelecendo regimes internacionais para os investimentos reflete um esforço de facilitação dessas operações econômicas. A superação do conflito de interesses entre países exportadores e países importadores de investimentos por meio desses instrumentos internacionais resolveu de maneira bastante satisfatória o problema da proteção dos investimentos.

Na atualidade, como observa JUILLARD (2000, p. 336), o problema reside da liberalização da admissão e do estabelecimento de investimentos internacionais, constituindo um verdadeiro conflito de concepção que opõe uma visão neoliberal a uma visão neo-mercantilista das relações econômicas internacionais. Ambas as perspectivas arregimentam tanto países exportadores como também países importadores de capital, diluindo a velha dicotomia entre Norte e Sul.

As tentativas infrutíferas de negociação de um acordo multilateral de investimentos no âmbito da OCDE, o MAI, evidenciaram as diferenças de postura entre países europeus e os demais membros da OCDE. Os EUA e seus parceiros econômicos procuram adotar modelos de admissão mais favoráveis à liberalização da circulação de investimentos. Os países europeus preferem favorecer a autonomia discricionária do estado na admissão de investidores estrangeiros e investimentos internacionais.

Quando o Banco Mundial apresentou suas "Diretrizes para o tratamento de investimentos estrangeiros direitos", em 1992, levou em consideração o importante papel desempenhado pela prática dos BITs europeus ao longo de trinta anos, e consagrou como diretriz uma perspectiva de controle dos investimentos, mas não se furtou a recomendar a adoção de medidas mais liberais. Tomou o padrão europeu como dado e propôs o padrão

americano de liberalização como meta, se expressando nos seguintes termos (Diretriz II (3), com grifos nossos):

> *"**Each State maintains the right to make regulations to govern the admission of private foreign investments**. In the formulation and application of such regulations, States will note that experience suggests that certain performance requirements introduced as conditions of admission are often counterproductive and that **open admission**, possibly subject to a restricted list of investments (which are either prohibited or require screening and licensing), **is a more effective approach**. Such performance requirements often discourage foreign investors from initiating investment in the State concerned or encourage evasion and corruption. Under the restricted list approach, investments in non-listed activities, which proceed without approval, remain subject to the laws and regulations applicable to investments in the State concerned*".

Imediatamente após reconhecer o direito, conferido pela 'soberania econômica' de regulamentar a admissão de investidores e investimentos internacionais, o Banco Mundial passa a recomendar, com base na "experiência", uma postura mais eficiente de livre-admissão possivelmente submetida a uma lista de restrições. Em trechos da mesma Diretriz, o Banco Mundial recomenda ainda aos estados que evitem adotar medidas demasiado complicadas em matéria de admissão dos investimentos e reconhece a necessidade de impor condições de ordem pública, saúde pública e proteção ambiental para a admissão de investimentos.

Apesar de sua *softness*, as Diretrizes do Banco Mundial representam uma consolidação das práticas desenvolvidas pelos BITs ao longo de três décadas e indicam um caminho a ser seguido, o de uma liberalização econômica que torne o ambiente econômico favorável ao investimento internacional, com o objetivo de dinamizar a economia global e otimizar o bem-estar das populações em geral, tendo como base a despolitização, na medida do possível, dos objetivos de desenvolvimento econômico. A localização dos fatores de produção fundada em critérios exclusivamente econômicos tenderia a ser mais benéfica que o constante entrechoque de políticas nacionais de desenvolvimento. O controle dos investimentos e a sua liberalização são dois extremos de uma série de opções políticas que reflete uma matéria apenas fragmentariamente regulada.

Como vimos, as sucessivas tentativas de codificação de um direito consuetudinário aplicável aos investimentos internacionais resultaram infrutíferas devido à objeção persistente apresentada, inicialmente, pelos países em desenvolvimento. Mais tarde, quando esse grupo de países pretendeu consolidar sua posição majoritária, enfrentou

a objeção persistente dos países desenvolvidos. A ausência de uma estrutura normativa no âmbito do direito internacional geral permitiu a fragmentação das iniciativas de regulamentação, que permanece até os dias de hoje.

Tal fragmentação se orienta a partir do postulado que nos é dado pela 'soberania econômica', segundo o qual todo estado tem total liberdade para aceitar ou recusar a admissão de investimentos internacionais. Isso significa que o estado pode estabelecer a regulamentação que bem entender para o tema, adotando medidas legislativas que proíbam totalmente seu ingresso – como fizeram, por exemplo, a antiga União Soviética, a China e demais estados socialistas em determinados momentos de suas respectivas trajetórias – ou medidas que estabeleçam as condições e regras de admissão e estabelecimento, geralmente consolidadas em um ou mais documentos legislativos conhecidos como "Códigos de Investimento". Sendo total a liberdade dos estados nessa matéria, nada impede – e alguns estados efetivamente assim procedem – que se libere totalmente a entrada de capital estrangeiro por força de uma medida legislativa interna. Como nota UNCTAD (2005, p. 22), durante a última década, como conseqüência do aumento da competição internacional por investimento direto, as medidas de admissão foram amplamente liberalizadas em vários lugares do planeta. Seja como for, tais atos normativos apresentam as características de atos unilaterais quando analisados no plano internacional, fugindo ao objetivo do presente trabalho.

Da mesma forma, a liberdade normativa dos estados permite a regulamentação da matéria dos investimentos internacionais por via convencional. Em primeiro lugar, as iniciativas bilaterais e regionais, que buscavam a convergência singular de interesses apenas entre os países efetivamente dispostos a estabelecer algum tipo de regulamentação internacional para disciplinar as suas mútuas relações de investimento. Mais recentemente, iniciativas multilaterais que buscavam envolver o maior número possível de países resultaram infrutíferas devido aos já citados conflitos de interesses que marcam os diferentes posicionamentos dos estados e dos setores econômicos interessados. Subsidiariamente, iniciativas não-vinculativas, como a adoção de Diretrizes voltadas para a padronização gradual das diversas maneiras de se regulamentar o tema, têm trazido algum avanço na busca por um regime internacional uniforme em matéria de investimentos.

Assim, verifica-se na regulamentação dos investimentos internacionais a característica dúplice de ser uma matéria densamente regulada, mas quase totalmente

fragmentada. Não obstante, é possível apontar "tipos ideais", "padrões" ou "modelos" regulatórios, para os quais convergem os acordos internacionais em matéria de investimento. No que se refere à admissão e estabelecimento dos investimentos internacionais, a UNCTAD propõe uma classificação em cinco modelos, apresentados em ordem crescente de liberalidade para com o investimento internacional. No presente trabalho, utilizaremos uma tipologia própria, a partir da classificação proposta pela UNCTAD (2004, pp. 143-4) tendo em vista observações de Thomas POLLAN (2006, pp. 136-8), em sua singular análise sobre os cinco modelos, visando uma melhor distinção entre os vários tipos, nos seguintes termos (sempre em ordem crescente de liberalização): (i) modelo de controle dos investimentos; (ii) modelo de liberalização por lista positiva; (iii) modelo de industrialização regional integrada; (iv) modelo de tratamento nacional recíproco; e (v) modelo de livre admissão com lista negativa. POLLAN propõe ainda um sexto modelo, por ele denominado *"open admission model"*, aplicável exclusivamente aos Códigos de Investimento que concedem direitos de livre admissão aos investidores estrangeiros. Por se referir a uma matéria de direito interno, esse sexto modelo não será analisado no presente trabalho.

O *modelo de controle dos investimentos* é o mais dedicado a resguardar a soberania econômica dos estados, não conferindo qualquer direito de admissão aos investimentos recíprocos das partes contratantes e reconhecendo a discricionariedade soberana dos estados na admissão de investimentos internacionais. O *modelo de liberalização por lista positiva*, ou de liberalização progressiva, que confere direito de admissão apenas aos investimentos realizados em um certo número de setores econômicos formalmente explicitados pelas partes contratantes, excluídos todos os demais setores. O *modelo de industrialização regional integrada*, que confere direito de admissão apenas aos investidores de estados membros de uma determinada organização regional de integração econômica enquadrados em uma estratégia pactuada de industrialização integrada. O *modelo de tratamento nacional recíproco*, que confere total liberdade de admissão e estabelecimento para todos os investidores residentes envolvidos em atividades empresariais transnacionais no âmbito de uma organização internacional de integração econômica. Por fim, o *modelo de livre admissão com lista negativa*, que confere total liberdade de admissão e estabelecimento, combinando o melhor tratamento entre a regra de tratamento nacional e a cláusula de nação mais favorecida, exceto para os setores

econômicos formalmente explicitados pelas partes contratantes.

Trataremos agora de cada um desses modelos em maiores detalhes.

4.1.1. *Modelo de controle dos investimentos*

O modelo de controle dos investimentos é a conseqüência natural da afirmação história da soberania permanente dos estados sobre seus recursos naturais e todo o amplo processo de consolidação das competências econômicas exclusivas de cada estado, conforme analisado anteriormente. Como apontamos na introdução ao presente capítulo, o modelo de controle dos investimentos não confere qualquer direito prévio de admissão e estabelecimento aos investimentos recíprocos das partes contratantes. Surge como mera positivação de uma situação de fato em que os países em desenvolvimento não se dispunham a abrir mão de suas competências econômicas exclusivas para admitir investidores em seu território e reconhece soberana discricionariedade de que gozam os estados na admissão e estabelecimento de investimentos internacionais em seu território. Hoje, é o modelo mais amplamente disseminado nas relações entre países em desenvolvimento e países desenvolvidos (UNCTAD, 2004, p 143).

Thomas POLLAN (2006, pp. 138-40) aponta entre os argumentos favoráveis à adoção do modelo de controle dos investimentos os seguintes: (i) manutenção das competências econômicas exclusivas do estado; (ii) possibilidade de proteção e desenvolvimento das ditas 'indústrias nascentes' e 'sensíveis'; (iii) conciliação entre a necessidade de desenvolvimento e os problemas históricos e culturais associado à relação com investidores estrangeiros.

As competências econômicas do estado são mantidas, neste modelo, devido à ausência de obrigações jurídicas internacionalmente constituídas no sentido de haver qualquer dever de admissão por parte do estado receptor de investimentos. Ainda que se argumente que uma tal postura protecionista pode levar a uma reputação de local inamistoso para investidores estrangeiros, a única conseqüência jurídica da adoção do modelo de controle de investimentos no âmbito do direito internacional é a preservação da competência normativa exclusiva do estado em matéria de admissão de investimentos, assegurando um espaço para a promoção de políticas públicas, o chamado *policy space* (CELLI JUNIOR, 2009, p. 38-9).

A preservação desse espaço político, fundamental para a implementação de políticas de desenvolvimento, assegura a proteção do parque industrial em formação. Se as novas indústrias não puderem concorrer com grandes companhias multinacionais de longa tradição empresarial, em uma perspectiva neo-mercantilista, o estado deverá prover a proteção necessária para tornar tais indústrias capazes de suportar a concorrência internacional. A abertura do mercado às multinacionais poderia destruir a base industrial local, por conta de suas desvantagens em comparação com as grandes empresas. O desenvolvimento industrial dos países desenvolvidos teria se baseado nessa premissa protecionista.

O mesmo problema da preservação das indústrias nascentes se aplica também às chamadas indústrias sensíveis. Em alguns países em desenvolvimento, a economia apresenta baixo grau de diversificação, havendo um ou dois setores industriais muito mais importantes do que todos os demais setores da economia somados. Um exemplo comum é a dependência que certos países produtores de petróleo têm de sua indústria petrolífera. A Venezuela, por exemplo, recém-admitida pelo MERCOSUL ainda depende, em larga medida, da extração de petróleo. Há também certos setores econômicos que, mesmo não sendo decisivos na renda nacional, merecem proteção do estado tendo em vista o interesse público. É o caso, por exemplo, da indústria cultural e do entretenimento. Mesmo os países industrializados mais avidamente interessados na liberalização econômica relutam em liberalizar os setores culturais. Em situações de extrema dependência ou interesse público, a liberalização abrupta de um setor sensível pode acarretar em graves problemas econômicos e sociais. Assim, é fundamental controlar a admissão de investimentos que se relacionem com esses setores.

Um problema decorrente da proteção de determinados setores da economia é determinar o momento em que o estado deve – ou pode – suspender a proteção, permitindo a livra concorrência de investidores estrangeiros. O comportamento de grupos industriais protegidos pelos governos pode variar entre aproveitar o tempo de adaptação para efetivamente adaptar-se e aproveitar o tempo de adaptação para manter as práticas decorrentes das imperfeições do mercado protegido por um período mais longo. Nesse último caso, os grupos empresariais podem fazer uso de lobbies protecionistas dispostos a transformar a proteção virtuosa temporária em uma proteção viciada permanente. Para evitar tais problemas, as medidas de proteção da indústria local precisam deixar bem claros

os seus objetivos, os seus prazos de adaptação e os seus mecanismos de verificação do cumprimento dessas medidas. Isso estimularia os setores protegidos a acelerarem suas próprias medidas de adaptação, com o objetivo de concorrerem satisfatoriamente com os investidores estrangeiros quando o período de proteção se encerrar. Um exemplo de medida protecionista direcionada para a indústria nascente é o caso da lei de informática, no Brasil. Grupos empresarias nacionais interessados em desenvolver *expertise* nesse segmento foram protegidos enquanto vigorou a lei. Infelizmente, a lei não gerou os resultados esperados: os grupos empresariais não chegaram a desenvolver plenas condições de disputar o mercado nacional com concorrentes estrangeiros devido, em parte, à falta de investimentos tecnológicos necessários para a consolidação da nova indústria.

Some-se a essas preocupações o histórico de opressão legado pelo imperialismo e pelo colonialismo ocidental em largas porções territoriais da África e da Ásia. Durante a descolonização, os países em desenvolvimento viam nas iniciativas de regulamentação internacional dos investimentos uma nova forma de manter controle sobre as economias descolonizadas. A grande maioria dos governos se manteve hostil aos investimentos internacionais, promovendo expropriações e reformas econômicas destinadas a diminuir a presença de investidores estrangeiros na economia nacional. Episódios de uso da força contra governos hostis aos investimentos internacionais, tais como a intervenção anglo-francesa no Egito (1956) no contexto da nacionalização do Canal de Suez, reforçam o estereótipo colonialista do investimento internacional e alimenta a imaginação de muitas lideranças políticas até os dias de hoje.

Entre os argumentos desfavoráveis à adoção do modelo de controle dos investimentos, POLLAN (2006, pp. 140-2) menciona os seguintes: (i) piora do ambiente local para investimentos; (ii) o fenômeno do *"rent-seeking"*; (iii) corrupção.

Ao requerer sua admissão, o investidor "bate à porta" de um estado que a mantém fechada e a abre apenas se considera que o investidor é adequado. Quanto mais demorado o processo entre a batida e a abertura da porta, mais altos o investidor considerará os seus custos projetados. Custos de admissão muito altos, ou regras muito rígidas, que demandam muitos gastos no período pré-estabelecimento até que se consiga a admissão, tenderão a desestimular os investidores ou favorecer a corrupção. Com a ampliação da percepção de que o investimento internacional é um recurso escasso e importante na promoção do desenvolvimento, os estados passaram a competir por ele e

isso tornou mais efetivas as sanções impostas por agências de avaliação do ambiente de investimento com base no custo de "abertura da porta". Isso tenderia a tornar o modelo de controle de investimentos menos atraente para países em desenvolvimento que competem entre si.

Outra característica desfavorável é a relação simbiótica que se forma entre o setor industrial nacional e a burocracia estatal responsável pela identificação dos setores em formação e dos setores sensíveis. Por um lado, cria-se uma relação de parasitismo entre os setores protegidos e o mercado consumidor interno, na qual a indústria propositadamente se mantém incapaz de competir internacionalmente e se alimenta da proteção oferecida pelo governo, decaindo em tecnologia e abusando da política de preços, no chamado fenômeno do *"rent-seeking"*. Por outro, o setor industrial protegido alimenta a burocracia com apoio político e, em casos mais graves, corrompe a administração de maneira a assegurar a proteção necessária e manutenção de suas práticas abusivas. Disso resultam barreiras tarifárias altas, que seduzem o investidor internacional e fazem com que também ele procure corromper a burocracia de maneira a persuadi-la a admitir o seu investimento, gerando um círculo vicioso que prejudica o desenvolvimento. Quadros regulatórios abertos e transparentes são considerados menos vulneráveis à corrupção e a adoção de listas positivas ou negativas tende a se firmar como uma maneira mais desejável de proteger os setores vulneráveis e sensíveis de uma economia nacional.

4.1.2. *Modelo de liberalização por lista positiva*

Como antecipamos, o modelo liberalização por lista positiva, ou de liberalização progressiva, confere direito de admissão apenas aos investimentos realizados em um certo número de setores econômicos formalmente explicitados pelas partes contratantes, estando excluídos os demais setores. Esses direitos limitados de admissão e estabelecimento são conferidos exclusivamente aos setores das economias nacionais especificados em uma "lista positiva" elaborada pelas partes contratantes como complemento a um tratado internacional que constitua as obrigações gerais referentes à matéria. Reflete uma opção política pela liberalização mais cautelosa possível, abrindo apenas alguns poucos setores de cada vez (UNCTAD, 2002, p 143).

Seguindo a lista de argumentos favoráveis organizada por POLLAN (2006, pp.

157-9), podemos destacar: (i) cessão controlada de competências econômicas exclusivas; (ii) o fenômeno do *"spill-over"*; (iii) fortalecimento da posição de negociação no plano internacional.

Entre as características tidas como vantajosas, o modelo de liberalização por lista positiva tem em si precipuamente o respeito pela soberania econômica dos estados. Cada estado escolhe os setores que prefere liberalizar, negociando-os com seus iguais contratantes. Isso lhes permite controlar com absoluta tranqüilidade a eventual abertura de sua economia. Os estados podem escolher manter setores protegidos para sempre e abrir totalmente outros, sempre tomando o cuidando de equilibrar seus interesses com os de outros participantes do mecanismo de liberalização. Mais do que isso, estados que mantêm determinados setores protegidos adquirem uma posição de negociação mais vantajosa em relação a estados que já liberalizaram esses setores. É possível a esses países exigir mais de seus pares, oferecendo menos. Por fim, a liberalização setorial permite que um setor de especial importância para os determinados grupos empresariais seja beneficiado com a abertura econômica. O fenômeno conhecido como *"spill-over"* cria condições para que setores competitivos que se beneficiam de medidas liberalizantes adquiram ainda mais força, impulsionando outros setores que deles dependam (UNCTAD, 2002, p. 156).

Por outro lado, ainda de acordo com POLLAN, o modelo de liberalização por lista positiva enfrenta algumas das mesmas críticas que enfrenta o modelo de controle de investimentos. Entre elas, o problema da admissão burocrática dos investimentos, a relação viciosa que pode existir entre a burocracia e os setores protegidos, levando à corrupção e a problemas econômicos. Ademais, o problema da composição da lista positiva é igualmente vitimado por *lobbies*, inclusive *lobbies* internacionais, envolvendo setores dos países envolvidos em uma negociação de lista positiva. Mais do que isso, setores bem sucedidos em processos de liberalização que beneficiam alguns outros setores (o citado fenômeno do *"spill-over"*) podem redundar em uma sobrevalorização desse setor em detrimento de outros setores que poderiam ser competitivos. Isso prejudica a diversificação econômica e deixa a economia nacional mais vulnerável a crises que abalem os setores liberalizados. Esse problema da falta de diversificação se acentua na medida em que os investidores internacionais tendem a procurar setores liberalizados, em que a porta já esteja aberta, relegando aos setores protegidos um interesse residual (2006, p. 158).

Por sua estrutura jurídica, o modelo de liberalização por lista positiva parece

ser o mais adequado para uma complexa negociação multilateral que se proponha a estabelecer um acordo de investimentos abrangendo países industrializados e países em desenvolvimento com o objetivo de liberalizar a admissão e o estabelecimento de investimentos internacionais entre as partes contratantes. Em escala regional ou bilateral, todavia, o modelo de liberalização por lista positiva é menos vantajoso, sendo preterido em favor de modelos mais ágeis (POLLAN, 2006, p.158).

4.1.3. *Modelo de industrialização regional integrada*

O modelo de industrialização regional integrada está relacionado à própria UNCTAD e à estratégia de desenvolvimento concebida por seus integrantes. Inicialmente, os economistas dos países em desenvolvimento adotaram uma postura que favorecia a adoção do modelo de controle de investimentos. Mais tarde, a partir do desenvolvimento do pensamento econômico estruturalista e da formulação da teoria da dependência, foi possível pensar um modelo que não apenas protegia as "soberanias econômicas" do centro em face das economias centrais, mas também contribuía para que essas economias periféricas se desenvolvessem.

Tanto o estruturalismo quanto a teoria da dependência foram profundamente influenciados pelo pensamento do economista argentino Raúl PREBISCH, de destacado trabalho no âmbito da CEPAL e posteriormente no âmbito da UNCTAD. PREBISCH e seus associados trabalham com a hipótese econômica de Prebisch-Singer. Nos termos dessa hipótese, há uma deterioração dos termos de comércio entre os países industrializados (centro) e as economias primárias (periferia), fundada na constatação de que a demanda por produtos industrializados aumentaria mais rapidamente que a demanda por matérias-primas. Como solução, Prebisch propôs a implementação de programas de industrialização por substituição de importações, em que estados procuram promover internamente a produção de artigos manufaturados até então importados (GRANILLO-OCAMPO, 2009, p. 107-8).

A adoção dessa concepção industrializante induz os estados ao aumento de tarifas de importação e à adoção de programas nacionais de industrialização. Ora, a adoção de tais medidas exige que o estado mantenha o maior controle possível sobre as atividades econômicas em seu território, inclusive sobre o investimento que aflui para seu território.

Ora, em estados menores, com menor capacidade industrial instalada e menor volume de capital disponível, o programa de industrialização por substituição de importações talvez se beneficiasse de uma abertura regional, aumentando o tamanho do mercado e dos recursos nele disponíveis. Identificando corretamente as vantagens competitivas de uma dada região e combinando-as nos termos de um plano regional de desenvolvimento talvez fosse possível realizar progressos que evitassem a deterioração dos termos de troca e o enfraquecimento econômico relativo dos mais fracos em relação aos mais fortes.

Entre as vantagens do modelo de industrialização regional, é importante notar que é o primeiro passo no sentido de uma verdadeira integração. As empresas regionais passam a ter acesso a todos os fatores de produção presentes na região. A utilização adequada desses fatores de produção pode conduzir essas empresas a operar em uma economia de escala, ou seja, à utilização máxima dos fatores de produção, gerando o tão almejado desenvolvimento econômico e permitindo maiores investimento em tecnologia. No longo prazo, o programa regional permitiria a consolidação de empresas internacionalmente competitivas que poderiam ser beneficiadas em posteriores iniciativas de liberalização supra-regionais (POLLAN, 2006, pp. 162-3).

Entre as desvantagens do modelo de industrialização regional, destaca-se a observação relevante de que nem sempre todos os fatores de produção necessários para o bom andamento do programa de desenvolvimento estão disponíveis em uma dada região. Tecnologia e pessoal qualificado, por exemplo, são menos abundantes e menos especializados em estados em desenvolvimento. A ausência de fatores suficientes paralisa o programa de industrialização e não equaciona o problema do subdesenvolvimento. Entre os fatores de produção, o capital também tende a ser escasso em estados em desenvolvimento, sendo irrelevante o direito de acesso ao mercado regional se os empresários não tiverem condições de investir. A entrada de investimentos internacionais poderia resolver o problema, mas os estados que optaram por estratégias de industrialização por substituição de importações em geral preferiram conceder crédito aos investidores regionais, o que gerou problemas nas já pouco equilibradas contas públicas. Mais do que isso, a influência dos estados nas indústrias favorecidas pelos programas de desenvolvimento regional estimula o círculo vicioso dos setores protegidos e não estimula a concorrência, mantendo as indústrias aquém de sua máxima capacidade competitiva. Por fim, resta a ponderação de que uma integração regional focada apenas na indústria não

atende às demandas complexas de um verdadeiro processo de integração (POLLAN, 2006, p. 163).

4.1.4. *Modelo do tratamento nacional recíproco*

O modelo de industrialização regional, que acabamos de ver, se inspira em uma perspectiva de integração econômica regional combinada com um projeto de industrialização como estratégia de superação do problema do subdesenvolvimento. Essa regionalização direcionada, setorizada, é uma versão mais restrita daquilo que, sob inspiração da UNCTAD, denominamos modelo de tratamento nacional recíproco. Nesse modelo, são conferidos os mais amplos direitos de admissão e estabelecimento aos investidores de um estado-membro para realização de investimentos em outros estados-membros da mesma organização regional de cooperação ou integração econômica. O objetivo é a criação de um regime comum para os investimentos regionais (e também para o comércio regional, motivação original das primeiras manifestações desse tipo de iniciativa). Em geral, não se oferece a mesma liberdade na admissão de investidores de terceiros estados. A distinção primordial entre este modelo e o modelo de industrialização regional é seu caráter geral, independente de formas específicas de organização empresarial ou do cumprimento de um programa regional de desenvolvimento econômico integrado (UNCTAD, 2004, p. 152).

É importante revisitar o conceito de tratamento nacional para compreender mais claramente o funcionamento do modelo de tratamento nacional recíproco. Como vimos, o padrão de tratamento nacional é um padrão originalmente desenvolvido para relações de comércio entre as nações. Sua função é assegurar aos nacionais de uma parte-contratante um tratamento não menos favorável que o concedido aos nacionais da outra parte contratante por sua legislação doméstica. No caso dos investimentos internacionais, o padrão de tratamento nacional busca igualar os direitos de investidores nacionais e estrangeiros (UNCTAD, 2004, p. 162).

Quando aplicado à fase de pré-estabelecimento, ou seja, à fase em que o investidor ainda não foi admitido pelo estado receptor, o padrão de tratamento nacional obriga o estado receptor a impor apenas as condições de admissão e de estabelecimento aplicáveis a seus investidores nacionais. Nesse sentido, a aplicação de um padrão de

tratamento nacional permite a todos os investidores estrangeiros beneficiados o acesso aos setores da economia nacional que se encontravam restritos a investidores locais. Quaisquer condições de admissão ou requisitos de desempenho que não sejam impostos também aos nacionais tornam-se inaplicáveis. É com a aplicação do padrão de tratamento nacional à fase de pré-estabelecimento que a liberalização se torna possível. É característica do modelo de tratamento nacional recíproco a aplicação do tratamento nacional à fase de pré-estabelecimento. Assim, *ab initio*, os investidores de todas as partes contratantes se encontram todos em situação semelhante (UNCTAD, 2004, pp. 167-9).

Entre as características vantajosas dessa modalidade de regulamentação internacional da admissão de investimentos, é possível destacar, em primeiro lugar, a diminuição dos custos de transação advinda da liberdade de admissão de investimentos ou, em outras palavras, do direito de estabelecimento garantido aos investidores regionais. Removido esse entrave à integração econômica, a estrutura industrial presente na região terá maior liberdade para alocar eficientemente os recursos necessários, favorecendo a utilização adequada das vantagens comparativas disponíveis e estimulando as indústrias a operar em seu ponto ótimo de produção e preço. Os fatores de produção, ademais, se apresentam mais abundantes em um mercado regional liberalizado, com maior quantidade disponível de capital, trabalhadores e matérias-primas necessárias para a produção. Como conseqüência, os preços regionais tenderiam a diminuir, estimulando o consumo e promovendo um círculo virtuoso de crescimento econômico (POLLAN, 2006, pp. 166-8).

Ademais, como nota POLLAN, aos benefícios da integração regional podemos acrescentar o fortalecimento da posição de negociação no plano multilateral e também da capacidade de competição de seus produtores perante concorrentes de outros lugares do mundo. É sempre importante ponderar ainda, retomando os objetivos que em parte justificaram a adoção das primeiras medidas de regionalismo no âmbito europeu, que a criação de ligações econômicas mais amplas entre os estados contribuem para a estabilidade política e desestimulam o acirramento de disputas entre antigos rivais regionais. Uma cultura de paz através do comércio pode se tornar até mesmo uma condição para que o grupo regional amplie sua composição ou aceite a cooperação inter-regional 2006, pp. 166-7).

Entre as conseqüências negativas dessa modalidade, destaca-se principalmente a mitigação da soberania econômica do estado, na medida em que se delega a entidades

supranacionais comprometidas com o interesse regional uma parcela do poder decisório na formulação de determinadas políticas econômicas diretamente relacionadas com o projeto integracionista. Nesse sentido, os processos de integração econômica são geralmente irreversíveis e dependem de uma escolha consciente e responsável dos grupos nacionais. Além dessa relevante conseqüência política, existem implicações econômicas igualmente relevantes. Setores sensíveis e indústrias recentes não são protegidos em um sistema de ampla integração, como o eram nos modelos anteriores. Se os setores não forem competitivos, ou não se tornarem competitivos, podem sucumbir à concorrência de rivais mais tradicionais presentes na região (2006, pp. 167-8).

Aliás, o processo de otimização da economia em escala regional pode conduzir à reorganização espacial da produção, criando pólos de emprego e pólos de desemprego à medida em que a especialização avança, o que contribui para o aparecimento de fenômenos como *dumping* social e *dumping* ambiental, em que empresas se aproveitam de lacunas na harmonização de políticas sociais e ambientais para diminuir no curto prazo os seus custos de transação. A mitigação dos efeitos danosos desse períodos de adaptação depende de uma atuação firme dos governos envolvidos do processo de integração (UNCTAD, 1999, xxviii).

É possível notar que as desvantagens geralmente associadas aos processos de integração se aplicam principalmente ao período de constituição do mercado comum regional. Uma vez superados os entraves políticos e consolidadas a harmonização e a máxima uniformização possível das legislações nacionais em matérias sensíveis ao tema da integração, o processo de integração tende a deslanchar e suas vantagens tendem a superar suas desvantagens. O papel dos estados e dos órgãos supranacionais, nesse sentido, já não é propriamente o de preservação de um *policy space* como estratégia de superação das adversidades surgidas durante um processo de liberalização. O *policy space* é praticamente o mesmo, apenas passando do controle exclusivo dos estados para um controle compartilhado com os órgãos supranacionais. A função dos estados, portanto, se foca na cooperação responsável inspirada por uma perspectiva de ganhos coletivos no âmbito regional com vistas a fortalecer a posição de negociação no que se refere ao plano multilateral.

4.1.5. *Modelo de livre admissão com lista negativa*

Por fim, o *modelo de livre admissão com lista negativa* confere total liberdade de admissão e estabelecimento, combinando as melhores condições de tratamento possíveis entre o dever de tratamento nacional e o dever de tratamento nos termos da cláusula de nação mais favorecida, exceto para os setores econômicos formalmente explicitados pelas partes contratantes em documento conhecido como "lista negativa". Neste modelo, há clara preocupação com a outorga de direitos prévios de admissão e estabelecimento aos investidores internacionais em face de cada uma das partes contratantes. Em outras palavras, esses padrões de tratamento são concedidos à fase de pré-estabelecimento.

A lista negativa e as regras de exceção vêm dizer em que situações e em que termos a parte contratante não terá a obrigação de aplicar esses deveres de tratamento. Para os demais setores, todos os investidores se beneficiam do tratamento mais benéfico, que pode ser aquele que o estado confere a seus próprios investidores (tratamento nacional), aquele que ele confere a um parceiro privilegiado (cláusula da nação mais favorecida), ou a melhor combinação entre ambos. Esse modelo de combinação entre tratamento nacional e cláusula de nação mais favorecida está em pauta para negociações comerciais desde as negociações da Conferência de Havana de 1947, ora acompanhado de uma lista positiva, ora acompanhado de uma lista negativa. Com a ofensiva americana pela liberalização dos investimentos internacionais, esse modelo comercial foi transplantado para as relações de investimento, obedecendo à já citada equivalência de Mundell, segundo a qual, no âmbito de um pensamento econômico liberal, o comércio e investimento são equivalentes e se substituir mutuamente.

A principal característica do modelo de livre admissão diz respeito à originalidade com que o padrão de tratamento nacional e a cláusula de nação mais favorecida se relacionam com o objetivo de garantir igualdade de condições entre os investidores nacionais e os investidores estrangeiros, por um lado, e entre investidores estrangeiros de diferentes nacionalidades, por outro. Ao contrário do que acontece no modelo de controle de investimentos, o modelo de livre admissão assegura a aplicação de tais padrões de tratamento também à fase anterior ao estabelecimento do investidor, a chamada fase pré-estabelecimento. Os estados signatários de acordos nesses termos

aceitam, portanto, a limitação de suas prerrogativas soberanas no que se refere à admissão de investidores estrangeiros, criando-se uma *obrigação de admissão*. Cada parte contratante deixará de aplicar condições preliminares aos investidores estrangeiros que desejem iniciar atividades em seu território, na medida em tais condições não sejam impostas também aos nacionais. Dá-se a uma tal configuração o nome de "política da porta aberta" (*open door policy*).

De modo geral, as vantagens do modelo de livre admissão são as mesmas do modelo do tratamento nacional recíproco. Entre suas vantagens específicas, podemos destacar o acesso juridicamente seguro aos mercados estrangeiros a que passam a ter direito os investidores tutelados pelos tratados que aplicam o modelo. Por um lado, a combinação do padrão de tratamento nacional com a cláusula da nação mais favorecida coloca os investidores domésticos e estrangeiros em pé de igualdade, permitindo o acesso aos mercados e possibilitando que as decisões tomadas pelos investidores internacionais se baseiem apenas em ponderações de caráter econômico. Como observa POLLAN, isso faz aumentar a base de recursos e permite um processo de produção internacional mais eficiente. Alem disso, isso pode permitir ao estado receptor acesso a outros mercados de exportação, na medida em que se insiram na rede de distribuição as empresas multinacionais. Nesse sentido, tanto os investidores como o estado receptor lucram com esse acesso privilegiado a mercados internacionais. Por outro lado, o investidor internacional sabe desde logo quais setores da economia nacional estão incluídos na lista negativa e portanto excluídos das medidas de liberalização (POLLAN, 2006, pp. 174-6).

Para os estados, o modelo de livre admissão também apresenta suas vantagens. Em primeiro lugar, contribui para a reputação do estado entre os investidores internacionais, apresentando-o como respeitador dos direitos de propriedade, comprometido com o fomento à atividade econômica fundada nos princípios do liberalismo econômico. Mesmo a lista negativa pode contribuir para a reputação do estado, na medida em que demonstra que não obstante existirem compromissos de liberalização, o estado mantém consciência de suas responsabilidades perante determinados setores ditos estratégicos, o que agrada setores politicamente ativos no plano interno e assegura a continuidade das práticas pactuadas. Além disso, permite que a parcela do serviço público alocada para *"screening"* os investimentos estrangeiros seja realocada para programas de atração dos investimentos. Além disso, é perfeitamente compatível com a proteção de

setores indústrias não-consolidados ou sensíveis, na medida em que a lista negativa pode abranger todos os setores considerados vulneráveis pelos estados (POLLAN, 2006, p. 176).

Como relatado pela UNCTAD, o chamado fenômeno *"crowding-out"*, no qual empresas nacionais menos competitivas são expulsas do mercado por força do acirramento das relações concorrenciais em um mercado liberalizado, é economicamente indesejável em presença de três condições: (i) se a indústrias nascentes forem capazes de se desenvolver para plena competitividade se defrontadas com concorrentes estrangeiras; (ii) se o processo de amadurecimento não seja longo a ponto de os custos da proteção superem os benefícios sociais da liberalização; (iii) mesmo na presença de custos sociais, os custos sociais externos também devem superá-los. Nesse sentido, pondera a UNCTAD, estados que desejarem desenvolver suas indústrias nascentes se encontram bem-servidos pelo modelo da lista negativa (UNCTAD, 1999, p. 28).

As desvantagens da aplicação desse modelo são poucas, mas marcantes. Em primeiro lugar, o tema já sublinhado da perda de soberania econômica, a qual só poderia ser recuperada mediante o altíssimo custo da denúncia do tratado internacional. Ao contrário do que acontece no âmbito de uma estrutura de cooperação ou de integração regional, as competências econômicas soberanas não são delegadas a uma órgão de caráter supranacional que atue com visão de conjunto; renuncia-se puramente ao controle sobre determinado setor em contrapartida a uma concessão igual ou similar das demais partes contratantes. Nesse sentido, a lista negativa só pode ser reformada em consenso com as demais partes contratantes, exigindo a máxima atenção e cautela por partes dos governos. Temores decorrentes dessa característica radical estimulam a formação de listas cada vez mais extensas e complexas que atenuam sua característica eminentemente liberal (POLLAN, 2006, p. 176).

O modelo de livre admissão pode ser uma solução para países que anseiam por aderir a processos de liberalização, por combinar a flexibilidade necessária para resguardar os interesses nacionais em matéria de desenvolvimento e ainda assim oferecer um sinal de "porta aberta" pela combinação de segurança jurídica com acesso ao mercado para investidores de outros estados, o que tende a atrair investimentos internacionais. O modelo exige, porém, que os estados envolvidos compartilhem dos mesmos pontos de vista em matéria de liberalização, cooperação econômica, integração e, *ultima ratio*, globalização.

4.2. OPÇÕES POLÍTICAS PARA ADMISSÃO E ESTABELECIMENTO

Os modelos de admissão de investimento internacional podem ser traduzidos em opções políticas para os estados. A escolha de um determinado modelo, ou a elaboração de uma combinação entre modelos, pode alterar significativamente as perspectivas de crescimento e desenvolvimento econômico. Foram essas perspectivas as principais responsáveis pela retomada do controle sobre os investimentos internacionais a partir da descolonização. A combinação de fatores materiais se altera de acordo com cada caso, mas a UNCTAD verifica a tendência de oscilação em torno de seis possibilidades de ação política por parte do estado, a partir dos modelos jurídicos de regulamentação que apresentamos (UNCTAD, 2002, pp. 155-9).

4.2.1. *Discricionariedade completa do estado receptor*

Ao adotar o modelo de controle de investimentos, o estado está manifestando sua preferência manutenção de sua completa discricionariedade em relação à admissão e ao estabelecimento de investimentos internacionais. É a opção preferida por governos reticentes quanto às vantagens da liberalização internacional. Entre os exemplos de utilização do modelo de controle dos investimentos, merecem destaques os BITs, tratados bilaterais de investimento destinados a regular as relações de investimento entre dois estados, geralmente um estado exportador e o outro importador de investimentos. A grande maioria dos BITs adota, em matéria de admissão de investimentos, o modelo de controle de investimentos.

O antecedente imediato dos BITs são os tradicionais tratado de paz, amizade, comércio e navegação. Os países exportadores de capital buscavam assegurar direitos econômicos para seus nacionais por meio desses documentos. Em tais documentos, as regras referentes à regulamentação dos investimentos internacionais não mereciam grande destaque, embora fosse dada alguma atenção ao tema das expropriações e ao tema do direito de estabelecimento.

Contudo, à medida que avançava o processo de descolonização, esses instrumentos deixaram de dar conta das demandas envolvidas nas relações de investimento internacional, tornando-se rapidamente obsoletos. A obsolescência de tais documentos se

devia não propriamente à vetustez de sua prática ou dos conceitos por eles empregados, mas sim ao contraste desfavorável em relação os novos acordos de promoção e proteção de investimentos patrocinados por países europeus. Como vimos, o novos tratados bilaterais de investimentos se resignam a respeitar a soberania territorial dos estados em desenvolvimento, o que era vantajoso para as ex-colônias preocupadas em afirmar sua ambicionada independência.

A Alemanha, despossuída de seus investimentos internacionais por conta das expropriações sofridas durante a Segunda Guerra Mundial, foi o primeiro estado a celebrar BITs, visando especialmente a proteção dos interesses de investidores alemães em regiões estratégicas do mundo em desenvolvimento. O tratado celebrado entre Alemanha e Paquistão em 1959, até hoje vigente, contem uma cláusula de admissão que se expressa nos seguintes termos:

> *Art. 1 (1) Each contracting State hereafter called in this Treaty a Party will endeavor to admit in its territory, in accordance with its legislation and rules and regulations framed thereunder the investing of capital by nationals or companies of the other Party and to promote such investments and will give sympathetic consideration to requests for the grant of necessary permissions. In case of Pakistan such permissions shall be given with due regard also to their published plans and policies.*

Essa cláusula inspirou a grande maioria dos BITs europeus. Nos termos de seu texto, o BIT não confere um direito de admissão aos investidores das partes contratantes. Dito de outra maneira, os BITs não criam para cada parte contratante uma *obrigação de admitir* o investidor de nacionalidade da outra. Assim, cada investidor interessado deverá submeter-se a um determinado procedimento de admissão, de responsabilidade exclusiva do estado receptor, ao cabo do qual esse estado receptor poderá admiti-lo "nos termos de suas leis regulamentos", por vezes com ressalvas e condições, ou recusar sua admissão.

A cláusula que "regula" a admissão dos investimentos da outra parte contratante obedece a um formato padronizado, sendo conhecida como "cláusula de encorajamento". É possível encontrá-la, com poucas alterações, nos vários modelos de BITs elaborados pelos estados com vistas à facilitação de negociações bilaterais. Para ilustrar com um exemplo mais moderno, apresentamos a cláusula de admissão do BIT celebrado entre a Grã-Bretanha e a Índia em 1995:

> *"Art. 3 (1). Each Contracting Party shall encourage and create favorable*

conditions for investors of the other Contracting Party to make investments in its territory, and admit such investments in accordance with its laws and regulations".

Da simples leitura do texto da cláusula, podemos identificar dois comandos normativos: (i) há uma obrigação de encorajar ("*shall encourage"*) os investidores a investir na outra parte contratante; e (ii) há uma obrigação condicionada de admitir (*"shall [...] admit [...] in accordance with its laws and regulations"*). Trata-se de uma linguagem elegante, que oculta uma forma de preservar as competências econômicas exclusivas do estados em matéria de admissão de investimentos. O estado é obrigado a "encorajar" seus investidores. Ora, encorajar é uma expressão demasiado imprecisa para se pressupor que essa obrigação de admitir possa ser traduzida em algum comportamento específico, como a adoção de uma ou outra medida administrativa. Qualquer atitude do estado será tomada por vontade própria. A obrigação de encorajar se revela, portanto, um compromisso político pronunciado em forma de regra jurídica (CARREAU e JUILLARD, 2007, pp. 435-6).

Analisando apenas o texto da cláusula, não é possível determinar a natureza desse compromisso de encorajamento. Todavia, é lícito supor que não se trate de uma obrigação jurídica, mas de um compromisso político voltado muito mais para a conservação de um ambiente de cooperação entre as partes do que propriamente para a adoção de medidas concretas visando práticas específicas. Ademais, se as partes desejam preservar as prerrogativas soberanas dos estados, a criação por tratado de qualquer obrigação de tomar determinadas medidas administrativas seria incompatível com o espírito da negociação. Disso decorre que, não obstante a elegante expressão de compromisso com o encorajamento, nenhuma parte contratante está obrigada a reformar sua legislação de admissão após a ratificação do acordo de investimentos (DOLZER e SCHREUER, 2008, pp. 80-2) (CARREAU e JUILLARD, 2007, pp. 437-8).

Por sua vez, a expressão *"in accordance with its laws and regulations"* esvazia a obrigação de admitir constituída internacionalmente, condicionando-a à regra de admissão constitucionalmente instituída. Todas as formalidades, prazos, procedimentos, taxas e demais imposições preliminares à admissão de um investimento, conforme prevista no ordenamento jurídico interno de cada parte contratante deverá ser respeitada. O tratado apenas reconhece o direito soberano do estado de fazer aplicar a sua própria legislação.

SHIHATA (1994, p. 55) afirma que a "obrigação de admitir" está submetida não apenas às restrições à admissão de investimentos existente no momento de celebração

do BIT, mas também a todas as alterações subseqüentes que venha sofrer esse quadro regulatório, sejam elas mais liberais ou mais protecionistas. *A contrario sensu*, SACERDOTI (2000, p. 120) afirma que a cláusula de encorajamento tem implicações concretas, tanto em matéria procedimental como em matéria substantiva. Nesse sentido, a cláusula de encorajamento funcionaria como uma cláusula de estabilização. Na medida em que o estado se compromete a incentivar o investimento, ele não poderia tomar medidas que desencorajem os investidores. Discordamos por entender que a obrigação de encorajar é aplicada na perspectiva do estado que exporta capital. Ainda que sejam consideradas de eficácia plena, não se referem à obrigação de admitir. O reforço progressivo das medidas de controle não constitui, portanto, violação do direito internacional e não podem ser invocadas por investidores que se vejam obrigados a enfrentá-las, a menos que o próprio BIT disponha de maneira diferente (JOUBIN-BRET, 2008, p. 12).

Fica claro, portanto, que as cláusulas de encorajamento servem como instrumentos de proteção, e não como instrumentos de liberalização, por conferir uma chancela convencional às medidas internas tomadas pelos estados com o objetivo de controlar a admissão de investimentos internacionais (SHIHATA, 1994, p. 56). Talvez isso se deva à função originária dos BITs de proteger os investimentos já estabelecidos, mais do que propriamente facilitar a admissão de novos investimentos. Como vimos, os BITs surgem em um período de profundo confronto entre o Norte exportador de capital e o Sul importador de capital, em meio a medidas expropriatórias que suscitavam temor por parte dos setores produtivos dos estados do Norte. A solução de uma retórica promocional associada a cláusulas protecionistas, estabelecendo e.g. mecanismos de solução das controvérsias, foi uma maneira de oferecer proteção aos investidores já instalados e um esforço de construção de um ambiente gradualmente mais favorável no futuro. Se hoje é possível adotar medidas mais liberais, isso se deve principalmente às soluções de compromisso contidas nos BITs tradicionais.

Além de presença constante nos BITs, o modelo de controle de investimento também é utilizado em relações plurilaterais. Na esteira de um longo programa de cooperação para o desenvolvimento, a União Européia (por suas antecessoras, as Comunidades Européias) vem celebrando tratados com um grupo de países em desenvolvimento da África, do Caribe e do Pacífico, conhecidos por seu acrônimo ACPs. A cooperação teve início ainda em 1957, orientada pelo Tratado de Roma, com o objetivo

velado de garantir suprimento preferencial de matéria-prima para os países europeus que então viam ameaçados seus impérios coloniais. Para tanto, a primeira versão do Tratado de Roma conferiu *status* de associados a 31 territórios ultramarinos e criou o Fundo Europeu de Desenvolvimento, que visava a promoção de assistência técnica e financeira para os territórios submetidos a relações coloniais com os estados europeus signatários.

A descolonização da maior parte desses territórios ao longo das décadas de 60 e 70, todavia, tornou necessária a celebração de novos documentos. Já em 1963 foi celebrado em Yaundé, nos Camarões, o primeiro Acordo de Parceria entre a antiga Comunidade Econômica Européia e dezessete países africanos recém-independentes. Nos termos do Acordo de Yaundé, foi concedido o acesso preferencial a certos produtos africanos no âmbito do mercado europeu. Em 1969, o acordo foi renovado por meio da segunda Convenção de Yaundé. Novas mudanças foram introduzidas na primeira Convenção de Lomé (1975), refletindo, por um lado, os insucessos dos acordos de Yaundé e seu resquício colonial, incômodo para os estados em desenvolvimento, e, por outro lado, a criação do Sistema Geral de Preferências no âmbito do GATT e a adesão do Reino Unido às Comunidades Européias, que trazia consigo as relações preferenciais mantidas com toda a Comunidade Britânica. Os ACPs haviam celebrado, meses antes, o Acordo de Georgetown (1975), que formalizou seu grupo e contribuiu para a uniformização de suas posições. A Convenção de Lomé foi renovada quatro vezes e expirou em 1999.

Durante a década de 90, as relações entre os ACPs e seus parceiros europeus sofreram modificações, na medida em que os laços históricos pós-coloniais foram gradualmente se enfraquecendo com a entrada de novos atores no cenário africano e com a diminuição da importância econômica dos ACPs para o mercado europeu. O fim da Guerra Fria, a consolidação do mercado único europeu em 1992 e a crescente cooperação da antiga Europa dos 12 com os estados da Europa Central e Oriental deslocou o foco de prioridades das Comunidades Européias. Todos esses fatores, bem como problemas técnicos envolvendo a compatibilização das Convenções de Lomé com as normas do GATT e da OMC, levaram à elaboração de um novo quadro regulatório para as relações entre Europa e os ACPs. Assinado em Cotonou, no Benin, em 23 Junho de 2000, por 77 ACPs e os então quinze membros da União Européia, o Acordo de Parceria entre o Grupo de Estados da África, do Caribe e do Pacífico, a Comunidade Européia e seus Estados-Membros, conhecido como Acordo de Cotonou, deu novo aspecto a essa relação, na

medida em que condicionou o apoio ao desenvolvimento a compromissos com os direitos humanos, a democracia e o estado de direito. Violações a esses "elementos essenciais" podem levar à suspensão total ou parcial da ajuda ao desenvolvimento, levada à cabo, entre outras medidas, por meio do Banco Europeu de Desenvolvimento.

Especificamente no que se refere às relações de investimento, o Acordo de Cotonou faz uso da posição neo-mercantilista tradicional, que vem sendo utilizada por estados europeus desde os primeiros BITs. A admissão de investimentos internacionais no âmbito do Acordo de Cotonou esta regulada pelo Art. 75, "Promoção de Investimento", especialmente em seu inciso "a", cuja construção relembra vagamente o padrão de encorajamento e respeito à soberania contido nos BITs tradicionais :

> *"Reconhecendo a importância dos investimentos privados na promoção da cooperação para o desenvolvimento, bem como a necessidade de tomar medidas para fomentar esses investimentos, os Estados ACP, a Comunidade e os seus Estados-Membros, no âmbito das suas competências respectivas, devem:*
> *(a) Tomar medidas destinadas a incentivar os investidores privados que respeitem os objectivos e as prioridades da cooperação para o desenvolvimento ACP-CE, bem como a legislação e regulamentação aplicáveis nos Estados respectivos, a participarem nos esforços de desenvolvimento; (...)"*

Da mesma forma que as previsões contidas nos BITs tradicionais, as partes contratantes assumem uma obrigação de implementar medidas para encorajar (*"devem tomar medidas destinadas a incentivar"*) investidores privados. Mas essa obrigação de encorajar está condicionada à conduta dos investidores: apenas os investidores que cumprem os objetivos e prioridades da parceria entre as Comunidades Européias e os ACPs e, simultaneamente, cumprem as leis e regulamentos apropriados de seus respectivos estados. Nesse sentido, nota-se a inexistência de uma obrigação de admitir por parte dos estados, bem como a condição de comportamento conforme o ordenamento jurídico interno do estados e a adesão aos objetivos e prioridades da Convenção de Cotonou como pressupostos para a eventual admissão de um investidor internacional. Cada estado mantém o direito de dar a última palavra em matéria de admissão de investimentos.

O objetivo primordial da cooperação entre os estados europeus e o grupo dos ACPs é a redução da pobreza, como se verifica n os termos do Art. 1(2) do Acordo de Cotonou:

> *"A parceria centra-se no objectivo de redução da pobreza e, a prazo, da sua*

> *erradicação, em consonância com os objectivos de desenvolvimento sustentável e de integração progressiva dos países ACP na economia mundial".*

Regras comerciais e relativas a investimentos teriam a função de cumprir esse objetivo, mas, na verdade, o Acordo de Cotonou funciona mais como um quadro regulatório mínimo que sirva de referência para negociações futuras em âmbito bilateral, sub-regional, regional e inter-regional. Nesse sentido, o Art. 78(1) reconhece a importância de celebrar *"no seu interesse mútuo, acordos de promoção e de protecção dos investimentos que possam igualmente constituir a base de sistemas de seguro e de garantia"*. O Art. 78(3) vai além ao propor que, nos acordos de parceria econômica que venham a ser celebrados entre as partes contratantes, sejam introduzidos *"princípios gerais de protecção e de promoção dos investimentos, que traduzam os melhores resultados alcançados nas instâncias internacionais competentes ou a nível bilateral"*.

Para concluir a opção de discricionariedade completa, observe-se que o Brasil celebrou ao longo do governo FHC mais de uma dezena de BITs, nenhum deles em vigor, nenhum deles em tramitação, mas todos dotados de uma cláusula de encorajamento nos termos mais tradicionais e conservadores. Mencione-se dentre os tratados, como ilustração, o primeiro BIT celebrado pelo Brasil, com Portugal, em 1994, cujo Art. 2 (1) se expressa nos seguintes termos:

> *"Ambas as Partes Contratantes promoverão e protegerão a realização nos seus territórios de investimentos efetuados por investidores da outra Parte Contratante e admitirão esses investimentos de acordo com as suas leis e regulamentos".*

Os tratados foram retirados de tramitação pelo governo FHC em fins de 2002, a pedido do governo eleito do Presidente Lula.

4.2.2. *Liberalização seletiva*

A opção por uma liberalização seletiva, no esteio de um modelo de liberalização por lista positiva, permite que os compromissos de liberalização se adaptem às principais vantagens locacionais das partes contratantes, ao mesmo tempo em que permite que o estado mantenha controle tanto sobre o processo de liberalização quanto sobre os setores excluídos dessa liberalização. Dado o caráter compassado e seletivo, o

modelo pode ser útil para países em desenvolvimento temerosos de uma liberalização econômica generalizada, mas favoráveis à abertura de seus setores mais competitivos. Mais do isso, a opção por uma liberalização seletiva poderia estimular os estados receptores a desenvolverem suas estruturas econômicas internas, por meio de políticas públicas estimuladas pelo fenômeno do "spill-over", o que poderá, no futuro, tornar outros setores econômicos ainda mais competitivos. Ainda que se verifique a tão temida cessão de competências econômicas exclusivas, essa cessão é gradual e se compensa diante das perspectivas de desenvolvimento econômico no futuro (UNCTAD, 2002, p. 156).

É importante ressaltar que o modelo de liberalização por lista positiva é extremamente vantajoso em processos que envolvam um número grande de países. Quanto mais numerosas as partes, menores as possibilidades de consenso. Assim, a adoção de uma lista positiva é a maneira mais simples de iniciar um processo de liberalização. É difícil imaginar a aceitação de um outro modelo, mais agressivo em seus mecanismos de liberalização, na escala multilateral enquanto os conflitos de concepção e interesse estiverem presentes de maneira tão influente no grupo de países negociadores. A adoção de uma liberalização por lista negativa no GATT funcionou durante a Rodada Uruguai, mas não obteve o mesmo sucesso na Rodada Doha, quando a quantidade de novos atores, nem todos plenamente convencidos dos benefícios da liberalização econômica tornou mais lenta e delicada a negociação da lista negativa. Em regimes regionais e bilaterais, todavia, as desvantagens do modelo tornam-se nítidas o suficiente para não se recomendar a sua adoção (POLLAN, 2006, p.158).

A utilização do modelo de lista positiva em matéria de investimentos internacionais remonta à década de 80, quando os EUA iniciaram uma campanha pela liberalização multilateral do setor de serviços, e de assuntos comerciais relacionados à propriedade intelectual e a requisitos de desempenho (*performance requirements*) associados a investimentos internacionais, ao mesmo tempo em que buscavam aprofundar a liberalização de suas relações econômicas em geral com o Canadá e com o México. Já na década de 1980, o setor de serviços se destacava como o mais expressivo nas economias de alguns países, a ponto de certos especialistas a eles se referirem como países pós-industrializados. Por outro lado, o setor de serviços se apresentava amplamente regulamentado pelos ordenamentos jurídicos nacionais, Por conta dessa excessiva regulação, a indústria de serviços contava com poucas empresas transnacionais, havendo

grande fragmentação do setor. Além disso, o fornecedor local tinha ampla vantagem em relação ao fornecedor estrangeiro (Muchlinski, 2007, p. 251). Os EUA propuseram o tema, lançando-o no contexto do lançamento da Rodada Uruguai, em parte, por conta do *caso FIRA*, que opôs EUA e Canadá no contexto do sistema de solução de controvérsias do antigo GATT.

A proposta americana foi inicialmente repelida pelos estados em desenvolvimento. O argumento geral, posteriormente relativizado por mais de um analista, era o de que o setor de serviços dos países em desenvolvimento seria demasiado vulnerável à concorrência internacional, motivo pelo qual deveria ser protegido. O argumento da proteção da indústria nascente e o da proteção das indústrias sensíveis foi adaptado para consolidar a opinião dos países do terceiro mundo. Com o avançar das negociações até mesmo o lobby do setor de serviços americano motivou a reorientação da proposta. TREBILCOCK e HOWSE (2005, p. 227) apontam que prestadores de serviços americanos estavam preocupados com a concorrência proveniente de fornecedores estrangeiros, tendo em vista a competitividade de certas indústrias de serviço existentes no terceiro mundo.

O resultado das negociações sobre o setor de serviços foi o Acordo Geral do Comércio de Serviços (1994), conhecido por sua sigla em inglês GATS (*General Agreement on Trade in Services*), incluído como Anexo 1B ao Acordo de Marrakesh, que criava a Organização Mundial do Comércio e dava termo definitivo à Rodada Uruguai. O GATS é o documento que mais de aproxima de um acordo multilateral sobre investimentos internacionais, não obstante seu enfoque seja limitado ao comércio de serviços. Logo em seu Art. I (2) o GATS aponta as modalidades do comércio de serviços que se propõe a regular: (i) prestações transfronteiriças (*"cross-border supply"*); (ii) consumo no exterior (*"consumption abroad"*); (iii) presença comercial (*"commercial presence"*); e (iv) presença da pessoa física prestadora de serviço (*"presence of natural person"*). A modalidade de prestação por presença comercial é a única que nos interessa no momento, por envolver, como esclarece o Art. XXVIII (d), a prestação de serviços fundada na "constituição, aquisição ou manutenção de uma pessoa jurídica" ou na "criação ou manutenção de uma filial ou escritório de representação". Ora, nos termos da definição de investimento internacional que trabalhamos anteriormente, o estabelecimento de uma pessoa jurídica estrangeira em um dado estado constitui um investimento internacional. Portanto, é lícito afirmar que o GATS regulamenta a admissão de investimentos

internacionais em certos setores de serviços.

O GATS cria um direito de estabelecimento para os prestadores de serviços que exerçam sua atividade em setores devidamente incluídos por seu estado de nacionalidade na lista positiva, que no caso do GATS é conhecida como *"Schedule"*. Surge, para os setores liberalizados, um direito de acesso aos mercados (MUCHLINSKI, 2007, p. 252), que é regido pelo Art. XVI (1) do GATS, nos seguintes termos:

> *"(...) each Member shall accord services and service suppliers of any other Member treatment no less favourable than that provided for under the terms, limitations and conditions agreed and specified in its Schedule"*

Uma nota de rodapé contida no GATS assegura aos compromissos referentes à liberalização da presença comercial a garantia de que as transferências de fundos a ela relacionada também se encontram liberalizadas. Nesse sentido, supõe-se que a revisão periódica do *schedule* possibilitaria uma liberalização gradual do setor de serviços. O Art. XVII (1) vai além, conferindo a investidores de setores liberalizados o direito de tratamento nacional.

> *In the sectors inscribed in its Schedule, and subject to any conditions and qualifications set out therein, each Member shall accord to services and service suppliers of any other Member, in respect of all measures affecting the supply of services, treatment no less favourable than that it accords to its own like services and service suppliers.*

Portanto, o acesso aos mercados se encontra limitado aos setores incluídos na lista positiva, e submetidos às condições que cada estado imponha ao setor, mas é rigorosamente idêntico para todos os beneficiados. Levando-se em conta o disposto no Art. II (cláusula de nação mais favorecida), o GATS se torna o padrão mínimo internacional para o comércio de serviços entre as partes signatárias.

O GATS cria ainda outras obrigações de caráter geral, tais como os deveres de maior transparência contidos no Art. III. Há também exceções. A mais importante delas é justamente a exceção à cláusula da nação mais favorecida:

> *A Member may maintain a measure inconsistent with paragraph 1 provided that such a measure is listed in, and meets the conditions of, the Annex on Article II Exemptions.*

É importante notar que não há qualquer compromisso de ampliação daquilo que foi liberalizado. Um membro pode manter medidas incompatíveis, desde que listadas no anexo para exceções. Como observam TREBILCOCK e HOWSE (2005, p. 230), essa exceção à cláusula-geral de nação mais favorecida contida no Art. II (2), reflete o compromisso entre a insistência americana de que em alguns setores importantes os EUA não fossem obrigados a abrir seus mercados para países que não estivessem prontos para oferecer um grau similar de acesso a seus respectivos mercados, e as preocupações de outros membros para que o GATS não se transformasse em uma rede de acordos bilaterais setorizados contrários ao próprio GATT. Os Art. XIV e XIV *bis* dão conta das tradicionais exceções em matéria de saúde pública, ordem pública e segurança nacional. O Art. IV procura preservar os regimes especiais conferidos a países em desenvolvimento.

Retomando a perspectiva do estado receptor de investimentos, é muito importante prestar atenção à preparação da lista positiva. Todos os compromissos incluídos nela importam uma internacionalização de suas medidas internas em matéria de investimentos, inclusive na medida em que se reservam a regular mediante regulamentação interna determinados setores parcialmente liberalizados. Uma vez aprovada a lista, ela criações obrigações para os estados signatários, sendo este responsável em caso de qualquer violação dos compromissos assumidos, seja em nível administrativo federal, regional ou local, seja por força da auto-regulação doméstica de um determinado setor. Os compromissos assumidos, porém, não tendem a ser muito amplos, motivo pelo qual a liberalização é bastante limitada. Como destaca a UNCTAD, não existe qualquer obrigação de remover todas as barreiras à admissão e estabelecimento de prestadores de serviço. Espera-se que a retomada das negociações multilaterais contribua para uma revisão *schedule* em benefício da liberalização, mas o momento parece ainda não ter chegado.

Por fim, a UNCTAD observa que o preâmbulo e alguns dispositivos do GATS relacionados aos países em desenvolvimento enfatizam o direito de regulação da prestação de serviços em seu território, tendo em vista torná-los compatíveis com as políticas públicas nacionais. Não se trata de um dever de acesso aos mercados preferencial, mas o Art. IV (1) encoraja a negociação de compromissos específicos entre os membros com relação ao fortalecimento dos setores de serviços em países em desenvolvimento, especialmente sua eficiência e competitividade, por meio de uma série de medidas. Ademais, o Art. IV (2) encoraja países desenvolvidos a estabelecer pontos de contato com

o objetivo de favorecer o acesso a informações para prestadores de serviços de países em desenvolvimento. Assim, o GATT não só poupa os países em desenvolvimento de uma liberalização generalizada e abrupta como também procura oferecer certos compromissos que asseguram a competitividade de prestadores de serviço de origem no mundo em desenvolvimento (2002, p. 157).

O Brasil é membro fundador da OMC, estando vinculado ao GATS desde sua entrada em vigor, em 1995.

4.2.3. *Industrialização regional integrada*

As opções vistas até aqui não apresentam características favoráveis à integração regional. O excessivo rigor com que se procura preservar a soberania dos estados envolvidos parece ser incompatível com o discurso de integração econômica que cresce gradualmente, por motivos diversos, desde o final da década de 1940. Não por acaso, os tipos regulatórios apresentados até aqui são aplicados entre países que não pretendem se integrar entre si. Estados que celebram BITs de feição tradicional não são movidos por um desejo de integração econômica. Pelo mesmo motivo, o modelo da lista positiva é o mais recomendado para estados ciosos de sua soberania econômica, mas impelidos a liberalizar determinados setores com o objetivo de obter ganho em outros em foros multilaterais.

Como é amplamente sabido, a integração regional se fundamenta no Art. XXIV do GATT, que previu a criação de zonas de livre-comércio e uniões aduaneiras como estratégia de fortalecimento das posições regionais em seu propósito mais amplo de integração da economia mundial. Tais mecanismos constituem exceções à cláusula da nação mais favorecida (Art. I do GATT) fundadas em afinidades geográficas à aplicação multilateral do princípio da não-discriminação, e direcionadas para a liberalização regional de barreiras tarifárias, como etapa preliminar à liberalização em escala global (CELLI, 2006, pp. 29-30).

Esse regionalismo foi aplicado inicialmente no continente europeu, mas também foi trazido para a América Latina em um contexto um pouco diferente, gerando o único modelo de admissão de investimentos que tem origem na criatividade dos países em desenvolvimento. Trata-se do modelo de industrialização regional integrada, que, como

vimos, consiste na outorga de um direito de admissão apenas aos investidores de estados-membros de uma determinada organização regional de integração econômica que se enquadrem na estratégia pactuada de industrialização integrada. Esses investidores devem obedecer a um programa de desenvolvimento elaborado pelos estados-membros da organização regional, no qual determinados setores são escolhidos para um processo de regionalização, em que os investidores do setor ganham o direito de tratamento nacional em todos os estados membros com o objetivo de fortalecer sua capacidade empresarial e criar um parque industrial mais competitivo. A integração regional seria fortalecida pela criação de cadeias produtivas industriais entre os estados-membros.

A opção por uma industrialização regional integrada foi proposta, inicialmente pelo Pacto Andino. A tentativa de construção de uma área de livre-comércio entre os países da América Latina no âmbito da ALALC, durante a década de 1960, não estava produzindo os resultados esperados. Em teoria, os mecanismos previstos pelo Tratado de Montevidéu de 1960 pareciam capazes de promover de modo bastante satisfatório os objetivos imediatos e mediatos das partes contratantes. Na prática, todavia, houve um choque entre duas posturas ou tendências de integração, que acabaram comprometendo o projeto. Os países mais industrializados do bloco, Argentina, Brasil e México, apresentavam uma postura comercialista. Na perspectiva desses países, o objetivo real da ALALC era o da liberalização e da facilitação do acesso aos mercados dos países latino-americanos, devendo a política industrial e as questões referentes ao desenvolvimento econômico ser tratadas no âmbito interno de cada estado membro (GRANILLO-OCAMPO, 2007, pp. 380-2).

Por outro lado, um grupo de países ditos ‘intermediários’, Chile, Colômbia, Peru e Venezuela, estando obrigados a conceder facilidades não-recíprocas aos países de menor desenvolvimento econômico relativo e enfrentando dificuldades para competir com o parque industrial mais bem desenvolvido de Argentina, Brasil e México, a situação era duplamente desfavorável, o que induziu à adoção de uma postura desenvolvimentista, que incluísse questões mais abrangentes do que apenas as restrições ao comércio, no intuito de assegurar uma política supranacional de desenvolvimento que efetivamente reduzisse as expressivas desigualdades entre os Estados-membros. Em 1966, é celebrada a Declaração de Bogotá, assinada por Chile, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela. O documento questiona o desenvolvimento associado de países em momentos diferentes de seu

desenvolvimento econômico. Para os signatários, a melhor maneira de acelerar a integração latino-americana seria através de acordos de que fossem participantes apenas países em etapas semelhantes de desenvolvimento, uma vez que apenas uma certa eqüidade possibilitaria um crescimento menos desigual entre os envolvidos e a ampliação menos assimétrica de seus mercados respectivos (GRANILLO-OCAMPO, 2007, pp. 389-91).

Esses países conseguiram viabilizar a possibilidade da celebração de acordos sub-regionais no âmbito da ALALC, em uma exceção a um regime que já era excepcional do ponto de vista do comércio global. Superado o entrave institucional, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador e Peru celebraram o Acordo de Cartagena, de 26 de maio de 1969, alcunhado "Pacto Andino", fortemente inspirado no modelo europeu de integração regional, sendo mais bem-acabado que os acordos europeus da época. Propunha-se no âmbito do Pacto Andino o desenvolvimento integrado, no qual a abertura comercial e a integração dos mercados estaria aliada à harmonização de certas políticas e regulamentações, especialmente em matéria de investimentos estrangeiros e questões tecnológicas, como modo de garantir uma distribuição mais eqüitativa dos custos do processo.

As discussões que conduziram à celebração do Pacto Andino marcam a decadência e a gradual paralisação da ALALC. Entre os fatores estruturais que contribuíram para seu colapso, cabe destacar que o modelo de industrialização por substituição de importações proposto pela CEPAL e encampado por boa parte dos países da América Latina era frontalmente incompatível com a idéia de liberalização do comércio de bens, na medida em que o modelo de industrialização por substituição de importações requer a imposição de barreiras tarifárias temporárias para proteção da indústria nascente e de certos setores que estejam passando por reestruturação.

Além disso, ao contrário da versão asiática do modelo de industrialização, voltado para o mercado externo – ou seja, para o mundo – e para a formação de plataformas de exportação, o modelo latino-americano era voltando principalmente para o mercado interno. Dependia, portanto, da atuação do governo na formação das estruturas de mercado até então exíguas ou mesmo inexistentes para prosperar, e também da existência de um mercado consumidor com renda e padrão de consumo mais elevados. Como se não bastasse, o modelo de industrialização ignorou a revolução do setor de serviços, que se

firmou gradativamente como principal setor de emprego da mão-de-obra e que poderia ser de grande valia no desenvolvimento associado dos países latino-americanos. O investimento em um modelo não-liberal de industrialização dissociado de uma política consistente em matéria de serviços viu-se ainda mais ameaçado tendo em vista a falta de harmonização das políticas econômicas, o que fez com que países latino-americanos trabalhassem os mesmos setores e se tornassem cada vez mais concorrentes, em vez de complementares. A preocupação da industrialização regional encampada pelo pacto trabalha na solução de parte desses problemas, nem todos perceptíveis aos olhos da época.

Entre os mecanismos do Acordo de Cartagena, cumpre destacar os seguinte, nos os termos do Art. 3:

> *(...) (b) La armonización gradual de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes;*
> *(c) La programación conjunta, la intensificación del proceso de industrialización subregional y la ejecución de programas industriales y de otras modalidades de integración industrial; (...)*
> *(g) La canalización de recursos internos y externos a la Subregión para proveer el financiamiento de las inversiones que sean necesarias en el proceso de integración;*

De modo geral, é possível afirmar que o Acordo de Cartagena se preocupa com a progressiva integração econômica de seus estados membros, prevendo a elaboração de programas de integração industrial envolvendo pelo menos quatro países membros, incluindo nesses planos até mesmo, conforme o Art. 60 (c):

> *"localización de plantas en los países de la Subregión cuando las características del sector o sectores materia de los mismos así lo requieran, en cuyo caso deberán incluir normas sobre el compromiso de no alentar producciones en los países no favorecidos con la asignación"*

Oculto no vocabulário típico dos tratados encontra-se um direito de estabelecimento conferido às indústrias regionais (UNCTAD, 2004, p. 150). Especificamente no que se refere à admissão de investimentos internacionais, a Comunidade Andina aplicou o modelo de industrialização regional a partir da Decisão 24 (1971) de sua Comissão. Diz essa resolução, já revogada, que os investimentos internacionais deveriam ser admitidos mediante processos de *"screening"* nos termos da legislação de seus estados membros. O controle rigoroso dos investimentos não-regionais pela Decisão 24 chegava ao ponto de proibir o investimento em determinados setores, e

obrigado empresas estrangeiras operando na região a reduzir sua participação no capital social de seus empreendimentos com o objetivo de "nacionalizar" esses investimentos. Nem sempre, porém, os estados membros foram devidamente rigorosos na aplicação dessas medidas. Ademais, as medidas não surtiram o efeito desejado, em parte por conta das já mencionadas desvantagens do modelo de industrialização regional (POLLAN, 2006, p. 91).

A Decisão 24 foi suspensa pela Decisão 220 e substituída pela Decisão 291 (1991), na esteira da liberalização estimulada pelo fim da Guerra Fria. A Decisão 291 substitui o sistema de *"screening"* por um sistema de registro, eliminou as regras de desinvestimento e delegou a admissão aos estados membros nos seguintes termos:

> *Art. 2. Los inversionistas extranjeros tendrán los mismos derechos y obligaciones a los que se sujetan los inversionistas nacionales, salvo lo dispuesto en las legislaciones de cada País Miembro.*

Nos termos da Decisão 292, todavia, o estímulo às empresas regionais (*"empresas multinacionales andinas, EMAs"*) permanece. Tais empresas preservam para si o direito de participar em todos os setores reservados pelos estados membros exclusivamente a empresas nacionais. Empresas interessadas em se beneficiar desse tratamento preferencial devem cumprir alguns requisitos, entre os quais o de que a maioria subregional do capital se reflita na direção técnica, administrativa, financeira e comercial da empresa. Trata-se, evidentemente, de um requisito de desempenho, tão pouco desejável em uma perspectiva liberal (Arts. 1(f), 14 e 15 da Decisão 292).

O modelo de industrialização regional integrada também foi utilizado em determinados momentos históricos por outras organizações de cooperação regional do mundo em desenvolvimento, especialmente no Caribe e na África, sem resultados expressivos.

4.2.4. *Liberalização regional aprofundada*

A opção por uma liberalização regional aprofundada é a opção pela integração econômica propriamente dita. Exige um compromisso coletivo para com o processo de eliminação de entraves à livre circulação de trabalhadores, bens, serviços e capital. Por isso, exige uma visão de interesse regional comum, embora não exija um posicionamento

pró-liberalização no cenário multilateral. Nesse ponto, a grande questão é adotar medidas que não caracterizem desvio de comércio, para que não haja contradição entre o sistema multilateral e o sistema regional. Sistemas regionais integrados, como atualmente se constata no âmbito da União Européia, oferecem uma área geográfica (UNCTAD, 2002, p. 157)

Entre os exemplos de aplicação do modelo do tratamento nacional recíproco, cumpre destacar o processo de integração econômica na Europa e também as iniciativas surgidas no âmbito da OCDE. As conseqüências políticas nem sempre bem administradas do custoso processo de integração europeu estimulam a oposição à tomada de medidas mais liberalizantes. Não obstante, no que se refere à admissão de investimento, os estados membros da União Européia estão entre os mais abertos do mundo. De acordo com estudos patrocinados pela OCDE, Inglaterra, Irlanda, Holanda, Alemanha, Dinamarca, Bélgica e Itália são os países europeus com menor presença de restrições à entrada de investimento internacional (GOLUB, 2003, pp. 16-24).

Os principais dispositivos sobre a admissão de investimento internacional no âmbito europeu podem ser encontrados na versão consolidada do Tratado de Roma, documento que regula o funcionamento da União Européia. Em sua última versão, reformada pelo Tratado de Lisboa de 2007 e vigente a partir de 1º de dezembro de 2009, o Tratado de Roma aponta em seu Art. 3º, entre as competências exclusivas da União, as matérias de união aduaneira e das regras de direito concorrencial necessárias ao funcionamento do mercado interno. É importante observar que a partir da reforma de Lisboa, as novas edições dos Tratados de Roma e Maastricht já não tratam do 'mercado comum', mas sim do 'mercado interno'. Essa revolução semântica revela que a integração econômica já foi, em grande parte, consolidada, devendo agora se concentrar no aprimoramento do direito concorrencial europeu.

Em matéria de investimentos internacionais, a versão consolidada do Tratado de Roma opera a partir do Título IV, que dispõe sobre a livre-circulação de pessoas, serviços e capitais. O Art. 49 da versão consolidada do Tratado de Roma assegura a mais ampla abrangência ao direito de estabelecimento, tomando-o como 'liberdade' e proibindo quaisquer restrições, nos seguintes termos:

> *"No âmbito das disposições seguintes, são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro*

> *Estado-Membro. Esta proibição abrangerá igualmente as restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-Membro estabelecidos no território de outro Estado-Membro".*

O Art. 49 prossegue esclarecendo o conteúdo da liberdade de investimento outorgada aos nacionais dos estados membros, sem prejuízo do disposto no capítulo relativo aos capitais.

> *A liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às actividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 54.o, nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais, sem prejuízo do disposto no capítulo relativo aos capitais.*

Para melhor compreensão dessa questão, é importante ter conta do conteúdo do Art. 54, que trata das sociedades no direito comunitário:

> *"As sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que tenham a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal na Comunidade são, para efeitos do disposto no presente capítulo, equiparadas às pessoas singulares, nacionais dos Estados-Membros".*

O Art. 53 prossegue, explicando que se entende por 'sociedade' as sociedades de direito civil ou comercial, incluindo as sociedades cooperativas e outras pessoas coletivas de direito público ou privado, exceto as que não tenham fins lucrativos.

Essa ampla liberalização é condicionada pelo Art. 52, no que se refere a questões de ordem pública, segurança pública e saúde pública. Trata-se da hipótese mais relevante de tratamento diferenciado de estrangeiros provenientes de estados membros. O Art. 62 estende a liberalização do direito de estabelecimento ao setor de serviços, assegurando às empresas e aos profissionais autônomos prestadores de serviços os mesmos benefícios concedidos em matéria de estabelecimento em geral, o que implica a reorientação da ampla regulamentação doméstica que o setor de serviços sofre na grande maioria dos estados nacionais. O Art. 56, para encerrar, proíbe restrições à movimentação de capitais e especificamente de pagamentos entre os estados membros.

Assim, nos dias de hoje, os problemas de admissão de investimento 'europeu' ao 'mercado interno' da União Européia se regula quase exclusivamente pelas leis comunitárias em matéria de concorrência, competência exclusiva da União, como

sabemos. A Comissão Européia constantemente analisa e chega mesmo a proibir fusões ou aquisições no âmbito comunitário, alegando restrições à livre concorrência.

Mas o grande problema se dá no que se refere ao ingresso de investimentos de terceiros estados. O Art. 63 da versão consolidada do Tratado de Roma proíbe todas as restrições aos movimentos de capitais e aos pagamentos entre estados-membros e entre estados-membros e terceiros estados, sem prejuízo, acrescenta o Art. 64 (1), das restrições vigentes em 31 de dezembro de 1993 (1999 para Bulgária, Estônia e Hungria). O Art. 64 (2), incidentalmente, menciona que o Parlamento Europeu e o Conselho se esforçam para alcançar, na medida do possível, o objetivo da livre-circulação de capitais entre estados membros e terceiros estados. Pelo processo legislativo ordinário, Parlamento e Conselho podem adotar medidas relativas à circulação de capitais provenientes de ou destinados a terceiros estados, incluindo investimentos diretos e indiretos.

A situação permanece pouco esclarecedora. O Art. 207 (4) tenta esclarecer:

> *Relativamente à negociação e celebração de acordos nos domínios do comércio de serviços e dos aspectos comerciais da propriedade intelectual, bem como do investimento directo estrangeiro, o Conselho delibera por unanimidade sempre que os referidos acordos incluam disposições em relação às quais seja exigida a unanimidade para a adopção de normas internas.*

A existência de uma regra de unanimidade em matéria de acordos de investimento estrangeiro direito faz supor que a competência para regular a admissão de investimentos de terceiros estados se enquadre entre as competências atribuídas aos estados membros, a qual só será delegada à União excepcionalmente, mediante consenso positivo de todos os seus estados membros. Com isso, a grande rede de BITs celebrados por países europeus permanece em vigor para as relações entre os europeus e países em desenvolvimento.

Não obstante, uma vez que o investidor estrangeiro tenha sido admitido, por qualquer regra, em qualquer estado membro da União Européia, ele passa a estar pré-admitido – pela regra do tratamento nacional recíproco – nos demais países, podendo realizar seu plano de negócios sem precisar se preocupar com novas barreiras à internacionalização de sua produção no território do mercado interno da União Européia. Nesse sentido, MUCHLINKSI (2007, p. 247) considera que articulado do Art. 54 é suficientemente amplo para abranger subsidiárias de empresas não-européias e não apenas sociedades estabelecidas por investidores estrangeiros na Europa. Concordamos com a

opinião de MUCHLINSKI, entendendo que, para o direito comunitário, torna-se cada vez mais relevante o critério da residência em substituição ao critério da nacionalidade.

É importante salientar, mais uma vez, que os estados membros da União Européia adotam, em geral, políticas bastante favoráveis à liberdade de investimento e procuram ativamente celebrar tratados bilaterais de investimento nos termos do modelo de controle de investimentos analisado anteriormente. Assim, asseguram o respeito à soberania econômica dos estados em desenvolvimento com que contratam e mantêm as portas abertas para eventuais investimentos provenientes de seus parceiros em desenvolvimento. Em conjunto, os estados europeus celebraram a Convenção de Cotonou, com o grupo dos ACPs, na esteira de um longo programa de parceria com as ex-colônias européias.

O modelo do tratamento nacional recíproco também é aplicado pela OCDE. Criada pela Convenção de Paris de 14 de dezembro de 1960, quando a disputa entre o Norte e o Sul ainda não ia tão grave, a OCDE vem desde então promovendo políticas voltadas para o desenvolvimento econômico, em sentido amplo, de seus estados membros. Ao longo dos anos, a OCDE incorporou novos temas, sempre se orientando pela sua vocação original. Conta atualmente com 30 membros, além da Comissão. O Brasil já foi convidado a aderir, mas a decisão ainda divide opiniões no cenário nacional. Em dezembro de 2009, o Chile foi anunciado como o mais novo membro da OCDE, sendo, juntamente com o México, representante dos países latino-americanos.

No que se refere à admissão e ao estabelecimento de investimentos internacionais, a OCDE faz uso de dois documentos: o *Código de Liberalização das Operações Correntes Invisíveis* (OECD/C(61)95), aplicável principalmente ao setor de serviços, e o *Código de Liberalização dos Movimentos de Capitais* (OECD/C(61)96), aplicável às demais áreas em que possa haver investimento direto. Ambos os Códigos foram adotados em 12 de dezembro de 1961. Esses códigos são revisados periodicamente. A versão mais recente do Código de Capitais é datada de fevereiro de 2004, assim como a versão mais recente do Código de Invisíveis. Suas listas anexas são revisadas anualmente.

Cada um dos códigos conta com vários anexos, entre os quais se destaca uma lista de operações cobertas pelas medidas neles contidas. Ambos se focam na liberalização e não na proteção dos investimentos internacionais. Outros documentos produzidos no âmbito da OCDE dão conta da questão da proteção. Os Códigos vinculam todos os

membros da OCDE, motivo pelo qual foram apresentadas reservas a alguns de seus dispositivos. Não obstante tratarem de matérias distintas, os Códigos contêm uma estrutura muito similar, com princípios e procedimentos bastante semelhantes (MUCHSLINKI, 2007, p. 248-51) (POLLAN, 2006, p. 130).

O Art. 1 de cada um dos Códigos informa que, por sua adesão, os estados membros se comprometem a remover as restrições existentes em sua regulamentação doméstica que sejam aplicáveis aos seus objetos respectivos, em suas relações mútuas. Curiosamente, o Código de Operações Invisíveis fala em eliminar (*"eliminate"*) as restrições, enquanto o Código de Movimentos de Capitais fala em abolição progressiva (*"progressively abolish"*).

Assim, para todas as operações listadas nos anexos aos Códigos, os estados membros devem remover restrições aplicáveis às relações de investimento envolvendo seus nacionais. O Art. 2 de cada um dos Código estabelece ainda uma obrigação de conferir quaisquer autorizações necessárias para a execução das operações respectivas e o Art. 9 proíbe medidas discriminatórias que possam ser aplicadas a operações envolvendo os estados membros. O Art. 3 assegura as derrogações de praxe em matéria de ordem pública, segurança pública e saúde pública.

Mantendo o foco nas disposições de liberalização, o Anexo A ao Código de Capitais, desde sua atualização de 1984, dispõe sobre o direito de estabelecimento nos seguintes termos:

> *"The authorities of Members shall not maintain or introduce: Regulations or practices applying to the granting of licences, concessions, or similar authorisations, including conditions or requirements attaching to such authorisations and affecting the operations of enterprises, that raise special barriers or limitations with respect to non-resident (as compared to resident) investors, and that have the intent or the effect of preventing or significantly impeding inward direct investment by non-residents".*

Nota-se que a definição de direito de estabelecimento é posta em termos amplos o bastante para cobrir a grande maioria das políticas domésticas que possam vir a restringir ou impor condições ao acesso de investidores não-residentes, exceto no que afetar as derrogações em matéria de ordem pública, segurança pública e saúde pública. O direito de estabelecimento também é outorgado a determinados prestadores de serviços, nos termos do Código de Invisíveis, notadamente para seguradoras, bancos e demais

instituições financeiras. Outros setores gozam de um certo "direito de acesso", mas a soberania regulatória do estado permanece protegida na maior parte do setor de serviço, submetida apenas ao princípio geral de tratamento equivalente de nacionais e estrangeiros que sejam nacionais de estados membros.

POLLAN (2006, p. 131) questiona o efeito concreto dessas medidas de liberalização por, basicamente, dois motivos: em primeiro lugar, os Códigos não prevêem nenhum recurso em caso de descumprimento de seu conteúdo. Além disso, a OCDE congrega apenas países industrializados, comprometidos com posturas liberais em relação aos investimentos internacionais, independentemente das regras contidas nos Códigos. De qualquer maneira, são documentos de importância, pois prepararam o terreno para a celebração de um acordo multilateral de investimento que não logrou sucesso mas contribuiu para o aprofundamento das discussões do tema tanto em âmbito intergovernamental como em âmbito acadêmico.

O modelo do tratamento nacional recíproco também foi aplicado por organizações de integração regional constituídas por países em desenvolvimento no Caribe e na África, mas a falta de uma base industrial e de serviços forte nesses países enfraquece os efeitos dessas iniciativas.

4.2.5. *Liberalização ampliada*

A opção por um processo de liberalização ampla, a partir do modelo de liberalização com lista negativa, é a preferida por estados e empresas que apóiam a liberalização internacional, da qual geralmente se beneficiam com melhores acessos a mercados, recursos e oportunidades em geral. A amplitude das medidas liberalizantes oferecidas por esta opção mitiga sensivelmente a discricionariedade do estado na admissão de investidores, e procura despolitizar as relações de investimento, tornando-as mais orientadas por critérios exclusivamente empresariais, o que favorece a integração internacional da produção, uma das principais estratégias das multinacionais na atualidade (UNCTAD, 2002, p. 157).

Dito de maneira mais direta, essa é a *opção pela globalização*. No plano bilateral, ela é representada por uma crescente popularização de BITs que criam direitos prévios de admissão e estabelecimento para os investidores. Na verdade, o modelo de livre

admissão com lista negativa remonta à ofensiva liberal americana, que se inicia com a eleição do presidente Ronald REAGAN em 1980. A eleição de Reagan inaugura uma revolução neoliberal contra o poder do estado. REAGAN declarou certa vez que o governo não era a solução para todos os problemas, mas o problema a ser solucionado. Parte da ofensiva neoliberal se pautou pela diversificação da postura de negociação dos EUA, até então quase exclusivamente multilateral, abrindo espaço para o regionalismo e para a retomada de uma cooperação bilateral. Nesse sentido, Reagan celebrou os primeiros BITs americanos, fruto de um programa de trabalho que começara ainda no governo do democrata Jimmy CARTER. Até então, os EUA só haviam celebrado os obsoletos tratados de paz, amizade, comércio e navegação, sendo o último datado de 1966.

Entre os principais objetivos relacionados ao programa americano de acordos bilaterais de investimento, o Departamento de Comércio destaca: (i) a proteção dos investimentos em países onde os direitos dos investidores não estejam protegidos por acordos existentes, tais como os tratados de paz, amizade, comércio e navegação e os acordos de livre-; e (ii) o estímulo à adoção de políticas comerciais e industriais de mercado, que tratem o investimento privado de maneira livre, transparente e não-discriminatória; além de (iii) dar apoio ao desenvolvimento de padrões jurídicos internacionais compatíveis com esse objetivo. Nota-se o declarado objetivo de promover a versão americana do sistema capitalista em matéria de investimentos internacionais.

Até então, a aplicação do padrão de tratamento nacional à fase de pré-estabelecimento era verificada apenas no modelo de tratamento nacional recíproco, modelo exclusivamente aplicado em iniciativas de cooperação e integração regional, imbuídos de um regionalismo fechado, de que é exemplo máximo o caso da União Européia que acabamos de ver. Os EUA e o Canadá passaram a aplicar esse princípio aos seus BITs. A exegese do texto do mais recente modelo de BIT disponibilizado pelos EUA (2004), demonstra que não há uma cláusula de admissão, ou de "encorajamento", como vimos nos BITs tradicionais. Essa cláusula é substituída, em primeiro lugar, por uma ampla cláusula de tratamento nacional (Art. 3), nos seguintes termos:

> *1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.*

> *2. Each Party shall accord to covered investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.*

Seja pelo critério da nacionalidade do investidor, seja pelo critério da procedência do investimento, o tratamento nacional é aplicado inclusive ao estabelecimento, à aquisição e à expansão dos investimentos, categorias associadas à fase de pré-estabelecimento. Trata-se de uma medida liberalizante, perfeitamente compatível com a estratégia de estímulo à adoção de políticas comerciais e industriais de mercado, que tratem o investimento privado de maneira livre, transparente e não-discriminatória. Empresas americanas e canadenses competem em igualdade de condições com suas concorrentes estrangeiras.

Para o investidor, é o melhor dos mundos. Sua operação já não depende da decisão burocrática acerca da admissão de seu investimento. Apenas alguns setores estarão excluídos de sua liberdade de investimento. Durante os anos 2000, a falta de consenso no plano multilateral favoreceu a celebração de BITs nos termos de livre-concorrência almejados pelos americanos. A proliferação de BITs incorporando tais medidas oferece segurança jurídica aos investidores e favorece francamente a captação de investimentos pelas partes contratantes. Na disputa por capital escasso entre os estados em desenvolvimento, espera-se que estados que assumam tais compromissos tenham maior capacidade de atração de investimento. POLLAN (2006, p. 178) nota que, aparentemente, a competição gerada por esse tipo de dispositivo leva outros estados a incluírem a aplicação do tratamento nacional à fase de pré-estabelecimento em seus modelos de BIT. Cite-se como exemplo o modelo italiano, reformulado em 2003, cujo Art. II(2), onde se lê:

> *"Investors of either contracting party shall have the right of access to investment activities in the territory of the other contracting party, which shall not be less favourable than that under Art. III (1)* [tratamento nacional]*"*

Mas o modelo de livre admissão não está completo apenas com a aplicação do padrão de tratamento nacional à fase de pré-estabelecimento. Há ainda o padrão de tratamento da nação mais favorecida. Tal padrão, como vimos, também foi originalmente

desenvolvido para relações de comércio entre as nações. Sua função é assegurar aos nacionais de uma parte-contratante um tratamento preferencial equiparado ao concedido aos nacionais da "nação mais favorecida" pela outra parte contratante em seus compromissos internacionais. No caso dos investimentos internacionais, o padrão de tratamento da nação mais favorecida busca igualar os direitos de todos os investidores não-nacionais. Quando combinado com um padrão de tratamento nacional, oferece aos investidores beneficiados o melhor tratamento disponível, entre o concedido aos nacionais de um estado e o concedido à nação mais favorecida.

Apegados ao modelo de controle de investimentos e ao seu padrão de respeito à soberania econômica do estado receptor, os BITs tradicionais aplicam o tratamento da nação mais favorecida apenas à fase pós-estabelecimento, ou seja, à fase posterior à formalização da admissão do investidor. Os BITs de inspiração americana, por sua vez, inovam ao aplicarem tal padrão também à fase pré-estabelecimento, ou seja, à fase em que o investidor ainda analisa a possibilidade de investir ou não em um determinado estado. O modelo de BIT dos EUA aplica o padrão nos seguintes termos:

> *1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investors of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.*
> *2. Each Party shall accord to covered investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of investors of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.*

A fórmula é a mesma. O artigo informa que investidores e investimentos serão beneficiados pelo padrão de tratamento da nação mais favorecida inclusive na fase de pré-estabelecimento *("establishment, acquisition, expansion"*). A combinação dos dois princípios esvazia o conteúdo político dos programas nacionais de desenvolvimento quanto a tudo aquilo que não tenha sido incluído na lista negativa. As forças econômicas podem agir livremente, na medida em que respeitem os princípios do direito concorrencial.

O que poderia convencer um estado em desenvolvimento a aceitar uma tal perda de soberania? Em primeiro lugar, a firme convicção na superioridade da economia

de mercado e na regulamentação da economia por regras de direito concorrencial, despolitizadas ao máximo. Além disso, há a possibilidade de manter alguns setores excluídos das amplas medidas de liberalização propostas, por meio de uma lista negativa, o que preserva o *"policy space"* para alguns setores mais vulneráveis. SHIHATA (1994, p. 57) já observava que essas listas poderiam ser bastante abrangentes, abarcando setores inteiros que, por sua relevância estratégica, não convêm ao estado que se permita a livre competição com empresas estrangeiras.

A partir do estreitamento das relações entre EUA e Canadá, os modelos de acordos bilaterais de investimento canadense e americano passaram a apresentar notável convergência quanto aos seus dispositivos, tanto entre si como em relação ao texto do NAFTA. Em 2004, tanto o modelo canadense como o modelo americano foram revisados, acentuando-se essa convergência. Nota-se em ambos os modelos um espaço cada vez maior conferido a questões de interesse público. Os tratados celebrados sob inspiração do modelo americano não são meros instrumentos de proteção dos capitalistas nacionais no interior. São também instrumentos de preservação dos interesses públicos em face de atentados promovidos pela atividade empresarial multinacional.

Os tratados patrocinados por EUA e Canadá incluem em seu bojo questões importantes que os tratados europeus ignoravam: meio ambiente, padrões trabalhistas, direitos humanos em geral. Tais questões contribuem para o estabelecimento de um novo equilíbrio entre os direitos dos investidores e o direito dos estados que tende a se consolidar (FONSECA, 2009, p. 186).

A universalização do modelo de livre admissão, por depender de uma renúncia de soberania dificilmente derrogável, nem sempre resulta em negociações bem sucedidas. Três exemplos ilustram as dimensões da mudança de paradigma em relação aos demais modelos. O primeiro deles, já amplamente discutido, foi o caso do GATS, que acabou implantando o modelo de lista positiva. Outros dois casos também negociados durante a década de 1990 ofereceram resultados distintos do proposto pelo modelo: o Tratado da Carta de Energia e o MAI, negociado sob auspícios da OCDE, e que nunca chegou a ser concluído.

A discussão sobre o documento que viria a ser o Tratado da Carta de Energia foi iniciado durante o colapso da URSS. Em junho de 1990, o primeiro-ministro holandês sugeriu ao Conselho Europeu que a recuperação econômica da Europa Oriental e da

própria União Soviética poderia ser menos demorada se estimulada por uma iniciativa de cooperação na área energética. Encarregada de formular uma proposta de cooperação, a Comissão Européia apresentou o projeto da Carta Européia de Energia em fevereiro de 1991. Após discussão interna, as Comunidades Européias convidaram outros países europeus, a União Soviética e os membros não-europeus da OCDE para uma conferência, realizada em Bruxelas em julho de 1991, que teria como objeto o início das negociações da Carta Européia de Energia. Poucos dias antes do fim da União Soviética, o documento foi assinado na Haia.

Entre os objetivos assumidos pelos signatários, constava o de implementar medidas de cooperação, com base nos objetivos e princípios da Carta Européia de Energia, na forma de *"a Basic Agreement and Protocols"*. O texto fundamental das negociações seria denominado Tratado da Carta de Energia, e foi concebido para promover a cooperação industrial leste-oeste a partir da internacionalização de regras jurídicas em matérias como comércio, circulação e investimento na área energética. Protocolos adicionais, voltados para eficiência energética, segurança nuclear e hidrocarbonetos também foram objeto de negociação. O texto final do Tratado da Carta de Energia foi celebrado em Lisboa, em 17 de dezembro de 1994, motivo pelo qual também vem sendo formalmente referido na doutrina como Tratado de Lisboa, embora a celebração do Tratado de Lisboa que institui a União Européia faça que prefiramos nos referir ao documento de 1994 como Tratado da Carta de Energia.

Os defensores do Tratado da Carta de Energia entenderam que a cooperação enérgica com os antigos países comunistas seria fundamental para, por um lado, diminuir a dependência energética da Europa em relação ao Oriente Médio, e, por outro lado, auxiliar na transição do socialismo para a economia de mercado. Em tese, todos sairiam beneficiados. Nesse sentido, as disposições sobre o acesso ao mercado energético dos antigos países comunistas seriam fundamentais para o bom andamento da iniciativa. E a meta, de acordo com as versões preliminares, pareciam indicar a adoção do modelo de livre admissão (POLLAN, 2006, p. 107) (WAELDE, 1996b, p. xiii)

Mas os resultados estiveram aquém do esperado. O Art. 10 (2, 3) do Tratado da Carta de Energia assim se expressa sobre o tema da admissão:

> *(2) Each Contracting Party shall endeavour to accord to Investors of other Contracting Parties, as regards the Making of Investments in its Area, the*

> *Treatment described in paragraph (3).*
> *(3) For the purposes of this Article, "Treatment" means treatment accorded by a Contracting Party which is no less favourable than that which it accords to its own Investors or to Investors of any other Contracting Party or any third state, whichever is the most favourable.*

O emprego da locução verbal *"shall endeavour"* adia para um momento posterior a aplicação do modelo de livre admissão. Conscientes desse adiamento, as partes assumiram um compromisso, nos termos do Art. 10 (4):

> *(4) A supplementary treaty shall, subject to conditions to be laid down therein, oblige each party thereto to accord to Investors of other parties, as regards the Making of Investments in its Area, the Treatment described in paragraph (3). That treaty shall be open for signature by the states and Regional Economic Integration Organizations which have signed or acceded to this Treaty. Negotiations towards the supplementary treaty shall commence not later than 1 January 1995, with a view to concluding it by 1 January 1998.*

O Tratado Suplementar avançou até 2002, e as minutas divulgadas davam conta da adoção do modelo de livre admissão. Não obstante, as partes contratantes decidiram aguardar a definição do acordo de investimentos ainda em pauta na OMC antes de prosseguir com as negociações e posterior conclusão do tratado. A retirada do tema de investimentos da OMC congelou os avanços do Tratado Suplementar, de tal maneira que é possível afirmar que, por alguns anos, as relações de investimento no setor energético serão pautadas pelo modelo de controle de investimentos, e dependerão da sintonia entre os objetivos políticos e econômicos das partes contratantes.

É importante observar que os EUA não assinaram o Tratado de Lisboa, apesar de signatários da Carta Européia de Energia. Alegando que o documento não refletia o alto padrão de tratamento de investimentos defendido por seu país em sua cooperação bilateral (ou seja, deplorando a necessidade de retomar negociações para aplicar o modelo de livre admissão em um tratado suplementar), o representante americano se recusou a assinar a versão final. A Rússia, por sua vez, se recusava a aceitar o modelo de livre admissão devido, em primeiro lugar, à situação caótica em que se encontravam as suas instituições políticas e seu sistema econômico e financeiro, e também devido ao temor de que o parlamento russo não aprovasse o tratado nos termos desejados pelos EUA. Como observa MUCHLINSKI, os EUA sabiam desde o começo que poderiam fazer obter melhores resultados no plano bilateral se as negociações não se desenvolvessem conforme planejado. Acostumados ao modelo de controle dos investimentos, os demais contratantes seguiram

em frente sem os EUA (1996, p. 206).

4.2.6. *Formulações híbridas: processos de liberalização controlada*

A adoção de formulações híbridas, que combinam elementos dos cinco modelos de regulamentação, se presta à solução de problemas mais específicos, decorrentes de uma determinada combinação de vantagens locacionais. Vejamos algumas combinações possíveis (UNCTAD, 2004, pp. 155-8).

A opção pela preservação da discricionariedade completa do estado, aplicando o modelo de controle de investimentos, raras vezes será totalmente descartada. É a opção residual associada à exceções dos demais modelos. Os setores excluídos da lista positiva proposta pela política de liberalização seletiva são regidos, de modo geral, por uma política de controle dos investimentos. Da mesma forma, os setores excluídos de um programa de industrialização integrada também tenderiam a ser regidos por políticas de controle da admissão e estabelecimento dos investimentos internacionais.

No que se refere à opção pela liberalização regional aprofundada, o modelo de controle de investimentos só é compatível se aplicado *exclusivamente* aos investimentos originários de países não-membros da organização internacional de integração econômica. É possível que se instale um conflito de competências entre os órgãos da administração comunitária e os órgãos da administração nacional de cada estado membro quanto à admissão de investimentos externos, sendo fundamental que a delimitação dessas competências se verifique de maneira transparente.

Governos mais céticos quanto aos benefícios da liberalização econômica internacional, receosos de assumir amplos compromissos multilaterais associados à concessão dos padrões de tratamento nacional e da cláusula da nação mais favorecida em escala mundial, podem ainda assim considerar válida e interessante a liberalização regional. Iniciativas de integração econômica típicas do mundo árabe se orientam por essa perspectiva de integração controlada. Há, nesse caso, também um importante componente cultural associado à idéia de proteção das competências estatais. Em seus primeiros anos, os acordos da ASEAN também refletiam essas preocupações (UNCTAD, 2004, p. 157).

A opção por uma liberalização regional aprofundada pode ser associada a um processo de liberalização seletiva e também a um processo de industrialização regional

integrada, criando um mecanismo de tratamento nacional recíproco generalizado, que pode ser complementado por um programa regional de desenvolvimento econômico integrado e também por liberalizações setorizadas em face de estados não-membros. Essa opção é útil para estados que pretendem construir uma completa integração regional no longo prazo, mas pretendem manter controle do processo por meio de uma liberalização selecionada que facilite a promoção do desenvolvimento econômico e torne possível a elaboração de projetos "desenvolvimentistas" formalmente incompatíveis com a integração regional. Historicamente, as Comunidades Européias trabalharam com essa formulação híbrida até a consolidação do 'mercado interno europeu', conforme expressa a versão consolidada do Tratado de Roma.

4.2.7. *Formulações híbridas: NAFTA*

A opção por uma liberalização aberta pode ser combinada com um mecanismo de liberalização seletiva. É a opção mais adequada para estados interessados na liberalização ampla, mas cientes de que certos setores requerem uma abertura cuidadosa, em prazo mais dilatado. Associa-se à tradicional lista negativa do modelo de livre admissão uma lista positiva típica da opção de liberalização seletiva, para produzir um *Schedule* de liberalização diferenciado para determinados setores. É uma formulação muito eficiente e quem vem sendo usada em negociações que envolvem não apenas investimentos, mas também o comércio internacional.

Atualmente, o modelo de livre admissão por lista negativa se espalha de maneira viral. Quanto mais estados celebram tratados nesses termos, mais estados tendem a celebrá-los. A fórmula inicialmente aplicada para o amplo acordo de investimentos entre Canadá e EUA, concluído em um contexto de superação dos desdobramentos do Caso FIRA, estimulou a celebração de tratados de comércio que incluíssem capítulos de investimento em que tal estrutura de liberalização fosse aproveitada. O mais antigo em vigor, e certamente o mais importante de todos, é o Acordo de Livre-Comércio da Norte-Americano.

Conhecido pela sigla em inglês NAFTA, o Acordo de Livre-Comércio Norte-Americano (*North American Free Trade Agreement*) foi celebrado em 17 de dezembro de 1992, na cidade de San Antonio, Texas, pelos três países que integram a América do Norte:

Canadá, EUA e México. Graças ao peso econômico e político dos EUA, o NAFTA constitui uma das maiores e mais importantes áreas de livre-comércio de todo o mundo.

O antecedente remoto para a criação do NAFTA é a alteração da estratégia de negociação comercial americana, a partir do final da década de 1970 e início da década de 1980, deixando de concentrar esforços exclusivamente no plano multilateral, e abrindo margem para a celebração de acordos bilaterais de investimento em substituição aos antigos tratados de paz, comércio, navegação e amizade. Paralelamente, a crescente interdependência econômica entre o Canadá e os estados americanos que lhe fazem fronteira indicava a necessidade de convergência e harmonização de políticas econômicas, necessidade essa agravada pela controvérsia do caso *FIRA*, de que falamos anteriormente.

Durante a década de 1980, foi negociado um acordo de livre-comércio entre o Canadá e os EUA, que seria celebrado em 4 de outubro de 1988. No México, a eleição do Presidente Salinas, mais alinhado a uma perspectiva econômica neoliberal, estimularia a negociação de um acordo de livre-comércio entre o México e os EUA, ao qual o Canadá solicitou adesão de maneira a assegurar as vantagens obtidas pelo acordo de 1988. O fruto dessa negociação tripartite, o primeiro acordo livre-comércio celebrado entre países industrializados e países em desenvolvimento, entrou em vigor, após ampla discussão entre a sociedade civil e os congressistas das três partes contratantes, em 1 de janeiro de 1994.

Inicialmente, a idéia por trás da celebração do NAFTA era a de tratar de questões exclusivamente comerciais. Mas, como nota SHIHATA (1994, p. 60), os negociadores logo perceberam que a interdependência entre comércio e investimento exigia que o tratado versasse não apenas sobre a derrubada de barreiras comerciais, mas também sobre a queda de barreiras aos investimentos internacionais. Assim, o NAFTA se tornou o primeiro acordo de livre-comércio a conter um capítulo sobre investimentos, o célebre *Chapter 11*.

O objetivo do Capítulo 11 é simples e claro: liberalizar a circulação de investimento na área de abrangência do NAFTA, assegurando *"a predictable commercial framework for business planning and investment"*, nos termos de seus *consideranda*. Nesse sentido, o NAFTA consolida a prática bilateral americana, consagrando o princípio da não-discriminação por meio de uma cláusula de tratamento nacional associada a uma cláusula de tratamento da nação-mais-favorecida. Essas duas cláusulas, aliás, constituem o núcleo da regra de admissão de investimentos no âmbito do NAFTA.

A cláusula de tratamento nacional é o Art. 1102, que concede esse padrão de tratamento aos investimentos e aos investidores de cada parte contratante, nos seguintes termos:

> *1. Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.*
>
> *2. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.*

A cláusula do tratamento da nação-mais-favorecida se encontra no Art. 1103, que, repetindo a engenharia do Art. 1102, concede esse padrão de tratamento aos investimentos e investidores de cada parte contratante, nos seguintes termos:

> *1. Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investors of any other Party or of a non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.*
>
> *2. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments of investors of any other Party or of a non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.*

Da mesma maneira que verificamos nos BITs que adotam o modelo de livre admissão, vemos que o NAFTA se preocupa em estender os padrões de não discriminação à fase de pré-estabelecimento (*"establishment, acquisition, expansion"*). Dessa forma, investidores americanos, canadenses e mexicanos competem entre si em condições de igualdade em todo o território de abrangência do acordo.

Os padrões apresentados nos Art. 1102 e 1103 se complementam por um dispositivo de melhor tratamento não-discriminatório, apresentado pelo Art. 1104, que assegura às partes *"the better of the treatment"* exigido pelos Arts. 1102 e 1103. Ambos os padrões esvaziam, como já vimos, diferenças de tratamento baseadas na nacionalidade do investidor. A cláusula de tratamento nacional iguala os investidores estrangeiros aos investidores nacionais. A cláusula da nação-mais-favorecida iguala todos os investidores estrangeiros entre si.

Como todas as regras, as generosas normas de admissão e tratamento do NAFTA admitem exceções. Em primeiro lugar, a lista negativa. O Art. 1108 (1) apresenta o regime da lista negativa nos seguintes termos:

> *Articles 1102, 1103 (...) do not apply to:*
> *(a) any existing non-conforming measure that is maintained by: (i) a Party at the federal level, as described in its Schedule to Annex I or III, (ii) a state or province, for two years after the date of entry into force of this Agreement, and thereafter as described by a Party in its Schedule to Annex I, or (iii) a local government;*
>
> *(b) the continuation or prompt renewal of any non-conforming measure referred to in subparagraph (a); or (c) an amendment to any non-conforming measure referred to in subparagraph (a) to the extent that the amendment does not decrease the conformity of the measure, as it existed immediately before the amendment, with Articles 1102, 1103 (...).*

O NAFTA contém alguns anexos, nos quais são incluídos os *"schedules"*, ou seja, as listas de medidas e setores de cada parte contratante aos quais não se aplicam as regras do Capítulo 11. O Anexo I do NAFTA inclui as reservas para medidas existentes e compromissos de liberalização, inclusive em matéria de investimento. O Anexo II inclui as reservas para medidas futuras. O Anexo III identifica as atividades reservadas para os estados, onde é, portanto, vedado o investimento estrangeiro. Por esse Anexo, o México mantém o controle estatal sobre o setor de petróleo. Há também o Anexo IV, em que se listam as exceções à cláusula da nação-mais-favorecida, por meio do qual as partes buscaram proteger acordos pré-existentes em matéria de aviação, entre outros setores.

A maioria dessas exceções foi objeto de intensa negociação tanto entre as partes contratantes como também no âmbito da sociedade civil de cada uma das partes. A oposição política representada pelos sindicatos americanos contra a possível perda de postos de trabalho para trabalhadores mexicanos de mais barato padrão trabalhista se fundava nas facilidades de admissão de investimento garantidas pelo NAFTA. Transferir uma fábrica de carros de Detroit para o lado mexicano da fronteira se tornara barato e vantajoso.

Por conta disso, a aprovação do acordo pelo Congresso americano foi longa e difícil. A situação se tornou mais delicada quando, cerca de um mês após a assinatura do acordo, o Presidente republicano George W. H. Bush foi derrotado nas eleições presidenciais pelo candidato democrata Bill Clinton, cujo partido sempre demonstrara hostilidade ao livre comércio, ligado que é à base social mais dependente da proteção do

estado americano. Para facilitar a aprovação, os anexos – que são *soft law* e obedecem a um mecanismo de alteração bem mais ágil que tratados internacionais – foram ampliados de maneira a satisfazer os setores mais sensíveis e politicamente poderosos no Congresso americano.

O preço dessa negociação foi alto. A aprovação do NAFTA no Senado americano não chegou a totalizar dois terços dos votos favoráveis. Isso tornou o NAFTA, para efeitos de direito constitucional americano, um *"congressional-executive agreement"*, diferente portanto dos tratados em devida forma, e que só pode versar sobre matérias cuja competência seja explicitamente atribuída pela Constituição americana ao Congresso e ao Presidente dos EUA. Como comenta Guido SOARES, essa modalidade de acordo está abaixo da Constituição americana e não constitui *"supreme law of the land"* (SOARES, 2004, p. 2008).

Da mesma forma, o governo conservador do Primeiro-Ministro canadense Brian Mulroney, que liderou a celebração do NAFTA, não resistiu à pressão da opinião pública, apresentando sua renúncia em junho de 1993. Nas eleições gerais, o liberais se consagraram sob a liderança de Jean Chrétien, que negociou dois acordos suplementares ao NAFTA junto aos demais governos.

No México, o Presidente Carlos Salinas não precisou enfrentar um teste de urnas para aprovar o NAFTA. O debate no México, porém, se deu em outro patamar. Tratava-se aí de uma discussão profunda sobre a liberalização de uma economia tradicionalmente submetida à intervenção do estado. Como observa POLLAN, abrir mão do controle de determinados setores industriais significaria uma substancial perda de influência por parte da burocracia mexicana (2006, p. 182).

O NAFTA também proíbe requisitos de desempenho. No Art. 1106, consta uma longa lista de medidas proibidas, mais ampla que a lista ilustrativa contida no Acordo TRIMs. O NAFTA chega a proibir requisitos de transferência de tecnologia, processos de produção, por exemplo. Há aí, porém, uma exceção importante, nos termos do Art. 1106 (6), por meio do qual as proibições de requisitos de desempenho não poderão ser interpretadas no sentido de impedir a adoção de medidas necessárias para assegurar o cumprimento do acordo, ou ainda medidas para proteção da vida e saúde humana, animal e vegetal e para a conservação de recursos naturais não-renováveis. Trata-se de mais uma maneira de evitar o *dumping* social e ambiental que poderia ser causado pelo nível inferior

dos padrões trabalhistas e ambientais no México. Há ainda uma exceção geral de segurança nacional prevista no Art. 2102, por meio do qual o acordo não pode ser interpretado de maneira a exigir que as partes se abstenham de tomar quaisquer medidas necessárias para a proteção de seus *"essential security interests"*.

A partir do NAFTA, surgiu um novo padrão de tratado de livre-comércio, incluindo os chamados "novos temas", inclusive investimentos. Os novos tratados, contendo capítulos sobre investimentos que são verdadeiros BITs, são a nova tendência do comércio internacional e se espalham rapidamente pelo mundo. Além de EUA e Canadá, também Cingapura, Coréia do Sul e Japão passaram a adotar essa prática. Na América Latina, o Chile, o México e o Peru também procuram abrir espaço para esse modelo, inclusive no âmbito da ALADI. Esses três países celebraram acordos bilaterais entre si e procuram o Uruguai, que já mantém acordo com o México e corteja um acordo com os EUA em termos semelhantes a despeito do MERCOSUL. A estratégia empregada até o momento é a de celebrar acordos do tipo NAFTA com seus principais parceiros regionais, de modo a fortalecer a posição e tomar fôlego para empreendimentos ultramarinos.

Levando em conta perspectivas latino-americanas, é fundamental ressaltar o profundo significado da adesão do México a esse modelo. Como vimos anteriormente, a partir da Revolução Mexicana, essa república protagonizou grandes atos de hostilidade contra investidores estrangeiros e investimentos internacionais ao mesmo tempo em que construiu uma tradição de presença estatal na economia. As décadas de hegemonia semi-autoritária do Partido Revolucionário Institucional (PRI) davam conta de que o México se considerava um porta-voz do modelo de industrialização por substituição de importações e nacionalismo em questões de 'soberania econômica', sendo o primeiro estado a fazer uso do controvertido conceito de função social da propriedade.

Não obstante sua longa lista negativa (com destaque para a importante indústria petrolífera), poderíamos dizer que o México capitulou. Mas o México não apenas capitulou. Efetivamente, o México se converteu e, não obstante o duro caminho que tem enfrentado para prosseguir na liberalização de sua economia, apresenta expressivo crescimento econômico e passou a exportar o modelo de livre admissão em suas relações bilaterais. Devido à incompatibilidade do NAFTA com os compromissos anteriormente assumidos pelo México no âmbito da ALADI, o governo brasileiro chegou a considerar a possibilidade de afastar o México das iniciativas de integração latino-americanas a partir

da criação de uma Área de Livre-Comércio da América do Sul (ALCSA), proposta que acabou não frutificando.

Argumenta-se que BITs e FTAs que aplicam o modelo de livre admissão seriam a primeira evidência de um novo regime internacional em formação. Com a paralisia das negociações multilaterais no âmbito da OMC, os estados se sentem cada vez mais impelidos a buscar alternativas regionais e bilaterais como estratégia de ampliação de suas exportações. A retirada do tema dos investimentos da pauta da OMC favorece a inclusão da matéria em acordos de livre-comércio e de cooperação e integração regional. Os novos tratados já não se preocupam apenas com a proteção dos investimentos, como os tradicionais BITs europeus, mas refletem uma real preocupação com a liberalização das relações de investimentos.

BROWER e STEVEN notam que a convergência de BITs e tratados de livre-comércio adotando o modelo da livre admissão com lista negativa representa exemplo de um novo consenso em formação no tema da regulamentação internacional de investimentos (2001, p. 193). Nesse sentido, é curioso notar que, a despeito de alguns esforços por parte do Reino Unido e por parte da Itália, os países europeus permanecem amarrados ao modelo europeu tradicional e não ousam reformular suas posições em matéria de admissão de investimentos.

4.2.8. *Formulações híbridas: ASEAN*

Uma combinação entre a opção pela liberalização regional aprofundada parece, em tese, incompatível com a opção pela liberalização ampliada. O modelo de tratamento nacional recíproco não é aberto como o modelo de livre admissão com lista negativa. Uma compatibilização só seria possível se houvesse recurso a determinadas cláusulas especiais (UNCTAD, 2004, p. 158). Há, todavia, uma organização internacional econômica que estabeleceu uma regulamentação que parece tentar compatibilizar as duas opções. Trata-se da ASEAN.

A ASEAN, mantém atualmente em curso um programa de gradual implementação do modelo de livre admissão com lista negativa. Atualmente, o bloco figura entre as principais organização internacionais econômica do continente asiático, cobrindo uma área menor e uma população menor que os valores individuais da China ou

da Índia, mas ainda assim bastante expressiva. A Ásia esteve profundamente dividida durante a Guerra Fria e as perspectivas de integração continental ainda se encontram muito atrasadas. Mesmo entre os estados membros da ASEAN, um passado violento, com conflitos internacionais e guerras civis atrasou o desenvolvimento da região durante o período de bipolaridade definida.

A ASEAN foi fundada em 1967 por um grupo de países preocupados com os desdobramentos da Guerra Fria na região do sudeste asiático. Sua composição original contava com Cingapura, Filipinas, Indonésia, Malásia e Tailândia, havendo aderido posteriormente os seguintes estados: Brunei Darussalam (1984), Vietnã (1995), Laos e Birmânia (1997) e Camboja (1999. Inicialmente uma organização de caráter político, a ASEAN passou a incluir entre seus objetivos a integração econômica regional apenas no final da década de 1970. Limitada pela necessidade de consenso positivo, as iniciativas integracionistas dos primeiros anos da ASEAN não foram bem sucedidas.

Pode-se afirmar que o verdadeiro motor da integração do sudeste asiático foi a concorrência extra-regional, representada principalmente pela União Européia e pelo NAFTA. Com suas economias voltadas, primordialmente, para a exportação de produtos locais para a Europa e os EUA, os estados membros da ASEAN temeram pela reorganização dos fluxos comerciais em benefício dos parceiros regionais de seus grandes clientes. Nesse sentido, o México e a perspectiva de alargamento do NAFTA para toda a América Latina através da ALCA eram os principais desafios da ASEAN em suas relações comerciais com os EUA. Da mesma forma, o alargamento da União Européia em direção à Europa do Leste preocupava as economias do sudeste asiático (HAAS, 1994, p. 809).

Para marcar posição e evitar grandes perdas, a ASEAN lançou um programa de integração e liberalização voltado para a atração de investimentos internacionais, de maneira a manter as expressivas taxas de crescimento econômico registradas no auge do período dos Tigres Asiáticos, além de favorecer a competitividade dos setores industriais da região. Em 2003, os estados membros celebraram o segundo Acordo de Bali, com a meta de estabelecer uma Comunidade Econômica da ASEAN, criando um mercado único de bens, serviços, investimentos, trabalho e capital. Paralelamente, os estados membros fortaleceram os mecanismos de cooperação política, criando grupos de trabalho dedicados à preparação institucional da futura Comunidade Econômica da ASEAN.

No terreno dos investimentos, o principal acordo celebrado no âmbito da

ASEAN sobre a proteção dos investimentos é o Acordo para a Promoção e Proteção de Investimentos (*"ASEAN Agreement for the Promotion and Protection of Investments"*), de 1987, com seu Protocolo de 1996 dedicado a aumentar a confiança dos investidores. Sua primeira versão remontada a um processo cauteloso, de liberalização controlada, fazendo uso principalmente do modelo de controle dos investimentos. Essa postura foi alterada pelo Protocolo de 1996, que lançou as bases para uma nova etapa.

No que se refere à liberalização dos investimentos, o Acordo-Quadro para Área de Investimento da ASEAN (*"Framework Agreement on the ASEAN Investment Area"*), conhecido como Acordo AIA e celebrado em Manila, Filipinas, em 1998, em vigor a partir do ano seguinte, é o documento principal. Todos esses acordos estão relacionados à Área de Livre-Comércio da ASEAN (AFTA) e à implementação do Plano de Cooperação Industrial da ASEAN (AICO). Em Fevereiro de 2009, foi celebrado o Acordo Abrangente de Investimentos da ASEAN, conhecido pela sigla em inglês ACIA. O Acordo está programado para entrar em vigor ao término de 2009. Trata-se de um acordo abrangente, envolvendo liberalização, proteção, facilitarão e promoção de investimentos, além de aprimorar dispositivos de seus precedentes.

O objetivo do Acordo AIA é criar uma grande área de livre circulação de investimentos, englobando todos os estados membros da ASEAN. Reformando pelo Protocolo de 2001, o Acordo AIA agora inclui os mais setores econômicos, além dos serviços relacionados a esses setores. Originalmente, o objetivo era abrir todo o setor industrial até 2010, e a todos os investidores em 2020. Um segundo objetivo era a outorga de tratamento nacional a todos os investidores regionais até 2010 e a todos os demais investidores até 2020. Essas datas foram aceleradas pelos estados membros, de tal maneira que já em janeiro de 2003 as restrições aos investidores regionais no setor manufatureiro já haviam sido removidas.

O Acordo ACIA contem uma cláusula de tratamento nacional e uma cláusula de nação mais favorecida muito semelhante ao Acordo NAFTA. Além disso, afasta um dispositivo presente no Acordo AIA de 1998, que excluía investimentos indiretos da cobertura do acordo. Agora ações e outras formas de participação estão incluídas entre as modalidades protegidas de investimento. Nesse sentido, o Acordo ACIA conclui um processo de liberalização que se acelerou ao longo dos anos 2000, consolidando um mercado comum de investimentos no sudeste asiático.

A versão original do Acordo AIA intentava a combinação da opção por uma liberalização regional aprofundada com uma opção de liberalização ampliada, ao outorgar previamente o padrão de tratamento nacional e o padrão de tratamento da cláusula da nação mais favorecida primeiramente aos investidores regionais e posteriormente conceder previamente também a investidores de terceiros estados o padrão de tratamento nacional até 2020. Enquanto a cláusula da nação mais favorecida permaneceu restrita aos investidores regionais, os dois modelos coexistiram. Concluída a transição, o modelo de livre admissão com lista negativa prevaleceu (UNCTAD, 2004, p. 158).

4.2.9. *Formulações híbridas: MERCOSUL*

A opção de preservação da discricionariedade estatal parece, a princípio, incompatível com o modelo de livre admissão com lista positiva. Existe, porém, uma formulação híbrida que procura conciliar os dois modelos. A formulação foi desenvolvida pelo MERCOSUL e resulta da combinação de dois tratados: o Protocolo de Colônia e o Protocolo de Buenos Aires. Ambos os Protocolos têm como fundamento o Art. 10 do Tratado de Assunção, instrumento que constituiu o MERCOSUL em 1991, que trata da competência do Conselho do Mercado Comum para tomar decisões que assegurem os objetivos e os prazos para a constituição do Mercado Comum.

Oficialmente denominado "Protocolo de Colônia para a Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos no MERCOSUL", o Protocolo de Colônia foi aprovado pela Decisão 11/93 do Conselho do Mercado Comum e assinado pelos estados membros na cidade de Colônia do Sacramento em 17 de janeiro de 1994. O protocolo adota o modelo de livre admissão com lista negativa, embora apresente uma linguagem diferente da utilizada nos BITs americanos da época. Diz o Art. 2 (1) do Protocolo de Colônia:

> *"Cada Parte Contratante promoverá las inversiones de inversores de otras Partes Contratantes y las admitirá de manera no menos favorable que a las inversiones de sus propios inversores o que las inversiones realizadas por inversores de terceros Estados, sin perjuicio del derecho de cada parte a mantener transitoriamente excepciones limitadas que correspondan a alguno de los sectores que figuran en el Anexo del presente Protocolo".*

Nota-se a presença de todos os elementos conceituais típicos do modelo: a outorga prévia de tratamento nacional (*"las admitirá de manera no menos favorable que a*

las inversiones de sus próprios inversores"), combinado com a outorga prévia de tratamento da nação mais favorecida (*"o* [*las admitirá*] *de manera no menos favorable que a las inversiones de terceros Estados"*), consistindo em uma outorga de direito de prévio de admissão e estabelecimento para todos os investidores das partes contratantes.

A exceção fica por conta da lista negativa, anexa ao Protocolo. A linguagem é mais dura que a linguagem empregada nos tratados americanos. A lista negativa é tratada abertamente como uma 'medida transitória' composta de 'exceções limitadas'. De fato, o tamanho da lista de exceções do Anexo ao Protocolo de Colônia demonstra que, ao menos aparentemente, a lista negativa parece ser considerada algo temporário. São poucos os setores mencionados, sendo possível transcrevê-la para apreciação. Eis a lista de exceções ao Art. 2 (1):

> *"De conformidad con lo previsto en el Artículo 2 del presente Protocolo, las Partes Contratantes se reservan el derecho de mantener transitoriamente excepciones limitadas al tratamiento nacional de las inversiones de inversores de las otras Partes Contratantes en los siguientes sectores:*
> ***Argentina:*** *propiedad inmueble en zonas de frontera; transporte aéreo; industria naval; plantas nucleares; minería del uranio; seguros y pesca.*
> ***Brasil:*** *exploración y explotación de minerales; aprovechamiento de energía hidráulica; asistencia de la salud; servicios de radiodifusión sonora, de sonidos e imágenes y demás servicios de telecomunicaciones; adquisición o arrendamiento de propiedad rural; participación en el sistema de intermediación financiera, seguros, seguridad y capitalización; construcción, propiedad y navegación de cabotaje e interior.*
> ***Paraguay:*** *propiedad inmueble en zonas de frontera; medios de comunicación social; escrita, radial y televisiva; transporte aéreo, marítimo y terrestre; electricidad, agua y teléfono; explotación de hidrocarburos y minerales estratégicos; importación y refinación de productos derivados de petróleo y servicio postal.*
> ***Uruguay:*** *electricidad; hidrocarburos; petroquímica básica; energía atómica; explotación de minerales estratégicos; intermediación financiera; ferrocarriles; telecomunicaciones, radiodifusión; prensa y medios audiovisuales.*

Apesar disso, é forçoso constatar que, pelo menos no caso das exceções brasileiras, a lista negativa versa sobre restrições contidas na Constituição Federal, donde podemos presumir que dificilmente esses setores seriam liberalizados para investidores do MERCOSUL em qualquer caso. Como o Protocolo de Colônia não chegou a entrar em vigor, é difícil fazer qualquer análise concreta de como se daria o seu funcionamento, mas é possível notar um forte compromisso em favor da integração regional.

O "Protocolo sobre a Promoção e Proteção de Investimentos Provenientes de Estados Não-Partes do MERCOSUL", por sua vez, foi aprovado pela Decisão 11/94 do

Conselho do Mercado Comum, e assinado pelos estados membros em 5 de agosto de 1994, na cidade de Buenos Aires, donde sua denominação habitual. O protocolo adota o modelo de controle de investimentos, em sua formulação mais tradicional. Diz o Art. 2 (B)(1) do Protocolo de Buenos Aires:

> *Cada Estado Parte promoverá en su territorio las inversiones de inversores de Terceros Estados, y admitirá dichas inversiones conforme a sus leyes y reglamentaciones.*

Nota-se uma cláusula de encorajamento clássica, assumindo-se apenas o compromisso de admitir investimentos nos termos das leis e regulamentos de cada estado receptor. O Art. 2 (B) (2) ainda esboça outro dever, impondo aos estados membros a obrigação de conceder todas as autorizações necessárias ao melhor desenvolvimento dos investimentos admitidos em seus respectivos territórios. É o modelo de controle de investimentos tradicional, mas conta com uma importante vantagem: se estivesse em vigor, o Protocolo de Buenos Aires prevaleceria sobre todos os BITs celebrados pelos estados membros do MERCOSUL, o que traria segurança jurídica mediante a convergência dos critérios de admissão e poderia servir de base para uma futura adoção de mecanismos de liberalização para investimentos de terceiros estados, obedecendo à lógica da negociação "em bloco" característica da atuação do MERCOSUL.

Na prática, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai mantiveram uma política individual de atração de investimentos, atraindo principalmente investidores provenientes dos EUA e da Europa. Os problemas financeiros que consumiram a Argentina, vista até então como um país relativamente bem conceituado como pólo de atração de investimentos, a partir de 1999, afugentaram os investidores internacionais. Problemas decorrentes dessa fragilidade econômica travaram as negociações inter-regionais com a União Européia. O Brasil retirou os Protocolos de tramitação durante a transição política de 2002. O governos de orientação antiliberal na Argentina e no Brasil travaram a discussão da ALCA, que pretendia trazer um novo modelo de regulamentação dos investimentos, bastante similar à formulação híbrida do NAFTA. Como o MERCOSUL é obrigado e negociar em bloco, o governo do Uruguai cogitou abandonar o bloco para negociar acordos que lhe interessavam e que não podia celebrar por conta do peso decisório das opiniões dos governos de Brasil e Argentina.

Não obstante, tendo em vista a zona de *non droit* sobre investimentos no

MERCOSUL, em 2005 o Uruguai celebrou um BIT com os EUA que concede direitos prévios de admissão e estabelecimento aos investidores de ambos. Tal documento ainda não entrou em vigor e é possível que não chegue a ter vigência, tendo em vista a pressão política de outros membros do MERCOSUL e a sucessão presidencial entre os orientais, que levou à Presidência um candidato de forte discurso antiliberal.

4.3. JURISPRUDÊNCIA SOBRE A ADMISSÃO DE INVESTIMENTOS

A jurisprudência internacional sobre a admissão de investimentos não é muito numerosa. A maior parte das sentenças arbitrais foi proferida por tribunais constituídos nos termos da Convenção de Washington, e a grande maioria das sentenças existentes sobre a matéria versão especificamente sobre a adequação do investimento internacional à legislação doméstica do estado receptor. No que se refere aos direitos prévios de admissão e estabelecimento, ainda não existem casos, mas os tribunais arbitrais constituídos para o NAFTA já traçaram as linhas gerais para a solução de controvérsias sobre a matéria.

4.3.1. *"Nos termos das leis e regulamentos do estado receptor"*

De um ponto de vista prático, a aplicação das cláusulas de admissão "nos termos das leis e regulamentos do estado receptor" por tribunais internacionais procura responder a duas questões: (i) se a proteção outorgada pelo BIT está sujeita à admissão nos termos das leis e regulamentos do estado receptor; e (ii) se um investimento que não tenha sido admitido nesses termos, ou que viole as normas do ordenamento jurídico interno do estado receptor pode se beneficiar da proteção outorgada pelo BIT (JOUBIN-BRET, 2008, p. 16).

Em primeiro lugar, como aponta JOUBIN-BRET (2008, p. 17) é preciso observar que a expressão "nos termos das leis e regulamentos do estado receptor" nem sempre é encontrada na cláusula de admissão. Por vezes, a expressão pode ser encontrada nas cláusulas sobre termos definidos e sobre o âmbito de aplicação dos BITs. Quando encontrada nas cláusulas sobre termos definidos, a expressão condiciona a definição

convencional de investimento às leis e regulamentos do estado receptor. Quando encontrada nas cláusulas sobre o âmbito de aplicação dos BITs, condicionam a aplicação do BIT ao respeito às leis e regulamentos do estado receptor. Há ainda BITs que repetem consistentemente a expressão em várias de suas cláusulas, fazendo com que todos padrões de tratamento estabelecidos pelo tratado estejam submetidos às leis e regulamentos do estado receptor.

Na maioria dos tratados, porém, é na cláusula de admissão que encontramos essa expressão. É na cláusula de admissão que encontramos, portanto, a única referência ao papel do estado receptor na outorga de proteção ao investidor. É a admissão do investidor pelo estado receptor que permite ao investidor ser protegido pelo BIT, e é o BIT quem assegura que os investimentos que violarem leis e regulamentos do estado receptor não poderão se beneficiar de seus padrões de proteção.

Uma segunda observação preliminar feita por JOUBIN-BRET (2008, p. 18) se refere à questão da identificação das leis e regulamentos a que se referem os tratados internacionais, no que tange à admissão de investimentos internacionais. A maioria dos países já produziu legislação específica sobre investimentos internacionais: códigos de investimento, leis de investimento, leis de controle de câmbio, procedimentos especiais tais como autorizações, licenças, registros. O processo pode variar desde mecanismos simples e fáceis, inspirados por uma perspectiva de liberalização das atividades econômicas, até processos de *"screening"*, repletos de burocracias específicas e procedimentos de autorização junto a autoridades competentes. Alem da legislação específica, aplica-se, em geral subsidiariamente, as leis gerais do estado receptor, incluindo leis tributárias, leis trabalhistas, normas ambientais, todo o direito empresarial e concorrencial, além da legislação aplicável à proteção da propriedade intelectual. O investidor estrangeiro submete-se, portanto, a todo o ordenamento jurídico interno, nos mesmos termos de um agente econômico nacional.

Mas, ao contrario do investidor nacional, o investidor estrangeiro conta com padrões de proteção diferenciados por força de sua condição de estrangeiro, amparado que é pelos BITs. Aliás, é justamente para não deixar investidores estrangeiros vulneráveis exclusivamente à legislação interna de estados receptores que foram celebrados, como vimos, acordos internacionais sobre investimentos.

A cláusula de admissão pode criar obrigações para o estado receptor. Da

mesma forma, pode limitar o direito do investidor de recorrer aos mecanismos de solução de controvérsias previstos no tratado, caso o investidor não estabeleça seu investimento nos termos das leis e regulamentos do estado receptor. Onde quer que se encontre a expressão "nos termos das leis e regulamentos...", devemos entender que investimentos que violem essas leis não estão cobertos pelo tratado.

A discussão sobre a admissão condicionada às leis e aos regulamentos do estado receptor consiste em uma questão preliminar, em que se verifica se o investimento foi, de fato, admitido nos termos do direito interno do estado receptor, uma das condições de legitimidade para que o tribunal arbitral possa se manifestar sobre o mérito da controvérsia, nos termos do Art. 25 da Convenção de Washington. Evidentemente, o problema prático reside em saber em que medida o investidor cumpriu as leis e regulamentos do estado receptor, e em quem medida o não-cumprimento de determinada norma interna constitui uma violação que torna inaplicável o tratado que o ampara. Existem poucas decisões sobre o tema da admissão de investimentos. Veremos aqui algumas dessas decisões, proferidas por tribunais arbitrais constituídos no âmbito da Convenção de Washington.

O primeiro caso de que trataremos é o já citado *Salini contra Marrocos*. Este caso, opondo investidores italianos e o Reino do Marrocos, se baseava no BIT celebrado entre Itália e Marrocos em 1990, que define 'investimento' nos seguintes termos:

> *"La terme "investissement" désigne toutes les catégories de biens investis après l'entrée en vigueur du présent Accord par une personne physique ou morale, y compris le Gouvernement d'une Partie Contractante, dans le territoire de l'autre Partie Contractante, conformément aux lois et règlements de ladite Partie (...)"*

Alegou o estado reclamado que a competência do tribunal arbitral dependeria da existência de um investimento. Nos termos alegados pelo Marrocos, o Art. 1 (1) supracitado, ao fazer menção ao direito interno de cada parte contratante, condicionava a existência do investimento à definição de investimento contida nas leis e regulamentos do Reino do Marrocos. Nesse sentido, prossegue a alegação do reclamado, o contrato específico a que se referia a controvérsia não seria considerado um contrato de investimento pelas leis marroquinas.

O tribunal rejeitou a argumentação do reclamado nos seguintes termos:

> *46. "The Tribunal cannot follow the Kingdom of Morocco in its view that paragraph 1 of the Art. 1 refers to the law of the host State for the definition of 'investment'. In focusing on 'the categories of invested assets* (…) *in accordance with the laws and regulations of the aforementioned party", this provisions refers to the validity of the investment and not to its definition. More specifically, it seeks to prevent the Bilateral Treaty from protecting investments that should not be protected, particularly because they would be illegal".*

Assim, a legislação doméstica de cada uma das partes contratantes serve como parâmetro de validade, e não como parâmetro de existência de um investimento internacional. O parâmetro de existência é dado pela cláusula de definições contida no tratado internacional. No caso em debate, sobre a transação que o reclamado alegava não constituir um investimento, não pairava qualquer suspeita de ilegalidade. Assim, qualquer que fosse a natureza da controvertida operação nos termos do direito interno, encontrava-se ela amparada por um tratado internacional que lhe reconhecia a condição de investimento internacional. A engenharia da cláusula de definições busca evitar que tratados internacionais protejam investimentos ilegais, sendo o critério de legalidade fornecido pelo direito interno de cada parte.

Igualmente já mencionado, o caso *Tokios Tokeles contra Ucrânia* se refere à aplicação do BIT celebrado entre Ucrânia e Lituânia em 1994. Tal qual o tratado celebrado entre Itália e Marrocos que acabamos de discutir, o acordo entre Ucrânia e Lituânia define investimento, em seu Art. 1 (1), como 'qualquer tipo de bem investido por um investidor de uma parte contratante no território da outra parte contratante, nos termos das leis e regulamentos dessa última' (tradução livre).

Alegou o estado reclamado que o nome de registro da subsidiária ucraniana constituída pelo investidor lituano não corresponderia a nenhuma forma jurídica prevista em seu direito interno. Alegou ademais haver identificado erros nos documentos apresentados pelo investidor, inclusive a ausência de determinadas assinaturas e autenticações. O tribunal arbitral se orientou pelo mesmo princípio da decisão do caso *Salini contra Marrocos*, segundo a qual a cláusula de definições tem como função evitar que os BITs protejam investimentos que sejam considerados ilegais nos termos do direito interno de cada estado receptor.

Assim, tendo em vista a função da cláusula de definição e notando que as autoridades ucranianas haviam feito o registro da subsidiária constituída pelo investidor, não obstante os erros e lacunas que passava a alegar, o tribunal concluiu pela legalidade do

investimento, nos seguintes termos:

> *86.* (…) *The Respondent now alleges that some of the documents underlying these registered investments contain defects of various types, some of which relate to matters of Ukrainian law. Even if we were able to confirm the Respondent's allegations, which would require a searching examination of minute details of administrative procedures in Ukrainian law, to exclude an investment on the basis of such minor errors would be inconsistent with the object and purpose of the Treaty. In our view, the Respondent's registration of each of the Claimant's investments indicates that the "investment" in question was made in accordance with the laws and regulations of Ukraine.*

Essa tendência seria confirmada pela decisão referente ao caso *Bayindir contra Paquistão*, no que se refere à aplicação do BIT celebrado entre Turquia e Paquistão em 1995. O Art. I (2) do tratado definia investimento no mesmo padrão verificado em *Salini contra Marrocos* e *Tokios Tokeles contra Ucrânia*. Seguindo a tendência, o tribunal arbitral para *Bayindir contra Paquistão* decidiu nos seguintes termos:

> *"110. Since Pakistan does not contend that Bayindir's purported investment actually violates Pakistani laws and regulations, the Tribunal considers that the reference to the "hosting Party's laws and regulations" in Article I(2) of the Treaty could not in any case oust the Tribunal's jurisdiction in the present case".*

Vimos até aqui o problema da expressão "nos termos das leis e regulamentos do estado receptor" quando presente na cláusula de definições. Passamos agora a analisar o impacto dessa expressão quando incluída na cláusula de admissão. Nessa questão, é importante o caso *Aguas del Tunari contra Bolívia*, de que falamos anteriormente sob outro aspecto. O caso se refere à aplicação da cláusula de admissão do BIT celebrado entre Bolívia e Holanda em 1992. Esse tratado é particularmente importante, como vimos, por amparar investimentos de empresas brasileiras na Bolívia, entre as quais se destaca a própria Petrobras, cuja subsidiária holandesa realizara os investimentos que foram expropriados pelo governo boliviano em 2006. Diz o Art. 2 do BIT:

> *Either Contracting Party shall, within the framework of its law and regulations, promote economic cooperation through the protection in its territory of investments of nationals of the other Contracting Party. Subject to its right to exercise powers conferred by its laws or regulations, each Contracting Party shall admit such investments.*

Argumentou o estado reclamado que a menção ao direito interno de cada parte

contratante nesse artigo afastaria a competência do ICSID, sendo exclusiva a competência dos tribunais bolivianos. Nota-se que a linguagem da cláusula de admissão é um pouco diferente do padrão ao qual estamos acostumados. Em sua primeira sentença, afirma cada parte contratante deverá promover a cooperação econômica por meio da proteção dos investimentos *"within the framework of its laws and regulations"*, naquilo que se assemelha à cláusula de encorajamento comum aos BITs que seguem o modelo de controle de investimento. Sobre o sentido dessa primeira sentença, o tribunal arbitral se pronunciou nos seguintes termos:

> *145.* (…) *the first sentence states that both Bolivia and the Netherlands "shall ... promote" economic cooperation by protecting in its territory the investments of nationals of the other contracting State. This sentence thus contains the obligation to "promote economic cooperation" as a fundamental goal of the BIT through the protection of investments. The BIT in its other provisions provides a forum and applicable substantive law for claims that an investment was not so protected. Article 2, in this sense, importantly requires that the host State take efforts to protect investments in its territory before such a dispute arises.*

Diante disso, o tribunal interpretou a expressão *"within the framework of its laws and regulations"* nos seguintes termos:

> *146.* (…) *The BIT not only provides a remedy for breaches, but also attempts to facilitate the creation of a climate in which economic cooperation can flourish. Thus, the Tribunal reads the reference to "the framework of its laws and regulations" as a reference limited to the details of how each contracting party undertakes in its national laws and regulations to promote economic cooperation through the protection of investments.*

A segunda sentença afirma que os investimentos serão admitidos por cada parte contratante *"subject to its right to exercise powers conferred by its laws or regulations"*, subvertendo-se a engenharia tradicional das cláusulas de admissão. Como nota JOUBIN-BRET (2008, p. 22-3), nessa cláusula, o direito de admissão não está submetido ao cumprimento das leis e regulamentos do estado receptor, mas ao direito do estado de exercer poderes que lhe sejam conferidos por tais leis e regulamentos, ou seja, ao seu *direito de admitir investimentos*.

O tribunal, todavia, interpretou a cláusula no seguinte sentido:

> *147.* (…) *The obligation to admit is "subject to" the decision of Bolivia ("its right") to "exercise powers conferred by its laws or regulations." The Tribunal concludes that the inclusion of the term "subject to" indicates that the duty to*

> *admit investments is limited by "the right to exercise powers conferred by its laws or regulations." The Tribunal notes that the reference specifically subjects the State's duty to admit investments not to the laws and regulations of Bolivia, but rather to the "right to exercise powers" conferred by such laws or regulations. The Tribunal finds this language significant as it implies an act at the time of admittance in accordance with the laws or regulations in force at that time.*

Seria uma interpretação demasiado restritiva do tratado e de sua cláusula de admissão? Considere-se ainda que a redação da cláusula obedece ao padrão holandês, estando presente nos mesmos termos na maioria dos BITs celebrados pela Holanda. Não se trata de uma artimanha desenvolvida pela Bolívia para se livrar de determinadas obrigações em face dos investidores estrangeiros, mas de um mecanismo desenvolvido por um país exportador de capital, cujo interesse, presume-se, seja o de proteger ao máximo os seus investidores no estrangeiro.

Para resolver a questão, o tribunal analisa o impacto da cláusula controvertida no que se refere à Convenção de Washington e à alegação boliviana de que a competência para julgar a matéria seria exclusiva de sua justiça nacional.

> *153.* (…) *The scope of the two references in Article 2 must be understood in terms of their context and purpose. In this regard, it need be recalled that a primary objective of the BIT, measured both in terms of the motivation for its conclusion and in terms of its substantive provisions, is agreement upon ICSID as an independent and neutral forum for the resolution of investment disputes in accordance with a substantive applicable law specified in the BIT. In this light, the Tribunal concludes that the State Parties cannot have intended the references to national law in Article 2 to be so encompassing as to defeat the object and purpose of the Treaty. Respondent's interpretation would permit a host State to take its affirmative responsibility to "promote economic cooperation through the protection in its territory of investments of nationals of the other Contracting Party" and transform it into an opportunity to introduce exclusive local jurisdiction for investment disputes.*

Assim, o tribunal fundamenta sua decisão restrita no sentido de favorecer os princípios gerais em que se fundamentam os BITs e a própria idéia de celebração de acordos de proteção e promoção dos investimentos. Em verdade, qual seria a utilidade de um acordo internacional de promoção e proteção dos investimentos se as controvérsias só pudessem ser julgadas pelos tribunais do estado receptor?

Considerando que, no entender do tribunal, a abrangência da expressão "nos termos das leis e regulamentos do estado receptor" se limita aos pormenores legislativos que cada estado implementa para atingir o objetivo de promoção da cooperação econômico

por meio da proteção dos investimentos, então podemos retomar o raciocínio teleológico do caso *Salini contra Marrocos*, adaptando-o no sentido de entender que a função da cláusula de admissão é evitar que os BITs amparem investimentos ilegais, constituídos em descumprimento das normas do estado receptor.

O caso *Inceysa contra El Salvador* foi o primeiro em que o tribunal arbitral constituído nos termos da Convenção de Washington se declarou incompetente por conta de uma violação da cláusula de admissão condicionada pela expressão "nos termos das leis e regulamentos do estado receptor". Aplicando o BIT celebrado entre Espanha e El Salvador em 1995, o tribunal se deparou com uma cláusula de admissão de feição clássica (Art. 2 (1)):

> *"Cada Parte Contratante promoverá la realización de inversiones en su territorio por inversores de la otra Parte Contratante y admitirá estas inversiones conforme a sus disposiciones legales".*

O investidor reclamante acionou o tribunal arbitral com base, entre outras coisas, na terminação unilateral do contrato por parte do estado reclamado. Argumentou o estado reclamado que o reclamante apresentara falsas informações quanto às sua situação financeira, experiência e capacidade administrativa, e identidade e experiência de um parceiro estratégico que apoiava sua proposta em uma licitação para o estabelecimento de instalações para inspeção de veículos motorizados.

A objeção do reclamado, na opinião do tribunal, referir-se-ia à assim chamada "competência *ratione voluntatis*". El Salvador concordara com a jurisdição do Centro tendo em vista a condição de que os investidores agissem de acordo com suas leis e regulamentos.

> *195. Without any doubt (...) the Will of the parties to the BIT was to exclude from the scope of application and protection of the Agreement disputes originating from investments which were not made in accordance with laws of the Host State.*

O problema é que o tratado internacional celebrado entre El Salvador e Espanha não identificava quais leis e regulamentos deveriam ser obedecidos pelo investidor. Por isso, a interpretação do tribunal partiu de regras e princípios gerais de direito internacional, conforme remetidas pelo BIT. Em sentido contrário ao raciocínio

utilizado em *Salini contra Marrocos*, o tribunal não se preocupou em verificar as leis domésticas salvadorenhas.

Para sustentar sua decisão, o tribunal escorou-se no princípio da boa-fé, na ordem pública internacional, na proibição do enriquecimento ilícito e na regra tradicional do *ex dolo malo non oritur actio* (de uma fraude não pode surgir uma ação). As fraudes cometidas pela empresa investidora espanhola tornavam ilegal o seu investimento e, por conta disso, desamparado em face da autoridade da República de El Salvador.

> *257. In conclusion, the Tribunal considers that, because Inceysa's investment was made in a manner that was clearly illegal, it is not included within the scope of consent expressed by Spain and the Republic of El Salvador in the BIT and, consequently, the disputes arising from it are not subject to the jurisdiction of the Centre. Therefore, this Arbitral Tribunal declares itself incompetent to hear the dispute brought before it.*

No caso *Fraport contra Filipinas*, o tribunal tratou da aplicação do BIT celebrado entre Alemanha e Filipinas em 1997. O tratado define 'investimento' em seu Art. 1 (1) como bens constituídos "nos termos das leis e regulamentos respectivos de cada parte contratante". Além disso, a cláusula de admissão, Art. 2 (1) do tratado, se apresenta em feição clássica:

> *"Each Contracting State shall promote as far as possible investments in its territory by investors of the other Contracting State and admit such investments in accordance with its Constitution, laws and regulations as referred to in Article 1 paragraph 1. Such investments shall be accorded fair and equitable treatment."*

A legislação filipina contém restrições quanto ao controle acionário estrangeiro para empresas que prestam serviços públicos. O tribunal constatou que a investidora alemã buscou fraudar essas restrições por meio de acordos de acionistas secretos. Essa fraude exclui a investidora alemã da proteção oferecida pelo BIT. O tribunal ressaltou os efeitos dessa fraude no plano internacional, especialmente na aplicação do BIT.

> *394. The Tribunal cannot agree, as a matter of law, with the Claimant's contention that "*[e]*ven if there could be said to be an issue as to whether the Philippine laws were complied with* [...]*, it could be of only municipal, not international legal significance". This interpretation, if accepted, would deprive a significant part of the ordinary words of a treaty of any meaning and effect. The BIT is, to be sure, an international instrument, but its Articles 1 and 2 and Article 2 of the Protocol effect a* renvoi *to national law, a mechanism which is*

> *hardly unusual in treaties and, indeed, occurs in the Washington Convention. A failure to comply with the national law to which a treaty refers will have an international legal effect.*

Assim, o tribunal arbitral constituído no âmbito da Convenção de Washington julgou-se incompetente, nos seguintes termos:

> *401. Fraport knowingly and intentionally circumvented the ADL* [legislação doméstica] *by means of secret shareholder agreements. As a consequence, it cannot claim to have made an investment "in accordance with law". Nor can it claim that high officials of the Respondent subsequently waived the legal requirements and validated Fraport's investment, for the Respondent's officials could not have known of the violation. Because there is no "investment in accordance with law", the Tribunal lacks jurisdiction "*ratione materiae".

No caso *Ioannis Kardassopoulos contra Geórgia*, discute-se a aplicação do BIT celebrado entre a Grécia e a Geórgia em 1994. O Art. 12 do tratado se expressava nos seguintes termos:

> *"This Agreement shall also apply to investments made prior to its entry into force by investors of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, consistent with the latter's legislation."*

A controvérsia se referia a investimentos feitos antes da celebração do acordo, por meio de uma *joint-venture* entre uma empresa de que era acionista o sr. Kardassopoulos e a empresa petrolífera estatal georgiana. Argumentava o estado que os dispositivos do tratado não seriam aplicáveis retroativamente porque a empresa estatal georgiana teria desrespeitado o direito interno da Geórgia. Assim decidiu o tribunal:

> *182. "Protection of investments" under a BIT is obviously not without some limits. It does not extend, for instance, to an investor making an investment in breach of the local laws of the host State. A State thus retains a degree of control over foreign investments by denying BIT protection to those investments that do not comply with its laws. As noted by one scholar, "no State has taken its fervour for foreign investment to the extent of removing any controls on the flow of foreign investment into the host State"* [SORNARAJAH, 2004, p. 106]. *This control, however, relates to the investor's actions in making the investment. It does not allow a State to preclude an investor from seeking protection under the BIT on the ground that its own actions are illegal under its own laws. In other words, a host State cannot avoid jurisdiction under the BIT by invoking its own failure to comply with its domestic law.*

O tribunal arbitral reafirmou, pois, a regra de que os BITs não se prestam a dar

proteção para investimentos que sejam constituídos em violação do direito interno do estado receptor, mas deixou claro que, para que a proteção deixe de ser aplicada, é preciso que as regras de direito interno sejam violadas pelo investidor estrangeiro e não pelas autoridades governamentais ou por agentes econômicos submetidos à autoridade estatal. Preserva-se assim a boa-fé do investidor estrangeiro diante do comportamento dos agentes e autoridades nacionais.

4.3.2. *Padrões de não-discriminação*

Do ponto de vista de um contencioso internacional, a concessão de padrões de tratamento não-discriminatório à fase anterior ao pré-estabelecimento esvazia a possibilidade de controvérsias sobre a admissão do investidor ou do investimento. *Ab initio*, todos os investidores de cada uma das partes contratantes estão admitidos, mesmo aqueles que não tenham interesse imediato em investir no território.

Assim, a jurisprudência internacional sobre admissão de investimentos internacionais que examinamos anteriormente se torna inócua, sendo aplicável diretamente a jurisprudência referente aos padrões de tratamento nacional e de nação mais favorecida. Se um estado vinculado por uma combinação normativa como essa vier a recusar ou impedir o investimento de investidor estrangeiro com base em qualquer tipo de medida que não esteja prevista entre as exceções do acordo de que é parte, estará desrespeitando um tratado internacional e incorrendo, portanto, em responsabilidade internacional por ato internacionalmente ilícito, desrespeitando o princípio basilar do *pacta sunt servanda*.

Por conta disso, as arbitragens no âmbito do NAFTA envolvendo os padrões de tratamento para investidores estrangeiros se orientam a partir de precedentes comerciais envolvendo o padrão de tratamento nacional ou padrão da cláusula da nação mais favorecida. O material produzido pelos tribunais arbitrais do NAFTA constitui a principal fonte de jurisprudência em matéria de tratamento nacional. A maioria das controvérsias, como observa Todd WEILER (2005, p. 559) se referem ao conflito entre o direito de regulação que o estado preserva e o problema da expropriação indireta.

O texto dos Art. 1102 e 1103 do NAFTA é praticamente idêntico. Esse tipo de padronização serve para tornar mais evidente a associação entre o tratamento nacional e o tratamento da nação mais favorecida. Ao aplicar os dois artigos, um tribunal internacional

deverá se concentrar na comparação, entre investidores ou investimentos NAFTA e investidores ou investimentos nacionais no caso do Art. 1102, e entre investidores ou investimentos NAFTA e investidores ou investimentos não-NAFTA no caso do Art. 1103. A partir da comparação será possível ao árbitro testar se uma medida tomada por alguma das partes contratantes permite a algum competidor um tratamento mais favorável que o do investidor reclamante (WEILER, 2005, p. 561).

Os mecanismos de solução de controvérsia do NAFTA desenvolveram um teste comparativo em material de não discriminação para decidir o caso *Pope & Talbot contra Canadá*, que foi aproveitado com sucesso em controvérsias posteriores. Aplicado a uma controvérsia relativa ao tratamento nacional conferido pelo governo canadense a uma empresa americana no setor madeireiro, o raciocínio empregado pelo tribunal arbitral consistiu em uma análise do Art. 1102, aplicável também ao Art. 1103. A análise é composta por três elementos básicos: (i) identificação de sujeitos relevantes para a comparação; (ii) análise do tratamento relativo que cada sujeito recebe por parte da parte reclamada; (iii) análise de circunstâncias que possam justificar qualquer alteração no padrão de tratamento (WEILER, 2005, p. 567).

O primeiro item se refere à identificação de outros agentes econômicas que se encontrem na mesma situação do reclamante, ou seja, investidores domésticos que operem no mesmo setor econômico:

> *78. In evaluating the implications of the legal context, the Tribunal believes that, as a first step, the treatment accorded a foreign owned investment protected by Art. 1102 (2) should be compared with that accorded domestic investments in the same business or economic sector. However, that first step is not the last one. Differences in treatment will presumptively violate Art. 1102 (2), unless they have a reasonable nexus to rational government policies that (i) do not distinguish, on their face or de facto, between foreign-owned and domestic companies and (ii) do not otherwise unduly undermine the investment liberalizing objectives of NAFTA.*

Se não houver com quem comparar o reclamante, fica claro que não se trata de uma discriminação fundada nos Art. 1102 e 1103. Se houver, uma vez encontrados os sujeitos com quem comparar o reclamante, o tribunal arbitral deve verificar se o efeito do tratamento que a parte reclamada dá a cada um dos sujeitos é discriminatório. Isso porque um efeito discriminatório ainda que não exista uma intenção de discriminar por parte da autoridade que aplica a medida de tratamento.

Esse elemento foi mais bem detalhado em *S.D. Myers contra Canadá*, nos seguintes termos:

> *(252) The Tribunal takes the view that, in assessing whether a measure is contrary to a national treatment norm, the following factors should be taken into account: (i) whether the practical effect of the measure is to create a disproportionate benefit for nationals over non nationals; (ii) whether the measure, on its face, appears to favour its nationals over non-nationals who are protected by the relevant treaty. (253). Each of these factors must be explored in the context of all the facts to determine whether there actually has been a denial of national treatment. (254). Intent is important, but protectionist intent is not necessarily decisive on its own. The existence of an intent to favour nationals over non-nationals would not give rise to a breach of Chapter 1102 of the NAFTA if the measure in question were to produced no adverse effect on the non-national complainant. The word "treatment" suggests that practical impact is required to produce a breach of Article 1102, not merely a motive or intent that is in violation of Chapter 11.*

Por fim, tendo sido identificado o termo de comparação e constatada a discriminação entre sujeitos que, em tese, fariam jus ao mesmo tratamento, o governo reclamado tem a oportunidade de explicar em que medida esse tratamento diferenciado se justificaria. Um tratamento diferenciado justificável teria por base um motivo razoável. Como observa WEILER (2005, p. 574), onde houver uma obrigação de não-discriminação, haverá uma regra lógica para dar guarida a situações em que um tratamento diferenciado seja justificável. No âmbito da OMC, essas regras lógicas são ditadas por interesses não-comerciais relacionados a metas de desenvolvimento nacional e se referem, por exemplo, às medidas sanitárias e fitossanitárias ou às chamadas barreiras técnicas ao comércio. A preservação do meio ambiente é justificativa considerável quando nos deparamos com um tratamento diferenciado justificável.

A cláusula do tratamento nacional referente à admissão de investimentos ainda não foi objeto de uma solução arbitral. Isso é ruim para o pesquisador interessado em analisar as sutis nuances da liberalização e o eterno embate entre regras e exceções, mas, como observa POLLAN, reflete a constatação de que o efeito liberalizante das medidas de admissão foram aceitas pelas partes contratantes sem grandes resistências (2006, p. 182).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vimos não ser possível afirmar que o direito internacional consuetudinário obrigue a admissão de estrangeiros. Seja na qualidade de investidores, seja sob qualquer outra perspectiva, a admissão dos estrangeiros estará condicionada à discricionariedade dos estados, com base no aspecto interno de sua soberania. Especificamente para os investidores estrangeiros, esse aspecto interno se funda no conceito de 'soberania econômica', de conteúdo discutível, mas de indubitável impacto político ao longo de todo o século XX. Dessa forma, direitos de admissão conferidos a investidores estrangeiros só podem derivar de compromissos formalmente assumidos pelos estados, com base no aspecto externo de sua soberania, principalmente na forma de tratados internacionais.

Vimos ainda a sutil diferença entre "direito de admissão" e "direito de estabelecimento" no contexto das liberdades que podem ser conferidas aos investidores. O direito de admissão se refere genericamente à presença do investidor estrangeiro. O direito de estabelecimento se refere a uma modalidade da presença desse investidor, que consiste no direito de "acesso a atividades não-assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas", como nos informa o Art. 56 da mais recente versão consolidada do Tratado de Roma. Em sentido similar, o NAFTA relaciona o direito de estabelecimento à aquisição, expansão, administração, condução e operação dos investimentos.

Vimos também que os estados receptores de investimento podem impor condições para a admissão e estabelecimento de investidores, tais como restrições setoriais ou requisitos de desempenho, obrigando os investidores a conduzir suas operações com base em restrições quantitativas, além de livremente obrigar os investidores a adotar uma determinada forma societária, normalmente joint-ventures com investidores nacionais. Há países em desenvolvimento que optam por liberalizar unilateralmente suas regras de admissão e estabelecimento para investidores estrangeiros, mas mesmo esses preservam direitos em face de situações de ameaças à saúde pública, ao meio ambiente, à ordem pública e à segurança nacional.

Diante disso, alguns estados passaram a celebrar acordos internacionais de investimento voltados para a regulamentação das relações econômicas recíprocas.

Inicialmente celebrados bilateralmente entre países desenvolvidos exportadores de capital e países em desenvolvimento importadores de capital, a tendência se generalizou a ponto de tais tratados serem contados aos milhares nos dias de hoje. Também alguns acordos regionais de cooperação e de integração econômica passaram a conter dispositivos sobre a admissão de investidores estrangeiros. Esses documentos internacionais são complementados pela legislação doméstica, e têm sobre esta precedência em caso de conflito. A UNCTAD organizou uma tipologia destinada a catalogar as cláusulas de admissão utilizadas em tratados internacionais sobre investimentos. Os técnicos da UNCTAD isolaram cinco modelos de cláusula, que podem ser utilizadas isoladamente ou em formulações híbridas que atendam a demandas específicas das partes contratantes.

O primeiro modelo, por nós denominado *modelo de controle de investimentos*, preserva a soberania estatal, submetendo a admissão e o estabelecimento de investidores às leis e regulamentos domésticos do estado receptor. Consiste, normalmente, em dois comandos normativos: uma compromisso político de 'encorajamento' e uma obrigação de admitir condicionada ao cumprimento da legislação doméstica do investidor. Tal modelo é amplamente utilizado em BITs e aparece também em alguns acordos regionais de cooperação e integração econômica, geralmente como etapa preliminar para o posterior estabelecimento de um programa de liberalização dos investimentos. Não há qualquer direito prévio de estabelecimento. Após a admissão, os acordos podem conferir diversos padrões de tratamento, conforme conveniente para as partes.

O segundo modelo, por nós denominado *modelo de liberalização por lista positiva*, também preserva a soberania estatal, liberalizando seletivamente apenas os setores da economia nacional que sejam incluídos pelas partes em um documento anexo, a denominada 'lista positiva'. Este é o modelo utilizado pelo GATS, que regula, entre outras modalidades de prestação de serviços, aqueles dependem da 'presença comercial' do investidor estrangeiro. Os membros da OMC podem incluir setores de sua economia nacional na lista positiva anexa ao GATS, concedendo "acesso aos mercados" para os investidores das demais partes contratantes. Esse acesso ao mercado pressupõe um direito de admissão e estabelecimento fundado no padrão de tratamento nacional.

O terceiro modelo, por nós denominado *modelo de industrialização regional integrada*, é o único que não se baseia em uma perspectiva de progressiva de liberalização fundada no neoliberalismo econômico. Foi concebido a partir do pensamento econômico

estruturalista como estratégia de desenvolvimento industrial e aplicado pela Comunidade Andina de Nações. Previa a criação de grupos industriais regionais em setores determinados escolhidos pelos estados membros ao mesmo tempo em que empunha duras medidas de admissão para investimentos de países não-membros. Aos grupos industriais regionais eram conferidos direitos prévios de admissão e estabelecimento em todos os estados membros da Comunidade Andina. Simultaneamente, os governos eram responsáveis pela adoção de política industriais conjuntas. O modelo se baseava no fomento à industrialização como estratégia de desenvolvimento, estratégia superada pela revolução do setor de serviços. Adotado em alguns lugares da África e da Ásia, encontra-se hoje amplamente superado.

O quarto modelo, por nós denominado *modelo de tratamento nacional recíproco*, é um modelo de liberalização regional fechada. Esse modelo foi desenvolvido no âmbito da integração européia e consiste na concessão de um direito de estabelecimento prévio a todos os investidores dos estados membros, havendo raríssimas exceções a essas garantias. A consolidação desses direitos gerou um mercado interno único para os investidores de membros da UE. No que se refere a investidores de países não-membros, os estados preservam suas competências consuetudinárias de controle da admissão de investimentos, mas um vez admitido e estabelecido o investidor estrangeiro por qualquer dos membros da UE, este passa a estar previamente admitido em todos os demais estados membros, tendo em vista o critério de residência européia. O modelo foi adotado em outros arranjos de integração econômica, sem o mesmo sucesso.

Finalmente, o quinto modelo, por nós denominado *modelo de liberalização por lista negativa*, se apresenta como uma proposta de regionalismo aberto e combina o padrão de tratamento nacional e o padrão de tratamento nos termos da cláusula da nação mais favorecida. Nos termos desse modelo, inspirado no GATT e aplicado principalmente pelos membros do NAFTA entre si e em suas relações bilaterais, os estados deixam de aplicar quaisquer restrições ao ingresso de investidores estrangeiros, exceto para setores enumerados em um documento anexo, conhecido como lista negativa. É o modelo mais liberal de todos e, justamente por fazer uso da cláusula da nação mais favorecida, estimula outros países a celebrar acordos em termos semelhantes com o objetivo de se beneficiar de um melhor padrão de tratamento para seus investidores internacionais.

A racionalidade por trás da outorga de direitos de admissão e estabelecimento a

investidores internacionais é permitir – no bojo de uma perspectiva neoliberal – a alocação mais eficiente dos recursos produtivos entre os estados por meio da interação mais livre possível entre as forças de mercado. A subtração de barreiras aos investimentos internacionais constituídas por critérios políticos ambiciona acabar com a discriminação entre investidores domésticos e investidores estrangeiros. *Ultima ratio*, a outorga cada vez mais ampla de tais direitos visa à formação de um mercado livre mundial.

A admissão de investimentos internacionais tem impacto significativo na economia nacional e também na economia regional. Na medida em que o processo de globalização pressiona os estados a manter uma política de abertura para os investidores estrangeiros (a chamada *"open door policy"*), resultando em uma tendência geral de liberalização das condições de admissão e estabelecimento, essas medidas tendem a ampliar seu grau de liberalização, refletindo a concorrência entre estados receptores de investimento pelo escasso investimento internacional.

Em primeiro lugar, é importante observar que a soberania econômica dos estados se impôs historicamente como regra, substituindo a noção anterior de que os estados teriam alguns deveres de respeito para com investidores estrangeiros. Essa noção ampliada de soberania, no entanto, foi gradualmente reinterpretada. Assim, se os primeiros acordos específicos sobre investimentos buscavam atenuar os efeitos da soberania econômica de cada estado na ordem econômica global, gerações posteriores de instrumentos internacionais se pautaram pela exigência de certa renúncia ao exercício de direitos soberanos.

O dever de admitir investidores, ou a liberdade de investimento de que gozam os investidores estrangeiros, sob a égide de determinados acordos internacionais, é uma renúncia ao direito soberano de excluir arbitrariamente o estrangeiro. Trata-se de mais uma etapa no processo de despolitização do direito internacional, carro-chefe do liberalismo político e econômico. A tendência de ampliação da esfera de direitos dos investidores incomoda alguns estados, na medida em que o acesso a jurisdições internacionais é direto, sem necessidade de qualquer mecanismo de proteção diplomática por parte do estado de origem do investidor. Assim, os direitos dos investidores se encontram mais protegidos, relativamente, de que os direitos humanos ou os direitos dos empresários que apenas comerciam com outros estados. Estados que cometem arbitrariedades contra investidores estrangeiros, por quaisquer motivos, precisam de uma atualização institucional para lidar

com os novos modelos de regulamentação. A outra opção é perder competitividade na disputa pela atração de investidores.

Nesse sentido, o tradicional modelo de controle de entrada de investidores, vem sendo gradualmente ameaçado pelo modelo de liberalização por lista negativa. Quanto mais se populariza, seja na forma de tratados de livre comércio, seja na forma de acordos de investimento, seja na forma de acordos de integração regional, mais o direito dos investimentos caminhará para uma uniformização de suas regras em uma perspectiva mais favorável aos investidores. Tratados que não adotam a cláusula de nação mais favorecida juntamente com a cláusula de tratamento nacional se tornaram obsoletos diante do modelo NAFTA. Alguns países europeus, como a Itália, já atualizaram seus modelos de acordo de investimento com o objetivo de incorporar as novidades. Processos de integração harmonizados e dinâmicos, como o da ASEAN, já adotam mecanismos similares e prenunciam verdadeiros mercados comuns de investimento.

Assim, o modelo "NAFTA" surge como uma solução para o problema da fragmentação das regras de admissão de investidores, impondo padrões gerais de admissão e estabelecimento que precisam ser copiados por outros estados para que estes não percam competitividade em face do processo de globalização. As regras lógicas de competição econômica e as demandas pelo progresso nos países em desenvolvimento induzem os países a tomar medidas em um determinado sentido, e o sentido determinado é aquele proposto pelo NAFTA com base no neoliberalismo econômico.

O Brasil é um país grande o suficiente e estável o bastante para atrair investidores sem a necessidade de tranqüilizá-los com a celebração de acordos de investimento. Ao longo das últimas duas décadas, o capital estrangeiro promoveu grandes transformações econômicas no país, especialmente quando aliado a uma gestão eficiente. Em cenários cada vez mais competitivos o Brasil pode enfrentar problemas por não negociar com seus principais parceiros. A América Latina vai aderindo, gradualmente, ao modelo NAFTA, não obstante o sucesso retórico do "Fora ALCA". Isolado na companhia de Bolívia, Equador e Venezuela, o Brasil pode ver suas aspirações de relevância mundial sobrestadas por sua absoluta incapacidade de se atualizar em face das novas tendências econômicas internacionais.

24 de dezembro de 2009.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2008. 17ª edição.

ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de direito internacional público*, 3 vols. São Paulo: Quartier Latin, 2009. 3ª edição, histórica.

AMARAL JUNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton. *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

AMARAL JUNIOR, Alberto do. *A OMC e o comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2002.

AMARAL JUNIOR, Alberto do. *Introdução ao direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2008

ASANTE, Samuel. "Droit international et investissements", In: BEDJAOUI, Muhammad (ed.). Droit international: bilan et perspectives. Paris: UNESCO, 1991, pp. 711-737.

ASANTE, Samuel. "International law and foreign investment". 37 International and Comparative Law Quarterly 588 (1988).

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Os investimentos internacionais no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BARRETO FILHO, Fernando Paulo de Mello. *O tratamento nacional de investimento estrangeiro*. Brasília: FUNAG, 1999.

BÉLANGER, Michel. *Institutions économiques internationales: la mondialisation économique et ses limites*. Paris: Economica, 1997. 6ª edição.

BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James; REISMAN, W. Michael. *Foreign investment disputes: cases, materials and commentary*. Haia: Kluwer, 2005.

BJORKLUND, Andrea. 'National treatment'. In: REINISCH, August (ed.). *Standards of investment protection*. Oxford: Oxford University, 2008.

BROWNLIE, IAN. *Principles of international law*. Nova York: Oxford University Press, 2008. 7ª edição.

CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. *Droit international économique*. Paris:

Dalloz-Sirey, 2005. 2ª edição.

CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*. Tese (Professor titular de direito internacional). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2006.

CASELLA, Paulo Borba. MERCADANTE, Araminta de Azevedo. *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio? A OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998.

CASSESE, Antonio. *International law*. Oxford: Oxford University, 2005. 2ª edição.

CASSIN, René. "La Déclaration Universelle et la mise-en-oeuvre des Droits de l'Homme". 79 RCADI 237 (1951/II).

CELLI JUNIOR, Umberto; SAYEG, Fernanda Manzano (orgs.). *Comércio de serviços, OMC e Desenvolvimento*. São Paulo: IDCID, 2008.

CELLI JUNIOR, Umberto. "Acordos de investimentos e políticas industriais". In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Comércio internacional e tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 633-648.

CELLI JUNIOR, Umberto. "O Impacto dos Acordos de Investimentos sobre os Estados-Membros do Mercosul". 1 Cadernos PROLAM/USP 81 (2005).

CELLI JUNIOR, Umberto. "Os acordos de serviços (GATS) e de investimentos (TRIMS) na OMC: espaço para políticas de desenvolvimento". In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. (Org.). *Comércio internacional e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 37-52.

CELLI JUNIOR, Umberto. "Os Países Emergentes e as Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio: o Acordo TRIMS da OMC". 99 Revista da Faculdade de Direito 505 (2004).

CELLI JUNIOR, Umberto. *Comércio de serviços na OMC: liberalização, condições e desafios*. Curitiba: Juruá, 2009.

COMBACAU, Jean; SUR, Serge. *Droit international public*. Paris: Montchrestien, 2005. 7ª edição.

DAILLIER, Patrick; LA PRADELLE, Géraud de; GHÉRARI, Habib (orgs.). *Droit de l'économie internationale*. Paris: Pedone, 2004.

DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Os impactos dos acordos internacionais sobre investimentos estrangeiros diretos na legislação brasileira*. Dissertação (Mestrado em direito internacional). São Paulo: Faculdade de Direito da USP,

2004.

DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Intituciones de derecho internacional público*. Madrid: Tecnos, 2005. 15ª edição.

DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Las organizaciones internacionales*. Madrid: Tecnos, 2006. 14ª edição.

DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. Nova York: Oxford University Press, 2008.

DUNNING, John H. "The eclectic paradigm of international production and some possible extensions". 19 Journal of International Business Studies 1 (1988/1).

ERMACORA, Felix. "Article 2 (7)", in B. Simma (ed.). *The Charter of the United Nations – a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 139-156.

FONSECA, Karla Closs. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008.

FONTOURA COSTA, José Augusto. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Tese (Livre-docência em direito internacional). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2008.

FRIEDMANN, Wolfgang. "General course on public international law". 127 RCADI 39 (1969/II)

FRIEDMANN, Wolfgang. *The changing structure of international law*. Londres: Stevens, 1964.

GARCÍA-AMADOR, Francisco. "State responsability: some new problems". 94 RCADI 365 (1958/II)

GESS, Karol. "Permanent sovereignty over natural resources". 13 International and Comparative Law Quarterly

GILPIN, Robert. *Global Political Economy: Understanding the International Economic Order*. Princeton: Princeton University Press, 2001.

GÓMEZ-PALACIO, Ignacio; MUCHLINSKI, Peter. "Admission and establishment". In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford: Oxford University, 2008.

GRANILLO-OCAMPO, Raúl. *Direito internacional público da integração*. São Paulo: Elsevier, 2009.

HAAS, Deborah. “Out of others’ shadows: ASEAN moves towards greater regional cooperation in the face of the EC and Nafta”. 9 American University Journal of International Law and Policy 809 (1994).

HEE Moon Jo. *Investimento estrangeiro e o novo papel do direito internacional: com referência especial a experiência da Coréia*. Tese (Doutorado). São Paulo, 1991.

HELOU, Christiane Costa e Silva de Castro. *Proteção, tratamento e garantia dos investimentos internacionais contra riscos políticos: aspectos de direito internacional*. Dissertação (Mestrado em direito internacional). São Paulo: USP, 1997.

HIGGINS, Rosalyn. “The taking of property by the state : recent developments in international law”. 176 RCADI 259 (1982/III).

JACKSON, Robert; SORENSEN, Georg. Introdução às relações internacionais. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

JENNINGS, Robert; WATTS, Arthur (eds.). *Oppenheim's international law, vol. 1: peace*. Oxford: Oxford University Press, 1992. 9ª edição.

JOUBIN-BRET, Anna. ‘Admission and establishment in the context of investment protection’. In: REINISCH, August (ed.). *Standards of investment protection*. Oxford: Oxford University, 2008.

JUILLARD, Patrick. ‘Freedom of establishment, freedom of capital movements and freedom of investment’. 15 ICSID Review – Foreign investment law journal 322 (2000)

JUILLARD, Patrick. “À propos du décès de l’AMI”. Annuaire Française de Droit International, 1998, p. 595-612.

JUILLARD, Patrick. “L’accord sur les measures concernant l’investissement lié au commerce”. In: Societé Française de Droit International (Colloque). La reorganization mondiale des échanges. Paris: Pédone, 1996, p.113 a 130.

JUILLARD, Patrick. “L’évolution des sources du droit des investissements”. 250 RCADI 9 (1994/VI).

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KOSKENNIEMI, Martti. *From apology to utopia*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

KRUGMANM, Paul; OBSTFELD, Maurice. *International economics – theory and policy*. Boston: Pearson, 2008. 8ª edição.

LAFER, Celso. *Comércio e relações internacionais*. São Paulo: Perspectiva, 1977.

LAFER, Celso. *Comércio, desarmamento e direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

LAIRD, Ian. "A community of destiny – the Barcelona Traction case and the development of shareholder rights to bring investment claims". In: WEILER, Todd. *International investment law and arbitration: leading cases from the ICSID, NAFTA, bilateral treaties and customary international law*. Londres: Cameron May, 2005.

LAIRD, Ian. WEILER, Todd. 'Standards of treatment'. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford: Oxford University, 2008.

LAVIEC, Jean-Pierre. *Protection et promotion des investissements: étude de droit international économique*. Paris: PUF, 1985.

LOWENFELD, Andreas. *International economic law*. Oxford: Oxford University Press, 2008. 3ª edição.

MALANCZUK, Peter. *Akehurst's modern introduction to international law*. Londres: Routledge, 2002.

MENDELSON, Maurice. "The Formation of Customary International Law", 272 RCADI 155 (1999/II).

MORAES, Orozimbo José de. *O investimento direito estrangeiro no Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 1998.

MUCHLINSKI, Peter T. *Multinational enterprises and the law*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press. 2007.

MUCHLINSKI, Peter. "The Energy Charter Treaty: towards a new international order for trade and investment or a case of history repeating itself?" in WAELDE, Thomas (Ed.) *The Energy Charter Treaty: an east-west gateway for investment and trade*. Londres: Kluwer, 1996.

MUNDELL, Robert. "International trade and factor mobility". 47 American Economic Review 321 (1957).

NGUYEN Quoc Dinh; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alan. *Direito international público.*

Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Direito ao desenvolvimento e investimento internacional*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

POLLAN, Thomas. *The legal framework for the admission of FDI*. Utrecht: Eleven International, 2006.

QUADROS, Fausto de. *A protecção da propriedade privada pelo direito internacional público*. Coimbra: Almedina, 1998.

QURESHI, Asif (ed.). *Perspectives in international economic law*. Londres: Kluwer Law International, 2002.

REZEK. José Francisco. Direito internacional público: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2009. 12ª edição.

RONCOLATTO, Eduardo Lameirão. *Investimentos brasileiros diretos no exterior: regime jurídico e perspectivas*. Tese (Doutorado). São Paulo: USP, 2008.

RUGMAN, Alan; VERBEKE, Alain. "Location competitiveness and multinational enterprise". In: RUGMAN, Alan; BREWER, Thomas (eds). *The Oxford handbook of international business*. Oxford: Oxford University, 2003.

SACERDOTI, Giorgio. "Bilateral and multilateral instruments on investment protection" 267 RCADI 251 (1997/VII).

SASSEN, Sakia. "The locational and institutional embeddedness of the global economy". In: BERMAN, George; HERDEGEN; Matthias; LINDSETH, Peter (eds.). *Transatlantic regulatory co-operation: legal problems and political prospects*. Oxford: Oxford University, 2000.

SCHLEMMER, Engela. 'Investment, investor, nationality and shareholders'. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford: Oxford University, 2008.

SCHWARZENBERGER, George. "The principles and standards of international economic law". 117 RCADI 1 (1966/I).

SCHWARZENBERGER, George. *Foreign investments and international law*. Londres: Stevens, 1969.

SCHWARZENBERGER, George.. "The province and standards of International economic law". International and Comparative Law Quarterly, 1948.

SCHWEBEL, Stephen. “The story of UN’s Declaration on Permanente Sovereignty over Natural Resources”. 49 American Bar Association Journal 463 (1963)

SEIDL-HOHENVELDERN. “International economic law: general course on public international law”. 198 RCADI 1 (1986/III).

SHAW, Malcolm. *International law*. Cambridge: Cambridge University, 2008. 6ª edição.

SHAWCROSS, Hartley. “The problems of foreign investment in international law”,102 RCADI 335 (1961/I)

SHIHATA, Ibrahim. “Recent trends relating to entry of foreign direct investment”, 9 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 47 (1994)

SHIHATA, Ibrahim. “The multilateral investment guarantee agency and the legal treatment of foreign investment”. 203 RCADI 95 (1987/III).

SILVA, Caio Carlos Cruz Ferreira. *O regime jurídico brasileiro de tratamento e proteção dos investimentos internacionais diretos.* Dissertação (Mestrado em direito internacional). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2007.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional*. São Paulo: Atlas, 2004. 2ª edição.

SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. 2ª edição.

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

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. “As Nações Unidas e a Nova Ordem Econômica Internacional (com atenção especial aos estados latino-americanos). In: TRINDAD, A.A.C., *Direito das organizações internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 4ª edição.

UNCTAD. *International investment agreements: flexibility for development*. Series on issues in international investment agreements. Genebra: Nações Unidas, 2000.

UNCTAD. *World investment report, 1999*. Genebra: Nações Unidas, 1999.

UNCTAD. *World investment report, 2003*. Genebra: Nações Unidas, 2003.

UNCTAD. *World investment report, 2005*. Genebra: Nações Unidas, 2005.

UNCTAD. *World investment report, 2006*. Genebra: Nações Unidas, 2006.

VIEIRA, José Luiz Conrado. *As bases conceituais da integração econômica e do*

investimento internacional no Mercosul: fundamentos para uma revisão. Tese (Doutorado em direito internacional). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 1999.

WAELDE, Thomas. "International Energy Investment". 17 Energy Law Journal 213 (1996).

WEIL, Prosper. 'The state, the foreign investor and international law: the no longer stormy ménage à trois'. 15 ICSID Review – Foreign investment law journal 401 (2000)

WEILER, Todd. 'Saving Oscar Chinn: non-discrimination in international investment law'. In: WEILER, Todd. *International investment law and arbitration: leading cases from the ICSID, NAFTA, bilateral treaties and customary international law*. Londres: Cameron May, 2005.

WESTON, Burns. "The Charter of Economic Rights and Duties of States and the deprivation of foreign-owned wealth". 75 American Journal of International Law 437 (1981).

WILLIAMSON, John. "What Washington means by policy reform" In: WILLIAMSON, John (ed.). *Latin American adjustment: how much has happened?* Washington: Institute for International Economics, 1989.

ZERBINI, Eugenia. *O regime internacional dos investimentos: sistemas regional, multilateral, setorial e bilateral (balanço da década de 1990, seguido do estudo de dois casos: o Mercosul e o projeto ALCA)*. Tese (Doutorado em direito internacional). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2003.

ZIEGLER, Andreas. 'Most-favoured-nation (MFN) treatment'. In: REINISCH, August (ed.). *Standards of investment protection*. Oxford: Oxford University, 2008.

7. LISTA DE CASOS

7.1. CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL (CPJI)

Caso dos Colonos alemães na Polônia: *German settlers in Poland* (1923), PCJI Reports, Series B, No. 06.

Caso dos Decretos de Nacionalidade: *Nationality decrees issued in Tunis and Morocco* (1922), PCJI Reports, Series B, No. 4.

Caso Lotus: *The SS Lotus* (1927), PCJI Reports, Series A, No. 10.

7.2. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ)

Caso Barcelona Traction: *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd. (Belgium v. Spain) (New application: 1962)*. ICJ Reports, 1970, p. 3. Sentença de 5 de fevereiro de 1970.

Caso Diallo: *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republico of the Congo)*. Sentença de 24 de maio de 2007 ("Preliminary Objections").

Caso Nottebohm: *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*, ICJ Reports, 1953, p. 111. Sentença de 18 de novembro de 1953 ("Preliminary Objection").

Legalidade do uso de armas nucleares: *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict (Advisory Opinion)*. ICJ Reports 1996, Opinião consultiva de 8 de julho de 1996.

7.3. CENTRO INTERNACIONAL PARA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID)

Aguas del Tunari S.A. v. Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3, Jurisdição: decisão de 21 de outubro de 2005.

Azurix v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/12, Jurisdição: decisão de 8 de dezembro de 2003.

Bayindir v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Jurisdição: decisão de 14 de novembro de 2005

CSOB v. Slovakia, ICSID Case No. ARB/97/4, Jurisdição: decisão de 24 de maio 1999.

Champion Trading Co v. Egypt, ICSID Case No. ARB/02/9, Jurisdição: decisão de 21 de outubro de 2003

Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Jurisdição: decisão de 2 de agosto de 2004.

Feldman v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Sentença de 06 de dezembro de 2002.

Fraport v. Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Sentença de 16 de agosto de 2007.

Inceysa Vallisoletana SL v. El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Sentença de 2 de agosto de 2006.

Ioannis Kardassopoulos v. Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18, Jurisdição: decisão de 6 de julho de 2007.

Olguín v. Paraguay, ICSID Case No. ARB/98/5, Jurisdição: decisão de 08 de agosto de 2000.

Salini v. Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Jurisdição: decisão de 23 de julho de 2001.

Siag v. Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Jurisdição: decisão de 11 de abril de 2007.

Soufraki v. United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7, Senteça de 7 de julho de 2004

Tokios Tokeles v Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Jurisdição: decisão de 29 de abril de 2004.

7.4. OUTRAS

ASEAN. *Yaung Chi Oo Trading v. Union of Myanmar*. Sentença de 31 de março de 2003.

GATT. *Canada – Administration of Foreign Investment Review Act* (FIRA). Relatório do painel adotado em 7 de fevereiro de 1984.

Island of Palmas (Netherlands v. United States). Sentença de 4 de abril de 1928.

Lena Goldfiels Limited v. USSR. Sentença de 2 de setembro de 1930.

NAFTA. *Pope & Talbot, Inc. v. Canada*. (UNCITRAL) Sentença (fase 2) de 10 de abril de 2001.

NAFTA. *S.D. Myers, Inc. v. Canada*. (UNCITRAL) Sentença parcial de 13 de novembro de 2000.

Saluka Investments BV v. Czech Republic. (UNCITRAL). Sentença parcial de 17 de março de 2006.

TJUE. 203/80, *Casati* (Itália). Sentença de 11 de novembro de 1981.

TJUE. 286/82 & 26/83 (joined cases), *Graziana Luisi & Giuseppe Carbone v. Ministero del Tesoro* (Itália). Sentença de 31 de julho de 1984.

RESUMO

O tema dos investimentos internacionais foi talvez o tema mais polêmico das relações econômicas internacionais no século XX, contaminado que foi pelo conflito de concepção característico do período da Guerra Fria, por um lado, e pelo conflito de interesses entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento que se estende, guardadas as devidas proporções até os dias de hoje. O presente trabalho examina o tema da admissão e estabelecimento de investimentos internacionais, procurando delinear o conflito de interesses que existe entre os estados e os investidores estrangeiros. Os conflitos de concepção e interesse esvaziaram o conteúdo das normas consuetudinárias internacionais para regulamentação da admissão de investidores. Na ausência de normas consuetudinárias, os estados se tornaram soberanos para legislar livremente sobre a matéria. Alguns estados mantiveram estritos mecanismos de controle; outros, interessados em criar condições jurídicas mais favoráveis à entrada de investidores, celebraram entre si tratados internacionais sobre investimentos. Esses tratados podem ser agrupados em cinco modelos que se traduzem em opções politicas que vão desde a manutenção do controle absoluto do estado sobre a entrada de investidores até a outorga de amplas liberdades de investimento aos estrangeiros. Cada uma dessas opções políticas pode gerar conseqüências políticas e econômicas, especialmente para países em desenvolvimento, mais vulneráveis a oscilações internacionais. Este trabalho procura conhecer os fundamentos e modelos jurídicos, as opções políticas e a aplicação das iniciativas de regulamentação internacional da admissão e estabelecimento de investimentos internacionais.

Palavras-chave:

Soberania Econômica – Investimento – Liberalização econômica – Liberdade de investimento – Tratados internacionais.

RESUMÉ

Les investissements internationaux ont été peut-être le sujet le plus controversé des relations économiques internationales dans le siècle XX, parce que ils ont été contaminés par le conflit de conception caractéristique de la période de la Guerra Froide, d'une part, et d'autre part par le conflit d'intérêts existant entre des pays développés et des pays en voie de développement sur l'existence de certaines règles coutoumiers. Ce travail examine le sujet de l'admission et établissement d'investissements internationaux, pour délinéer le conflit d'intérêts qui existe entre les États et les investisseurs étrangers. Les conflits de conception et intérêt ont vidé le contenu des normes consuetudinaires internationaux pour la règlementation de l'admission e établissement d'investissements. En absence de ces normes, les État sont souverains pour légiférer librement sur la matière. Quelques États ont maintenu des mécanismes de contrôle ; autres ont célébré des conventions internationales pour créer des conditions juridiques les plus favorables à la libre circulation d'investissements. Ces conventions peuvent être isolées dans cinq modèles juridiques qui correspondant a des options politiques. Ces options peuvent varier entre la manutention du contrôle absolu par l'État de l'entrée des investisseurs et la octroie des libertés d'investissement aux investisseurs étrangers. Chacune de ces options politiques peut générer des conséquences politiques et économiques, spécialement pour des pays en voie de développement, plus vulnérables à des oscillations internationales. Cette étude cherche a connaître les fondements et les modèles juridiques, les options politiques et l'application des initiatives de réglementation internationale de l'admission et établissement d'investissements internationaux.

Mots-clés:
Souveraineté économique – Investissement – Libéralisation économique – Liberté d'investissement – Traités internationaux.