THIAGO PEDROSO DE ANDRADE

**ASPECTOS METODOLÓGICOS DO DIREITO INTERNACIONAL DO
INVESTIMENTO**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Associado Dr. José Augusto Fontoura Costa

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2015**

THIAGO PEDROSO DE ANDRADE

**ASPECTOS METODOLÓGICOS DO DIREITO INTERNACIONAL DO
INVESTIMENTO**

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

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2015**

Banca Examinadora:

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é o resultado de uma vida de pesquisa. Desde a graduação contei com o apoio de muitas pessoas que tornaram a possibilidade de apresentar esta tese real. Jamais seria possível mencionar todos, até mesmo pelo cansaço do final desta jornada. Mas saibam que todos estão sendo agradecidos.

Inicialmente, tenho que nominar meu orientador, professor, amigo e são-paulino José Augusto. Certamente minha jornada acadêmica teria sido muito mais curta se não fosse seu constante incentivo, mesmo quando eu não soube identificá-lo. Desde a primeira aula sobre Hans Kelsen no projeto de Iniciação Científica até nossos sempre proveitosos encontros para orientação no Departamento, o Professor José Augusto foi responsável pela coragem que tenho de apresentar esta tese. Obviamente o grande número de falhas que o texto final apresenta jamais podem lhe ser creditados, mas com certeza todos os acertos são resultado das suas cobranças e comentários.

Neste passo, tenho de agradecer a todos os professores que tomaram parte desta tese que se encaixam no mesmo papel de responsáveis pelos acertos e irresponsáveis pelos erros. São eles – e sem nenhum tipo de ordem – os Professores Paulo Casella, Pedro Dallari, Deisy Ventura, Bernardo Moraes, André de Carvalho Ramos, Paulo Roberto Feldmann, Marcos Paulo de Almeida Salles, Erasmo Valladão e Rachel Sztajn.

Um agradecimento especial deve ser feito ao Professor Wagner Menezes. Além de ser certamente um dos professores mais carismáticos com quem já tive contato, sua preocupação com as bases metodológica do Direito Internacional Público me incentivaram a percorrer o difícil caminho dos princípios do ramo que escolhi estudar. O Professor Wagner Menezes também me confiou a missão profissional que tenho em minha vida que é lecionar. De fato, foi graças a sua indicação que hoje tenho a emoção semanal de discutir um pouco com alguns amigos, o pouco da técnica jurídica que aprendi. Muito obrigado.

Desnecessário dizer que minha tese tem uma influência muito diferente da que tive no mestrado. Meus alunos de graduação na Universidade Paulista me instigam incessantemente a aprender. O gesto semanal do reencontro é um combustível que me obriga a melhorar e complementar minhas aulas, de forma a fazer com que cada semana seja importantíssima na vida deles. Infelizmente, nunca consegui tornar minha aula mais interessante para eles do que são para mim. Em toda aula aprendo muito com eles.

Também gostaria de mais uma vez agradecer mais algumas pessoas que me fizeram trilhar o caminho acadêmico. Em primeiro lugar, como sempre, à professora Ana Maria Nusdeo, que me indicou para o curso de Iniciação Científica. Certamente, sem a Iniciação, eu não teria as condições mínimas para trilhar a dura vida acadêmica. Agradeço também a todos os professores da Pós-Graduação em Direito da UniSantos, entre 2001 e 2004.

Tenho também de agradecer à casa amarela, onde aprendi o gosto pelo Direito. Da casa amarela agradeço, em especial, a todos os participantes do Grupo de Estudos de Direito Internacional (GEDI-UniSantos), sobretudo meus queridos pares: Marcela Garcia Fonseca, Maria Carla Gaspar Coronel, Ana Carolina Costa Carregaro, Luciana Nóbrega e Silva, Daniel Pizarro e Bruno Mendes.

Por fim, agradeço à Universidade de São Paulo, em especial às Arcadas. A instituição me propiciou certamente a experiência mais intensa e rica de debates acadêmicos que já tivera tido contato em minha vida.

Às minhas meninas

Roberta, Maya e Stella,

muito mais do que um agradecimento.

Salus populi suprema lex esto.

Cicero – De Legibus

RESUMO

O Direito e o investimento estrangeiro guardam uma relação muito íntima. Sabe-se que o Direito exerce o papel de induzir ou de reduzir o investimento estrangeiro, tendo em conta o tratamento legal conferido ao receber capital ou bens vindos do exterior. O núcleo central da presente tese é o estrangeiro. Costuma-se estudar a relação de investimento, porém é exatamente sobre a discriminação no tratamento conferido ao investidor estrangeiro que reside o principal papel a ser exercido pelo Direito Internacional do Investimento. Diante desta falha metodológica, a presente tese propõe-se estudar uma nova aproximação metodológica para o Direito Internacional do Investimento, sobretudo para adequar sua análise do contemporâneo Direito Internacional Público e seu princípio da cooperação internacional. Ao final da presente tese, conclui-se que o Direito Internacional do Investimento tem analisado as relações das chamadas Empresas Transnacionais e desconsiderado as pequenas e médias empresas, cuja participação no cenário internacional deve ser incentivada, em especial por meio do associativismo, entre empresas nacionais e estrangeiras.

Palavras chaves: Investimento Estrangeiro; Metodologia do Direito; Direito Internacional Público; Acordos Internacionais para Promoção e Proteção do Investimento Estrangeiro; Direito do Estrangeiro.

ABSTRACT

The law and foreign investment maintain a very close relationship. It is known that the law plays the role of inducing or reducing foreign investment, taking into account the legal treatment given to capital or goods received from abroad. The core of this thesis is the foreigner. It is often study the investment relationship, but it is exactly on discrimination in treatment given to foreign investors that lay the main role to be exercised by international Law Investment. Given this methodological weakness, this thesis proposes to study a new methodological approach to the International Investment Law, mainly to adjust its analysis to contemporary International Law and its principle of international cooperation. At the end of this thesis, it is concluded that the International Investment Law already has explored the relationship of the Transnational Corporations and yet disregarded the small and medium companies, whose involvement in the international arena should be encouraged, in particular through associations, among national and foreign companies.

Key Words: Foreign Investment; Law Methodology; International Law; International Investment Agreements; Foreign Law.

RESUMÉ

Le droit et les investissements étrangers gardent une relation très étroite. Il est connu que le droit joue le rôle d'induire ou de réduire les investissements étrangers, en tenant compte du traitement juridique donné au capital ou des biens reçus de l'étranger. Le noyau de cette thèse est l'étranger. Il est souvent étudié la relation d'investissement, mais cet est exactement sur la discrimination dans le traitement donné aux investisseurs étrangers est le rôle principal à jouer par le droit international de l'investissement. Compte tenu de cette faille méthodologique, cette thèse propose d'étudier une nouvelle approche méthodologique au Droit sur l'investissement international, en particulier pour ajuster son analyse au droit international public contemporain et son principe de la coopération internationale. A la fin de cette thèse, il est conclu que la Loi sur l'investissement international a analysé la relation des appels sociétés transnationales et ignoré les petites et moyennes entreprises, dont la participation sur la scène internationale devrait être encouragée, en particulier à travers les associations, entre les sociétés nationales et les étrangères.

Mots-clés: l'investissement étranger; Méthodologie du Droit; Droit International Public; Accords internationaux d'investissement; Le droit du étranger.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
PARTE I. UMA APROXIMAÇÃO METODOLÓGICA	4
CAPÍTULO 1. EM BUSCA DE UMA APROXIMAÇÃO METODOLÓGICA NA TÉCNICA JURÍDICA	6
1.1. REVISITANDO A DEFINIÇÃO DE METODOLOGIA NO DIREITO COM A CONTRIBUIÇÃO DE OUTRAS CIÊNCIAS	7
1.1.1. METODOLOGIA ENQUANTO PROCESSO CRIATIVO	8
1.1.2. METODOLOGIA ENQUANTO AFINIDADE ESPIRITUAL	10
1.1.3. METODOLOGIA ENQUANTO INVESTIGAÇÃO DA VERDADE	12
1.2. PODE-SE FALAR NUMA METODOLOGIA JURÍDICA?	13
1.3. A NECESSIDADE DE UMA METODOLOGIA ESPECÍFICA PARA O DIREITO INTERNACIONAL DO INVESTIMENTO	19
CAPÍTULO 2. APRESENTAÇÃO DOS RAMOS JURÍDICOS RELACIONADOS AO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO E SEUS MÉTODOS	22
2.1. ASPECTOS METODOLÓGICOS NO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO	23
2.1.1. SOBERANIA: PRINCIPAL MÉTODO DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO	23
2.1.1.a) <i>Principais contornos do conceito de Soberania</i>	<i>24</i>
2.1.1.b) <i>O Direito Internacional segundo critérios de Direito Interno</i>	<i>28</i>
2.1.1.c) <i>Direito Internacional Público e princípio da cooperação</i>	<i>30</i>
2.1.2. QUESTÕES ECONÔMICAS COMO OBJETO ESPECÍFICO NA REGULAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO: O DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO	31
2.2. PRINCIPAIS ASPECTOS DO DIREITO INTERNACIONAL DO INVESTIMENTO	35
2.2.1. EVOLUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DO INVESTIMENTO	35
2.2.1.a) <i>Método clássico de solução de controvérsias envolvendo investidores estrangeiros: proteção diplomática</i>	<i>36</i>
2.2.1.b) <i>Surgimento do Direito Internacional do Investimento e a proposição de uma arbitragem internacional entre investidor e Estado receptor do investimento</i>	<i>47</i>
2.2.2. DEFINIÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO NOS ACORDOS INTERNACIONAIS DE INVESTIMENTO	54

2.2.2.a) Modalidades de definição de investimento estrangeiro.....	61
2.2.2.b) Limitações à definição ampla de investimentos.....	65
2.2.3. ADMISSÃO E ESTABELECIMENTO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO.....	67
2.2.3.a) Obrigações regulatórias de admissão e estabelecimento do IED.....	68
2.2.3.b) Regime jurídico do tratamento de admissão e estabelecimentos de investimentos internacionais.....	69
2.2.3.c) Modelos regulatórios de admissão e estabelecimento de IED	73
2.2.4. ACORDOS MULTILATERAIS VIGENTES E RELAÇÃO DO BRASIL COM O DIREITO INTERNACIONAL DO INVESTIMENTO TRADICIONAL	78
2.2.4.a) Relação Banco Mundial e Investimento Estrangeiro	78
2.2.4.b) Estrutura da MIGA.....	79
2.2.4.c) Processo de vinculação do Brasil ao Tratado de Seul.....	82
2.2.4.d) Efeitos da MIGA sobre o Brasil	85
PARTE II DIFICULDADES E FRONTEIRAS DO DIREITO INTERNACIONAL DO INVESTIMENTO	89
CAPÍTULO 3 – DEFINIÇÕES DE NACIONALIDADE E INVESTIDOR.....	92
3.1. ESTRANGEIRO COMO DESTINATÁRIO DE NORMAS	93
3.1.1. OBJETIVO E FINALIDADE DO ESTUDO DO ESTRANGEIRO NO DIREITO INTERNACIONAL DO INVESTIMENTO.....	93
3.1.2. DEFINIÇÃO DE ESTRANGEIRO	94
3.1.2. a) Atribuições político-ideológicas ao conceito de estrangeiro	95
3.1.2.b) Insuficiências das características apresentadas pelas escolas objetivistas e subjetivistas.....	101
3.1.3. DEFINIÇÃO DE NACIONALIDADE: ALGUNS EFEITOS DA SUA JURIDIFICAÇÃO	103
3.1.3.a) Aquisição de nacionalidade brasileira por pessoas físicas	106
3.1.3.b) Aquisição de nacionalidade brasileira por pessoas jurídicas	110
3.1.3.c) Caso da aquisição de terras rurais por estrangeiros no Brasil	111
3.1.4. REGIME JURÍDICO BRASILEIRO APLICÁVEL ÀS SOCIEDADES ESTRANGEIRAS.....	115
3.2. INVESTIMENTO ESTRANGEIRO ENQUANTO UM FENÔMENO ECONÔMICO E CONCEPÇÃO DA ATUAÇÃO DOS SEUS AGENTES	118
3.2.1. TODOS FAZEMOS PARTE DE UMA ECONOMIA GLOBAL.....	120
3.2.2. AS EMPRESAS SÃO AFETADAS PELA GLOBALIZAÇÃO	122
3.2.3. UMA PROPOSTA DE ANÁLISE DO MAPA DA ECONOMIA GLOBAL.....	123
3.2.3.a) Macroescala.....	124

3.2.3. b) Mesoescala	128
3.2.3.c) Microescala	131
3.2.4. UMA INCURSÃO NO ESTUDO DAS TEORIAS DA INTERNACIONALIZAÇÃO DAS EMPRESAS.....	131
3.2.5. PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DAS EMPRESAS	140
3.2.6. PAPEL DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS.....	141
3.2.7. INTERNACIONALIZAÇÃO DAS PEQUENAS E MÉDIAS EMPRESAS	146
3.2.7.a) Caso da Indústria italiana de azulejos de cerâmica	146
3.2.7.b) Necessidade de desenvolvimento tecnológico das pequenas empresas	149
3.2.7.c) Internacionalização das pequenas e médias empresas: as empresas precisam ser orientadas para internacionalização	150
3.2.8. LINHAS CONCLUSIVAS ACERCA DO FENÔMENO ECONÔMICO QUE SUSTENTA O DIREITO INTERNACIONAL DO INVESTIMENTO	153
CAPÍTULO 4 PROPOSTA DE UM DISCURSO METODOLÓGICO PARA UM NOVO DIREITO INTERNACIONAL DO INVESTIMENTO	154
4.1. DIREITO INTERNACIONAL DO INVESTIMENTO E SUA TRANSNACIONALIDADE: ARBITRAGEM INTERNACIONAL E UMA NOVA LEX MERCATORIA.....	155
4.1.1. CARACTERÍSTICAS GERAIS DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL.....	155
4.1.2. TEORIAS DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL.....	157
4.1.2.a) Teoria Jurisdicional.....	159
4.1.2.b) Teoria Contratualista.....	164
4.1.2.c) Teoria Híbrida.....	169
4.1.2.d) Teoria Autonomista	173
4.1.3. UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DAS TEORIAS APRESENTADAS	177
4.2. DIREITO INTERNACIONAL DO INVESTIMENTO E O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO DA COOPERAÇÃO	181
4.2.1. DIREITO ENQUANTO INDUTOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ATRAÇÃO DE INVESTIMENTO	181
4.2.2. DIREITO DO INVESTIMENTO: RELAÇÃO ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO..	183
4.2.3 ÂMBITOS DO DIREITO DO INVESTIMENTO	187
4.2.3.a) âmbito nacional.....	189
4.2.3.b) âmbito contratual.....	189
4.2.3.c) âmbito internacional	190
4.2.4. APLICAÇÃO DA METODOLOGIA DO DIREITO INTERNACIONAL DO INVESTIMENTO PROPOSTA NA TESE: ACORDOS INTERNACIONAIS DE COPRODUÇÃO AUDIOVISUAL.....	190
4.2.4.a) Acordos internacionais de coprodução audiovisual: o Caso do filme “Ensaio sobre a Cegueira”	191

4.2.4.b) Acordos internacionais de coprodução audiovisual: definições e dados gerais.....	192
CONCLUSÕES GERAIS DA TESE.....	197
BIBLIOGRAFIA	203

INTRODUÇÃO

A presente tese parte da hipótese de que o Direito Internacional do Investimento, embora venha se tornando um objeto de estudo comum nas principais escolas de Direito do mundo, ainda não conta com uma sistematização suficiente para identificar com clareza as normas que fazem parte da sua estrutura, além de normalmente ser abordado uma pequena e estreita gama de assuntos relacionados à disciplina jurídica, como por exemplo, sua estrutura de solução de controvérsias consistente nas arbitragens internacionais.

Propõe-se no presente estudo uma reaproximação da sua estrutura metodológica, exatamente para definir – e assim ampliar - seu campo de estudo e as principais contribuições já realizadas neste campo (Parte I), o que poderá contribuir de maneira decisiva para os estudos em andamento sobre o tema, além de facilitar o estabelecimento de políticas públicas relacionadas aos investimentos estrangeiros (Parte II).

A tese “Aspectos metodológicos do Direito Internacional do Investimento” é formada por duas partes. A primeira parte, “Uma aproximação metodológica”, tem como objeto a abordagem normalmente conferida ao tratamento metodológico nas ciências em geral, mas com especial enfoque sobre a técnica jurídica. Assim, com apoio nos estudos contemporâneos acerca da definição de metodologia, serão feitos alguns apontamentos gerais acerca dos métodos normalmente empregados no Direito Internacional Público e no Direito Internacional do Investimento para explicar a regulação sobre as principais transações envolvendo investimentos estrangeiros atualmente.

Em sua segunda parte, “Dificuldades e fronteiras do Direito Internacional do Investimento”, a tese deslocará o seu enfoque para as operações de investimentos para o sujeito destas transações internacionais.

Assim, um especial enfoque será dado aos estrangeiros, definindo-o e qualificando sua condição para investir no Brasil. Analisada a definição dos

estrangeiros serão abordadas as condições gerais em que o estrangeiro realiza suas operações internacionalmente, configurando a prevalência dos grandes conglomerados internacionais em detrimento das pequenas e médias empresas.

Deste ponto, a tese partirá para algumas questões relacionadas aos investimentos estrangeiros, em especial o deslocamento da análise da disciplina unicamente sobre as grandes transações internacionais dos grandes conglomerados de Empresas Transnacionais, demonstrando a pouca atenção (ou nenhuma) até agora conferida pelos principais estudiosos da disciplina às transações envolvendo pequenas e médias empresas num cenário atual de globalização, em que cada vez mais a internacionalização das empresas não se presta mais como um diferencial de mercado, mas sim como um fator crítico de sucesso das empresas, independentemente do seu porte¹.

Ao fim da segunda parte, serão abordados os discursos relacionados à arbitragem internacional, que costumam empregar o método da transnacionalidade para resolver seus conflitos sob o prisma de um Direito Internacional da arbitragem autônomo. Deste ponto, será feita uma análise do Direito do Investimento para abordar questões próprias de direito interno e de Direito Internacional Público, e assim, ao final concluir por um moderno tratamento conferido pelos Estados aos investimentos estrangeiros, a fim de que sejam incentivados e promovidos investimentos realizados por pequenas e médias empresas.

Vale transcrever, inclusive, a sagaz passagem do Professor Antonio Cassese ao tratar da promoção dos investimentos estrangeiros em países em desenvolvimento:

¹ A despeito da denominação assente na técnica jurídica de chamar as pessoas jurídicas de direito privado com finalidade lucrativa, de sociedades empresárias e empresa a atividade econômica organizada, no presente trabalho, simplesmente pela didática e pela facilidade de compreensão do leitor, faremos uso das expressões “sociedades empresárias” e “empresas” de forma indistinta, embora sem negar sua imprecisão pela acurada e devida técnica jurídica. Sobre a imprecisão técnica nos referimos à unanimidade da literatura comercialista, remetendo nosso leitor ao esclarecedor trabalho de BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. Rio de Janeiro: 2010, p. 10-40.

“Tendo em conta esta regulação jurídica insatisfatória, os Estados, eventualmente, tem procurado evitar bruscos conflitos com recurso a dispositivos e compromissos que, em certa medida, acomodam as demandas de ambas as categorias de membros envolvidos, ou seja tanto de exportadores quanto de importadores de capital. Afinal, é do interesse de ambas as categorias não levar as dificuldades longe demais².”

² CASSESE, Antonio. **International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 416.

PARTE I. UMA APROXIMAÇÃO METODOLÓGICA

O objetivo da Parte I desta tese é revisitar a definição de metodologia empregada na técnica jurídica, de modo a apresentar de maneira bastante sucinta os principais métodos aplicados na sistematização do Direito Internacional Público e, em especial, o Direito Internacional do Investimento da forma como vem sendo estudado.

Para tanto, a Parte I será estruturada em dois capítulos, em que no primeiro será focada a definição tradicional de metodologia, e ao fim, uma aproximação crítica ao conceito de metodologia normalmente empregada, de forma a revisitar a metodologia dos ramos acima mencionados com um ponto de vista mais consentâneo com os objetivos traçados na presente tese.

Já no segundo capítulo, serão trazidos alguns conceitos gerais do Direito Internacional Público, tais como soberania e Estados, em forma de uma transcrição geral da evolução dos métodos utilizados na disciplina, para posteriormente apresentar as principais questões atinentes ao Direito Internacional do Investimento que embora se valha de mecanismos bastante contemporâneos do Direito Internacional Público.

Ainda no segundo capítulo, também será realizada uma incursão sobre a evolução do Direito Internacional do Investimento, passando pelo precursor instituto da proteção diplomática, analisando as principais definições de investimento estrangeiro trazidas nos Acordos Internacionais para Promoção e Proteção do Investimento Estrangeiro, até analisar detidamente a forma como ocorre no âmbito regulatório a admissão e estabelecimento do investimento estrangeiro direto.

Ao fim do segundo capítulo será abordada a principal fonte jurídica multilateral de Direito do Investimento, cuja principal função se desloca do acesso à mercados internacionais para a proteção dos investimentos realizados. Trata-se do estudo da Agência Multilateral de Garantia Para Investimentos, normalmente conhecida por sigla inglesa MIGA, que opera como seguradora de investimentos estrangeiros contra riscos políticos no Estado receptor do investimento.

CAPÍTULO 1. EM BUSCA DE UMA APROXIMAÇÃO METODOLÓGICA NA TÉCNICA JURÍDICA

1.1. REVISITANDO A DEFINIÇÃO DE METODOLOGIA NO DIREITO COM A CONTRIBUIÇÃO DE OUTRAS CIÊNCIAS

Olivier Corten é professor da Universidade de Bruxelas, onde ministra o curso de Metodologia da Pesquisa no Direito Internacional Público. Após alguns anos ministrando a disciplina, resolveu publicar o curso na obra “Methodologie du droit international public”. Interessante observar a relevância da disciplina que, infelizmente, não é ministrada nas escolas brasileiras. De qualquer modo, ao se verificar a estrutura da obra acima mencionada, Olivier Corten apresenta algumas definições trazidas pelos principais dicionários em francês, para quem metodologia³:

“É o estudo dos métodos científicos, técnicos (subdivisão da lógica)”

“É o estudo sistemático, por observação, da prática científica, dos princípios que a fundam e dos métodos de pesquisa que ela utiliza”

“Subdivisão da lógica, cujo objeto é o estudo a posteriori dos métodos e mais especialmente, de maneira usual, daqueles métodos considerados científicos.”

No Brasil, o Professor Miguel Reale indica a importância do estudo metodológico da técnica jurídica, ao indicar que a tarefa do conhecimento sistemático do Direito deve ser pautada no método adotado em seu estudo. Para o professor, “Método é o caminho que deve ser percorrido para a aquisição da verdade, (...) de um resultado exato ou rigorosamente verificado”⁴.

Dentre os dicionários brasileiros, verifica-se uma similitude muito forte com os dicionários franceses, como se pode notar pelas definições de metodologia a seguir transcritas:

³ Respectivamente, **Le petit Robert 1**. Paris: Le Robert, 1987, p. 1192; **Le petit Larousse**. Paris: Larousse, 1998, p. 649; LALANDE, André. **Vocabulaire technique et critique de la philosophie**. Paris: PUF, Quadrige, 1994.

⁴ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 10.

“Ramo da lógica que se ocupa dos métodos das diferentes ciências. Parte de uma ciência que estuda os métodos aos quais ela própria recorre. Corpo de regras e diligências estabelecidas para realizar uma pesquisa; método.”

“Conjunto de métodos e regras aplicados a domínio particular da ciência e da pesquisa ou ao desenvolvimento sistemático de algum trabalho complexo.⁵”

De fato, o tratamento da metodologia como um instrumento de busca pela identificação de um conjunto específico de métodos contribui, de forma bastante relevante, na sistematização do objeto de estudo facilitando sua aplicação prática.

Todavia, ao aprofundar a busca por uma definição mais exata de metodologia, sobretudo da forma empregada em outras ciências, nota-se um objetivo ainda tímido em face da amplitude que o aparelhamento metodológico pode oferecer a qualquer objeto de estudo.

Para tanto, pode-se buscar na definição de metodologia trazida pelo Dicionário Priberam de Língua Portuguesa uma contribuição mais próxima da definição de metodologia que se trabalhará na presente tese. Para tal dicionário, metodologia pode ser definida como a “Arte de dirigir o espírito na investigação da verdade⁶.” Adiante serão analisados os contornos gerais decorrentes da definição acima.

1.1.1. Metodologia enquanto processo criativo

Em primeiro, podemos definir “metodologia” como arte? Como se verá adiante, a presente tese tem como escopo a análise dos principais métodos empregados para regulação do objeto mediante um processo criativo de reaproximação da definição corrente do âmbito do Direito Internacional do Investimento. Para tanto,

⁵ HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1911.; FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Aurélio júnior: dicionário escolar da língua portuguesa**. 2ª ed. Curitiba: Positivo, 2011, p. 592.

⁶ METODOLOGIA. In: Dicionário da Língua Portuguesa. Lisboa: Priberam Informática, 1988. Disponível em www.priberam.pt. Acesso em 10.01.2014.

uma fonte importante serão os trabalhos publicados pelo Professor Charles S. Herrman.

Charles é portador de autismo, bipolaridade, dislexia e Síndrome de Asperger. Ainda assim, mesmo diante desses obstáculos, o filósofo é responsável por uma coletânea essencial acerca dos fundamentos da metodologia. Para o filósofo, desenvolver uma metodologia deve nos permitir ver o objeto estudado através de novas lentes, e, em suas próprias palavras, “um novo par de lentes significa um novo conjunto de estruturas que permite uma forma radicalmente diferente, provavelmente melhorada, de entender nossa realidade”⁷. Dentro deste contexto, o autor define metodologia como:

“Uma estrutura conceitual que (geralmente), seja por ser coerente seja por ser internamente consistente, e porque composta por um modelo de princípios putativos e/ou aceitos, é empregada para analisar e/ou organizar os dados a partir dos quais se possa discernir ou razoavelmente imputar um princípio comum central dentro do qual o objeto analisado poderá permitir tanto o desenvolvimento quanto a validação lógica dos postulados teóricos.”⁸

Logo em uma primeira análise percebe-se que ao responsável pela construção da metodologia de qualquer objeto é conferida uma missão bem mais ampla do que a mera sistematização dos métodos empregados, mas sim uma participação ativa no desenvolvimento das teorias utilizadas acerca daquele determinado âmbito de estudo.

Segundo o autor, o processo criativo decorrente da análise metodológica de qualquer objeto é natural, especialmente quando se tem em conta que ainda quando se fala nas ciências cujos princípios são majoritariamente putativos, ou seja, inseridos como técnica de conformação da realidade social, deve ser possível tanto o “desenvolvimento” quanto a validação dos postulados teóricos. Ou seja, a despeito da busca por uma estrutura conceitual, ao que tem sido

⁷ HERRMAN, C.S. **Fundamentals of Methodology: Part I – definitions and first principles**. 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1373976>, p. 12.

⁸ HERRMAN, C.S. **Fundamentals of Methodology: Part I – definitions and first principles**. 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1373976>, p. 13.

apresentado na tese como um processo criativo, não se pode dissociar do princípio comum central do objeto analisado.

Assim, serão demonstrados dados durante a tese certificando-se que apesar da busca por uma estrutura conceitual mais adequada ao Direito do Investimento, e assim realizar um processo criativo, serão observados os fatos que sustentam o núcleo central da disciplina.

1.1.2. Metodologia enquanto afinidade espiritual

O estudo da técnica jurídica por ser marcadamente baseada na linguagem, que nada mais é do que um conjunto de símbolos⁹, apresenta diversas armadilhas. Claramente quando abordamos o termo “espírito” como abordado pelo Dicionário mencionado acima, temos uma hipótese que oferece uma grande armadilha para uma interpretação equivocada.

Ao ser utilizado o termo espírito neste caso, não se trata de nenhum tipo de entidade metafísica ou fantasmagórica. Na língua portuguesa, o termo espírito é polissêmico, dado que pode ser utilizado tanto neste sentido mencionado, como também no sentido de ideia predominante, tendência ou característica¹⁰.

Neste ponto, quando se aborda um estudo acerca da metodologia, elaborase uma análise exatamente para traçar a ideia predominante acerca daquele instituto, bem como da sua respectiva aplicação tendo em mente a tendência ou características marcantes no momento de sua aplicação.

Interessante a abordagem da Professora Mireille Delmas-Marty quando trata do espírito do direito numa “afinidade espiritual” como “algo comum e familiar, (...) no

⁹ HOLDCROFT, David. **Saussure Signs, System and Arbitrariness**. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 54.

¹⁰ HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1233.

sentido de um direito posto ao alcance de todos.¹¹ Esta abordagem de espírito do Direito, é algo que nos parece próximo do que se pretende na presente pesquisa acerca dos institutos jurídicos analisados. A ideia de uma construção metodológica em torno de um espírito da regulação jurídica sobre os investimentos estrangeiros. Interessante a aplicação do termo espírito no âmbito jurídico, quando Delmas-Marty transcreve excerto do discurso preliminar ao projeto do Código Civil napoleônico:

“Como comprova também a redação do Código Civil francês , no momento em que ‘a Revolução se esgota na conquista tão desejada de um direito comum’. Um direito comum que se pretende, de fato, a síntese moderada do antigo direito francês e da Revolução: ‘Raciocina-se com muita frequência como se o gênero humano acabasse e começasse a toda instante, sem nenhuma espécie de comunicação entre uma geração e aquela que a substitui. As gerações, ao se sucederem, se mesclam, se entrelaçam e se confundem... gostamos demais, em nossos tempos modernos, das mudanças e das reformas; se, em matéria de instituições e de leis, os séculos de ignorância são o teatro dos abusos, os séculos da filosofia e de luzes são muito amiúde apenas o teatro dos excessos.’ Daí o tom de moderação dos redatores do Código: ‘Fizemos, se for permitido expressar-se assim, uma transação entre o direito escrito e os costumes, todas as vezes que nos foi possível conciliar as disposições deles ou modificá-las umas pelas outras, sem romper a unidade do sistema e sem chocar o espírito geral.’¹² (grifo nosso)

Neste caso, temos que a análise da metodologia se presta além de propriamente conduzir o espírito, mas de revelá-lo diante da série de interesses que permeiam qualquer ramo jurídico. O Direito tem, como será novamente discutido, a dificuldade inerente de ser uma técnica cuja aplicação é realizada, em diversas hipóteses, mediante a dupla afirmação de validade e invalidade, isto é, um sujeito afirma que determinada regra deve ser aplicada naquele momento, enquanto outro afirma sua inaplicabilidade¹³. Tal fenômeno gera uma série de dificuldades

¹¹ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 223.

¹² DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 224.

¹³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 31.

práticas, sobretudo, na formação de um espírito geral de aceitação da interpretação julgada predominante para cada situação da vida cotidiana¹⁴.

Neste cenário, a instabilidade na aplicação das regras jurídicas denota uma série de dificuldades na formação de um “espírito geral do sistema”, nas palavras dos redatores do código napoleônico acima mencionados. Também como será demonstrado alhures, a análise acerca das vantagens e desvantagens do tratamento conferido aos investidores estrangeiros normalmente é realizada sob um pano de fundo altamente influenciado por um contexto político, social e econômico, variando sua aceitação de acordo com uma predominância ocasional de determinado sistema econômico.

1.1.3. Metodologia enquanto investigação da verdade

Seguindo com a definição de metodologia empregada pelo Dicionário Priberam, é bem claro pela nossa pequena incursão em torno do estudo da metodologia que a busca pela verdade é fundamental e imprescindível.

Em torno da análise sobre os dados e sua correção, Charles S. Herrman propõe uma esclarecedora classificação dos fatos utilizados na pesquisa, tendo em conta a posição do intérprete/observador e o objeto de estudo sobre o qual se fará uma relação com o conjunto teórico base. Para o filósofo, no desenvolvimento do processo metodológico os fatos serão analisados dentro destes três aspectos¹⁵:

a) Objetivo: relações sobre as quais o observador analisa dois objetos externos, funcionando como um intérprete.

¹⁴ Veja-se BARTELSON, Jens. **A genealogy of sovereignty**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 3: “In speaking of something as an object, we are generally inclined to think that we are objective about it, but because we chose it in the first place, there is a possibility that the object of our choice reveals more about us than we do about it.”

¹⁵ HERRMAN, C.S. **Fundamentals of Methodology: Part I – definitions and first principles**. 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1373976>, p. 10.

b) Subjetivo: relações que tratam de dois objetos, porém ambos dentro da mente do observador.

c) Fenomênico: relações protagonizadas pelo observador com relação ao objeto estudado, que tanto pode ser externo quanto pode estar meramente na mente do estudioso (interno).

Uma relação fenomênica impõe uma grande dificuldade metodológica, diante da potencial promiscuidade na relação entre o observador e o objeto analisado, sobretudo na separação entre o olhar individual e o olhar do observador. Muitas vezes costuma-se cobrar uma imparcialidade do cientista no estudo do objeto, mas não se pode esquecer que o olhar do intérprete não percebe somente a luz refletida na sua retina, mas sim a percepção e interpretação dos fatos sobre os quais realiza sua análise.

Podemos concluir, desse modo, que a missão a ser cumprida na elaboração da metodologia compreende mais do que uma mera sistematização do objeto, mas também uma contribuição no estudo e análise do instituto, incrementando sua utilização/aplicação nas próximas situações similares.

1.2. Pode-se falar numa metodologia jurídica?

Inicialmente, cumpre-nos esclarecer que entender a metodologia é fundamental para o sujeito que aplica a técnica jurídica. De fato, como ressalta Olivier Corten, diante de um contexto de crescimento de fontes normativas e precedentes jurisprudenciais, “nos parece ilusório pretender conhecer em detalhe todas as

regras existentes, mesmo aquelas de um domínio particular.¹⁶ Assim, pode-se dizer que o estudo da metodologia do Direito Internacional¹⁷

“Tem como objetivo o conhecimento de uma forma de método de trabalho, suscetível de alguém desvendar todos os âmbitos da cadeira de direito internacional.”

Visando aprofundar o tema da investigação da verdade no processo de formação da metodologia de determinado ramo jurídico, vale mencionarmos os estudos de William Cecil Dampier¹⁸. O antigo professor britânico viveu entre 1867 e 1952, e durante sua vida se destacou como um grande pesquisador das ciências naturais, sobretudo na área da agricultura, onde, inclusive, funcionou como Ministro da Agricultura britânico por alguns anos. Notabilizou-se, também, por suas pesquisas acadêmicas acerca da História da Ciência, área em que publicou a obra “A History Of Science: And Its Relations With Philosophy & Religion”. A importância desta obra certamente transcende as ciências naturais.

Valioso ressaltar que na seminal obra acima mencionada, logo no primeiro parágrafo da Introdução, o autor pontua o seguinte¹⁹:

“A [palavra da língua] Latina *scientia* (*scire*, aprender, saber), em seu amplíssimo sentido, significa aprendizado ou conhecimento. Já a palavra inglesa “*science*” é empregada como uma abreviação para ciências naturais, enquanto o equivalente alemão mais próximo, *Wissenschaft*, inclui todo o estudo sistemático, não apenas daquilo que chamamos de ciência, mas também história, filologia ou filosofia. Para nós, então, ciência pode ser definido como um conhecimento coerente de fenômenos naturais, bem como o estudo racional das relações entre os conceitos nos quais tais fenômenos são estudados.”

Dessa definição resta evidente que o Direito, por exemplo, não faria parte do que para ele é ciência. Ou seja, num dos ensaios mais importantes sobre a história da

¹⁶ CORTEN, Olivier. **Méthodologie du droit international public**. Bruxelas: Editions de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 11

¹⁷ CORTEN, Olivier. **Méthodologie du droit international public**. Bruxelas: Editions de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 12.

¹⁸ Nascido William Cecil Dampier Whetham, deixou de adotar o sobrenome Whetham, além de ter acrescentado o título “Sir”, em razão de ter sido condecorado pela realeza britânica.

¹⁹ DAMPIER, William Cecil. **A History of Science: And Its Relations With Philosophy & Religion**. Cambridge: Cambridge University, 1949, p. xiii.

ciência, as questões jurídicas são excluídas do âmbito científico logo em seu primeiro parágrafo!

De fato, a tentativa de estudar o Direito a partir de um ponto de vista de uma ciência lógico-demonstrativa²⁰, resulta no que André Lipp Pinto Basto Lupi coloca como o “deslumbramento dos modernos com a ideia de ciência”²¹, provocando o que para o autor seria a tentativa de matematizar (Leibniz), sistematizar (Pufendorf) e axiomatizar (Puchta) o Direito.

A despeito disso, a definição de ciência empregada por Sir Dampier nos parece bastante útil aos trabalhos jurídicos, ao ressaltar a necessidade da racionalidade científica com o “estudo coerente dos fenômenos naturais”, bem como no esforço “racional das relações entre os conceitos”.

Obviamente o presente trabalho não tem a pretensão (inegavelmente interessante e apaixonante) de definir a ciência jurídica. Vale neste momento a sempre pertinente lição de Pierre Bourdieu, quando, referindo-se à Sociologia, ressalta que: “a sociologia é uma ciência que tem como particularidade a dificuldade em se tornar uma ciência como as outras”.

O que não podemos, por outro lado, é cair numa completa informalidade estrutural da técnica jurídica, sob pena de, como já ressaltara Jean Piaget, relegar ao Direito o triste privilégio de se tornar uma matéria sobre a qual todos se julgam *a priori* competentes²².

É comum que os temas jurídicos sejam tratados de forma assistemática e casuística, variando sua aplicação de acordo com os agentes envolvidos e a esfera de coerção dos órgãos julgadores. Em razão da flexibilidade inerente das definições impostas e não verificadas no Direito é que surge boa parte das

²⁰ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 49.

²¹ LUPI, André Lipp Pinto Basto. **Os métodos no Direito Internacional**. São Paulo: Lex Editora, 2007, p. 30.

²² BOURDIEU, Pierre. **Leçon sur la Leçon**. Paris: Minuit, 1982, p. 34 e PIAGET, Jean. **Logique et Connaissance Scientifique**. Paris: Gallimard, 1967, ambas obras citadas por SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução a uma ciência pós moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 31-32.

confusões acerca da sua metodologia. Nota-se, ademais, uma dificuldade ontológica em se definir Direito, seja em razão da enorme variedade de símbolos, valores e ideais reciprocamente contraditórios, seja em razão da alteridade, acima mencionada, normalmente enfrentada na sua aplicação quando dois sujeitos confirmam e negam concomitantemente a validade da mesma norma²³.

Por outro lado, não há como se manter um estudo sistemático sobre a técnica jurídica sem que alguns aspectos metodológicos sejam comuns a todos seus operadores. Neste ponto, cabe ilustrar a discussão com um exemplo. Certa feita, uma Associação jurídica reuniu na Universidade de Kansas os Juízes daquele Estado, para discutir algumas questões da política judiciária local, sobretudo alguns casos que mais chamaram a atenção dos membros da Associação, e como se percebe na transcrição do evento, dos próprios Juízes. Ao final da Conferência, todos concordaram em concluir as discussões daquele encontro com o painel: “A importância de focar na Metodologia”. Neste painel, um dos conferencistas, Dr. George Berry, ressaltou que: “Salvo se a metodologia estiver solidamente fundamentada a cada fase do processo, as conclusões não servirão de nada.”²⁴

É por isso, que independentemente de tratarmos o Direito como uma ciência ou não, o fato é que um grande número de estudiosos analisa diariamente problemas jurídicos, e cada vez mais a atuação destes estudiosos se demonstra importante para lidar com as questões vivenciadas na sociedade. Por essas razões devemos realizar um esforço teórico sobre qualquer disciplina ou ramo jurídico a fim de obter sua estrutura metodológica, sob pena de atingirmos resultados com base em evidências incoerentes, tornando incerta a aplicação destas regras jurídicas nos casos concretos.

De qualquer modo, a análise jurídica sob os termos acima demonstrados apresenta um claro paradoxo. É rotineiro no emprego da técnica jurídica a

²³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 31.

²⁴ BERRY, George et. al. The importance of focusing on Methodology. **Kansas Journal of Law and Public Policy**. Volume 9. 1999-2000. p. 187.

máxima de que a justiça é “cega”, ou seja, a aplicação jurídica é fundamentada na ideia de que a total independência dos órgãos aplicadores fornece ao jurista uma venda capaz de torná-lo imune às influências sociais, políticas e econômicas daqueles sobre os quais a lei está sendo aplicada.

O chamado mito da imparcialidade é rotineiramente abordado sob o manto de dogma na aplicação do Direito. Um pouco acima, tratamos da forma como os fatos podem ser classificados quando da construção de estrutura metodológica para um determinado objeto de estudo. Assim, aplicando-se a classificação à técnica jurídica, nos parece à primeira vista que o Direito deve analisar os fatos/dados como uma relação externa ao intérprete/observador do fenômeno jurídico. Isso ocorreria porque supostamente os fatos seriam completamente externos aos seus intérpretes.

Chama atenção sobre o ponto, uma passagem seminal de uma das obras mais importantes acerca dos métodos empregados no Direito, quando Hans Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, ressalta que²⁵:

“A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação.

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como ele deve ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.”

Independentemente da dificuldade em interpretar este trecho introdutório (e não são poucos os exemplos de má interpretação e equívocos quanto ao objetivo da teoria kelseniana), busca-se com a teoria a maior aproximação possível de um modelo teórico jurídico objetivo em que o intérprete se coloque numa postura técnica com relação à questão em análise. Como se percebe no transcorrer da teoria kelseniana, o autor não torna o Direito uma ciência absolutamente distante

²⁵ KELSEN, Hans. **A Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 12.

das questões objetivas que analisa, mas fica a objetividade como um ponto importante na sua análise.

Nota-se de qualquer modo, dentre os estudiosos atuais, o claro reconhecimento da influência do intérprete na análise jurídica das relações sociais. Sobre o assunto, por exemplo, temos uma passagem de prestigiado constitucionalista português em que expressamente é ressaltada a influência política e econômica na formulação dos objetivos constitucionais, sobretudo em face de um mundo globalizado como o vivido atualmente:

“De uma forma historicamente mutável, a Constituição de uma comunidade organizada assentou sempre em três pilares: poder, dinheiro e entendimento. No modelo liberal e no modelo republicado de constitucionalismo, a articulação destes pilares pressupunha (e pressupõe ainda hoje) uma compreensão diversa do estado burocrático, da economia capitalista e da sociedade civil. Há, em cada um deles, a preocupação fundamental de explicitar, jurídica e politicamente, as relações entre a organização política (Estado) e o cidadão. O esquema referencial explícito, e normatizado nos textos constitucionais – poder político e direitos dos cidadãos – transportava sempre, implicitamente, um modelo de “ordem jurídica global” que englobava o Estado e a “sociedade civil”, bem no sentido hegeliano e marxista. Jürgen Habermas lembrou, recentemente, que esta “ordem jurídica global” incorpora o Estado administrativo, a economia capitalista e a sociedade civil. Iremos ver que, mesmo na era da globalização, o problema de constitucionalizar uma ordem política e econômica através do direito continua a residir na assimetria entre a “responsabilidade” imposta ao Estado de direito democrático no plano político, social e econômico, e as suas reais capacidades de actuação, agora num contexto global crescentemente compressor da modelação jurídico-política estatal em matéria de segurança, de liberdade e do próprio direito.”²⁶

Temos implicitamente nessa passagem a menção ao ponto central da debate apresentado no presente trabalho: a regulação sobre a atuação estatal no tratamento conferido ao investidor estrangeiro.

A busca por uma metodologia no Direito do Investimento visa dessa forma equilibrar a simplificação do olhar interno daquele sujeito que lida com questões

²⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. “**Brançosos**” e **Interconstitucionalidade**: *itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 21-22.

atinentes a investimentos estrangeiros quotidianamente, mas também não cair na falácia argumentativa de que o capitalismo seria o culpado por todas as mazelas vividas pela sociedade atualmente.

Como ressalta Frédéric Vandenberghe, por metodologia não se pode circunscrever somente aos levantamento de dados, mas sobretudo ao “conjunto básico de atitudes que pré-estruturam a percepção do campo e tornam possível, antes de tudo, a aparição do fenômeno que será submetido à investigação.”²⁷

Adiante, o mesmo autor faz uma distinção bastante relevante para nosso estudo, quando diferencia uma abordagem ética (etic) de uma abordagem “êmica” (emic). A presente tese não tratará o objeto de estudo a partir do ponto de vista de um intérprete externo, analisando os fatos sociais como coisas (perspectiva ética) ou ainda abraçando o ponto de vista dos participantes (perspectiva êmica). A tese intenta realizar uma análise das estruturas sociais que

“não operam pelas costas dos atores, mas que trabalham indiretamente, por meio da cultura e da ideologia. Através da influência de scripts culturais e vocabulários de motivos, as estruturas sociais determinam as razões da ação. Para se analisar como a cultura e a ideologia deformam sistematicamente as práticas a partir de dentro, por assim dizer, algo como uma fenomenologia na terceira pessoa é necessário.”²⁸

1.3. A necessidade de uma metodologia específica para o Direito Internacional do Investimento

Tendo em conta a relevância da análise da metodologia para a aplicação da técnica jurídica, temos de nos indagar, afinal o Direito Internacional do Investimento depende de uma análise metodológica? Em uma rápida e informal

²⁷ VANDENBERGHE, F. **Uma história filosófica da sociologia alemã: alienação e reificação**. Volume I: Marx, Simmel, Weber e Lukács. São Paulo: Annablume, 2012, p. 21.

²⁸ VANDENBERGHE, F. **Uma história filosófica da sociologia alemã: alienação e reificação**. Volume I: Marx, Simmel, Weber e Lukács São Paulo: Annablume, 2012, p. 21-22.

busca em uma importante livraria virtual, foram encontrados 3.124 livros indexados na categoria “Direito Internacional do Investimento”²⁹. Obviamente que uma série de obras possivelmente foram indevidamente indexadas, além de algumas obras terem sido relacionadas mais de uma vez.

Inegável, de qualquer forma, que o Direito Internacional do Investimento vem sendo estudado com uma frequência tal, que já é suficientemente importante termos uma noção clara da técnica necessária para aplicarmos as normas decorrentes deste novo ramo jurídico.

Neste cenário, cumpre-nos esclarecer os métodos normalmente empregados nos ramos correlatos ao Direito do Investimento, para que, diante das necessidades que permeiam a ideologia e a cultura próprias das transações internacionais de investimento, sejam analisados os principais métodos até então empregados para nas normas encontradas no Direito do Investimento, e assim, ao final da tese propor uma reaproximação da metodologia deste ramo, privilegiando temas que normalmente são abandonados por seus estudiosos.

Uma dúvida bastante comum quando da análise de questões jurídicas relacionadas às questões internacionais, foi de maneira interessante reproduzida por Maarten Bos:

“O advogado nacional e internacional, quando comparados um ao outro, estão posições bastante distintas. O primeiro opera em uma ordem legal caracterizada por vários luxos como a presença de um legislador hierarquicamente colocado acima dos sujeitos de direito, de cortes cuja jurisdição é obrigatória, e de oficiais com capacidade de efetivar as decisões judiciais. Este mecanismo jurídico nacional influencia consideravelmente as obrigações do advogado praticante, e com algum exagero pode se dizer que apenas lhe resta cumprir uma missão técnica – a qual pode conter certa complexidade. Porém, seja o grau desta complexidade, o advogado nacional, especialmente em países com ordenamento codificado, dificilmente estará em dúvida acerca de ‘onde encontro a lei que deve ser aplicada’, nem mesmo terá de refletir ‘onde esta norma foi produzida’, ou mesmo ‘qual a natureza do fenômeno chamado direito’. O advogado internacional, ao contrário, quase diariamente tem de enfrentar estas questões, e lidar com outros

²⁹ A pesquisa foi realizada em 29 de novembro de 2014, no sítio eletrônico “www.amazon.com” pelos termos em inglês “international investment law”.

problemas, em decorrência de não ter um mecanismo jurídico na ordem jurídica internacional³⁰.”

Neste cenário, o advogado que lida com questões acerca do Direito do Investimento enfrenta as mesmas dúvidas do advogado internacionalista, tendo ainda que entender a correta interrelação entre os ordenamentos internacional e nacional. Ou seja, o advogado normalmente aplica simultaneamente normas advindas do Direito Internacional, do Direito interno e as chamadas normativas próprias ao Direito do investimento, como por exemplo seus padrões de tratamento.

³⁰ BOS, Maarten. **A Methodology of International Law**. Amsterdam/New York/Oxford: North-Holland, 1984, p.1.

CAPÍTULO 2. APRESENTAÇÃO DOS RAMOS JURÍDICOS RELACIONADOS AO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO E SEUS MÉTODOS

2.1. ASPECTOS METODOLÓGICOS NO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

2.1.1. Soberania: principal método do Direito Internacional Público

O surgimento do Direito Internacional Público enquanto disciplina jurídica decorre da ideia de que todas as nações civilizadas não aplicam regras jurídicas idênticas, seja por ser impossível seja até mesmo porque consideram isso indesejável. Desse modo, ao fim do século XVIII, quando a figura do Estado-nação se encontrava em processo de consolidação, dentro desse âmbito de diversos sistemas jurídicos nacionais passou-se a entender o Direito Internacional como um imperativo lógico das relações travadas entre os Estados. Jeremy Bentham propugnou pelo estudo autônomo deste sistema jurídico da seguinte forma³¹:

“(...) [que] As leis de todas as nações, ou ainda de quaisquer duas nações, devam coincidir em todos os pontos, seria tão inaceitável quanto impossível: entretanto, alguns pontos centrais, no que tange às leis das nações civilizadas, parece que podem, sem inconvenientes, serem os mesmos.

(...) Em segundo lugar, com relação à qualidade política das pessoas cuja conduta seja objeto do Direito. As pessoas podem, em uma determinada ocasião, serem consideradas desde um ponto de vista de membros do mesmo estado, ou desde membros de diferentes estados: no primeiro caso, o Direito pode ser nomeado como interno, e no segundo caso, de jurisprudência internacional.”

Entende-se desse modo, que o Direito deve ser analisado sob pontos de vista distintos quando num plano de relações internas e quando num plano de relações internacionais. A inovação preconizada por Francisco de Vitoria³² é

³¹ BENTHAM, Jeremy. *Introduction to the principles of morals and legislation*. Vol. 2. 2ª ed. Londres: W. Pickering, 1823, p. 260.

³² “Francisco de VITÓRIA teve o mérito de fixar de modo rigoroso a noção moderna de direito das gentes, expondo-o como o direito que rege as relações entre comunidades políticas (*jus inter gentes*). A inovação de VITÓRIA foi o sentido no qual utiliza o termo *gentes*, no lugar de *homines*, como na redação original romana – dessa forma, enfatizando a dimensão social, o alcance das coletividades humanas e dos povos, como das relações entre eles! Enfatiza VITÓRIA a dimensão específica dos “colegiados” humanos, aos quais aplicar-se-iam as normas. Inova pela aplicação,

posteriormente atestada pela Corte Permanente de Justiça Internacional no julgamento do Caso dos Empréstimos Sérvios no sentido de que o Direito Internacional Público não se trata de um ramo jurídico, mas um sistema jurídico autônomo³³.

2.1.1.a) Principais contornos do conceito de Soberania

A resposta para o porquê do funcionamento distinto dos Direitos Internacional e nacional decorre classicamente da noção de Soberania³⁴, uma vez que internamente há um órgão com poder central e hierárquico sobre os membros da comunidade, paralelo que não ocorre nas relações internacionais pela ausência de um ente central com poder decisório.

Vale, neste caso, apresentar a elucidativa metáfora acerca da noção de Soberania apresentada por Thomas Fleiner-Gerster. O autor utiliza o enredo da obra “Robinson Crusoé” de Daniel Defoe publicada em 25 de abril de 1719, mais especificamente da complicada relação mantida entre Robinson Crusoé e seu companheiro de ilha Sexta-feira. Na obra, Robinson Crusoé naufraga e passa vinte e oito anos perdido em uma ilha desconhecida no meio do Oceano, tempo em que convive com Sexta-Feira, cuja origem remonta a país, cultura e costumes absolutamente distintos dos de Robinson.

Desse modo, para Fleiner-Gerster, o problema aos olhos do Direito Internacional apresenta três soluções: a) Robinson subjuga Sexta-Feira, e faz com que este siga suas leis; b) Sexta-Feira subjuga Robinson e impõe o inverso; ou, ainda, c) Robinson e Sexta-Feira combinam suas leis e seus costumes de origem para

mais do que pelas normas, porquanto procurava inscrever-se na tradição aristotélica-tomista, predominante em seu tempo e seu meio cultural.” (CASELLA, Paulo Borba. **Direito Internacional no Tempo Antigo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 41-42)

³³ Veja-se em Pagamento de Vários Empréstimos Sérvios emitidos na França. Julgamento pela Corte Permanente de Justiça Internacional, Series A, nº 14. p. 41-42.

³⁴ Não se nega o entendimento de que o Direito Internacional “não precisa ser, necessária e exclusivamente, ‘direito interestatal’ – o que já se sabia e se praticava na Idade Média –, onde ocorria sistema ‘internacional’ sem ser este composto por ‘estados’ e sem ter como pressuposto de ordenação a ‘soberania’”(CASELLA, Paulo Borba. **Direito Internacional no tempo medieval e moderno até Vitória**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 526.). Todavia, “a relação entre estado soberano e direito internacional é ponto central para a compreensão da disciplina. Ao menos no modelo moderno e clássico do direito, um não existe sem o outro, (...)” (CASELLA, Paulo Borba. **Direito Internacional no tempo medieval e moderno até Vitória**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 572)

adequá-los a uma nova realidade vivida por ambos, de forma que um novo ordenamento jurídico seja válido nas relações entre ambos, e mais especificamente no espaço territorial da ilha. Diante da terceira hipótese, Fleiner-Geister afirma que seria criada uma relação soberana entre Robinson e Sexta-Feira pelos seguintes argumentos³⁵:

“Não o que a tradição lhes transmitiu como sendo justo ou injusto deverá ser doravante justo ou injusto, mas sim o que eles estabelecerem como tal. Eles mesmos, portanto, se arrogam o direito de criar direito, por exemplo de editar leis. A partir desta tomada de consciência surge uma ordem social que é muito mais independente e autônoma, uma vez que não se funda sobre valores que remontam a um passado muito longínquo e obscuro. Pela primeira vez Robinson e Sexta-Feira podem tomar uma decisão voluntária consciente comum e declará-la como juridicamente válida para a ilha. A comunidade não depende mais de um destino obscuro, mas, ao contrário, pode tomar a sorte em suas mãos. *É desse modo que nasce o Estado racional*, no qual as leis não provêm de um passado longínquo mais ou menos obscuro, mas são editadas por uma decisão racional do legislador.”

A despeito da ideia decorrente da noção de Soberania ser facilmente apreensível, como na comparação acima idealizada, são enormes as discussões em torno dos efeitos decorrentes da Soberania. Jens Bartelson afirma inclusive que “a soberania não é necessária ou essencial”, ressaltando até mesmo que “seu lugar central e ambíguo no discurso político moderno é o resultado de acidentes previamente ocorridos.”³⁶

O termo Soberania é claramente polissêmico, com significados distintos em especial no que tange à forma em que é empregado. Jens Bartelson acrescenta em sua monografia sobre o assunto que³⁷:

“Dentro desta tradição, soberania não se limita a significar coisas diferentes em diferentes períodos, funcionar diferentemente dentro de arranjos epistêmicos distintos, ou mesmo que é algo completamente diferente de vez em quando.”

³⁵ FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria Geral do Estado**. Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 216-7.

³⁶ BARTELSON, Jens. **A genealogy of sovereignty**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 239.

³⁷ BARTELSON, Jens. **A genealogy of sovereignty**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 247.

Desse modo, diante da dificuldade conceitual que o leitor pode se encontrar, preferimos adotar uma significação para o termo Soberania, que nos atende de maneira bastante suficiente para os objetivos da presente tese. Na presente tese, a Soberania será entendida como³⁸:

“(...) uma ficção jurídica, contínua face jurídica de um Estado político, dotada de principiologia própria, que justifica e sintetiza o exercício do monopólio do poder legítimo de um grupo em determinadas fronteiras, podendo ser este grupo mais ou menos maleável quanto a exercer/sofrer ingerência sobre/de outros grupos estabilizados, a depender de interesses particulares ou da força e do poder econômico particular que detém”.

Por fim, também faremos uma distinção entre as chamadas soberanias interna e externa, pois apesar de serem significados claramente decorrentes da definição acima, nos será bastante valiosa a distinção quando verificarmos o tratamento regulatório conferido aos investimentos estrangeiros³⁹:

“Deve-se distinguir também entre a soberania interna e a soberania externa. Tem soberania externa quem é sujeito do direito internacional público e, no plano da igualdade de direitos, pode concluir tratados com outros Estados, bem como declarar guerra e estabelecer a paz. No que se refere à soberania interna, trata-se de saber se, no plano interno, um Estado pode dominar e governar sem interferências externas. Quando o Estado constitui a autoridade suprema perante os seus cidadãos, ele é internamente soberano.”⁴⁰

Desse modo, como ressaltado acima, a soberania – em especial para os fins que buscamos na presente tese – é ligada diretamente a noção de sujeito de Direito Internacional Público que, em sua conformação clássica, tem seu método de

³⁸ SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. **Direito Internacional Público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 63.

³⁹ Outra definição em conformidade com nossos objetivos na presente tese é aquele apresentado por COSTA, José Augusto Fontoura. *Globalização e Fim do Estado*. In: COSTA, José Augusto Fontoura; DERANI, Cristiane. **Globalização e Soberania**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 41. (“[sobre Soberania] Seu sentido, que é bastante variável no pensamento político, pode regularmente ser separado em dois sentidos: a) um interno, em que o poder estatal se manifesta em relações especificamente assimétricas, havendo monopólio do uso da força e superioridade explícita sobre qualquer outro tipo de ordem social (religiosa ou moral, por exemplo) e b) um externo, plasmado na independência dos Estados, juridicamente iguais e imunizados contra a ingerência de outros.”)

⁴⁰ FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria Geral do Estado**. Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 232.

aplicação radicalmente distinto daquele empregado no Direito interno⁴¹. O Direito Internacional Público westfaliano tem seu plano de realização de forma horizontal⁴², uma vez que diante de um ordenamento absolutamente voluntarista, apenas se submeteriam aos seus comandos aqueles agentes que expressamente anuíssem ao sistema.

A visão de Direito Internacional acima é – e já há algum tempo - superada. O Direito Internacional contemporâneo enfrenta os desafios de um ramo do Direito cuja fase de maturação está muito mais avançada com sua relevância teórica e especialmente prática cada vez mais evidente. Normas vinculantes universais⁴³, deveres jurídicos diretamente destinados aos indivíduos⁴⁴, são exemplos de características do que parcela da doutrina chama de Direito Internacional da pós-modernidade.

Abrem-se uma série de dificuldades metodológicas antes não imaginadas, tornando por outro lado o ramo, cada vez mais objetivo e avançado do ponto de vista regulatório.

⁴¹ BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 5ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1998, p., 31-56; CASSESE, A. **International Law**. New York: Oxford University Press, 2001, 5; SHAW, Malcolm N. **International Law**. 5ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, 120-174; COUTO, Estêvão Ferreira. **A relação entre o interno e o internacional: concepções cambiantes de soberania, doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.; ARIOSI, Mariângela. **Conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas: o Judiciário brasileiro e a nova ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

⁴² CASSESE, A. **International Law**. New York: Oxford University Press, 2001, 5.

⁴³ Vale, neste caso, transcrever a interessante lição de Malcolm N. Shaw: “Certos tratados procuram estabelecer um “regime” que se estenda necessariamente aos Estados que não são partes signatárias. A Carta das Nações Unidas, por exemplo, ao criar uma estrutura definitiva para a preservação da paz e da segurança internacionais, declara em seu artigo 2º(6) que ‘a organização fará com que os Estados que não são membros das Nações Unidas ajam de acordo com estes princípios [arrolados no artigo 2º] em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais.’ Podemos citar também o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), de 1947, que estabeleceu um código de conduta comum no comércio internacional, e teve importantes efeitos também sobre os Estados que não o assinaram. O Acordo transmutou-se na Organização Mundial do Comércio.” (SHAW, Malcolm N. **International Law**. 5ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, p. 92)

⁴⁴ Vejam-se os cursos de HAFNER, Gerhard. The emancipation of the individual from the State under International Law. In: **Recueil des Cours: collected courses of the Hague Academy of International Law**. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2011, v. 358, p. 263-454; e CASELLA, Paulo Borba. Evolução institucional do direito internacional: à luz do cinquentenário do conceito de direito de Hart (1961). In: **Revista Brasileira de Filosofia**. Vol. 236. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 313-329.

2.1.1.b) O Direito Internacional segundo critérios de Direito Interno

Conforme ressaltado acima, está presente nos estudos jurídicos, sobretudoos naqueles atinentes ao Direito Internacional uma dificuldade metodológica em se debruçar acerca dos principais institutos atinentes ao ramo jurídico.

Visando compreender a inter-relação das órbitas interna e internacional do Direito, será observada a solução kelseniana para resolver o impasse mediante a análise direta dos efeitos decorrentes das normas que compõem o Direito internacional, e diante delas verificar se o Direito Internacional se vale dos mesmos métodos do chamado Direito interno⁴⁵.

Para Goffredo Telles Junior, uma norma adquire a natureza jurídica a partir do momento em que regula comportamentos humanos pelos quais a respectiva coletividade ou grupamento humano as prescreva como forma de atingir seus objetivos⁴⁶. Permissivas ou proibitivas, as normas jurídicas são aquelas que prescrevem comportamentos humanos buscando autorizar ou desautorizar ações ou omissões conforme os objetivos de uma determinada comunidade em um determinado ponto de espaço e de tempo.

Desse modo é possível se aproximar o Direito Internacional do Direito em geral, ao ponto que o preenchimento da conduta prevista em normas previamente estabelecidas e válidas enseja a consequência jurídica respectiva. Todavia, é exatamente quando se define a aplicação da norma jurídica que o Direito Internacional explicita sua principal distinção em relação à ordem jurídica interna. O Direito Internacional não conta com uma autoridade central responsável pela verificação, fiscalização, controle e aplicação das normas jurídicas próprias do seu sistema. Enquanto no Direito brasileiro temos o Poder Judiciário dotado de

⁴⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998 (tradução do original publicado em 1961), p. 467.

⁴⁶ TELLES JUNIOR, Goffredo. **O Direito Quântico**. 6ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1985, p. 345.

jurisdição para conhecer e pacificar conflitos, não há idêntico órgão judicante em âmbito internacional para fazer valer um direito internacional subjetivo⁴⁷.

Face referida característica, Hans Kelsen passa a trabalhar problemas inerentes ao Direito internacional como a questão da guerra justa (*bellum justum*). Assim, se no Direito brasileiro o cometimento de um crime gera um dever de persecução pelo Estado, mediante seu equipamento próprio (Ministério Público, Juízes etc.), restando expressamente vedada a possibilidade da utilização da força pela própria vítima (veja-se, por exemplo, Código Penal: “Art. 345 - *Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite.*”), é comum na história das relações internacionais a utilização da guerra como retorsão a uma prática não desejada por outro Estado.

Atualmente, se sabe que de um prisma normativo é plenamente possível se defender a proibição da utilização da força para solucionar um impasse no âmbito internacional (veja-se artigo 2(4) da Carta da Organização das Nações Unidas), porém a utilização de órgão competente para implementar a consequência jurídica ao descumprimento varia, dependendo especialmente da seara jurídica em questão.

Um crime de genocídio, uma desapropriação indevida de propriedade de Estados estrangeiros, a implementação de políticas comerciais discriminatórias, ou um desatendimento a um acordo de integração regional geram direitos subjetivos em âmbitos distintos, e, por conseguinte, a persecução, julgamento e execução dos atos vedados pelo Direito Internacional é realizado por órgãos dotados de poder de coerção radicalmente diversos.

Poderá o leitor mais crítico afirmar que a confiabilidade gerada pela atuação de Poderes Judiciários nacionais também varia, por exemplo, de acordo com a sofisticação do aparelhamento judicial de que cada Estado é dotado⁴⁸, porém, o problema da natureza do Direito Internacional é prévio: é possível que questões

⁴⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998 (tradução do original publicado em 1961), p. 481.

⁴⁸ ANDERSON, James H.; BERNSTEIN, David S.; GRAY, Cheryl W. **Judicial Systems in Transition Economies: assessing the past, looking to the future**. Washington: Banco Mundial, 2005.

jurídicas internacionais não encontrem órgão que se habilite a julgá-lo, ao passo que outras questões internacionais facultam a atuação de vários órgãos concomitantemente, o que rende diversos debates sobre a jurisdicionalização internacional⁴⁹.

2.1.1.c) Direito Internacional Público e princípio da cooperação

Em razão da dificuldade encontrada na aplicação das fontes do Direito Internacional, o âmbito jurídico das relações internacionais costuma ser tachado de insuficiente, havendo por parte da sociedade em geral uma análise mais voltada em termos de força do que propriamente em termos de regras de Direito. Ou seja, vulgarmente se discute quais Estados têm poder para aplicar e quais não precisam observar as normas internacionais.

Tal falácia é resultado muito mais de uma dificuldade em se entender o método de funcionamento do disciplina jurídica, dado que em todas as circunstâncias de potenciais conflitos entre Estados, mesmo quando um Estado é bem mais forte do que outro, sempre a postura é justificada – ainda que equivocadamente - em termos do Direito Internacional Público. Em suma, a despeito da distinção metodológica entre o Direito interno, um direito de subordinação, e o Direito Internacional, um direito de coordenação⁵⁰, não há como se negar a clara vigência das normas celebradas neste segundo âmbito.

E mais. Atualmente, com o avanço das questões internacionais ou da internacionalização das questões internas⁵¹, o Direito Internacional Público tem amadurecido seu funcionamento. A obrigatoriedade das suas normas são cada vez menos objeto de discussão, passando para uma fase naturalista ou objetivista, em que algumas normas de Direito Internacional ganham status de indissociáveis e inderrogáveis pelos próprios Estados, como por exemplo ocorre

⁴⁹ KINGSBURY, Benedict. Foreword: Is the proliferation of International Courts and Tribunals a systemic problem? In: **Journal of International Law and Politics**. Vol. 31. 1999, p. 679-696; ROMANO, Cesare P. R. Can you hear me now? The case for extending the international judicial network. In: **Chicago Journal of International Law**. Vol. 10. 2009-2010. 233-273.

⁵⁰ ROSENNE, S. **Practice and Methods of International Law**. New York: Oceana Publications, 1984, p. 2; BOS, Maarten. **A Methodology of International Law**. Amsterdam/New York/Oxford: North-Holland, 1984, p. 1.

⁵¹ DEZALAY, Y.; GARTH, B.G. The internationalization of palace wars – lawyers, economists, and the contest to transform Latin American States. Chicago: University of Chicago Press, 2000.

com as normas jus cogens, ou ainda com as obrigações erga omnes que veremos adiante.

Nada disso está em desacordo com a realidade. A humanidade tem observado um período em que os problemas não são mais internos. Meio ambiente, terrorismo, guerra, são ameaças a condição da vida humana no planeta, e por isso demandam soluções universais.

Aceitem os Estados ou não, o Direito Internacional atinge uma fase da preponderância do Direito Internacional da cooperação, em que os agentes não podem mais cooperar apenas quando voluntariamente aderem a essas regras, mas como uma forma de promoção do bem comum que será igualmente usufruído por todos, independentemente do território em que vivem.

2.1.2. Questões econômicas como objeto específico na regulação do Direito Internacional Público: o Direito Internacional Econômico

A despeito do eventual desrespeito à alguma norma de metodologia científica, é impossível neste ponto deixar de lembrar a Professora Araminta de Azevedo Mercadante que se referia informalmente ao comércio internacional como a “moderna forma de fazer guerra”⁵².

É inegável que as relações econômicas cada vez mais interdependentes chegam a levar alguns críticos a determinar o desaparecimento do Direito Internacional Privado em razão da aplicação cada vez mais constante do Direito Internacional Econômico para solução dos conflitos privados⁵³.

Em tempo, a noção da interdependência econômica trata de elementos como, avanço na comunicação; redução no custo do transporte; transações “on line”; redução das barreiras para o comércio mediante tratados internacionais; clima

⁵² Segundo a professora esta percepção a incentivou a desenvolver a obra: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo. **Guerra Comercial ou integração mundial pelo comércio? a OMC e o Brasil**. São Paulo, LTr, 1998.

⁵³ TRACHTMAN, Joel P. The International Economic Law Revolution. In: **University of Pennsylvania Journal of International Economic Law**. Verão, 1996. (disponível em <http://www.wordtradelaw.net/articles/trachtmanrevolution.pdf>).

econômico favorável; concorrência internacional e aumento das eficiências econômicas; e uma relativa paz mundial, de forma que as necessidades sejam analisadas de modo global. Ao ponto que a mesma interdependência gera uma série de efeitos indesejados como a rápida flutuação do mercado acionário mundial; fraudes bancárias internacionais; impactos das opções monetárias domésticas em todo o mundo; aumento do poder internacional das Empresas Transnacionais, o que leva o Direito a ter de exercer um papel de conformação social do fenômeno ajustando-o aos objetivos da comunidade internacional⁵⁴.

Desse modo, para a implantação de políticas governamentais econômicas é necessário se ter em consideração implicações internacionais, sugerindo certa inabilidade das políticas econômicas isoladas atingirem os resultados buscados face o descontrole sobre as forças econômicas externas. A dificuldade pode ser traduzida pela polêmica travada entre aqueles como Tip O'Neill e Gary Hymel para quem "todas as políticas são locais" e outros como Peter F. Drucker que ressalta a necessidade de se entender as políticas econômicas como um fenômeno internacional⁵⁵.

Resultado dessa polêmica é que inclusive a mídia que noticiava apenas aspectos geopolíticos, passou a tratar de aspectos predominantemente geoeconômicos, retratando turbulências econômicas causada há milhares de quilômetros de distância. As preocupações econômicas deixaram de ser locais e as pessoas sabem disso. Diante desse quadro totalmente distinto daquele vislumbrado pelos juristas do século XIX, a aplicação do Direito sem a observação desse fenômeno tem seguido um regime com base na mais completa falta de estudos empíricos com base somente em ideias preconcebidas.

O Direito Internacional Econômico deve solucionar suas premissas, assim, com base na diversificação conceitual e no estudo científico dos negócios realizados. De modo que a intervenção internacional por meio de tratados multilaterais é o objeto de estudo natural da disciplina, porém considerando a forte influência já

⁵⁴ JACKSON, John. Global Economics and International Economic Law. In: **Journal of International Economic Law**. Vol. 1. 1998. p. 1.

⁵⁵ JACKSON, John. Global Economics and International Economic Law. In: **Journal of International Economic Law**. Vol. 1. 1998. p. 2.

praticada pelo mercado global, indaga-se constantemente acerca da necessidade da intervenção do Direito nesse campo. Para ditar referida solução, costuma-se pregar que as instituições servem exatamente como balizas de funcionamento do mercado:

“É evidente que, para seu funcionamento, os mercados ... necessitam do estabelecimento de regras jurídicas que ditem direitos e deveres daqueles que praticam as transações (...) para atingir todos os ganhos decorrentes do negócio (...) deve haver um sistema jurídico e uma ordem política (...) a Economia política consiste na eleição daquelas regras, procedimento e estruturas administrativas legais que maximizarão o valor da produção(...)”⁵⁶

É pouco controverso que as instituições afetam o desempenho da economia. (...) Instituições reduzem a incerteza ao prover uma estrutura para o dia-a-dia cotidiano. (...) Instituições afetam o desempenho da economia no que se refere ao seu efeito sobre custos de troca e de produção (...)”⁵⁷

Atualmente, inclusive, pode-se dizer plausível que 90% do trabalho sobre direito internacional seja sobre algum aspecto do direito internacional econômico⁵⁸. Num sentido amplo e meramente metodológico, podemos dizer que o Direito Internacional Econômico pode ser tratado por dois aspectos principais: o negocial que se refere às transações ocorridas no contexto fluxo internacional, focando nos entes privados, e o regulatório, que enfatiza o papel das instituições estatais para regulação do fluxo econômico internacional⁵⁹.

Sob tais premissas, e em consonância com o entendimento de John Jackson, o Direito Internacional Econômico tem nas seguintes características seu campo principal de pesquisa⁶⁰. Em primeiro lugar, não há como se conferir natureza jurídica distinta do Direito Internacional Econômico que não seja de parte do Direito Internacional Público. Nota-se com clareza que o Direito Internacional

⁵⁶ COASE, Ronald H. **The Firm, the Market, and the Law**. Chicago: University of Chicago Press, 1990 [original de 1960].

⁵⁷ NORTH, Douglas. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University, 1990.

⁵⁸ JACKSON, John. Global Economics and International Economic Law. In: **Journal of International Economic Law**. Vol. 1. 1998. p. 8.

⁵⁹ JACKSON, John. Global Economics and International Economic Law. In: **Journal of International Economic Law**. Vol. 1. 1998. p. 9.

⁶⁰ JACKSON, John. Global Economics and International Economic Law. In: **Journal of International Economic Law**. Vol. 1. 1998. p. 9-11.

Econômico se vale do mesmo esquema de fontes, além de adotar método de solução de controvérsia construído no âmbito do Direito Internacional Público.

Ademais, a eficácia do Direito Internacional Econômico é condicionada a um esquema de interrelação entre o Direito Internacional e os Direitos internos, exatamente no que se refere à efetividade das normas internacionais sobre indivíduos.

Outra característica importante no Direito Internacional Econômico, reside no fato do ramo jurídico ter como ponto de partida de aplicação de suas normas a ocorrências de fenômenos que serão observados e analisados por métodos típicos de outros ramos de conhecimento, tornando o ramo necessariamente multidisciplinar, e em decorrência necessariamente empírico. Os estudos envolvendo a caracterização e as consequências econômicas de ações tomadas por Estados ou mesmo por outros agentes privadas, apenas são verificadas de acordo com as medições realizadas empiricamente por seus estudiosos.

E, por fim, a última característica marcante do ramo jurídico, conforme o estudo realizado pelo Professor John Jackson, é que os destinatários do Direito Internacional Econômico exercem um forte peso na agenda internacional. Qualquer conflito notado neste ramo atinge destinatários com forte atuação na política internacional, sejam os próprios Estados, sejam grandes agentes econômicos, cuja operação internacional esteja sendo atingida naquele caso.

Como se percebe, trata-se sem sombra de dúvida de uma disciplina inserida no contexto do Direito Internacional Público, que, todavia, obriga que o Direito Internacional Público seja “revisitado e reavaliado” às condições atuais da sociedade econômica internacional⁶¹.

⁶¹ TRACHTMAN, Joel P. The International Economic Law Revolution. In: **University of Pennsylvania Journal of International Economic Law**. Verão, 1996. (disponível em <http://www.wordtradelaw.net/articles/trachtmanrevolution.pdf>).

2.2. PRINCIPAIS ASPECTOS DO DIREITO INTERNACIONAL DO INVESTIMENTO

2.2.1. Evolução do Direito Internacional do Investimento

O estudo do fenômeno do investimento realizado além do território de origem da empresa investidora demanda certos cuidados e algumas reflexões iniciais, pois sua realização pode ocorrer de diversas formas, com consequências bastante distintas sob o prisma econômico e jurídico.

Importante esclarecer, por isso, a divisão entre o investimento estrangeiro direto daquele chamado de investimento de portfólio.

O investimento estrangeiro direto (IED), implica a aquisição do poder de controle sobre processos de tomada de decisões acerca da unidade de investimento (normalmente uma empresa) estrangeira. Para a realização de um IED, algo além de dinheiro em espécie é adquirido.

O investimento de portfólio, por sua vez, não acarreta a transferência de ideias e de tecnologias, vez que se busca a vantagem comparativa direta no tocante aos lucros auferidos por aquela unidade produtiva estrangeira. Não é que não se busque uma unidade produtiva lucrativa pelo IED, mas na verdade ocorre uma aquisição do poder de tomada de decisões, gerando para o investidor a possibilidade de, por meio de seus conhecimentos específicos, produzir riquezas que não seriam possíveis em seu mercado de origem.

Partindo dessas premissas, o Fundo Monetário Internacional, em seu Manual de Balança de Pagamentos de 1993, define investimento direto, refletindo “o objetivo de obter uma participação duradoura de um ente residente, em uma economia, em uma empresa residente em outra economia (...) a participação duradoura implica a existência de relações a longo termo entre o investidor direto e a empresa e um nível significativo de influência pelo investidor na administração da empresa”,

Tendo em conta a relevância do fenómeno para a globalização económico e a movimentação económica, foram formulados Acordos Internacionais para Promoção e Proteção do Investimento Estrangeiro Direto, exatamente com o escopo de regular e incentivar a realização deste tipo de movimentação de capitais entre os países.

2.2.1.a) Método clássico de solução de controvérsias envolvendo investidores estrangeiros: proteção diplomática

Até o século XIX, o investimento estrangeiro direto tinha a forma de empréstimos por investidores europeus a tomadores em outros Estados europeus⁶². Entretanto, com a evolução das formas de transporte e de comunicação no fim do século XIX, o investimento espalhou-se pelo mundo, tendo por base que apenas os grandes possuidores de capital poderiam subsidiar as grandes indústrias, que, por sua vez, àquela época, passavam por grandes transformações.

1) Proteção diplomática: definição e características

Nessa época, a forma clássica de proteção do investidor em territórios estrangeiros era a proteção diplomática. Esta proteção em nada se confunde com a proteção ofertada a diplomatas (ou privilégios do serviço diplomático), nos quais a imunidade diplomática é conferida pelos Estados aos seus representantes⁶³. A proteção diplomática, por ser instituto bastante antigo abrange diversas definições doutrinárias⁶⁴, porém talvez a definição com maior repercussão atual seja aquela

⁶² CNUCED, 1999b.

⁶³ AMERASINGHE, Chittharanjan F. **Diplomatic Protection**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 45. Acerca dos direitos diplomáticos veja-se NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba; BITTENCOURT NETO, Olavo de Oliveira. **Direito Internacional Diplomático**. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁶⁴ Veja-se, por exemplo, VERDUZCO; WITKER. **Diccionario de Derecho Internacional**. México: UNAM, 2001. p. 282. “A proteção diplomática tem como objetivo substituir por uma pessoa capaz de exercer uma ação internacional (Estado), uma pessoa que carece de tal capacidade e que tenha sofrido um dano (o nacional) ”; e CABRITA, Teresa Mafalda Vieira da Silva. Proteção Diplomática. In: RIBEIRO, Manuel de Almeida; COUTINHO, Francisco Pereira; CABRITA, ISABEL.

proposta nos artigos sobre Proteção Diplomática elaborados pela Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas⁶⁵:

“A proteção diplomática consiste na invocação, por um Estado – através de ação diplomática ou outros meios de resolução pacífica –, da responsabilidade de um outro Estado por um dano causado por ato ilícito internacional do segundo Estado a uma pessoa natural ou jurídica que é nacional do primeiro Estado mencionado, com vista à implementação de tal responsabilidade.”

Desde Vattel em 1758 já se defendia a ideia de que qualquer ofensa a um nacional de um Estado é uma ofensa indireta ao próprio Estado. A ideia foi defendida também no século XIX, por meio de Halleck, Phillimore, Wheaton, F. de Martens, Brentano e Sorel e Heffer, e no século XX, por Fauchille, Oppenheim e Holland⁶⁶.

Deste modo, o ato em que o Estado assume a reclamação do particular, fazendo-a sua⁶⁷, e dispondo-se a tratar da matéria junto ao Estado autor do ilícito é denominada de “endosso”, sendo duas suas características principais: a) discricionariedade; b) independência.

O endosso é ato discricionário do Estado, ou seja, o Estado tem ampla liberdade de pleitear na seara internacional ou não a reclamação de seu nacional, exatamente pelo fato de que a proteção diplomática é instituto que não pertence ao nacional, mas sim ao Estado endossante. É uma relação jurídica que somente

Enciclopédia de Direito Internacional. Coimbra: Almedina, 2011, p. 382. “Invocação por parte de um Estado, por meio de acção diplomática ou outro mecanismo de resolução pacífica de disputas, da responsabilidade de outro Estado por danos causados a pessoas singulares ou colectivas suas nacionais, em resultado de uma violação de uma norma de Direito Internacional”.

⁶⁵ Projeto da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas sobre Proteção Diplomática, adotado pela Comissão na sua 58ª sessão, em 2006. Veja-se Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement nº 10 (A/61/10)

⁶⁶ Os autores referidos e seus respectivos posicionamentos foram resultado de pesquisa empreendida pelo Professor TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **O esgotamento de recursos internos no Direito Internacional**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 112-4.

⁶⁷ “Ao assumir a causa de um de seus súditos e propor uma ação diplomática ou uma ação judicial internacional em seu favor, **na realidade este Estado faz valer seu próprio direito**, o direito que tem de fazer respeitar o Direito Internacional com relação à pessoa de seus súditos” (grifo nosso) Caso das Concessões Mavrommatis (Grécia vs. Reino Unido), CPJI, série A, nº 2, sentença de 30 de agosto de 1924. Vale ressaltar que a noção foi reiterada nos casos Nottebohn e Barcelona Traction. O mesmo entendimento é extenuadamente comprovado em AMERASINGHE, Chitharanjan F. **Diplomatic Protection**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 21-36.

pode ser titularizada pelo Estado, vindo daí sua natureza claramente discricionária:

Definitivamente, o direito do Estado de proteger seus nacionais em conformidade com o Direito Internacional se contrapõe à proibição de intervenção em outro Estado. Por isso, pode se dizer que este direito nasce no marco internacional *perante os outros Estados*; e dentro deste marco, portanto, de uma relação interestatal e numa estrutura relacional puramente decorrente da sociedade internacional. Daí deriva seu caráter discricionário⁶⁸.

Cabe salientar, que o endosso não implica necessariamente alguma forma de solução judiciária da controvérsia, sendo possível que a solução seja feita por uma composição ou outro meio diplomático ou político de solução de controvérsias.

É plenamente possível, ademais, que a proteção diplomática seja oferecida sem a prévia requisição pelo particular, o que permite em inúmeras situações que tomando conhecimento de algum dano ao seu nacional, o diplomata imediatamente atue em favor de um nacional agredido⁶⁹.

Para se valer da proteção diplomática, a reclamação internacional deve atender a dois requisitos: (i) nacionalidade efetiva do tutelado; e, (ii) exaustão dos remédios locais.

No que se refere à nacionalidade efetiva do tutelado, a aferição de uma nacionalidade a uma corporação é algo bastante complexo, especialmente tendo em conta como isso varia de legislação para legislação. Em geral deve haver uma evidência de alguma conexão substancial e efetiva entre a entidade legal e o Estado endossante. Contudo, algumas posições são esposadas, como nas legislações inglesas e norte americanas em que se requer a existência de um substancial interesse de seus nacionais na corporação, o que, em contrapartida, se difere da Itália e da Suíça que confiaram neste critério apenas por acordos estabelecidos, não o tornando regra. Outra abordagem do tema é a nacionalidade

⁶⁸ MATEU, Helena Torroja. **El derecho del Estado a ejercer la protección diplomática**. Barcelona: JMB Bosch Editor, 2007, p. 73.

⁶⁹ Vide REZEK. J.F. **Direito Internacional Público**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 269.

pela siége social, isto é, o lugar onde funciona o centro dos órgãos administrativos, o centro do controle da corporação. E, por fim, pela teoria da constituição deve se levar em conta o ordenamento jurídico que atribui personalidade à empresa que foi constituída, teoria inclusive adotada pela Corte Internacional de Justiça no caso Barcelona Traction⁷⁰.

II) Proteção diplomática: caso Barcelona Traction

De fato, podemos dizer que o caso Barcelona Traction é um marco fundamental para o estudo da proteção diplomática, ainda mais se considerarmos a relevância que o caso empresta para a proteção dos direitos de acionistas de sociedades empresárias estabelecidas em Estados estrangeiros.

A Barcelona Traction, Light and Power Company Limited foi formada em 1911 na cidade de Toronto no Canadá. Porém, no período entre guerras, grande parte de suas ações foram adquiridas por acionistas belgas e suas principais atividades

⁷⁰ Corte Internacional de Justiça. Caso Barcelona Traction (Bélgica v. Espanha). “Ao alocar empresas em Estados com a finalidade de proteção diplomática, o direito internacional é baseado, mas apenas até um certo momento, sobre uma analogia com as regras com comandam a nacionalidade dos indivíduos. A regra tradicional atribui o direito de proteção diplomática de uma corporação para o Estado sob as leis do qual o mesmo é constituído e em cujo território possui seu escritório oficial. Estes dois critérios têm sido confirmados pela prática e por numerosos instrumentos internacionais. Isto, não obstante, consagra ou ligações distintas são, algumas vezes, requeridas em ordem de que o direito de proteção diplomática possa existir. Certamente, esta tem sido a prática de alguns Estados para outorgar a uma corporação sob sua lei, proteção diplomática apenas quando esta tem sua sede (siége social) ou administração ou centro de controle em seu território, ou quando uma maioria ou uma proporção substancial de suas ações é de propriedade de nacionais do Estado. Apenas nesse caso, tem sido questionado, se existe entre a corporação e o Estado em questão uma ligação genuína como já é comum nos outros campos do direito internacional. Entretanto, na área particular da proteção diplomática das corporações, nenhum teste de ‘ligação genuína’ goza de aceitação geral. Tais testes já aplicados são de natureza relativa, e algumas ligações com um Estado têm influenciado em relação a outros. Tal referência à ligação foi feita no caso Nottebohm. De fato, as Partes fizeram referência freqüente a isso no curso do procedimento. Contudo, dados os aspectos jurídicos e factuais da proteção neste caso, a Corte é da opinião que não pode ser feita analogia com as questões discutidas ou da decisão proferida no presente caso. No presente caso, não é controvertido que a companhia foi constituída no Canadá e tem seu escritório oficial naquele país. A constituição da companhia sob a lei do Canadá foi um ato de livre escolha. Não apenas os fundadores buscaram a constituição da companhia sob as leis canadenses, como também permaneceu sob aquele ordenamento por 50 anos. Manteve no Canadá seu escritório oficial, suas contas e seus registros de acionistas. Reuniões da diretoria foram feitas lá por vários anos; é também cadastrada pelas autoridades tributárias do país. Assim, uma ligação próxima e permanente foi estabelecida, fortificada pelo transcurso de mais de meio século. Tal ligação não é de nenhuma forma enfraquecida pelo fato da companhia estar engajada desde seu início a atividades comerciais fora do Canadá, razão objeto do litígio. As ligações da Barcelona Traction com o Canadá são, portanto, múltiplas.”

foram estabelecidas na Espanha ⁷¹, principalmente na Catalunha, sendo estabelecidas diversas filiais naquele país.

Contudo, uma grande quantidade de títulos, principalmente em esterlinas, foram lançadas pela Companhia, o que após a guerra, em 1936, foi proibido pelas autoridades espanholas, a não ser que certos requisitos fossem preenchidos, até que em 1948, um grupo de espanhóis requereram a falência da empresa visto o não cumprimento da obrigação anunciada por estes títulos. Desta forma, e com a frustração das negociações diplomáticas, em 23 de Setembro de 1958, a Bélgica instituiu um processo na Corte Internacional de Justiça, em face da Espanha, fundamentando sua jurisdição no Tratado de Conciliação, Controvérsias Judiciais e Arbitragem estabelecido pelos dois países em 19 de Julho de 1927.

Desta maneira, o Governo Belga em seu pedido à Corte Internacional de Justiça reivindicou que⁷²: (i) os direitos da Companhia foram seriamente ignorados no curso da falência; (ii) as decisões da Corte espanhola foram viciadas por erros na aplicação da lei e por arbitrariedade ou discriminação, o que resultou em uma denegação de justiça; (iii) a proteção diplomática requerida pelo Estado belga era a única forma de proteger os direitos; e ressalta-se (iv) que durante o processo de liquidação, medidas vexatórias foram praticadas pelo Governo espanhol, chegando até mesmo a que fosse designado parte do patrimônio da empresa a um grupo espanhol⁷³.

Frustradas as negociações, a Espanha arguiu quatro objeções preliminares, contestando a jurisdição da Corte Internacional de Justiça, já que: (i) o reinício do procedimento é contrário ao espírito do Tratado, ao qual a Bélgica se reportou quando invocou a jurisdição para a Corte; (ii) jurisdição original, que se referia à CPJI, foi interrompida entre 1945 e 1955, quando a Espanha não era membro da ONU; (iii) a Bélgica não tinha capacidade de esposar as reivindicações de seus

⁷¹ ROSENNE, Shabtai. **The World Court**. 5ª ed. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 195.

⁷² Belgium v. Spain - Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) - Judgment of 5 February 1970 - Second Phase - Judgments [1970] ICJ 1 (5 February 1970)

⁷³ ROSENNE, Shabtai. **The World Court**. 5ª ed. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 195.

nacionais, desde que possuíam nacionalidade distinta da Companhia; (iv) a pretensão belga não era admissível, dada a falha da companhia em exaurir os remédios locais.

A primeira objeção foi rejeitada, pois apesar do governo espanhol alegar que não havia nenhum direito subjetivo do autor, a partir do momento em que houve a interrupção do procedimento, a interrupção apenas ocorreu em decorrência da tentativa do Autor de compor o conflito de outra maneira. E nada caracteriza o impedimento de refazer o pedido, ou melhor da impossibilidade de se pleitear qualquer defesa adiante. Ademais, não havia confrontado o Tratado estabelecido entre os dois países, visto que ainda existia o direito de pleitear a reparação.

A segunda objeção tratava da invalidade do julgamento perante àquela Corte, quando o Tratado firmado entre as Partes, que dispunha a cláusula compromissária de jurisdição, se referia à antiga Corte Permanente de Justiça Internacional. A última Corte remete necessariamente a primeira, de forma que a referida cláusula permaneceu inoperante durante alguns anos, e voltou a vigor, quando da criação da Corte Internacional de Justiça.

A Corte, desta forma, em seu julgamento preliminar de 24 de Julho de 1964 rejeitou a Primeira Objeção por 12 votos contra 4, e a segunda por 10 votos contra 6. A terceira e quarta objeções foram juntadas aos méritos por 9 votos contra 7 e 10 votos contra 6 respectivamente⁷⁴.

E, por fim, na segunda fase do julgamento ocorrida em 5 de fevereiro de 1970, a Corte estabeleceu diretrizes principais para fundamentar sua decisão:

Primeiro, que há uma importante diferença entre a obrigação advinda da proteção diplomática e a obrigação advinda de uma quebra de uma obrigação “erga omnes”. Isso ocorre, pois quando um Estado admite em seu território investimentos estrangeiros, tanto por pessoas jurídicas quanto por pessoas físicas, sobre os mesmos deve ser estendida a proteção da lei e assume

⁷⁴ Veja-se resumos do caso em <http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions/isummaries/ilgsummary531118.htm> e <http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions/isummaries/ilgsummary550406.htm>.

obrigações concernentes ao tratamento que lhes deve ser concedido. Tais obrigações, no entanto, não são nem absolutas nem inadequadas. Em particular, uma distinção essencial deve ser estabelecida entre obrigações de um Estado em relação à comunidade internacional como um todo e aquelas advindas com relação a outro Estado no campo da proteção diplomática⁷⁵.

Para explicar as obrigações erga omnes, a Corte afirmou: tais obrigações derivam, por exemplo, de atos de agressão fora da lei, e do genocídio, bem como dos princípios e regras que concernem aos direitos básicos da pessoa humana, incluindo a proteção da escravidão e discriminação racial. Alguns destes direitos de proteção já fazem parte do corpo do direito internacional geral⁷⁶; outros são conferidos pelos instrumentos internacionais de caráter universal ou quasi-universal.

Continuando, a Corte discutiu a questão principal que é sem dúvida, pelo menos no que se discute a solução do presente caso, a nacionalidade da empresa. Não se pode confundir a nacionalidade da empresa com a nacionalidade de seus acionistas.

De forma que, independentemente da quantia de ações⁷⁷ que possuam os acionistas de um país, não nasce de forma inequívoca o direito de proteção diplomática. Para isso, deve-se transpor dois requisitos fundamentais. O direito interno deve ter sido percorrido e de forma arbitrária ser desidioso no julgamento da lide. E segundo, que a primeira pessoa legitimada não obtenha sucesso no pleito internacional.

No caso em tela, nenhuma das duas instâncias foram comprovadamente exauridas. Primeiro que em relação ao recurso interno não foi comprovada devidamente que todos, ou ao menos, boa parte chegou à última instância de julgamento e obteve uma sentença transitada em julgado.

⁷⁵ ICJ Reports (1970), par. 33.

⁷⁶ Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951, p. 23.

⁷⁷ Barcelona Traction Case, ICJ Reports (1970), par. 94.

Já, em relação à segunda, a questão resta bastante complicada, mas é aqui que a Corte se baseará ao prolatar sua decisão final. A empresa tinha sua “siège social” no Canadá, onde inclusive por muitos anos administrou a empresa, e onde mantinha relações diplomáticas com o estado da Espanha. Até mesmo o governo belga admitiu durante o procedimento que a sede da empresa se situava no Canadá. Assim, quem tinha a legitimidade para reivindicar a reparação era o governo canadense. Apesar da influência do mercado espanhol para a sobrevivência da empresa, visto que com a falência na Espanha a empresa praticamente encerrou suas atividades, sendo a desvalorização das suas ações quase total, a siège social era, todavia, no Canadá.

Outrossim, caso a teoria do reconhecimento da proteção diplomática de acionistas fosse aceita seria criada uma atmosfera de insegurança nas relações econômicas internacionais, dado que o perigo seria ainda maior já que as companhias que atuam no mundo inteiro costumam mudar de mãos rapidamente sendo bastante instável uma situação como esta⁷⁸.

Vale ressaltar que a Corte se manifesta acerca de um ponto de profunda discórdia até hoje. Há quem sustente que, de acordo com o teste da ligação genuína estabelecido no caso *Nottebohm*⁷⁹ os acionistas das companhias protagonizam uma forte relação com a empresa, dado que possuem participações societárias. Neste caso, seria suficiente para protagonizar uma efetiva ligação entre o Estado de nacionalidade dos acionistas com o conflito protagonizado no seio da empresa. Para a Corte, entretanto, isso não é claro, uma vez que a ligação ocorre somente entre a Estado de nacionalidade da constituição, ou ainda do sede social da empresa, e não com relação à nacionalidade dos seus indivíduos.

Ao analisar este ponto, Ian Brownlie critica a recusa do princípio da ligação genuína para se aferir a nacionalidade com base nos seguintes argumentos⁸⁰:

⁷⁸ *Barcelona Traction Case*, ICJ Reports (1970), par. 96.

⁷⁹ Veja-se item 3.1. abaixo.

⁸⁰ BROWNLEE, Ian. **Principles of Public International Law**. 5ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 490.

“Esta passagem [questão sobre a ligação genuína da nacionalidade] é de importância considerável. A Corte rejeita a analogia com o Caso Nottebohm e o princípio da ‘ligação genuína’ aplicada naquele caso no contexto da naturalização dos indivíduos. Sem embargos, a autoridade desta opinião é reduzida por três circunstâncias. Primeiro, considerando que nem a Bélgica nem a Espanha contestaram a nacionalidade canadense da Barcelona Traction, a referência à questão da ‘ligação genuína’ está fora do caso. Ademais, a Corte, de fato, julgou o pedido com relação às múltiplas ligações da Companhia com o Canadá. E, em terceiro, há um entendimento bastante consolidado na Corte, bem como em outras fontes, aceitando a aplicação do princípio Nottebohm para a proteção diplomática em favor das companhias limitadas.”.

De todo modo, atualmente, a questão aparenta estar razoavelmente resolvida com o entendimento claro e bastante elucidativo da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas que propõe o seguinte texto em seus Artigos sobre a Proteção Diplomática⁸¹:

“Artigo 11. Proteção de acionistas. Um Estado de nacionalidade dos acionistas de uma empresa não terá direito a exercer a proteção diplomática em relação a tais acionistas no caso de dano à empresa, a menos que: a) a empresa tenha cessado de existir, de acordo com a legislação do Estado onde se constituiu, por motivo não relacionado ao dano, ou b) a empresa tivesse, na data do dano, a nacionalidade do Estado supostamente responsável pelo dano, e sua constituição naquele Estado fosse uma exigência deste Estado para que ela pudesse realizar suas atividades naquele lugar.”

Interessante observar que a solução proposta pela Comissão de Direito Internacional é bastante elucidativa, uma vez que faculta aos Estados o endosso de pedidos de proteção diplomática realizados por acionistas, somente em casos que a empresa já não possa protagonizar o pedido de maneira autônoma. Fica estabelecida a regra geral da impossibilidade, mas há ainda uma última chance para os acionistas quando a empresa tenha encerrado suas operações, por motivo não decorrente do dano, bem como no caso da nacionalidade ser um atributo meramente formal para o início das suas atividades, sem que haja uma

⁸¹ Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas. Projeto sobre Proteção Diplomática, adotado pela Comissão na sua 58ª sessão, em 2006. Veja-se Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement nº 10 (A/61/10)

ligação genuína entre a empresa e o Estado, conformando, portanto, a crítica acima por Ian Brownlie à decisão da Corte.

Dessa maneira, em apertada síntese podemos resumir a decisão da Corte em três pontos principais:

- Para que um Estado faça um pedido concernente ao tratamento de investimentos estrangeiros, o Estado deve estabelecer seus direitos para fazê-lo. No caso, apenas a companhia poderia agir a respeito das questões que infringiram seus direitos;
- Dado que a Companhia era canadense, apenas o Canadá poderia exercer a proteção diplomática; e,
- Reconhecida a capacidade de exercer a proteção diplomática de acionistas seria aberta a porta para pedidos concorrentes de diferentes Estados, o que poderia criar uma atmosfera de insegurança nas relações econômicas internacionais.

III) Proteção diplomática: esgotamento dos remédios internos

Como decorrência do princípio da soberania dos povos, o princípio da exaustão dos remédios locais permite a utilização da proteção diplomática, apenas quando houver manifesta impossibilidade de fazê-lo no direito interno. Ou seja, o requisito da prévio esgotamento dos recursos internos impede o instituto da proteção diplomática nos casos em que o estrangeiro não tenha previamente tentado solucionar seu impasse no Estado receptor através dos mecanismos legais disponíveis naqueles Estado.

Tal requisito é atenuado somente quando se configura a impossibilidade do Estado alegadamente responsável se mostre incapaz de reparar os danos alegadamente causados, bem como na hipótese do estrangeiro ter seu acesso à Justiça denegado tendo em conta os mecanismos legais disponíveis. Uma última possibilidade é a situação em que o Estado expressamente renuncia à exaustão dos recursos internos, aceitando discutir o litígio diretamente em âmbito internacional.

Assim, tanto a Corte Permanente de Justiça Internacional quanto a Corte Internacional de Justiça adotaram tal doutrina, tendo o esgotamento dos recursos internos como princípio de direito internacional consuetudinário e um pré-requisito para a proteção diplomática.

Obviamente o requisito é um entrave à plena proteção do indivíduo fora do seu Estado de origem. Deste modo, nota-se o aparecimento do Direito Internacional do Investimento como uma resposta à estas dificuldades, uma vez que, por exemplo, o esgotamento dos recursos internos como princípio de direito internacional costumeiro é suprimido no momento do consentimento à uma arbitragem entre investidor estrangeiro e o Estado, como ficou claro na decisão do RosInvest⁸²:

O argumento alternativo é fundamentado em um princípio costumeiro de Direito Internacional. É desnecessário examinar o âmbito do princípio de direito internacional costumeiro envolvido. O contexto no qual a questão foi apresentado é de uma arbitragem entre investidor e Estado de acordo com o Artigo 8º do Tratado Bilateral de Investimento Reino Unido e União Soviética e a cláusula da nação mais favorecida prevista no Artigo 8º do Tratado Bilateral de Investimento entre Dinamarca e Rússia. O objetivo destas normas, as quais conferem direitos independentes aos investidores de terceiros, claramente demonstram que o princípio de direito internacional costumeiro é inaplicável. Ao ponto em que é necessário consentir para a arbitragem entre investidor e Estado, como ressaltado, equivale a uma supressão do princípio do esgotamento dos recursos internos. Ao se eleger a arbitragem internacional para resolver conflitos por meio da arbitragem de investimento o princípio do esgotamento dos recursos internos é excluído.”

IV) Proteção diplomática: conclusões com relação ao Direito do Investimento Estrangeiro

Diante dos requisitos e das questões imbrincadas relacionadas ao instituto da proteção diplomática, temos alguns pontos claros. O instituto da proteção diplomática ainda sobrevive como um instituto aplicável no sistema jurídico da

⁸² Corte Internacional para Solução de Disputas sobre Investimentos. Caso RosInvest v. Federação Russa; Julgamento sobre a Jurisdição de 1º de outubro de 2007.

sociedade internacional⁸³. Todavia, seus requisitos são criados em um contexto de uma sociedade internacional antiga, e sobretudo de um contexto de um Direito Internacional Público bastante imaturo se tivermos em consideração o Direito Internacional Público contemporâneo. Uma série de mecanismos já preveem o acesso direto dos indivíduos à proteção internacional das suas reclamações, fazendo com que o instituto seja considerado ultrapassado em alguns ramos do Direito, como ocorre por exemplo com o Direito Internacional dos investimentos estrangeiros, que, em diversas situações permite o acesso direto pelos indivíduos de métodos internacionais de solução de controvérsias⁸⁴, evitando-se os entraves políticos inerentes ao instituto da proteção diplomática⁸⁵, conforme será demonstrado adiante.

2.2.1.b) Surgimento do Direito Internacional do Investimento e a proposição de uma arbitragem internacional entre investidor e Estado receptor do investimento

O investimento estrangeiro tem sido objeto de proteção em âmbito internacional há muito tempo. Inicialmente, foram celebrados Tratados de Amizade, Comércio e Navegação (conhecidos pela sigla em inglês de *Friendship, Commerce and Navigation Treaties* – FCN), por meio dos quais, os Estados pactuavam um tratamento mínimo e uma série de garantias aos fluxos de capital, bens e serviços entre as Partes do Tratado.

Já com a independência dos EUA, em 1778 Benjamim Franklin negociou um Tratado FCN com a França estabeleceu que o comércio entre os países se daria com base no padrão da nação mais favorecida. Assim, até meados dos anos 1960, os EUA celebraram diversos Tratados FCN, assegurando também mútuas

⁸³ AMERASINGHE, Chittharanjan F. **Diplomatic Protection**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 6.

⁸⁴ AMERASINGHE, Chittharanjan F. **Diplomatic Protection**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 334-341.

⁸⁵ SCHREUER, Christoph. **The dynamic evolution of the ICSID System**. mimeo: 2006. p. 2.

garantias contra discriminação, troca de consultas, e dever das partes com relação ao comércio neutro em tempos de guerra⁸⁶.

Tais tratados regulavam obrigações gerais para proteger o patrimônio dos nacionais de outra Parte, contando com cláusulas sobre expropriação de ativos⁸⁷ e repatriação de ativos. De fato, o que mais aproxima esses Tratados dos modernos Acordos de Investimento são os padrões de tratamento adotados como o então chamado “proteção especial” e “proteção perfeita e total”, e que durante os anos 1920 e 1930 passou a ser chamado de “proteção e segurança mais constante” e a proteção “requerida pelo direito internacional”⁸⁸.

O foro para julgamentos com base nas cláusulas de Tratados FCN, normalmente era a própria Corte Internacional de Justiça, valendo-se o particular da proteção diplomática, como ocorreu no caso ELSI⁸⁹.

Apesar da relevância da prática dos Tratados FCN, não serão suficientes para prover a segurança buscada pelos investidores. Sua importância foi esvaziada com a edição do Acordo Geral sobre Comércio e Tarifas (conhecido pela sigla em inglês General Agreement on Trade and Tariffs - GATT), pelo qual era previsto o padrão de nação mais favorecida em âmbito multilateral.

Assim, em 1959, uma nova etapa é inaugurada com a celebração do primeiro Tratado Bilateral de Investimento (TBI) entre a Alemanha Ocidental e o Paquistão⁹⁰. Os TBI's são celebrados entre dois países, com base na

⁸⁶ VANDEVELDE, Kenneth J. The Bilateral Investment Treaty Program of the United States. In: **Cornell International Law Journal**. Vol. 21. 1988. p. 203.

⁸⁷ Por esses Tratados já se garantia indenização imediata, efetiva e justa sobre os ativos expropriados.

⁸⁸ VANDEVELDE, Kenneth J. The Bilateral Investment Treaty Program of the United States. **Cornell International Law Journal**. Vol. 21. 1988. p. 204-5.

⁸⁹ Nesse caso, os Estados Unidos requereram compensação perante a Corte Internacional de Justiça pela violação das obrigações internacionais do Tratado FCN de 2 de fevereiro de 1948. O Governo da Itália requisitou a fábrica e ativos relacionados da Raytheon-Elsi, conhecida como Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), uma empresa italiana totalmente controlada por duas empresas norte-americanas Raytheon e Machlett.

⁹⁰ Vide SALACUSE, Jeswald W. BIT by BIT: the growth of Bilateral Investment Treaties and their impact on Foreign Investment in Developing Countries. *The international lawyer*. Vol. 24. 1990. p. 655; ADAIR, David R. Investor's Rights: the evolutionary process of Investment Treaties. *Tulsa Journal of Comparative & International Law*. Vol. 6. Primavera de 1999. p. 197; e, KELLEY,

reciprocidade, a fim de definir de comum acordo, os princípios e regras de tratamento e proteção que regerão os investimentos estrangeiros realizados entre os nacionais de um Estado em outro, cabendo-lhe se assim determinar o Acordo a possibilidade de eleição da arbitragem, inclusive naquele especificamente dedicado para julgamentos deste tema⁹¹.

Além disso, os TBI's prevêm, dentre outras coisas cláusulas como de nação mais favorecida; expropriação e nacionalização do investimento; transferência de capital, requisitos de desempenho e soluções de controvérsias⁹².

Assim, com a crescente necessidade de segurança e proteção do investimento estrangeiro, os TBI's foram cada vez mais adotados, considerando que em 1989 mais de 300 tinham sido celebrados e atualmente o número já superou a casa dos 2.400 acordos celebrados, dos quais 1.700 ratificados⁹³.

Uma das razões para se aderir aos TBI's é a previsão de uma solução de controvérsias em âmbito internacional específica no tema de investimentos estrangeiros, que pode ser diretamente entre o investidor estrangeiro e o Estado receptor⁹⁴.

A criação desse órgão iniciou-se com o debate lembrado por KLEINHEISTERKAMP pelo qual, em meados do século passado, uma internacionalização da defesa dos interesses dos investidores, momento em que ARON BROCHES, o *General Counsel*

LawGlen. Multilateral Investment Treaties: a balanced approach to multinational corporations. Columbia Journal of Transnational Law. Vol. 39. 2001. p. 488.

⁹¹ CARREAU, D.; JUILLIARD P. **Droit International Économique**. 2ª ed. Paris: Dalloz, 2005, p. 26 e 410.

⁹² ADAIR, David R. Investor's Rights: the evolutionary process of Investment Treaties. Tulsa Journal of Comparative & International Law. Vol. 6. Primavera de 1999. p. 198.

⁹³ COSTA, José Augusto Fontoura; CARREGARO, Ana Carolina Costa; e, ANDRADE, Thiago Pedrosa de. Mecanismo Complementar do ICSID: uma alternativa para investidores brasileiros? In: Revista Direito GV. Vol. 3. ano 2. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, Novembro de 2007, p. 59-75.

⁹⁴ WALDE, Thomas. Nouveaux horizons pour le droit des investissements. Paris: A. Pedone. 2004. p. 59-60.

do Banco Mundial em 1961, formulou o teorema que fundamentou a elaboração do International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)⁹⁵:

“desenvolvimento econômico precisa de investimentos internacionais; investimentos internacionais precisam de segurança jurídica; segurança jurídica (em países menos desenvolvidos) é garantida por arbitragem internacional – então: o desenvolvimento econômico nos países pobres será promovido por um sistema de arbitragem entre investidores e Estados receptores”.

Celebrou-se, portanto, a Convenção sobre a Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados de Washington em 18 de março de 1965. Tal Convenção instituiu o ICSID⁹⁶, vigente desde trinta dias após o depósito do 20º instrumento de ratificação, ou seja, no dia 14 de outubro de 1966⁹⁷.

A celebração dessa Convenção proporcionará a formação do que se costuma chamar atualmente de Direito Internacional do Investimento. Isso ocorreu, porque embora já houvesse o aparecimento de um Direito aplicável, e inclusive a formação de cortes de arbitragem para o julgamento dos primeiros casos, a instabilidade jurídica era evidente naquele período.

Confirmada a jurisdição especializada para tratar dos investimentos estrangeiros, e com a crescente adesão aos TBI's, passou-se ao movimento pela formação de um Acordo Multilateral específico sobre temas de investimento estrangeiro.

A primeira tentativa para a formação de um Acordo Internacional para tratar dos interesses dos investidores estrangeiros ocorreu em 1929, com o “Acordo Quadro sobre o Tratamentos dos Estrangeiros”. Embora contivesse cláusulas contendo

⁹⁵ KLEINHEISTERKAMP, Jan. O Brasil e as disputas com investidores estrangeiros. In: CHEREM, Mônica Teresa; DI SENA JR, Roberto (org.). Comércio Internacional e Desenvolvimento – uma perspectiva brasileira. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 159.

⁹⁶ SHIHATA, Ibrahim F.I.; PARRA, Antonio R. The experience of the Internacional Centre for Settlement of Investment Disputes. **ICSID Review – Foreign Investment Law Journal**. n. 14. Baltimore: John Hopkins University, 1.999. p. 299-361.

⁹⁷ Respeitou-se o artigo 68.2 da Convenção assim que foi realizado o depósito pela Holanda.

diversas garantias ao investidor ainda se fundamentava na proteção diplomática como forma de solução das controvérsias dele advindas, tendo sido abandonada especialmente em razão da amplitude do tratamento nacional franqueado aos investidores⁹⁸.

Após a 2ª Guerra, buscou-se um acordo por meio da Carta de Havana negociada em 1947, que ao tratar do comércio internacional e da formação da Organização Internacional do Comércio não foi adotada em razão do abandono norte-americano. Em relação aos investimentos, o desacordo ocorreu em razão da falta de consenso dos interesses de países em desenvolvimento em aprofundar o controle sobre os investimentos, sem que se formasse um regime multilateral consistente, mas tão-somente diretrizes gerais sobre o tema⁹⁹.

Conforme já explicado, após a 2ª Grande Guerra, boa parte dos países em desenvolvimento passou por uma constante tensão entre nacionalizações e privatizações. Especialmente nos anos 1960 e 1970, o mundo vivenciou uma forte onda de nacionalizações causando um clima desfavorável ao investimento estrangeiro, prejudicando especialmente os países exportadores de capital¹⁰⁰.

Assim, em 1959 foi idealizada a Convenção Quadro sobre Investimentos Estrangeiros de Abs-Shawcross. Vista como a Carta das ETN's, a Convenção Abs-Shawcross dispunha-se a tornar o mercado mais livre possível, incluindo para isso padrões liberais para proteger o investimento incluindo garantias de liberdade econômica para os estrangeiros e uma ampla definição sobre desapropriação.

Desprezada algumas outras tentativas¹⁰¹, será na negociação da Rodada Uruguai para discussão do GATT, que a formação da Organização Mundial do Comércio

⁹⁸ HARTEN, Gus Van. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press. 2007, p. 19.

⁹⁹ LOWENFELD, Andreas F. *International Economic Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 404-7.

¹⁰⁰ CARREAU, D.; JUILLARD, P. *Droit International Économique*. 2ª ed. Paris: Dalloz, 2005. p. 409.

¹⁰¹ Diga-se aqui principalmente a negociação dos Códigos de Conduta da OCDE e as Diretrizes para Empresas Multinacionais. Vide TREBILCOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. **The Regulation**

(OMC) incrementou a regulação sobre o investimento em termos multilaterais em três dos acordos negociados naquela oportunidade.

O Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (General Agreement on Trade in Services - GATS) cobre várias modalidades de serviços. Pela modalidade 3, de presença comercial, pode-se dizer que se trata de investimento estrangeiro, sendo definida como qualquer tipo de estabelecimento, incluindo a constituição, aquisição e manutenção de uma pessoa jurídica, ou pela criação ou manutenção de uma divisão ou representante com o propósito de prestar um serviço.

O GATS prevê diversos direitos para o investidor como a transparência, notificação, padrão de nação mais favorecida, acesso ao mercado, subsídios e restrições ao câmbio.

O segundo acordo são as Medidas de Comércio Relacionadas ao Investimento (Trade Related Measures on Investment – TRIMs). Por este Acordo, ficam condicionadas as medidas de um país relacionadas ao investimento que possam afetar o comércio naquele país. Apesar de bastante restrito, o TRIMs estabelece os padrões de notificação, transparência e tratamento nacional.

Por fim, o TRIPS regula a transferência e tecnologia, tão importante para as ETN's poderem atuar em territórios estrangeiros.

Ainda que de maneira bastante genérica e sobre casos específicos, os Acordos envolvidos nas negociações da Organização Mundial do Comércio têm como função pontuar importantes questões acerca do investimento estrangeiro direto quando envolvem o comércio internacional.

Porém, dentre as tentativas para a implantação de um acordo multilateral para investimentos estrangeiro, a negociação mais festejada foi a do Acordo Multilateral sobre Investimentos (Multilateral Agreement on Investment – MAI).

Desenvolvida no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), ou seja, principalmente entre os países exportadores de capital, o MAI fundamentava-se na garantia de não-discriminação do investimento realizado pelo estrangeiro, privilegiando os padrões de tratamento da nação mais favorecida e de tratamento nacional.

Embora alguns pontos tenham permanecido sem uma definição, a última versão da negociação publicada em Dezembro de 1998, continha o texto provavelmente mais liberal jamais negociado até hoje, estando na grande maioria dos pontos um pouco a frente do já negociado no NAFTA, por exemplo.

Trebilcock e Howse citam Tony Clarke e Maude Barlow para explicar o fim do projeto do MAI e quais foram as razões para tanto:

“Nós não queremos deixar a impressão de que rejeitamos a ideia de um tratado global sobre investimento. Nós estamos conscientes que os fluxos de investimento transnacional vem acelerando a um rápido passo e que persiste a necessidade de se estabelecer algumas regras globais. Porém, uma premissa básica sobre as quais as versões preliminares se fundamentaram é, em nossa visão, inválida e tendenciosa. Foram incrementados os poderes e direitos das corporações transnacionais sem que fossem impostos quaisquer obrigações correspondentes. Ao invés disso, o tratado quadro impõe severas obrigações sobre os ombros dos governos... Enquanto isso, o MAI nada diz a respeito das regras que as corporações multinacionais devem se ater com relação aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais dos cidadãos.¹⁰²”

Assim, embora o documento não tenha sido assinado e tenha entrado em vigor, é importante hoje para se discutir os limites dos interesses liberais no setor de promoção e proteção dos investimentos.

A política atual de promoção do investimento tem se restringido a poucos acordos regionais, como o NAFTA, mas em sua maior parte com fundamento na pressão bilateral em acordos específicos de acordo com os dois países envolvidos e o poder de negociação que lhes seja possível.

¹⁰² TREBILCOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. **The Regulation of International Trade**. 2ª ed. Londres: Routledge, 1999, p. 363.

A implantação desse fenômeno internacionalizante da defesa dos interesses dos investidores, tem sido protagonizada pelos países exportadores de capital que preferem fazê-lo casuisticamente, firmando tratados bilaterais em razão de seu alto poder de negociação causando a formação de uma extensa rede de Acordos Bilaterais de Investimento, que positivam vários desses princípios.

2.2.2. Definição do Investimento Estrangeiro Direto nos Acordos Internacionais de Investimento

No Brasil, o ramo da academia que mais tem se debruçado acerca do fenômeno do investimento estrangeiro certamente são Ciências Econômicas e da Administração. Para estes, investimento pode ser definido como:

“Investimento é a utilização de recursos, mediante a alocação de receitas e assimilação dos custos, para o acréscimo de bens produtivos, tendo em vista a expectativa de que as receitas resultantes do investimento superem os seus custos.”¹⁰³

“O investimento é o gasto destinado ao aumento ou à manutenção de estoque de capital. O estoque de capital consiste nas fábricas, máquinas, móveis e outros bens duráveis usados no processo de produção. O estoque de capital inclui, também, a moradia residencial e as ações. O investimento é o gasto que se adiciona a estes componentes do estoque de capital.”¹⁰⁴

Às definições jurídicas faltará a limitação de abrangência como se percebe nas noções econômicas. Por sua própria natureza, as definições jurídicas tendem a se adaptar à realidade social encontrada no momento da aplicação das suas normas contendo uma elasticidade conceitual própria de sistemas móveis, ou de tipos abertos.

¹⁰³ SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D. **Economia**. 16ª ed. Lisboa: MacGraw-Hill, 1999.

¹⁰⁴ DORNBUSCH, Rüdinger; FISCHER, Stanley. **Macroeconomia**. 2ª ed. São Paulo: Makron, MacGraw-Hill, 1991, p. 349.

EROS ROBERTO GRAU¹⁰⁵ apresenta um modelo interessante para formulação de conceitos na técnica jurídica. Para o autor, os conceitos meramente formais são abstraídos de uma realidade histórica própria que indicam posturas centrais do ordenamento, tais como “ônus”, “sujeito jurídico”, “competência”, “obrigação”. Os *regulae juris* são expressões que resumem um sistema normativo específico restringindo efeitos e consequências próprias, como no caso de propriedade. E, por fim, os conceitos jurídicos tipológicos (“*fattispecie*”) expressam ideais históricos individuais e coletivos que se formaram com a própria evolução histórica dos regramentos formados, como “boa-fé”, “homem médio”.

Aproximam-se os investimentos estrangeiros a um “*fattispecie*”, como noção cujo conteúdo é variável, de modo a se adaptar aos interesses das partes negociadoras do documento jurídico aplicável ao caso. Tal modalidade apenas é possível no Direito, uma vez que a estrutura comunicacional jurídica conta com atitudes normativas, nas quais há uma prescrição da normalidade para o comportamento, inversamente do que acontece, portanto, com as leis naturais (atitudes cognitivas) que descrevem a normalidade do comportamento. Desse modo, pode-se dizer que:

“A norma jurídica, da qual fala o jurista, é, portanto, uma verdadeira construção teórica da própria ciência jurídica, em que os diferentes mecanismos estabilizadores manifestam, idealmente, uma congruência consistente. É isto que lhe permite fazer suas classificações, suas distinções, suas sistematizações. Mas, para isso, ele precisa de uma linguagem própria, com conceitos operacionais que lhe dêem condições de realizar aquele recorte teórico da realidade.”¹⁰⁶

Visando operacionalizar uma técnica jurídica convincente passaremos a detalhar situações nas quais serão descritas séries de tipos abertos, os quais conferem algum grau de certeza e segurança, sem comprometer a flexibilidade tipológica e conceitual¹⁰⁷. Tal técnica é utilizada na redação dos principais instrumentos

¹⁰⁵ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4ª ed. Malheiros: São Paulo, 2002, p. 198-200.

¹⁰⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio S. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 116-117.

¹⁰⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 623.

internacionais de proteção sobre investimentos estrangeiros, como a (1) Convenção sobre a Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados de Washington de 18 de março de 1965 (Convenção de Washington) e (2) os APPRIs, já que, embora exista um maior detalhamento dos tipos definidos nesses acordos, o uso de definições amplas e apoiadas em listas exemplificativas surge, também, como muito flexível.

A opção por uma tipologia para definição de investimento estrangeiro já ficou evidente durante os debates da Convenção de Washington, na qual Aron Broches, General Counsel do Banco Mundial à época e principal articulador da Convenção, convenceu-se de que os interesses dos Estados negociantes, principalmente do Estado receptor, devem ser limitados apenas no caso concreto, servindo a definição de investimento para adoção de uma postura mais ou menos liberal, de acordo com os interesses negociados e com os investimentos que se busca proteger¹⁰⁸.

Por tal razão, a Convenção de Washington não traz uma definição de investimento estrangeiro *in abstracto* passando a doutrina a verificar uma tipologia de acordo com a postura adotada no documento em que o investimento é discutido. Conforme CARREAU e JULLIARD, os instrumentos internacionais em matéria de investimentos podem ser classificados em três categorias: (i) os de implementação da livre circulação de capitais; (ii) proteção ao investimento estrangeiro direto; e (iii) promoção do desenvolvimento¹⁰⁹.

A primeira espécie foi utilizada, por exemplo, no Código de Liberalização de Movimentos de Capitais da OCDE e tem como elementos caracterizadores: (i) a existência de um aporte; (ii) que esse aporte seja de capital; (iii) que esse aporte sirva para o estabelecimento de relações – econômicas ou jurídicas – duráveis; (iv) que as relações sejam com uma entidade que realiza atividades econômicas;

¹⁰⁸ SCHREUER, C. H. **The ICSID Convention: A commentary**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 121-25.

¹⁰⁹ CARREAU, Dominique; JULLIARD, Patrick. **Droit International Économique**. 2.ed. Paris: Dalloz, 2005.

e (v) que o realizador do aporte tenha uma influência efetiva na gestão da entidade¹¹⁰.

Para o segundo tipo, o instrumento internacional se vale da adoção de estratégias políticas para definição de investimento, nomeando exemplos que podem ser considerados investimentos para os fins do instrumento internacional, como no Modelo de Tratado Bilateral de Investimento norte-americano de 2004:

“Art. 1 [...] “investimento” significa qualquer ativo que um investidor possua ou controle, direta ou indiretamente, e que tenha as características de um investimento, incluídas características como o compromisso do capital ou outros recursos, a expectativa de ganho ou lucro, ou a aceitação de risco. As formas das quais um investimento pode se revestir incluem: a) uma empresa; b) cotas, ações, ou outras formas de participação no capital de uma empresa; c) bônus, debêntures, outros instrumentos de crédito e empréstimos; d) futuros, opções e outros derivativos; e) contratos chave na mão, construção, administração, produção, concessão, compartilhamento de resultados e outros contratos similares; f) direito de propriedade intelectual; g) licenças, autorizações, permissões e direitos similares conferidos em conformidade com o direito interno aplicável; e h) propriedade de outros bens tangíveis ou intangíveis, móveis ou imóveis, e direitos sobre a propriedade, como arrendamento mercantil, hipotecas, fianças e penhores.”¹¹¹

A última tipologia de investimento estrangeiro é encontrada nos instrumentos sobre promoção do desenvolvimento. De fato, em tal tipo há uma maior preocupação com a cobertura do que com a definição do investimento propriamente dito, de modo que são verificáveis os seguintes elementos caracterizadores: (i) aporte efetivo; (ii) longo prazo de duração; e (iii) suporte, ao menos parcial, do risco.

Pode-se dizer, desse modo, que o conceito de investimento implica uma operação econômica iniciada e conduzida por um investidor utilizando seus meios financeiros e considerando seus próprios riscos, com o objetivo de realizar lucros dentro de um determinado período¹¹².

¹¹⁰ COSTA, José Augusto Fontoura. **Direito Internacional do Investimento Estrangeiro**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 31.

¹¹¹ Tradução do original em inglês feita por COSTA, José Augusto Fontoura. **Direito Internacional do Investimento Estrangeiro**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 133.

¹¹² CISDI. Toto v. Líbano. Decisão sobre a Jurisdição de 11 de setembro de 2009.

Para, enfim, definirmos investimento estrangeiro direto, prosseguimos a viver com o mesmo problema. Uma definição de investimento estrangeiro direto depende das finalidades e das circunstâncias próprias de cada acordo ou documento jurídico. Embora existam noções arquetípicas de investimentos estrangeiros diretos (quando o alienígena aporta capital, administra, exerce atividade produtiva e programa uma presença de longo prazo) e em carteira (pura e simples aquisição de ações ou direitos, sem intenção de administrar ou manter o investimento por longo prazo), o fato é que a prática apresenta uma interminável miríade de variações e, ao fim e ao cabo, a missão do legislador é a de traçar uma linha divisória, a qual, decerto, nem sempre é clara.

De acordo com a definição adotada, investimento estrangeiro pode abranger praticamente todos os ativos detidos por estrangeiros no território do outro Estado Contratante. Por esta razão os Estados litigantes tem postulado em arbitragens internacionais uma forma de definição de investimento se valendo de alguns critérios inspirados no espírito (*geist*) da Convenção de Washington.

No caso “Salini vs. Marrocos” foram debatidos quatro critérios a fim de considerar um ativo como investimento estrangeiro: “(i) duração; (ii) risco da empresa; (iii) comprometimento substancial; (iv) significativa contribuição para o desenvolvimento do Estado receptor”. Desde então, os critérios passaram a ser conhecidos como “Critérios de Salini” em alusão ao caso em que foi originalmente debatido. Comenta-se até mesmo sobre um quinto critério acabou sendo acrescido na prática arbitral que é a “regularidade de lucros”. Dentre os julgados que expressamente debatem os Critérios de Salini vale ressaltar “Joy Mining Machinery Ltd. v. Egito” (ICSID Case No. ARB/03/11); Mitchell v. Congo (ICSID Case No. ARB/99/7); Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia (ICSID Case No. ARB/05/10)¹¹³.

Não há como se desprezar a relevância da definição do termo investimento estrangeiro para a aplicação da Convenção de Seul que criou a MIGA, uma vez

¹¹³ PETERSON, Luke Eric. Arbitrators in Argentine bond dispute weigh in on definition of “investments” eligible for arbitration under ICSID system, and take a liberal approach to the requirements that investments be made in Argentine territory. In: **Investment Arbitration Reporter**. Vol. 4. Nº 11 & 12. Agosto, 2011.

que o termo define exatamente a abrangência da jurisdição pela qual uma controvérsia poderá ser resolvida mediante suas normas. Como exemplo recente, a Corte arbitral no caso *Abaclat* enfrentou a questão se deveria se valer da definição prevista no Tratado ou de acordo com os Critérios de Salini.

A Corte discorreu acerca dos critérios Salini e decidiu que, referidos critérios não podem servir como um parâmetro da definição de investimento abstrato. Para a Corte o termo investimento não foi objeto de definição pela Convenção do CISDI, e desse modo, a definição variará de acordo com cada Tratado, livremente desacordo com a vontade dos Estados contratantes.

A definição de investimento foi deixada ao alvedrio das Partes Contratantes no momento de ratificação do tratado, de modo que o termo investimento passa a significar exatamente aquilo que fora determinado pelas partes, ainda que em desacordo com algum elemento inerente aos objetivos e finalidades da Convenção do CISDI.

Há quem sustente, inclusive, que nos trabalhos preparatórios para a Convenção era intenção dos negociadores que a definição de investimento fosse o mais abrangente possível, de modo que se deixou para as partes negociantes do APPRI restringir o âmbito dessa definição¹¹⁴. Em resposta a tamanha liberdade deixada aos Estados contratantes e em última instância aos árbitros, alguns estudiosos desferem críticas a falta de previsibilidade e segurança jurídica decorrente dessa opção¹¹⁵.

Sobre a definição casuística de investimento estrangeiro, a doutrina costuma refletir que ao determinar a definição em um determinado Tratado, o Estado expressamente assume uma responsabilidade dentro de um equilíbrio negocial particular que deve ser observado como base de regulação jurídica do sistema de investimento estrangeiro. Vejamos:

¹¹⁴ MORTENSON, Julian D. The meaning of “investment” ICSID’s travaux and the domain of International Investment Law. In: **Harvard International Law Journal**. Vol. 51-1, 2010.

¹¹⁵ ZIVKOVIC, Velimir. **Contractual Rights as Protected Investments in International Investment Law**. In: Oxford Student Legal Research Paper Series. Paper number 08/2011 University of Oxford. Setembro de 2011. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1929788>, p. 42-44; VAN HARTEN, Gus. **The Carlisle quarry and NAFTA**. Disponível em < <http://www.thespec.com/opinion/columns/article/577718--the-carlisle-quarry-and-nafta> >, acesso em 14.08.2011.

“É bastante claro que o âmbito material e pessoal de um APPRI fixa os limites de aplicabilidade das suas disposições. Como não existe uma noção clara e definitiva do que venha a ser investimento, ou investimento estrangeiro direto, é possível uma grande diversidade de definições e coberturas, havendo sido ressaltada a tendência recente de ampliação e abertura das definições. Assim, os dispositivos incidem sobre as pessoas, ato e fatos descritos nas definições. Destarte, essa relação é bastante importante e deve ser cuidadosamente analisada nos processos de negociação desses acordos. É o equilíbrio entre definições e instrumentos que permite, mediante a variação do alcance do tratado, proteções e liberalizações mais ou menos profundas. Por exemplo, uma definição de investimento que claramente exclui a modalidade em carteira da cobertura do acordo permite que as regras e exceções aos movimentos de capital sejam bastante liberais, sem comprometer indevidamente a capacidade de um Estado reagir a uma crise de evasão de divisas.”¹¹⁶

Não há como se negar a afirmação, no entanto, que a definição de IED é assunto controverso na seara internacional¹¹⁷. Nas tratativas para a Convenção de Washington que instituiu o ICSID, várias definições foram elaborados, sempre tentando diferenciar o investimento direto do investimento de portfólio, sem porém retirar a abrangência de proteção que se buscava conferir:

Investimento significa qualquer contribuição de dinheiro ou outros ativos de valor econômico por um período indefinido ou, se definido, não menos do que cinco anos¹¹⁸

Ou ainda:

O termo investimento significa a aquisição de (i) direitos contratuais ou de propriedade (incluindo aqueles sob concessão) para o estabelecimento ou condução de uma atividade industrial, comercial, agrícola, financeira ou de serviços; (ii) participações ou ações em qualquer empresa; ou (iii) obrigações financeiras de

¹¹⁶ COSTA, José Augusto Fontoura. **Direito Internacional do Investimento Estrangeiro**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 165.

¹¹⁷ ADAIR, David R. Investor's Rights: the evolutionary process of Investment Treaties. *Tulsa Journal of Comparative & International Law*. Vol. 6. Primavera de 1999. p. 197; e, SHIHATA, Ibrahim F.I.; PARRA, Antonio R. The experience of the Internacional Centre for Settlement of Investment Disputes. **ICSID Review – Foreign Investment Law Journal**. n. 14. Baltimore: John Hopkins University, 1.999. p. 299-361.

¹¹⁸ Tradução livre do original em inglês: “Investment means any contribution of money or other assets of economic value for an indefinite period or, if the period be defined, for not less than five years.”

uma entidade pública ou privada que não sejam providas de facilidades bancárias ou de crédito a curto prazo¹¹⁹

No entanto, não foi adotada nenhuma definição pela Convenção, pois Aron Broches se opunha a uma definição final de investimento¹²⁰, preferindo que isso fosse feito casuisticamente¹²¹. Desta forma, a definição normalmente é feita de modo que beneficie os interesses dos países que pactuam o acordo sobre investimento¹²², sendo as diferenças entre estes acordos normalmente estabelecidas em 3 âmbitos: quanto à cobertura geográfica, à aplicação no tempo, e, a delimitação da matéria no acordo.

Há diversas razões para não se adotar um modelo único de definição de “investimento”. Alguns acordos não definem o termo, permitindo às partes resolver o alcance do termo no caso concreto tendo em conta as regras operativas do acordo discutido. Além disso, certos países ressentem-se de circunstâncias específicas próprias, adotando políticas de investimento distintas, o que refletirá em variações significativas nas definições de “investimento” encontradas em acordos sobre investimento.

2.2.2.a) Modalidades de definição de investimento estrangeiro

¹¹⁹ Também do original em inglês: “The term *investment* means the acquisition of (i) property or contractual rights (including rights under a concession) for the establishment or in the conduct of an industrial, commercial, agricultural, financial or service enterprise; (ii) participations or shares in any such enterprise; or (iii) financial obligations of a public or private entity other than obligations arising out of short-term banking or credit facilities.”

¹²⁰ SCHREUER, Christoph. Commentary on the ICSID Convention: Article 25. **ICSID Review – Foreign Investment Law Journal**. s/n. Baltimore: John Hopkins University. s/d.

¹²¹ SCHREUER, s/d, p. 358.

¹²² Costuma-se afirmar que a importância da amplitude da definição investimento no respectivo acordo implica para o país receptor: limitação da soberania nacional; análise da relação entre o Acordo de investimento e suas regras materiais; dificuldade de uma identificação prévia de investimentos/investidores; o aumento da atratividade de investimentos; impacto sobre estratégias de desenvolvimento. Já para o investidor estrangeiro: a escolha da forma na qual o investimento se travestirá; o aumento do número de investidores; e, a amplitude do tratado que será delimitado por essa definição. Veja-se em CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO. **Scope and Definition: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements**. New York e Genebra: United Nations Publications, Sales No. E.99.II.D.9., 1999.

Costuma-se definir “investimento”, por três formas. Pela primeira, analisa-se o movimento internacional de capitais e recursos, tendo como elemento definidor o controle do investidor sobre a empresa. Uma definição clássica, aplicando-se essa metodologia, é aquela encontrada no Anexo A do Código da OCDE sobre Liberalização de Movimentos de Capitais.

“Investimentos feitos com o propósito de estabelecer relações econômicas duradouras com uma empresa, tal como, em particular, os investimentos que oferecem a possibilidade de se exercer uma influência efetiva na administração da referida empresa:

A. No país em questão e por não residentes pelas formas de:

1. Criação ou ampliação de uma empresa, uma filial, ou uma sucursal, que lhe pertença exclusivamente, ou a aquisição integral de uma empresa existente;
2. Participação em uma empresa nova ou já existente;
3. Um empréstimo de cinco anos ou mais.

B. No exterior por residentes pelas formas de:

1. Criação ou ampliação de uma empresa, uma filial, ou uma sucursal, que lhe pertença exclusivamente, ou a aquisição integral de uma empresa existente;
2. Participação em uma empresa nova ou já existente;
3. Um empréstimo de cinco anos ou mais.”

Uma segunda forma, é aquela baseada no empreendimento econômico ou nas participações de controle ou em um empreendimento econômico, como é o exemplo do Acordo sobre Livre Comércio entre Canadá e Estados Unidos. O Acordo define investimento incluindo o estabelecimento ou aquisição de um empreendimento negocial, assim como uma participação em um empreendimento negocial que propicia ao investidor controle sobre a empresa.

Porém, a forma mais utilizada nos Acordos de Investimento recentes, é a que se relaciona com os Acordos produzidos para a proteção do investimento estrangeiro, sendo nesse caso, bastante amplas não envolvendo o capital estrangeiro apenas, mas também direitos de propriedade, incluindo até mesmo empréstimo e investimentos de portfólio, e direitos contratuais.

De acordo com a definição ampla adotada, por exemplo, pelo Acordo de Promoção e Proteção de Investimentos da ANSEA¹²³, é previsto que investimento inclui “todo tipo de ativo”, abrangendo tudo que possua valor econômico. Por este Acordo, notam-se cinco categorias de investimento expressamente incluídas na definição de “investimento”, cujo rol, apesar de meramente exemplificativo, tem contornos bastante didáticos:

“O termo ‘investimento’ deve significar todo tipo de ativo e, em particular, deve incluir, embora não exclusivamente: a) propriedade móvel e imóvel e qualquer outro direito real, como, hipoteca, penhor e outras garantias reais; b) quotas, ações e debêntures de companhias, ou participações na propriedade de tais companhias; c) Créditos monetários ou qualquer outro crédito contratual que possua valor financeiro; d) Direitos de propriedade intelectual e outros ativos intangíveis; e) concessões comerciais conferida por lei ou contrato, incluindo concessões para prospecção, cultivo, extração ou exploração de recursos naturais.”
¹²⁴

Na primeira categoria de ativos tratados como investimento, encontram-se as propriedades móveis e imóveis, incluindo até mesmo direitos reais sobre apenas algumas faculdades da propriedade como os direitos de propriedade sobre hipotecas, penhores e outras garantias reais.

Referência à ampla proteção conferida por referidos acordos é clara no sentido em que se tutela a proteção não somente por aquelas participações societárias que implique controle sobre as empresas. Ampliada desse modo a proteção, pode-se verificar inclusive que a definição ampla de investimento tutela debêntures, atingindo todo investimento de portfolio e até mesmo os comentados títulos de dívida pública (“bonds”)¹²⁵.

¹²³ Antes conhecido como Acordo para a Promoção e Proteção de Investimentos entre os Governos de Brunei Darussalam, República Indonésia, Malásia, República das Filipinas, República de Singapura e Reino da Tailândia e a partir de 1996 com a revisão do acordo é chamado de Acordo para a Promoção e Proteção de Investimentos da ANSEA.

¹²⁴ Artigo 1(3) do Acordo para a Promoção e Proteção de Investimento da ANSEA.

¹²⁵ O Tratado para o Estabelecimento do Mercado Comum para a África Oriental e Meridional, no artigo 159.2 (c), define “investimento” de forma a incluir “ações, títulos, debêntures, garantias ou outros instrumentos financeiros de uma companhia ou uma firma, governo ou outra autoridade pública ou organização internacional”.

De acordo com a terceira categoria, os ativos definidos como “investimento” abrangem também créditos monetários e direitos contratuais. Assim, não se fez distinção entre comércio e investimento em serviços, protegendo por isso, acordos profissionais, até mesmo aqueles prestados em regime de “cost sharing”. Como veremos o debate acerca do “treaty claim” e “contract claim”, por essa definição ampla de investimento, qualquer cumprimento de contrato em um país receptor por um ente estrangeiro seria tutelada, restando a dúvida se uma distinção precisaria ser feita entre contrato para a venda de bens e serviços em outros territórios e aqueles que envolvam o investimento direto em outro país.

Pela quarta categoria, os direitos de propriedade intelectual também são objeto de investimento. Ou seja, não apenas os direitos tangíveis, mas aqueles intangíveis são objeto de proteção desses acordos como marcas registradas, segredos comerciais, patentes, direitos autorais, podendo abranger inclusive informações confidenciais da empresa como *know how*.

A última categoria refere-se às concessões estatais, abrangendo as clássicas situações decorrentes dos contratos de petróleo e gás. Outro exemplo de proteção sobre a mesma modalidade de ativos é aquela encontrada no artigo 1º (6) (f) do Tratado da Carta de Energia, pelo qual “investimento” é “qualquer direito conferido por lei ou contrato ou em virtude de qualquer licença e permissões concedida conforme a lei para empreender qualquer Atividade Econômica no Setor Energético”.

Pela abrangência do termo “investimento” como disposto nestes Acordos Internacionais, não se confunde o termo com a forma econômica a ele empregada como “capital”. Trata-se de definição jurídica, aproximando-se de outros contextos não abrangidos pela definição econômica clássica, não se podendo restringir o investimento em casos como aqueles previstos no artigo 1.4 do Acordo sobre Promoção, Proteção e Garantia de Investimentos Entre Estados Membros da Organização da Conferência Islâmica em que “capital” consiste em “todos os ativos (incluindo tudo que pode ser avaliado em termos monetários) adquirido por uma parte contratante desse Acordo ou por seus nacionais, seja uma pessoa natural ou jurídica, e situada nos territórios de outra parte contratante, tanto tendo

sido transferidos quanto obtidos nele, e se forem móveis, imóveis, em dinheiro, em espécie, tangíveis, como também tudo referente a esses capitais e investimentos pela forma de direitos ou pretensões, e deve incluir os lucros líquidos resultantes de tais ativos e as cotas não divididas e direitos intangíveis”.

2.2.2.b) Limitações à definição ampla de investimentos

Tem sido adotadas diversas formas de limitações para as amplas definições de “investimento”. A primeira guarda relação com o investimento em **conformidade com o direito do país receptor**.

Assim, alguns acordos de investimento especificam que apenas são tratados como investimento aqueles feitos de acordo com as normas do país receptor, como, por exemplo, restringiu o TBI modelo usado pela República Popular da China, que no seu artigo 1.1 prevê que:

“(o) termo ‘investimento’ significa todo tipo de ativo investido pelos investidores de uma Parte Contratante em conformidade com as normas e regulamentações da outra Parte Contratante no território da Última”.

Uma alternativa também adotada é tratar como investimento apenas aquele expressamente consentido pelas normas e regulamentações do país receptor ou expressamente aprovado pelas autoridades do país receptor, como prevê o artigo II (1) do Acordo para a Promoção e Proteção de Investimentos da ANSEA¹²⁶:

“(e)sse Acordo deve ser aplicado apenas aos investimentos trazidos de, derivados ou diretamente relacionados com investimentos trazidos ao território de qualquer Parte Contratante por nacionais ou companhias de qualquer outra Parte Contratante, e que são especificamente aprovados por escrito e registrados pelo país receptor e sob tais condições consideradas apropriadas aos fins desse Acordo”.

Uma segunda limitação na definição de “investimento” é a **limitação** da abrangência do Acordo a uma certa **data ou lapso temporal**, como ocorre no TBI

¹²⁶ Outros exemplos desse tipo de previsão convencional são encontrados nos seguintes Acordos: artigo 9 do TBI entre Egito e Alemanha; artigo 15.6 da Convenção para o Estabelecimento da Corporação Inter-Arábe sobre Garantia de Investimento; e, artigo 12 da Convenção para o Estabelecimento da Agência Multilateral sobre Garantias de Investimento.

entre Alemanha e Sri Lanka por seu artigo 9: “(o) presente Tratado deve ser aplicado a todos os investimentos feitos em ou após 8 de Novembro, de 1963, por nacionais ou companhias de ambas as Partes Contratantes, no território da outra Parte Contratante, de acordo com a legislação da última”. Porém, de um modo geral, os Acordos não fazem tal restrição sob a perspectiva de criar um clima favorável à recepção de investimentos de maneira incondicional¹²⁷.

Alguns Acordos limitam sua abrangência de acordo com a natureza do investimento, ou seja, certos tipos de investimento são expressamente excluídos ou apenas alguns são incluídos como, por exemplo, aqueles que especificam apenas a IED e não ao portfólio.

“Investimento” refere-se “a todos os investimento em companhias feitos no propósito de estabelecer relações econômicas duradouras entre o investidor e a companhia, e oferecendo ao investidor a possibilidade de exercer influência significativa na administração da companhia envolvida”¹²⁸.

Não são todos os Acordos que excluem os investimentos de portfólio como já havíamos comentado ¹²⁹, indiscutível, no entanto, a clara preferência por investimentos de longo prazo.

Uma outra forma de restrição quanto ao tipo de investimento, é feita pelo Acordo de Livre Comércio Norte Americano (NAFTA) que exclui títulos de dívida públicas ou empréstimos feitos por empresas estatais, além dos chamados contratos comerciais ordinários¹³⁰.

¹²⁷ Vide por exemplo o artigo 6 do TBI entre Estônia e Suíça prevê que “(o) presente Acordo também se aplica a investimentos no território de uma Parte Contratante, feito de acordo com suas normas e regulações, por investidores da outra Parte Contratante antes da entrada em vigor desse Acordo”

¹²⁸ Artigo 1 (1) (b) do TBI entre Dinamarca e Polônia.

¹²⁹ DEKASTROS, Michail. Portfolio Investment: reconceptualising the notion of investimento under the ICSID Convention. In: **Journal of World Investment & Trade**. Vol. 14. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 286-319.

¹³⁰ Vide artigo 1139 do NAFTA: “Investimento significa: (a) um empresa; (b) participações em uma empresa; (c) um título de dívida de uma empresa; (i) quando a empresa é uma afiliada do investidor, ou (ii) quando o vencimento original do título de dívida é ao menos de três anos, mas não inclui o título de dívida, independentemente do vencimento original, de uma empresa do Estado; (d) um empréstimo a uma empresa; (i) quando a empresa é uma afiliada do investidor, ou (ii) quando o vencimento original do título de dívida é ao menos de três anos, mas não inclui o título de dívida, independentemente do vencimento original, de uma empresa do Estado; (e) uma

Limitações também são feitas **quanto ao montante do investimento**, desse modo o artigo 15 do Código sobre Investimento Comunitário da Comunidade Econômica dos Países dos Grandes Lagos determina que, para os fins de inclusão em certas provisões do código, “(o) volume mínimo de investimentos é a quantia de um milhão de dólares norte-americano ou o equivalente”.

Por fim, uma última série de limitações dizem respeito ao **setor da economia** em que o investimento será realizado. O artigo 1º da Tratado da Carta de Energia prevê que “investimento” se refere a qualquer investimento associado com o Setor Energético na Atividade Econômica e aos investimentos ou classes de investimentos designados pela Parte Contratante na sua Área como “Projetos de eficácia da Carta” e a estão notificado ao Secretariado”.

Há ainda aqueles Acordos que liberalizam ou promovem fluxos de investimentos internacionais, em que o país receptor pode limitar a abrangência do tratado a certos setores da economia, como no caso de acordos multilaterais, conforme o artigo XIV do ‘Acordo Geral sobre Comércio em Serviços (GATS), que restringe a definição de investimento a compromissos setoriais de acordo com a opção do Estado envolvido.

2.2.3. Admissão e Estabelecimento do Investimento Estrangeiro Direto

participação em uma empresa que autoriza o proprietário a dividir rendimentos e ganhos da empresa; (f) uma participação em uma empresa que autoriza o proprietário a dividir os ativos daquela empresa em dissolução, diferentemente um título de dívida ou um empréstimo excluído do sub-parágrafo (c) ou (d); (g) bens reais ou outra propriedade, tangível ou intangível, adquirida na expectativa ou utilizada com fins lucrativos ou outros fins de negócios; e (h) participações resultantes da utilização de capital ou outros recursos no território de uma Parte para atividade econômica nesse território, assim como descrito abaixo (i) contratos envolvendo a presença da propriedade de um investidor no território de uma Parte, incluindo contratos turnkey ou contratos de construção, ou concessões, ou (ii) contratos nos quais a remuneração depende substancialmente da produção, rendimentos ou ganhos de uma empresa; mas investimento não significa, (i) créditos monetários originadas somente de contratos comerciais para a venda de bens ou serviços por um nacional ou empresa no território de uma Parte para uma empresa no território de outra Parte, ou (ii) a extensão de crédito em conexão com uma transação comercial, como negócio financeiro, diferentemente um empréstimo citado no subparágrafo (d); ou (j) qualquer outra pretensão de dinheiro, que não envolva os tipos de participação estabelecidos nos subparágrafos (a) até (h);”

2.2.3.a) Obrigações regulatórias de admissão e estabelecimento do IED.

De acordo com o Direito Internacional Público não há nenhuma obrigação pelo Estado receptor de receber um investimento estrangeiro direto¹³¹, salvo se alguma obrigação foi criada especificamente nesse sentido.

As obrigações relacionadas ao regime jurídico dos investimentos podem ser divididas em três momentos distintos da regulação¹³²:

Proteção: é o conjunto de regras, de direito interno ou internacional, que previnem ou sancionam atos que afrontam a existência do investimento internacional.

Tratamento: é o conjunto de regras, de direito interno ou internacional, que definem o regime jurídico aplicável após o momento da sua constituição até o momento da sua liquidação.

Garantia: os mecanismos de garantia são aqueles que transferem do investidor internacional para um organismo especializado, de direito interno ou de direito internacional, as consequências financeiras advindas de determinados riscos políticos.

Inicialmente, dito conjunto de regras é definido pelo direito interno, todavia, não o nacional do investidor internacional, mas aquele aplicado no território do investimento, isto é, o direito interno do Estado receptor do investimento.

Por essa razão, com a brusca alteração de ordens jurídicas internas nas décadas de 60 e 70 restou claro que apenas o direito interno não seria suficiente para solucionar tais controvérsias, de modo que diversas respostas vêm sendo buscadas da ordem jurídica internacional.

¹³¹ OPPENHEIM, L. **International Law: a treatise**. 3ª ed. Londres: Longmans, Green and Co., 1920, p. 489. "Every State is, and must remain, master in its own house, and this is of special importance with regard to the admittance of aliens".

¹³² CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. **Droit International Économique**. 2ª ed. Paris: Dalloz, 2005, p. 438.

2.2.3.b) Regime jurídico do tratamento de admissão e estabelecimentos de investimentos internacionais

Conforme já dito, o Direito Internacional do investimento é regido tanto por regras internas quanto internacionais, o que nos leva a compreender que duas fontes de ordens jurídicas distintas podem ser utilizadas¹³³.

Da ordem jurídica internacional encontramos normas de fontes não convencionais, principalmente os princípios gerais do Direito Internacional, o que gera uma relevante discussão como podemos depreender daqueles que debatem a origem de princípios gerais de Direito Internacional do Investimento.

As fontes de direito interno, outrossim, são aqueles vigentes no ordenamento do Estado receptor do investimento, que por óbvio traduzem a vontade política daquele Estado, especialmente no que se refere à forma que serão tratados os investimentos estrangeiros.

1) Evolução dos princípios de Direito Internacional

Cumprе ressaltar que o Direito Internacional e seus princípios vêm passando por uma profunda alteração nas últimas três décadas, especialmente no que tange ao direito internacional do investimento.

Os princípios de Direito Internacional concernentes ao tratamento do investimento estrangeiro passaram por uma evolução de 3 fases:

- ✓ A primeira fase representou a afirmação pelos países exportadores de capital dos princípios gerais de direito internacional em matéria de investimento internacional;
- ✓ A segunda fase foi da recusa desses princípios pelos países importadores de capital;
- ✓ E a última consiste na restauração por ambos os grupos de países.

¹³³ CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. Droit International Économique. 2^a ed. Paris: Dalloz, 2005, p. 439.

A prática internacional clássica consagrou o princípio de direito costumeiro da soberania do Estado sobre o controle e o limite da admissão e estabelecimento do investimento realizado dentro do seu território. Pode-se afirmar, no entanto, que tal prática é cada vez menos absoluta, com a positivação de direitos e garantias em favor dos investidores estrangeiros.

Trata-se de assunto relevante, uma vez que a maior interdependência econômica dos países do globo, vide o crescente aumento do fluxo corrente de capital, faz do controle da admissão e estabelecimento do IED uma eficiente ferramenta política, chegando inclusive a constituir uma estratégia de desenvolvimento.

Cumprе destacar a distinção entre a admissão e o estabelecimento do investimento. O primeiro se relaciona com o direito de entrada ou presença, temporária ou permanente, de um investidor estrangeiro, enquanto o estabelecimento trata do tipo de presença permitida, sendo composto pelo direito de se estabelecer permanentemente naquele país e de celebrar transações comerciais.

II) Padrão atual de admissão e estabelecimento do IED

Atualmente, a regulação da admissão e do estabelecimento de Companhias Transnacionais (doravante CTNs) pode sofrer diversas ingerências por parte do Estado receptor, pelas seguintes vias:

- ✓ controle ao acesso à economia do país receptor impondo limitações à admissão dos investimentos estrangeiros;
- ✓ implementação de condições;
- ✓ criação de regimes regulatórios específicos; e, ainda,
- ✓ medidas relacionadas à propriedade e seu respectivo controle.

II.a) Controle do acesso à economia:

No que se refere ao controle do acesso à economia, todos os países oferecem alguma forma de restrição ao recebimento de IED, o que varia é o tipo de controle exercido. Há, inclusive, aqueles que optam pela total exclusão do IED em certos setores, outros que optam por restrições quantitativas do número de empresas

estrangeiras em certos setores, limitação que vem sendo bastante criticada uma vez que a barreira quantitativa ao investimento guarda aspecto subjetivo, sem que se analise uma nova proposta ou tipo de investimento que seria realizado.

Porém, as formas de controle não se esgotam por aí.

Alguns países apenas admitem o IED se for seguida determinada forma jurídica específica, ou se compulsoriamente houver participação acionária do Estado ou de investidores locais privados (as chamadas “joint ventures” obrigatórias). Há aqueles que determinam processo administrativo de aprovação das propostas de investimento passando por um crivo discricionário (análise de conveniência do investimento). Por fim, restringem-se certas formas de entrada de investimentos, como por exemplo, quando se proíbe, ou são impostas condições específicas para processos de fusões e aquisições (*Mergers and Aquisitions* – M&A).

II.b) Implementação de condições

Ao invés de criar limitações jurídicas para as entradas dos IEDs nas economias receptoras, alguns Estados preferem adotar condições de implementação para os investimentos.

Algumas condições estabelecidas podem inclusive ser discricionárias, desde aquelas que vinculam o IED ao cumprimento de requisitos relacionados a segurança nacional, política nacional, costume e moral públicas, até mesmo de governança empresarial mediante responsabilidade social e ambiental, além da análise dos benefícios provocados na economia nacional.

Entretanto, os requisitos mais utilizados são aqueles que vinculam o IED ao cumprimento de condições mínimas de capital investido. Dentre os quais estão, o estabelecimento de normas de capital mínimo; normas em matéria de investimento ou reinvestimento adicional posterior; restrições sobre a importação de bens necessários para realizar o investimento, combinadas com normas de compras mínimas de insumos locais; a necessidade de depósito de garantias

mínimas; e ainda, o estabelecimento de taxas para obtenção de licenças e reconhecimentos jurídicos.

II.c) Regimes regulatórios específicos

Costuma-se utilizar, ademais, de regimes regulatórios específicos para o recebimento do IED. Tais regimes são utilizados especialmente na situação de contratos tipo BOT (build-operate-transfer), ou seja, quando o IED se ocupará de preencher todas as cadeias da produção de determinado produto, o Estado receptor costuma conceder exceções de tratamento para o investimento, com vistas ao fortalecimento da economia local com produtos não disponíveis em seu mercado interno.

II.d) Medidas relacionadas à propriedade

Independentemente de quão aberta é uma economia, ainda se busca manter ao menos um controle sobre o IED e o investidor estrangeiro, por essa razão são estabelecidas diversas medidas para o controle da propriedade de estrangeiros. Vejamos:

Controles para regular a propriedade

- ✓ Restrições aplicadas sobre a propriedade estrangeira (p.ex., não se permite que o capital de propriedade estrangeira exceda os 50%);
- ✓ Transferência obrigatória da propriedade para empresas do país, normalmente por meio de normas de transferência gradual;
- ✓ Restrições por razão de nacionalidade aplicadas a propriedade da companhia ou da sua composição societária

Controles sobre a limitação das atribuições dos acionistas

- ✓ Restrições aplicadas segundo a classe das ações ou dos bônus em poder dos investidores estrangeiros (p. ex. ações sem direito a voto);
- ✓ Restrições aplicadas sobre a livre transferência de ações ou de outros direitos de propriedade sobre a companhia em poder dos investidores estrangeiros (p. ex. ações transferíveis apenas mediante autorização);

- ✓ Restrições dos direitos dos acionistas estrangeiros (p. ex. sobre a retirada de dividendos, juros sobre capital próprio quando da liquidação, os direitos de voto e a denegação de dados sobre determinados aspectos da gestão do investimento).

Controles sobre a gestão do investimento, mediante intervenção oficial

- ✓ É reservado o direito às autoridades de designar um ou mais membros do Conselho de Administração;
- ✓ Restrições quanto à nacionalidade dos membros do Conselho de Administração ou a limitação do número de estrangeiros em postos de direção;
- ✓ Certas decisões são apenas tomadas, por decisão unânime do Conselho de Administração, ou é reservado o direito das autoridades vetarem determinadas decisões;
- ✓ São constituídas ações privilegiadas que permite às autoridades, p. ex., intervir se o investidor estrangeiro adquire parcela do investimento superior a determinada porcentagem;
- ✓ Determinadas decisões apenas poderão ser tomadas mediante consulta prévia às autoridades;

Outras formas de restrição

- ✓ Restrições sobre a administração de monopólios controlados por estrangeiros ou sobre a privatização de empresas públicas;
- ✓ Restrições sobre a propriedade de terrenos ou imóveis e sobre sua transferência;
- ✓ Restrições em matéria de propriedade industrial ou intelectual; e,
- ✓ Restrições sobre a utilização de empréstimos estrangeiros (p. ex. bônus) a longo prazo (igual ou superiores a cinco anos de duração).

2.2.3.c) Modelos regulatórios de admissão e estabelecimento de IED

Conforme pudemos perceber, as restrições ao IED podem variar do extremo liberalizante ao extremo protecionista, dependendo da política externa que cada Estado elege. Percebe-se pela análise dessas legislações, alguns modelos que se reiteram na prática internacional, sendo normalmente utilizados de maneira

semelhante, ajustando-se apenas na forma de negociação empreendida durante as tratativas de determinado tratado.

A grande maioria dos Acordos de Investimento se vale do “modelo de controle do investimento” (CNUCED, 1999), salvo aqueles Tratados Bilaterais utilizados pelos Estados Unidos e mais recentemente pelo Canadá. Por esse primeiro modelo não são oferecidas garantias de tratamento diferenciado na entrada e no estabelecimento do IED, consagrando a Soberania do Estado receptor do investimento.

Exemplo importante é as Diretrizes para o Investimento Estrangeiro Direto do Banco Mundial, pelo qual foi adotado expressamente o modelo, o que é muito significativo, dado que o documento busca celebrar a tendência da prática internacional mais liberalizante. Por este documento, o Estado receptor mantém o direito de legislar sobre o controle e o ingresso do IED, sendo possível, inclusive, recusar a entrada por critérios de segurança nacional, como no caso do setor que é relevante para objetivos de desenvolvimento econômico do Estado.

Seguem outros exemplos de acordos internacional que adotaram o modelo: TBI Barbados - Reino Unido¹³⁴; TBI modelo chileno de 1994 (artigo 3º); TBI modelo chinês (artigo 2º); o artigo 2º do TBI modelo francês (artigo 2º); TBI modelo alemão de 1991 (artigo 2º); TBI modelo suíço (artigo 3º); Tratado modelo do Comitê Jurídico Consultivo Asiático-Africano de 1985 (artigo 3º); Acordo sobre a Livre Movimentação de Capital árabe entre Países Árabes de 1970 (artigo 3º); Acordo Unificado para o Investimento de Capital Árabe nos Estados Árabes de 1980; Acordo para a Promoção, Proteção e Garantia de Investimentos entre os Estados Membros da Organização da Conferência Islâmica de 1981 (artigo 2º); Protocolo de Colônia para a Promoção e Proteção de Investimentos vindos de Estados não-Partes do MERCOSUL, Anexo B; e, os artigos 6º a 14 da

¹³⁴ O artigo 2º, parágrafo 1º do TBI assim prescreve: “cada parte contratante fomentará e criará as condições favoráveis para que os nacionais e as empresas da outra Parte contratante invistam capital em seu território e, sujeito ao direito de exercer as faculdades conferidas por suas leis, admitirão este capital”. (CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO. Scope and Definition: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements. New York e Genebra: United Nations Publications, Sales No. E.99.II.D.9., 1999., p. 5 seção 2).

Convenção Comum sobre Investimentos nos Estados da União Econômica e Aduaneira da África Central de 1965 – UDEAC (CNUCED, 1999).

Pelo segundo modelo, o “modelo de liberalização seletiva”, o Estado receptor oferece uma lista positiva de setores nos quais há o direito de entrada e estabelecimento do IED, podendo o Estado exercer certas restrições, desde que previstas no tratado (CNUCED, 1999).

Ademais, o direito pode ser estendido a novos setores, em nova rodada de negociação em data designada, como ocorre no principal exemplo deste modelo, o GATS¹³⁵, pelo qual ficou celebrado o modelo, com o objetivo dos Estados não liberarem completamente suas fronteiras, de modo que ocorre uma liberalização controlada de setores específicos, mediante a liberalização de outros setores em outros Estados Partes.

O modelo de industrialização regional é consequência da política de alguns Estados de promover o desenvolvimento regional por meio de programas de investimento conjunto, de modo que as empresas e os projetos passam a ser integrados regionalmente. Concede-se, por isso, o padrão de tratamento nacional integral para os investidores de países membros.

Na Comunidade Andina, p. ex., foi estabelecido o Código Uniforme para as Empresas Multinacionais Andinas, que decidiu o seguinte:

“**ARTIGO 26.** Os países membros concordam em encorajar a constituição de Empresas Multinacionais Andinas, com o objetivo de facilitar o processo comum de desenvolvimento industrial na SubRegião nas diferentes formas de integração industrial contemplada no Acordo de Cartagena.

Ademais, deverão promover e facilitar a constituição de Empresas Multinacionais Andinas em áreas ou serviços de outros setores produtivos.¹³⁶”(Decisão 292 da Comissão do Acordo de Cartagena – Grupo Andino de 1991)

¹³⁵ Artigo XVI do Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS)

¹³⁶ Tradução do autor para: “**Article 26.** *The Member Countries agree to encourage the constitution of Andean Multinational Enterprises in order to facilitate the process of joint industrial development in the Subregion in the different forms of industrial integration contemplated in the*

O quarto tipo de tratamento dispensado é o “modelo de tratamento nacional mútuo”, pelo qual são concedidos direitos de entrada ou estabelecimento com base no Tratamento Nacional apenas para investidores situados em Estados membros, ou seja, desde que as Pessoas Físicas sejam da nacionalidade de algum dos Estados membros, ou, as Pessoas Jurídicas estejam situadas em algum dos Estados membros (CNUCED, 1999).

Modelo normalmente encontrado em Organizações de Integração Econômica Regional (OIER) e tem como contrapartida a não concessão do Padrão de Tratamento da Nação Mais Favorecida a não-membros.

Dessa forma o processo de admissão de um IED é comum para investidores dos Estados membros, fundamentando-se prioritariamente em regimes preferenciais de admissão e estabelecimento em relação a outros Estados membros, como ocorre no Tratado de Nice, que institui a Comunidade Européia¹³⁷.

Temos, ainda outros exemplos do modelo adotado pela Comunidade Européia: Acordo entre a União Européia e a Hungria; os Códigos de Liberalização da OCDE (artigos 1º e 2º); Anexo A da Liberalização de Movimentos de Capitais da OCDE; Tratado que estabelece a CARICOM (artigo 35); Tratado para o estabelecimento da ECCAS (artigo 40); Código Comunitário de Investimentos da Comunidade Econômica dos Países dos Grandes Lagos (artigo 6º); Tratado da COMESA (artigo 164); Tratado que estabelece a Comunidade Econômica Africana (artigo 43); Tratado revisado da ECOWAS (artigo 3º, 2); e, Acordo Quadro da Área de Investimentos da ANSEA (artigo 4º, “b”) (CNUCED, 1999).

Cartagena Agreement. Likewise, they shall promote and facilitate the constitution of Andean Multinational Enterprises in the area or services and other productive sectors.”

¹³⁷ Vide artigos 43 a 54, especialmente o artigos 43, in fine e 44 (1): “ (...) 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 48º, nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais, sem prejuízo do disposto no Capítulo relativo aos capitais. ARTIGO 44º (ex-artigo 54º) 1. Para realizar a liberdade de estabelecimento numa determinada actividade, o Conselho, deliberando de acordo com o procedimento previsto no artigo 251º, e após consulta do Comité Económico e Social, adoptará directivas. (...) ”

Por fim, será comentado o modelo combinado de “Padrão de Tratamento Nacional e o Padrão da Nação Mais Favorecida” (CNUCED, 1999) criado e adotado pelos TBIs Modelos dos EUA. De acordo com este modelo, fica estipulado ambos os Tratamentos, aplicando-se o que for mais favorável, para os investidores estrangeiros de Estados Partes, já mesmo no estágio de Pré-entrada, isto é, em qualquer dos momentos de “estabelecimento, aquisição, expansão, gestão, condução, operação, venda ou qualquer outra forma de disposição dos investimentos no seu território”¹³⁸.

Neste tipo de acordo, as exceções devem ser eleitas por meio de lista, mais desta vez, negativa, pela qual são incluídos os setores ou atividades que não devem ser atingidos por ambos padrões de tratamento.

Seguem a mesma linha adotada pelo modelo de TBI norte-americano, o NAFTA, em seus artigos 1102 a 1104 e 1106 a 1108; o Tratado de Livre Comércio entre a Colômbia, México e Venezuela (artigo 17-03); os Princípios Não-Vinculantes de Investimento da APEC; o Acordo Quadro da ANSEA (artigo 4º (b) e (c) e 7º); e, o Projeto do MAI da OCDE (Artigo III).

Podemos concluir, que no processo de bilateralização dos tratados de investimento, existe a prevalência duas tendências principais. A tendência européia que se inspira na Convenção Modelo da OCDE sobre Proteção à Propriedade Estrangeira de 1962, exemplificado pelos TBIs modelos da Suíça e da França. E, a tendência norte-americana, cuja origem se dá com o modelo de TBI do mesmo país de 1983.

Pela primeira é garantida a Soberania do Estado no que se refere à admissão e estabelecimento do IED, sendo que a declaração de admissão de um

¹³⁸ Artigos 3º(1) e 4º(1) do TBI Modelo dos EUA de 2004 que contêm a seguinte redação: “Article 3: National Treatment. 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. Article 4: Most-Favored-Nation Treatment. 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.”

investimento não é vinculante, ou seja, dela não emerge obrigação legais passíveis de execução, o que será feito sim, por meio de leis internas que regulará a admissão e o estabelecimento do investidor. Já a tendência norte-americana além de garantir tratamento nacional, também garante o tratamento da Nação-mais-Favorecida para o investidor, com restrições sendo feitas somente mediante o próprio Acordo Internacional.

Nota-se, portanto, que os direitos de estabelecimento são aqueles celebrados com a finalidade de evitar uma discriminação entre investidores nacionais e estrangeiros, bem como entre investidores estrangeiros de diferentes origens, tratamento estes que detalharemos adiante.

2.2.4. Acordos Multilaterais vigentes e relação do Brasil com o Direito Internacional do Investimento tradicional

2.2.4.a) Relação Banco Mundial e Investimento Estrangeiro

Conforme vimos acima, o Banco Mundial ocupa papel preponderante no que tange à regulamentação do fluxo de investimento estrangeiro. O Banco Mundial é resultado do famoso encontro de Bretton Woods, no qual representantes do países vencedores da 2ª Guerra Mundial decidiram criar instituições que forneceria condições econômicas para a reestruturação do processo de paz após a destruição da economia europeia da primeira metade do século XX.

O Banco Mundial congrega cinco organismos internacionais: a) o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD); b) a Associação para o Desenvolvimento Internacional; c) a Corporação Financeira Internacional; d) o Centro Internacional para a Solução de Disputas sobre Investimentos (CISDI); e e) a Agência Multilateral de Garantia para Investimentos (MIGA).

Duas instituições são diretamente ligadas aos investimentos estrangeiros. O CISDI e a MIGA. O CISDI já foi objeto de análise um pouco acima, portanto restamos comentar a estrutura e funcionamento da MIGA e seu regime de proteção aos investimentos estrangeiros.

2.2.4.b) Estrutura da MIGA

A outra instituição do Banco Mundial cuja preocupação primordial é o investimento estrangeiro é a MIGA. Valendo-se do mesmo fundamento econômico, a criação da MIGA serve como instrumento incentivador do fluxo de investimento estrangeiro no mundo.

A MIGA serve para conceder seguros contra riscos políticos a investidores estrangeiros que atuem fora do seu território nacional. Os riscos cobertos pela Agência estão arrolados no artigo 11 do Tratado de Seul que constituiu a MIGA:

“a) De acordo com o determinado pelas Seções (b) e (c), a seguir, a Agência poderá garantir investimentos considerados elegíveis contra perdas resultantes de um ou mais dos seguintes tipos de risco:

i) Transferência, por qualquer governo-anfitrião, de restrições para a transferência ao exterior do seu território de sua moeda para conversão a uma moeda de curso livre ou a qualquer moeda aceitável para o depositário da garantia, incluindo a não-adoção, por parte desse Governo, de providências para reagir dentro e um período razoável de tempo ao pedido do citado depositário no sentido de realizar a transferência em questão;

ii) Expropriação e Medidas Assemelhadas

Qualquer ação ou omissão legislativa ou administrativa atribuível ao governo anfitrião que tenha o efeito de privar o titular de uma garantia da sua propriedade ou seu controle, ou de um lucro substancial provindo do seu investimento – com exceção de medidas não-discriminatórias de aplicação geral que os governos normalmente adotam com a finalidade de regular as atividades econômicas em seus territórios;

iii) Quebra de Contrato

Qualquer repúdio ou quebra de contrato por parte de um governo em relação ao titular de uma garantia, quando (a) o titular da garantia não tiver recurso a meios judiciais ou de arbitragem para determinar a indenização correspondente, ou (b) uma decisão por parte desses meios não for comunicada no período de tempo

razoável prescrito nos contratos de garantia de acordo com os regulamentos da Agência, ou (c) quando uma decisão desse gênero não possa ser executada; e

iv) Guerras e Distúrbios Civis

Qualquer ação militar ou distúrbio civil em qualquer território do país anfitrião parte da presente Convenção deverá motivar a aplicação do Artigo 66.

a) Com base no pedido conjunto do investidor e do país anfitrião, a Junta poderá aprovar, por maioria especial, a concessão da cobertura nos termos deste Artigo a riscos específicos, de índole não-comercial outros que aqueles referidos na Seção (a), supra, mas em nenhum caso ao risco de desvalorização ou de depreciação de moeda.

b) Não serão cobertas perdas resultantes das seguintes circunstâncias:

i) qualquer ação ou omissão governamental com a qual o titular da garantia estiver de acordo ou pela que ele for responsável; e

ii) qualquer ação ou omissão governamental ou qualquer outra circunstancia que ocorra antes da conclusão do contrato de garantia.”

Para realizar a proteção sobre os riscos acima descritos, a Agência realiza as seguintes operações:

“a) expedir garantias, que incluam cosseguros e resseguros, contra riscos não-comerciais relativos a investimentos efetuados em um país-membro por parte de outros países-membro;

b) realizar as gestões complementares cabíveis para promover o fluxo de investimentos dirigidos aos países em desenvolvimento, bem como aquele existente entre eles; e

c) exercer quaisquer atribuições necessárias ou desejáveis para a promoção de seu objetivo.”

Os riscos não-comerciais normalmente são objeto de cobertura de seguradoras ligadas às instituições públicas nacionais de crédito à exportação nacional¹³⁹, facilitando o acesso ao mercado internacional por empresas com sede em países mais ricos. Por essa razão, foi criada a Agência com vistas a incentivar o investimento entre países em desenvolvimento, como se percebe do perfil de risco que a MIGA busca cobrir¹⁴⁰:

- ✓ Investimentos nos países mais pobres do mundo (aqueles que necessitam da assistência da Associação para o Desenvolvimento Internacional);
- ✓ Ambientes afetados por conflitos internacionais;
- ✓ Negócios complexos em indústrias de infraestrutura e extrativista, sobretudo envolvendo considerações sociais e ambientais em torno de financiamento de projetos;
- ✓ Investimentos Sul-Sul (partindo de um país em desenvolvimento para outro).

A MIGA foi constituída em outubro de 1985, por meio do Tratado de Seul e conta hoje com 177 membros, inclusive o Brasil.

Passaremos doravante a elucidar o processo de incorporação do Tratado de Seul no direito interno brasileiro, atenção merecida e necessária, uma vez que o Tratado é o único documento internacional especialmente dedicado aos investimentos estrangeiros ratificado pelas autoridades brasileiras, podendo servir como um parâmetro de análise sobre o pensamento do legislador nacional acerca do tema.

¹³⁹ CORONEL, Maria Carla Fontoura Gaspar. **A Agência Multilateral de Garantia para Investimento (MIGA) e a Atuação de seu Sistema de Solução de Controvérsias: os contextos brasileiro e chileno**. Dissertação (Mestrado em Integração da América Latina). Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 11.

¹⁴⁰ Conforme sítio eletrônico da instituição, < <http://www.miga.org/whoweare/index.cfm> >, acesso em 23.08.2012.

2.2.4.c) *Processo de vinculação do Brasil ao Tratado de Seul*

Dentro do Direito Internacional subsiste a controvérsia acerca da antiga dúvida se os âmbitos interno e internacional fazem ou não parte do mesmo sistema jurídico.

Pela teoria monista, o ordenamento jurídico seria um só, com a existência de dois subsistemas normativos: o interno e o externo. Para tanto, os conflitos entre os subsistemas seriam resolvidos ou pela igualdade jurídica, ou pela supremacia do direito internacional sobre o direito interno, ou ainda, pela supremacia do direito interno sobre o direito internacional. Sobre a teoria monista, reproduzimos a lição de Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari:

“A plena integração do direito interno com o direito internacional público, é por outro lado, a essência da concepção monista, que, como a própria denominação indica, assume a perspectiva da unidade de ambas as ordens jurídicas. Hildebrando Accioly explicita – e defende – tal concepção em poucas e precisas palavras: ‘Em princípio, o direito é um só, quer se apresente nas relações de um Estado, quer nas relações internacionais. Para o internacionalista, a essa ordem jurídica uma correspondem não sistemas jurídicos distintos, mas ‘duas esferas de ação: uma interna e outra externa; a primeira regulada, em cada Estado, pelo respectivo direito interno; a segunda, regida pelo direito internacional’. (...) A prevalência do direito internacional público caracteriza o monismo internacionalista. Já o monismo nacionalista resulta do contrário, ou seja, da subordinação, mesmo que em um quadro de unidade, do direito internacional público ao direito interno.”¹⁴¹

O dualismo prega a existência de dois ordenamentos jurídicos distintos, com sujeitos, objetos e fontes distintos. Para estes uma norma jurídica internacional apenas poderia ser aplicada internamente, caso fosse editada uma nova lei no âmbito interno com idêntico conteúdo.

¹⁴¹ DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. **Constituição e tratados internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 9-10.

No Brasil, embora seja imprescindível nova análise do conteúdo da norma internacional para que a mesma produza efeitos internamente, os Poderes Legislativo e Executivo o fazem verificando sua adequação ao ordenamento interno, referindo-se ao texto da norma internacional mediante processo próprio de validação destas normas, o qual costumamos chamar de ratificação de tratados internacionais¹⁴². Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari sintetiza a teoria da seguinte maneira:

“O dualismo é reflexo claro de um direito internacional público no qual predominavam normas de natureza eminentemente contratual, fixadoras de regras políticas de convivência entre Estados soberanos – como, por exemplo, aquelas voltadas ao estabelecimento de acordos de delimitação de fronteiras e de alianças militares ofensivas e defensivas. Ainda eram incipientes, nesses primórdios do século XX, os tratados de natureza marcadamente normativa, que depois passaram a prosperar, voltados à adoção de regras jurídicas uniformizadoras de padrões de conduta a serem observados pelos indivíduos e pessoas jurídicas de direito privado subordinados à soberania dos respectivos Estados contratantes no plano internacional. Sob a ótica dualista, pode-se falar de recepção do direito internacional público pelo direito interno, mas não de integração entre os dois sistemas normativos, na medida que, do direito internacional público ao qual o Estado se encontra comprometido, emanam tão-somente diretrizes de natureza política endereçadas às instituições responsáveis pela produção das normas de direito interno.”¹⁴³

¹⁴² PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 83.

¹⁴³ DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. **Constituição e tratados internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.9.

Assim, tendo em conta nossa Constituição que determina em seu art. 49, I, a necessidade de ratificação dos tratados internacionais pelo Poderes republicanos, o Tratado de Seul passou por todo processo de ratificação ordinária para que passasse a produzir efeitos no Brasil, como agora está fazendo. Segue abaixo gráfico descrevendo o processo legislativo, para internalização do Tratado de Seul no ordenamento jurídico brasileiro:

A MIGA surge em 11 de outubro de 1985 com a adoção do texto no Tratado de Seul, sendo que somente em 12 de abril de 1988 entra em efetiva operação com a nomeação de Yoshio Terasawa como Vice Presidente Executivo da instituição.

O Brasil assina o Tratado de Seul em 23 de setembro de 1990, em Washington, numa clara referência ao seu compromisso internacional de livre comércio após o processo de redemocratização.

Em 16 de setembro de 1992, o Congresso Nacional aprova o Tratado mediante o Decreto Legislativo nº 66, de 16 de setembro de 1992, o que levará o Governo brasileiro a formalizar sua entrada ao sistema da MIGA apresentando o instrumento para ratificação internacional.

O Tratado de Seul passa, entretanto, a ter eficácia no território brasileiro, com a formalização pelo Decreto Presidencial nº 698, de 8 de dezembro de 1992. Uma atenção que a doutrina se refere quanto ao processo de incorporação do Tratado é que o Decreto nº 698/92 não menciona o Anexo II na transcrição do texto do Tratado¹⁴⁴.

Interessante observar que o Anexo II trata justamente de normas operativas bastante controversas do Tratado, exatamente quando menciona o sistema de solução de controvérsias por meio do CISDI. Faculta-se por meio deste Anexo, o acesso ao sistema de solução de controvérsias diretamente pelos investidores estrangeiros em face dos Estados nacionais que recebem o investimento estrangeiro.

A consulta à doutrina nos indica que apesar do Decreto Presidencial não prever o Anexo II, o mesmo se encontra aplicável. Duas são as razões para tanto: a) caso o país não quisesse se comprometer ao sistema de solução de controvérsias do CISDI poderia ter expressamente feito uma reserva sobre o texto, até mesmo porque o próprio Tratado de Seul prevê em seu art. 57, “b” a possibilidade de acordo em apartado substituindo o Anexo II; b) em manifestação de um Conselheiro da Agência ficou expressamente obtido o posicionamento de que em termos formais a Agência considera o Estado brasileiro como submetido às normas previstas no Anexo II do Tratado de Seul¹⁴⁵.

2.2.4.d) Efeitos da MIGA sobre o Brasil

Com a adoção da MIGA no território brasileiro, imaginou-se uma forte tendência brasileira em se submeter ao regime do Direito Internacional do Investimento.

Porém o que se percebeu foi que após a assinatura de 14 Acordos para Promoção e Proteção do Investimento, por volta de meados da década de 1990, o

¹⁴⁴ CORONEL, Maria Carla Fontoura Gaspar. **A Agência Multilateral de Garantia para Investimento (MIGA) e a Atuação de seu Sistema de Solução de Controvérsias: os contextos brasileiro e chileno**. Dissertação (Mestrado em Integração da América Latina). Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 62.

¹⁴⁵ CORONEL, Maria Carla Fontoura Gaspar. **A Agência Multilateral de Garantia para Investimento (MIGA) e a Atuação de seu Sistema de Solução de Controvérsias: os contextos brasileiro e chileno**. Dissertação (Mestrado em Integração da América Latina). Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 64.

Brasil parou de assinar tratados sobre o tema, e não ratificou nenhum dos Tratados que o país tinha assinado.

No que se refere ao funcionamento da Agência no Brasil, o país acabou não sofrendo nenhum tipo de reclamação, sobretudo porque desde a vigência do Tratado de Seul no Brasil, o país não passou por instabilidades não-comerciais que gerassem a incidência de indenização por algum dos riscos cobertos pela Agência. Todavia, já foram contratados seguros relacionados a projetos no Brasil, conforme podemos ver na tabela a seguir:

Nome do Projeto	Investimento (milhões)	Ano Fiscal	País investidor
1) International Naderlanden Bank N.V., São Paulo Branch	50	1994	Holanda
2) Leasing Bank of Boston, S.A., Arrendamento Mercantil	45	1994	Estados Unidos
3) Brazil branch of Lloyds Bank, Pic.	12	1995	Reino Unido
4) Tecnologia em Componentes Automotivos S.A.	15	1996	Reino Unido da Argentina
5) SPAIPA S/A Indústria Brasileira de Bebidas	20.25	1996	Uruguai
6) Parmalat Brasil Administração e Participações Ltda	21.60	1996	Itália
7) Light Serviços de Eletricidade S.A.	15	1997	Estados Unidos
8) Philips do Brasil, Ltda.	27	1997	Holanda
9) Banco Santander Brasil, S.A.	19.50	1999	Estados Unidos
10) MSF Trustee Ltda	75.45	1999	Ilhas Cayman
11) Banco Europeu da América Latina (BEAL) S.A.	33	1999	Bélgica
12) Braspet Industria e Comercio de Embalagens Plásticas Ltda	5	1999	Alemanha
13) El Paso Energy International Company	14.60	1999	Estados Unidos
14) Lloyds Bank Plc. (Brazil)	29.70	1999	Reino Unido
15) VBC Energia S.A.	100	2000	Ilhas Cayman
16) Cayman Cabiúnas Investment Co., Ltda	15.12	2000	Japão
17) Companhia de Interconexo Energética	65	2000	Espanha
18) BCP S.A.	230	2000	Holanda
19) Banco do Estado de São Paulo S.A.	200	2001	Espanha
20) Fukurawa Industrial S.A. Produtos Electricos	5	2001	Japão
21) Light Serviços de Eletricidade S.A.	23	2001	Estados Unidos

22) Barracuda-Caratinga Leasing Co., B.V.	72	2001	Japão/Alemanha
23) MSF Trustee Ltda	150	2001	Estados Unidos
24) Nordeste Generation Ltda	50	2002	Sigapura
25) Global Village Telecom Ltda.	94	2002	Israel
26) Metro de Salvador S.A.	61.70	2002	Espanha
27) Termo Cabo Ltda	32.64	2003	Estados Unidos
28) Banco Rabobank International S.A.	95	2003	Holanda
29) Cachoeira Paulista Transmissora de Energia Ltda	17.94	2004	Espanha
30) Expansion Transmissão Itumbiara Marimbondo Ltda	11	2004	Espanha
31) TermoCabo Ltda	26.76	2004	Holanda
32) Cefla Capital Services S.A.	1.97	2004	Itália
33) Banco Rabobank International Brasil S.A.	66.50	2005	Estados Unidos
34) Transmissão Itumbiara Marimbondo Ltda	10.30	2005	Espanha
35) Cachoeira Paulista Transmissora de Energia Ltda	15.30	2005	Espanha
36) Uirapuru Transmissora de Energia	5.70	2006	Espanha
37) Sul Transmissora de Energia	10.70	2006	Espanha
38) Nordeste Transmissora de Energia S.A.	23.10	2006	Espanha
39) Ártemis Transmissora de Energia S.A.	21.10	2006	Espanha
40) Munirah Transmissora de Energia S.A.	9.80	2006	Espanha
41) Vila do Conde Transmissora de Energia (VCTE)	5.40	2007	Espanha
42) Porto Primavera Transmissora de Energia Ltda (PPTE)	20.60	2007	Espanha
43) Itumbiara Transmissora de Energia Elétrica Ltda (ITE)	35.40	2007	Espanha
44) Serra da Mesa Transmissora de Energia S.A	33	2009	Espanha

Deste modo, temos que embora o Brasil tenha adotado nas últimas décadas uma política de Estado no sentido de não se obrigar perante os demais Estados e seus investidores a aderir o regime do Direito Internacional do Investimento, bem no

início do processo de consolidação do ramo jurídico, o Brasil acabou assinando e ratificando o Tratado de Seul.

O Tratado prevê institutos simbólicos do regime de Direito Internacional do Investimento, tal como a arbitragem entre Estado e investidor diretamente. De qualquer forma, a visão do Tratado é bastante desenvolvimentista, ao passo que busca financiar projetos vinculados a inserção de países em desenvolvimento seja na realização de investimentos estrangeiros, seja no incremento da recepção deste tipo de investimento.

Por meio da análise e pela rapidez que o Congresso adotou o Tratado de Seul, podemos dizer que no início dos anos 1990, o Brasil seguiu a tendência mundial de assinar os acordos internacionais sobre o investimento. Porém em meados dos anos 1990, já se pode notar a alternância da política externa brasileira, de modo que os acordos de proteção e promoção de investimento, embora tenham sido assinados no Brasil, nunca foram ratificados mediante vontade uníssona do nosso Congresso Nacional.

PARTE II DIFICULDADES E FRONTEIRAS DO DIREITO INTERNACIONAL DO INVESTIMENTO

Nesta 2ª e conclusiva parte da tese, serão retomados os conceitos e o estado da arte apresentado na 1ª parte, de forma a diante do quadro geral metodológico formado constituir condições suficientes para enfrentar as questões que julgamos central para o avanço do estudo da regulação sobre o investimento estrangeiro.

Deste modo, iniciaremos com o que entendemos ser o núcleo central da tese: o sujeito. O Direito do Investimento Estrangeiro é marcadamente estabelecido sobre o tratamento conferido ao estrangeiro. Sem embargos de contarmos com extensa legislação do Direito Internacional Público, e que, de fato, o assunto do investimento estrangeiro ser fundamental para a realização do avanço econômico e político de um Estado, o Direito do Investimento Estrangeiro apenas apresenta alguma distinção para qualquer outro ramo do Direito, quando consideramos um investimento realizado por um sujeito fora do seu Estado de origem.

Ainda no terceiro capítulo serão discutidos a evolução do Direito do Investimento Estrangeiro, bem assim seu marco regulatório fundamental internacional e nacionalmente.

Por fim, no quarto capítulos serão trazidos os temas fronteira à evolução do Direito do Investimento Estrangeiro, que como veremos terão solução distinta daquelas normalmente apresentadas. Afastando-se do estereótipo do Direito do Investimento se relacionar exclusivamente com as empresas transnacionais, abordaremos as questões atinentes à internacionalização das pequenas e médias empresas e sua consequente facilitação e promoção via sistema regulatório.

Um estudo de caso realizado na presente tese que busca contextualizar nossa metodologia proposta, sobretudo diante da contemporânea objetividade do Direito Internacional Público da cooperação, serão debatidas questões acerca dos acordos internacionais para coproduções cinematográficas no Brasil. Ao fim da segunda parte, faremos menção aos tratados de cooperação para produção audiovisual, que pelo nosso ponto de vista, podem nos oferecer um interessante modelo metodológico para a regulação internacional do investimento estrangeiro, tendo em conta que não se fundamentam unicamente na atração de investimentos estrangeiros para o mercado interno, mas sim num modelo de cooperação internacional em que possibilita produtores de obras audiovisuais

realizarem projetos que isoladamente não conseguiriam, mas que com o apoio de outras produtoras de outros lugares do mundo, se tornam um produto já internacionalizado com uma aptidão natural para atingir mercados do mundo inteiro. Trata-se de uma forma de regulação internacional que induz a interrelação de agentes ao redor do mundo e que fomentam o mercado tornando possível um Direito Internacional de cooperação, exatamente nos moldes dos métodos mais avançados de Direito Internacional Público propostos pelos principais estudiosos contemporâneos da disciplina.

CAPÍTULO 3 – DEFINIÇÕES DE NACIONALIDADE E INVESTIDOR

3.1. ESTRANGEIRO COMO DESTINATÁRIO DE NORMAS

3.1.1. Objetivo e finalidade do estudo do estrangeiro no Direito Internacional do Investimento

O núcleo central desta tese é o sujeito. Como adiante veremos, é obviamente importante entender e definir a relação de investimento, mas toda e qualquer norma estabelecida no ordenamento visa atender a distinção do tratamento conferido entre nacionais e os não nacionais.

Ou seja, a metodologia sobre a qual temos nos debruçado é exatamente aquela das relações jurídicas praticadas por estrangeiros que realizam seus investimentos fora do seu Estado de origem, e portanto, recebem, um tratamento distinto daquele ofertado aos nacionais do Estado de destino.

Uma curiosidade, e talvez uma das dificuldades inerentes quanto ao tratamento jurídico do estrangeiro, é que diferentemente de outras minorias sujeitas a regimes jurídicos próprios é que a condição de estrangeiro é transitória, sem que, em regra, o sujeito perca sua condição nacional original¹⁴⁶.

No presente capítulo, buscaremos situar a definição de estrangeiro relacionando-a com o respectivo regime jurídico, sobretudo diante do distinto regime jurídico aplicável aos investidores nacionais e estrangeiros.

¹⁴⁶ Sobre o tema veja-se a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas adotada em 28 de setembro de 1954 por uma Conferência de Plenipotenciários convocada pelo Conselho Econômico e Social em sua resolução 526 A (XVII), de 26 de abril de 1954. Sua vigência internacional ocorreu em 6 de junho de 1960, conforme o artigo 39. Sobre a relação entre a definição de nacionalidade e a condição de apátrida, veja-se Nascimbene, Bruno. *Le droit de la nationalité et le droit des organisations d'intégration régionales. Vers de nouveaux statuts de résidents?* Collected Courses of the Hague Academy of International Law. The Hague Academy of International Law. Volume 367. 2013. p. 253-414. (“*Nous acceptons ici la notion négative d' "étranger", qui indique tant une personne qui ne possède pas la nationalité d'un Etat (étranger au sens strict), qu'une personne qui ne possède la nationalité d'aucun Etat (étranger au sens large), définie comme apatride.*”)

3.1.2. Definição de estrangeiro

Inicialmente, cumpre ressaltar que o conceito de nação se trata de um dos mais controversos discutidos no âmbito doutrinário. Pode-se perceber, inclusive, uma correlação político-ideológica nas formulações sobre suas origens¹⁴⁷, o que, por conseguinte, refletirá na forma como o conceito de estrangeiro será tratado pelos tribunais nacionais e internacionais.

Atualmente, tal controvérsia ganha ainda mais relevo, pois num mundo globalizado onde supostamente as relações passam a se desterritorializar, as operações de investimentos, tendem cada vez mais a se internacionalizar, ainda que atualmente num âmbito intraempresarial.

O cenário brasileiro é ainda mais delicado: se antes as empresas brasileiras reclamavam o fechamento do mercado para investidores estrangeiros, atualmente, são cada vez mais comuns casos em que as empresas brasileiras têm se arriscado - e obtido sucesso - no mercado internacional, gerando um clamor crescente por políticas de promoção e proteção ao investimento brasileiro no exterior¹⁴⁸.

O vocábulo estrangeiro, proveniente do latim *extraneus*, costuma ser definido por exclusão, ou seja, estrangeiro é todo aquele não-nacional¹⁴⁹, de modo que a definição de estrangeiro é decorrente da definição de nacional e nação.

¹⁴⁷ De modo geral pode-se dizer que a definição de nação é substrato da legitimidade do poder exercido por determinado grupo. Veja-se por exemplo a insistência de Lenin para que seu discípulo escrevesse o seguinte trabalho: STALIN, Josef. **O marxismo e o problema nacional e colonial**. Editorial Vitória: Rio de Janeiro, 1946 [original de 1913], p. 9-18.

¹⁴⁸ Veja-se, por exemplo, LEO, Sergio. Brasil impõe perda de competitividade. **Valor Econômico**, São Paulo, 31 mar. 2014. "(...)Não à toa, nos diálogos promovidos pelo Itamaraty, a pedido da presidente Dilma Rousseff, para formular seu "livro branco" da política externa, uma das sugestões mais lembradas foi a criação de mecanismos, no governo, para coordenar a esquizofrênica atuação do Brasil na projeção de seus interesses no campo internacional."

¹⁴⁹ CARVALHO RAMOS, André. "Direito dos Estrangeiros no Brasil: imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular". In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Coord.) **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 721; FONSECA, Hélio. Estrangeiro. In: LIMONGI FRANÇA, R. (coord.) **Enciclopédia Saraiva de Direito**. Vol. 34. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 170-171. TIBURCIO,

Algumas consequências jurídicas podem explicar o motivo da formulação do conceito de estrangeiro¹⁵⁰: a) a nacionalidade exclui garantias de certos membros da comunidade concedendo direitos plenos apenas em favor dos membros natos; e b) a concessão da nacionalidade resulta na proibição do nacional de praticar atos contrários aos interesses da nação.

Nota-se, desse modo, uma íntima ligação entre o tema do presente trabalho, qual seja as garantias jurídicas conferidas aos investidores estrangeiros, com as noções de estrangeiros e nacionais, uma vez que a prática jurídica costuma revelar exemplos de discriminação jurídica entre ambos, mesmo antes do advento formal do Direito Internacional¹⁵¹.

3.1.2. a) Atribuições político-ideológicas ao conceito de estrangeiro

Classicamente, a definição de nação é vinculada a uma noção imemorial de ligação entre indivíduos pelos mais diversos motivos, tais como região, raça, língua, costumes, história, leis e religiões. A ideia de nação é, portanto, aproximada da própria ideia de família, uma vez que os indivíduos estariam ligados entre si desde a formação de uma única família, que no decorrer das gerações estabeleceriam laços tão fortes que formariam comunidades ligadas por sua língua, por sua religião, dentre outros fatores¹⁵².

Carmen. **The human rights of aliens under international and comparative law**. Dordrecht: Martines Nijhoff Publishers, 2001, p.1.

¹⁵⁰ LYON, Ann. Nationality in English Common Law. In: KATZ, Stanley N. (coord.) **The Oxford International Encyclopedia of Legal History**. Vol. 4. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 205.

¹⁵¹ Interessante ressaltar que mesmo a civilização romana, marcada por sua característica cosmopolita, reservou profundas distinções entre nacionais e estrangeiros (desconsiderando as diversas classes de estrangeiros lá consideradas). No caso do exercício da jurisdição, havia aquele designado para os casos entre cidadãos romanos (pretor urbano) e outro para casos em que figurassem estrangeiros (pretor peregrino). Ademais, a lei aplicável ou o *ius civile* destinava-se, exclusivamente, aos romanos, ao passo que as normas aplicáveis a todos, e nesse caso também aos estrangeiros era identificado como *ius gentium*. Sobre o assunto veja-se MARKY, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

¹⁵² MANCINI, Pasquale S., A nacionalidade como fundamento do direito das gentes. In **Direito Internacional: coletânea**, Ed. Unijui, 2003, pp. 35-86. [texto original de 1851]

Essa noção de ligação soberana, decorrente do seio familiar originário, é, de fato, inerente à disciplina de Direito Internacional desde suas reminiscências¹⁵³, como podemos notar no seguinte trecho da obra de Jean Bodin¹⁵⁴:

A administração doméstica é o reto governo de várias pessoas e do que lhes é próprio, sob a obediência de um chefe de família. A segunda parte da definição de República que estabelecemos faz referência à família que constitui a verdadeira fonte e origem de toda República, assim como seu principal elemento. [...]

Como a família bem dirigida é a verdadeira imagem da república, e o poder doméstico é comparável ao poder soberano, assim, o reto governo da casa é o verdadeiro modelo do governo da República. Do mesmo modo que o corpo goza de saúde se cada membro em particular cumpre sua função, a República seguirá bem se as famílias estão bem governadas.

Para Jean Bodin, bons chefes de família formam Estados bem administrados. Mais recentemente, Hans Morgenthau revisita o argumento afirmando que a qualidade da sociedade e de seu governo são fatores determinantes para o exercício do poder nacional. Em outros termos, a formação imemorial dessa “família”, gênese para a futura unidade nacional, apresenta características marcantes que explicariam o exercício do poder de uma nação sobre a outra. Assim, para Morgenthau, uma sociedade, que por exemplo, seja fortemente marcada por desigualdades e abusos entre seus membros, apresenta moral e índole baixos quando da proteção do poder político nacional, tornando-se objeto de domínio por outra sociedade com moral e índoles mais elevados¹⁵⁵.

A escola clássica ou objetivista reúne a literatura que confere à definição de nacionalidade características próprias da comunidade formada por laços imemoriais entre indivíduos de mesma etnia, mesma língua e mesma cultura. São exemplos das definições de nação elaboradas por autores desta escola: “sociedade natural de homens com unidade de território, de origem, de costumes

¹⁵³ Acerca da relevância de Jean Bodin para a formação do Direito Internacional Público e sua clássica imposição da soberania sobrepujando o direito natural, veja-se CASELLA, Paulo Borba. **Direito Internacional no tempo medieval e moderno até Vitória**. São Paulo: Saraiva, 2012, 567-571.

¹⁵⁴ BODIN, Jean. **Los seis libros de la Republica**. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1992, p. 15-16.

¹⁵⁵ MORGENTHAU, Hans. **A política entre as nações: a luta pelo poder e pela paz**. São Paulo: Universidade de Brasília, 2003, pp. 215-293.

e de língua, configurados numa vida em comum e numa consciência social”¹⁵⁶, ou ainda como, “uma comunidade desenvolvida e estável, com linguagem, território, vida econômica e caracterização psicológica manifestos em uma comunidade cultural”¹⁵⁷.

A noção clássica de nação construída no início da Idade Moderna serviu principalmente para dotar grupos ainda não formalmente estabelecidos, mas cuja coletividade posteriormente se constituíra nos atuais Estados-Nações.

Neste cenário, a nação adquiriu *status* de sagrada para a sociedade atual, ao ponto que negar sua nacionalidade equivaleria negar sua própria família. De acordo com as palavras de Mancini, nacionalidade seria uma explicação coletiva da liberdade, sendo santa e divina, de modo que o homem não poderia vender sua pátria, “ainda que por outra melhor”¹⁵⁸. Acresça-se a isso uma tendência saudosista vivenciada pelos jovens atuais que têm provocado um processo de sobrevalorização de temas antes tidos como dogmas sociais. Pode-se dizer que atualmente o passado “vende” mais que o futuro. Sobre o tema vale transcrever Andreas Huyssen:

“(...) o enfoque sobre a memória é energizado subliminarmente pelo desejo de nos ancorar em um mundo caracterizado por uma crescente instabilidade do tempo e pelo fraturamento do espaço vivido. (...)

necessita-se da memória e da musealização juntas para construir uma proteção contra a obsolescência e o desaparecimento, para combater a nossa profunda ansiedade com a velocidade de mudança e o contínuo encolhimento dos horizontes de tempo e de espaço. (...)

quanto mais o capitalismo de consumo avançado prevalece sobre o passado e o futuro, sugando-os num espaço sincrônico em

¹⁵⁶ MANCINI, Pasquale S., A nacionalidade como fundamento do direito das gentes. In **Direito Internacional: coletânea**, Ed. Unijui, 2003, pp. 62-63. [texto original de 1851].

¹⁵⁷ STALIN, Josef. **O marxismo e o problema nacional e colonial**. Editorial Vitória: Rio de Janeiro, 1946 [original de 1913], p. 12-13.

¹⁵⁸ MANCINI, Pasquale S., A nacionalidade como fundamento do direito das gentes. In **Direito Internacional: coletânea**, Ed. Unijui, 2003, pp. 35-86. [texto original de 1851].

expansão, menor a estabilidade ou a identidade que proporciona aos assuntos contemporâneos.¹⁵⁹”

Referido processo pode acomodar uma tendência bastante perigosa consistente na adoção dos extremismos, que tantos males causaram no passado¹⁶⁰ e que hoje ao serem revisitados podem causar outras tantas dificuldades, uma vez que utilizados numa sociedade virtualizada e cujas informações são propagadas de maneira mais rápida, geram um sentimento disseminado e intenso de ódio e discriminação¹⁶¹.

Já, para outro grupo de estudiosos, os aqui referenciados como subjetivistas ou voluntaristas, a definição de nação é produto da sociedade na Idade Moderna, sobretudo ao dessacralizar-se. Eric J. Hobsbawm aponta que a ideia de nação não é imemorial, constituindo-se num resultado ideológico próximo do século XVIII.

“A característica básica da nação moderna e de tudo o que a ela está ligado é sua modernidade. Isso, agora, é bem compreendido, embora a suposição oposta – a de que a identificação nacional seja tão natural, fundamental e permanente a ponto de predecir a história – ainda seja tão amplamente aceita que talvez seja útil esclarecer a modernidade do vocabulário a respeito do assunto.¹⁶²”

Vale esclarecer que o vocábulo nação, de fato, já era encontrado anteriormente na história. Todavia, como ressalta o grande historiador Marc Bloch:

¹⁵⁹ HUYSEN, Andreas. **Seduzidos pela memória: arquitetura, monumentos e mídia**. Tradução de Sergio Alcides. Seleção de Heloisa Buarque de Hollanda. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2000. p. 20-29.

¹⁶⁰ Na obra de HOBBSAWM, Eric J. **Era dos Extremos: o breve século XX**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, cita-se René Dumont, agrônomo e ecologista francês, que comenta o seguinte acerca do século XX: “vejo-o apenas como um século de massacres e guerras.”

¹⁶¹ JELIN, Elizabeth. ¿De qué hablamos cuando hablamos de memorias? [artigo científico]. 2001. Disponível em: <http://www.cholonautas.edu.pe/>. Acesso em: 15 junho 2012.

¹⁶² HOBBSAWM, Eric J. E. Nações e nacionalismo desde 1780: programa, mito e realidade. Maria Celia Paoli e Anna Maria Quirino (trad.). Rio de Janeiro: Nova Fronteira (Saraiva de bolso), 2011, p. 24.

*“Car, au grand désespoir des historiens, les hommes n'ont pas coutume, chaque fois qu'ils changent de mœurs, de changer de vocabulaire.”*¹⁶³

Na Roma antiga, nações serviam para definir certas espécies de animais, enquanto na Idade Média, servia para apontar grupos de estudantes vindos de lugares distantes,¹⁶⁴ sendo ainda encontrados relatos de que a nacionalidade era reconhecida não pelo nascimento em determinado território, mas pela posse de terras em determinado local, de modo que o sujeito fora de suas terras não guardava nenhum dever de colaboração para seus conterrâneos, do mesmo modo que a nação não possuía nenhum dever positivo em favor dos indivíduos fora dos seus domínios¹⁶⁵.

Para os subjetivistas, a nação ligar-se-ia a um sujeito em decorrência de uma ligação física, emocional, econômica com uma determinada comunidade. Desse modo, é o sujeito que se filia a uma nação e não a nação quem determinaria quais são seus sujeitos, “seja ela coletiva, (...) seja individual, à moda austro-marxista de se considerar a “nacionalidade” como passível de aderir às pessoas, onde elas vivessem ou com quem vivessem, sobretudo se estas decidissem exigí-la.”¹⁶⁶

Duas obras, ambas de 1983 e editadas na Grã-Bretanha, são fundamentais para a identificação da noção crítica moderna de nação: “Comunidades Imaginadas” de Benedict Anderson e “Nações e nacionalismo” de Ernest Gellner.

Para o primeiro, nação pode ser definida como uma “comunidade política imaginada – e imaginada como sendo intrinsecamente limitada e, ao mesmo

¹⁶³ BLOCH, Marc. *Apologie pour l'histoire ou Métier d'historien*. 2ª ed. Paris: Armand Colin, 1952, p. 22. Para grande desespero dos historiadores, os homens não têm o hábito de mudar de vocabulário cada vez que mudam os costumes.

¹⁶⁴ SAND, Shlomo. *A invenção do povo judeu*. São Paulo: Benvirá, 2011, p. 54.

¹⁶⁵ LYON, Ann. *Nationality in English Common Law*. In: KATZ, Stanley N. (coord.) **The Oxford International Encyclopedia of Legal History**. Vol. 4. Oxford: Oxford University Press, 2009, P. 205.

¹⁶⁶ HOBBSBAWM, Eric J. E. *Nações e nacionalismo desde 1780: programa, mito e realidade*. Maria Celia Paoli e Anna Maria Quirino (trad.). Rio de Janeiro: Nova Fronteira (Saraiva de bolso), 2011, p. 16.

tempo, soberana”¹⁶⁷. De acordo com referida definição, a nação se constitui numa definição imaginada porque os membros de uma comunidade por mais importantes que sejam ou por menores que sejam os grupos reunidos jamais conhecerão todos os membros de uma determinada nacionalidade. A nação é limitada pois, por maior que seja o número de membros, os mesmos serão limitados, de forma a não abranger todos os membros da humanidade. Por fim, a nação é pensada como comunidade, pois sempre foi concebida como uma profunda camaradagem horizontal, fazendo com que as pessoas se dispusessem a morrer por essas comunidades imaginadas¹⁶⁸.

Gellner, a seu turno, complementa a noção de nacionalismo proposta por Anderson, quando afirma:

“1. Dois homens são da mesma nação se e somente se eles dividem a mesma cultura; quando, por sua vez, cultura significa um sistema de ideias, signos, associações e modos de comportamento e de comunicação.

2. Dois homens são da mesma nação se e somente se eles se reconhecem como pertencentes à mesma nação. Em outros termos, são os homens que fazem as nações (...).”¹⁶⁹

Em síntese, pode-se assumir ao menos dois elementos para a ideia de nação: um elemento objetivo consistente na identificação de cultura entre os membros de uma nacionalidade, além de um elemento subjetivo, pelo qual os sujeitos devem se reconhecer como parte dessa nacionalidade.

É Gellner quem também defende a noção de que as formações nacionais criam os nacionalismos e não o inverso¹⁷⁰. Ou seja, diante da crise da nobreza atacada pelo Iluminismo, do ponto de vista ideológico, e por Napoleão, do ponto de vista militar, passou a ser premente a necessidade da superação do paradigma aristocrático para uma estabilização de uma identidade comum, corporificada por

¹⁶⁷ ANDERSON, Benedict. **Comunidades Imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 32.

¹⁶⁸ ANDERSON, Benedict. **Comunidades Imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 32-34.

¹⁶⁹ GELLNER, Ernest. **Nations and nationalism**. Oxford: Blackwell Ed, 2004, p. 7.

¹⁷⁰ GELLNER, Ernest. **Nations and nationalism**. Oxford: Blackwell Ed, 2004, p. 55.

meio da nacionalidade¹⁷¹. Assim, a ideia de nação atenderia uma determinada comunidade quando estabelece um sistema geral e ideológico de proteção e colaboração mútuas.

Observa Hobsbawm que o trabalho de Gellner desconsidera, neste ponto, o fato de que as nações devem ser vistas como um fenômeno dual, composto por aqueles que as veem pelo alto, como os governos, porta-vozes ou ativistas de movimentos nacionalistas (ou não nacionalistas), e aqueles que as veem por baixo, para quem as nações constituem suposições, esperanças, necessidades, aspirações e interesses das pessoas comuns¹⁷².

Em resumo, podemos afirmar que para a escola subjetivista, a ideia de nação observa as seguintes características: 1. Os Estados precedem às nações, dado que o contexto de nação pertence a um período particular e recente. 2. A nacionalidade se relaciona com condições diversas como econômicas, administrativas, técnicas e políticas.

3.1.2.b) Insuficiências das características apresentadas pelas escolas objetivistas e subjetivistas

Dentre as diversas críticas tecidas pelos estudiosos subjetivistas aos estudiosos objetivistas é que os elementos característicos do conceito de nação comentado não levam a uma resposta segura da formação nacional. Veja-se por exemplo o critério filológico, quando se tem claramente que a língua é insuficiente para caracterizar uma população como homogênea¹⁷³, quando encontramos diversos

¹⁷¹ SAND, Shlomo. **A invenção do povo judeu**. São Paulo: Benvirá, 2011, p. 112.

¹⁷² HOBBSAWM, Eric J. E. Nações e nacionalismo desde 1780: programa, mito e realidade. Maria Celia Paoli e Anna Maria Quirino (trad.). Rio de Janeiro: Nova Fronteira (Saraiva de bolso), 2011, p. 21.

¹⁷³ VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 174: "O uso de um único idioma nacional tornou-se obrigatório na França, Espanha, Itália, Alemanha, Argentina, e de forma muito intensa, no Brasil. Os idiomas regionais ou a língua dos ascendentes foram proibidos e, em alguns casos, falar o idioma de outro país era considerado crime, passível de prisão. O sentimento de amor ao país com a criação de símbolos nacionais, como a bandeira, o hino, e mesmo a ideia de que os limites territoriais sempre estiveram bem estabelecidos eram elementos comuns nos diferentes Estados."

casos de nações que adotam mais de uma língua e nem por isso deixam de ser tratadas como nações¹⁷⁴.

As definições subjetivistas, por outro lado, também são insuficientes, ao passo que costumam resultar na criação de uma nacionalidade em termos meramente volitivos, reduzindo o fenômeno a uma única dimensão, seja política, cultural ou econômica. Uma das diversas consequências negativas deste tipo de abordagem são os chamados Estados fracassados, cujas instituições costumam ser apontadas pela literatura, ou mesmo pelo senso comum da própria comunidade, como insuficientes para exercer continuamente sua capacidade de governança em temas substanciais¹⁷⁵.

Buscando ressaltar a relevância da distinção entre as objetivistas e os subjetivistas, vale lembrar a emblemática decisão da Corte Internacional de Justiça acerca da matéria, no Caso Nottebohm.

Liechtenstein propôs uma medida judicial perante a Corte Internacional de Justiça em face da Guatemala, pelo qual buscava exercer a proteção diplomática sobre Friedrich Nottebohm¹⁷⁶. Nottebohm nasceu na Alemanha, porém seus estabelecimentos empresariais, sobretudo instituições financeiras, foram constituídos e operavam regularmente na Guatemala.

Ocorre que, durante a II Guerra Mundial, em que a Guatemala declarou guerra à Alemanha, a Guatemala nacionalizou os bens de sujeitos de nacionalidade alemã, de modo que todos os bens do Sr. Nottebohm foram expropriados. Cabe destacar, entretanto, que na iminência da declaração de guerra pela Guatemala, em 1939, Nottebohm adquiriu a nacionalidade de Lichtenstein mediante

¹⁷⁴ HOBBSBAWM, Eric J. E. Nações e nacionalismo desde 1780: programa, mito e realidade. Maria Celia Paoli e Anna Maria Quirino (trad.). Rio de Janeiro: Nova Fronteira (Saraiva de bolso), 2011, p. 15.

¹⁷⁵ CASTRO, Thales. **Teoria das Relações Internacionais**. Brasília: FUNAG, 2012, p. 118-123; COSTA, José Augusto Fontoura. Soberania e Estados Fracassados. In: GUERRA, Sidney; SILVA, Roberto Luiz. Soberania: antigos e novos paradigmas. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 129-136.

¹⁷⁶ “A proteção diplomática tem como objetivo substituir por uma pessoa capaz de exercer uma ação internacional (Estado), uma pessoa que carece de tal capacidade e que tenha sofrido um dano (o nacional).” VERDUZCO; WITKER. Protección diplomática. In: **Diccionario de Derecho Internacional**. México: UNAM, 2001. p. 282.

procedimento bastante sumário. Ainda assim, Lichtenstein iniciou após o fim da II Guerra Mundial procedimento judicial perante a Corte Internacional de Justiça para que a expropriação dos bens do seu nacional Nottebohn fossem indenizados.

Para a Corte Internacional de Justiça, a proteção diplomática não poderia ser reconhecida no caso, já que não teria ficado comprovada a efetiva ligação de Nottebohn com Lichtenstein¹⁷⁷. Nesse sentido, a outorga da nacionalidade de Lichtenstein apenas produziria efeitos perante toda a comunidade internacional, caso fosse estabelecida mediante vínculo autênticos entre o indivíduo e o Estado que a outorga (*genuine and effective link doctrine*).

Diante deste precedente, fica claro que para a Corte Internacional de Justiça o vínculo da nacionalidade é estabelecido mediante um fato social, uma solidariedade efetiva de existência, de interesses, de sentimentos, em consonância com uma reciprocidade de direitos e deveres¹⁷⁸.

Pode-se notar, todavia, que a legislação nacional, por exemplo, não segue o precedente acima mencionado, tendo em conta que o artigo 12 da Constituição da República vigente estabelece apenas critérios formais para a concessão da condição de nacional brasileiro, não exigindo em algumas hipóteses quaisquer vínculos sociais com o Brasil além da descendência. Sobre o tema, retornaremos adiante nesta tese.

3.1.3. Definição de nacionalidade: alguns efeitos da sua juridificação

Conforme visto acima, na antropologia, nas ciências políticas e sociais, e mesmo no Direito há um certo consenso quanto à indefinição dos contornos dos conceitos

¹⁷⁷ Corte Internacional de Justiça – CIJ. Contencioso entre Liechtenstein e a Guatemala sobre a nacionalidade de Friedrich Nottebohn. Decisão de 06.04.1955.

¹⁷⁸ POSSE, Hortensia D.T. Gutiérrez. Guía para el Conocimiento de los Elementos de Derecho Internacional Público. Buenos Aires: La Ley, 2010, p. 107.

de nação e nacionalidade, de modo a permitir que um estudioso possa se debruçar definitivamente, tornando imprecisa a definição *a priori* de estrangeiro¹⁷⁹.

Diante disso, o critério da nacionalidade é resultado de um processo de imputação¹⁸⁰, pelo qual o sujeito adquire a nacionalidade mediante sua adequação a determinadas condições.

A definição da nacionalidade de um determinado sujeito é assunto normalmente reservado à soberania ordenamento nacional dos Estados, embora o Direito Internacional estabeleça certos limites, como prescreve a Convenção de Haia sobre o Conflito de Normas sobre Nacionalidade de 1930¹⁸¹:

“Art. 1º. Cabe a cada Estado determinar, segundo a sua própria legislação, quem são os seus cidadãos. Essa legislação será reconhecida por outros Estados na medida em que seja compatível com as convenções internacionais, o costume internacional e os princípios de direito geralmente reconhecidos em matéria de nacionalidade.”¹⁸²

Costuma-se tratar a aquisição da nacionalidade por meio de dois critérios. No caso de um ordenamento que segue linhas de adoção de nacionalidade por meio de um critério étnico, decorrente de uma origem sanguínea, adota-se o critério

¹⁷⁹ ANDERSON, Benedict. **Comunidades Imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 31. SAND, Shlomo. **A invenção do povo judeu**. São Paulo: Benvirá, 2011, p. 53; SHAW, Malcolm N. **International Law**. 5ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 585.

¹⁸⁰ “At the outset one might predicate a presumption of effectiveness and regularity which would abruptly resolve the apparent conflict between the reliance of so many institutions of the law on the concept of nationality, so far as application and enforcement are concerned, and the alleged freedom of states in the conferment of nationality. Nationality is a problem, in part of attribution, and regarded in this way resembles the Law relating to territorial sovereignty.” BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 5ª ed. Oxford: Oxford University, 1998, 386.

¹⁸¹ Referida Convenção foi produzida na extinta Liga das Nações. Sua assinatura se deu em 12 de abril de 1930, passando a vigor internacionalmente em 1º de Julho de 1937. O Brasil aderiu à Convenção em 19 de Setembro de 1931, reservando-se quanto aos artigos 5, 6, 7, 16 e 17, alegando incompatibilidade com o direito interno. Todavia, não encontramos em nossa pesquisa qualquer ato ratificando internamente a Convenção.

¹⁸² Na falta da tradução oficial, conforme nota de rodapé acima, nos valem da tradução utilizada no seguinte estudo: Alto Comissário das Nações Unidas para Refugiados - ACNUR. Nacionalidade e Apatridia: manual para parlamentares, 2005, p. 9, acesso em: 12/06/2013 < http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2011/Nacionalidade_e_Apatridia__Manual_para_parlamentares>

chamado *ius sanguinis*, por outro lado, quando se observa somente o local de nascimento para se definir a nacionalidade de uma pessoa, segue-se o critério *ius soli*¹⁸³.

Referidos critérios são normalmente empregados de acordo com os interesses dos produtores, organizadores e propagadores da cultura nacional que ao analisarem as dificuldades da formação nacional interna privilegiam ora o interesse de agregação de novos membros, ora a consolidação de uma cultura predominantemente interna daquela comunidade¹⁸⁴. Assim, os critérios *ius soli* e *ius sanguinis* costumam variar na evolução histórica caracterizando um determinado Estado como receptor de estrangeiros ou não¹⁸⁵.

De qualquer modo, embora haja uma significativa predominância da utilização do critério *ius soli*, é incorreto dizer que os critérios são excludentes¹⁸⁶, apesar de certo esforço doutrinário para que os Estados escolhessem apenas um dos dois critérios¹⁸⁷.

¹⁸³ Ressalta-se o caráter impositivo da nacionalidade e não inerente à condição humana, pelo tratamento bastante similar, em regra sob o ponto de vista constitucionalista, conferido pela doutrina, mesmo em manuais de Direito Internacional, como em GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 354-358; VARELLA, Marcelo D. **Curso de Direito Internacional Público**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 182; ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G.E. do; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 530-532.

¹⁸⁴ SAND, Shlomo. **A invenção do povo judeu**. São Paulo: Benvirá, 2011, p. 112-113. Sobre esse ponto, consultar a análise de HOBBSAWM acerca da viabilidade da formação de determinadas nações e o equilíbrio entre o princípio da nacionalidade e do princípio do ponto crítico, pelo qual a autodeterminação é adequada apenas às nações consideradas viáveis, cultural e economicamente (Nações e nacionalismo desde 1780: programa, mito e realidade. Maria Celia Paoli e Anna Maria Quirino (trad.). Rio de Janeiro: Nova Fronteira (Saraiva de bolso), 2011, p. 24-57.

¹⁸⁵ “No passado, a nacionalidade era sempre a dos pais (*jus sanguinis*), mas, com o surgimento dos Estados Unidos e dos países da América Latina, os dirigentes dos novos países compreenderam que novo critério deveria ser adotado, daí surgindo o critério *jus soli*”. ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G.E. do; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 530. “Existe uma expressão popular na Suíça que diz ser necessário estar há mil anos na Suíça para ser um verdadeiro suíço! Se fosse assim no Brasil, apenas os índios puros seriam verdadeiros brasileiros. De qualquer modo, nem a legislação brasileira nem a legislação suíça são tão exigentes.” VARELLA, Marcelo D. **Curso de Direito Internacional Público**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 182.

¹⁸⁶ BROWNLIE, Ian. **Principles of International Law**. 5ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 392. SHAW, Malcolm N. **International Law**. 5ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 585.

¹⁸⁷ Conforme WEIS. Nationality and Statelessness in International Law, 1956: “In the absence of historical examples it is a matter of conjecture whether a nationality law based equally on *jus soli*

3.1.3.a) *Aquisição de nacionalidade brasileira por pessoas físicas*

A aquisição da nacionalidade por parte dos cidadãos de determinado país é assunto normalmente tratado na própria Constituição¹⁸⁸, ainda que em termos gerais para posterior regramento por normas de âmbito legal. Por razões metodológicas, conforme apontamos em nossa introdução, serão abordadas apenas as questões relacionadas ao direito interno brasileiro, unicamente pelo fato de ser o local onde a presente tese é apresentada. Porém, vale esclarecer que normas atinentes aos requisitos para concessão de nacionalidade são encontradas em quase todas as Constituições no mundo¹⁸⁹.

and jus sanguinis would be regarded as inconsistent with international law or the general principles of law”.

¹⁸⁸ Tal afirmação já fora realizada por João Grandino Rodas, valendo-se inclusive de referência já do início do século passado (1910): “Alvarez, no início do século, demonstrou ser a nacionalidade, na América, tema de Direito Constitucional: ‘Quant à la forme de réglementation, les États européens la consignent (a nacionalidade) dans les lois, tandis que les Américains en traitent dans les Constitutions.’ O mesmo se depreende de Mirkine-Guetzévitch e Penna Marinho.” (RODAS, João Grandino. **A nacionalidade da pessoa física**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 10.)

¹⁸⁹ Veja-se, por exemplo: i) Afeganistão: art. 4º da Constituição de 2004; ii) Albânia: art. 19 da Constituição de 1998; iii) Argélia: art. 29 a 32 da Constituição de 1989; iv) Andorra: art. 7º da Constituição de 1993; v) Angola: art. 9º da Constituição de 2010; vi) Antígua e Barbuda: arts. 8º (3), 22, 112 e 113 da Constituição de 1981; vii) Argentina: arts. 8º, 20 e 21 da Constituição de 1853; viii) Armênia: art. 30.1 da Constituição de 1995; ix) Azerbaijão: arts. 52 e 53 da Constituição de 1995; x) Bahamas: art. 3º da Constituição de 1973; xi) Bahrein: art. 17(A) da Constituição de 2002; xii) Bangladesh: art. 6º da Constituição de 1972; xiii) Barbados: art. 2º (1) da Constituição de 1966; xiv) Bielorrússia: art. 10 da Constituição de 1994; xv) Bélgica: art. 8º da Constituição de 1831; xvi) Belize: arts. 23 a 25 da Constituição de 1981; xvii) Benin: art. 98 da Constituição de 1990; xviii) Butão: art. 6º da Constituição de 2008; xix) Bolívia: art. 141 e 144 da Constituição de 2009; xx) Bósnia e Herzegovina: art. 7º da Constituição de 1995; xxi) Botswana: art. 33(1) da Constituição de 1966; xxii) Brunei Darussalam: art. 2º(1) e 29 (2) da Constituição de 1959; xxiii) Bulgária: art. 25(1) da Constituição de 1991; xxiv) Burkina Faso: art. 101 da Constituição de 1991; xxv) Burundi: art. 12 da Constituição de 2005; xxvi) Camboja: art. 33 da Constituição de 1993; xxvii) Camarões: arts. 6º (5) e 26 (2) da Constituição de 1972; xxviii) Cabo Verde: art. 5º da Constituição de 1980; xxix) República Centro-Africana: art. 58 da Constituição de 2013; xxx) Chad: art. 11 da Constituição de 1996; xxxi) Chile: arts. 10 e 13 da Constituição de 1980; xxxii) China: art. 33 da Constituição de 1982; xxxiii) Colômbia: art. 96 da Constituição de 1991; xxxiv) Comoros: art. 5º da Constituição de 2001; xxxv) República Democrática do Congo: art. 10 da Constituição de 2005; xxxvi) Congo: art. 13 da Constituição de 2001; xxxvii) Costa Rica: art. 13 a 18 e 90 a 92 da Constituição de 1949; xxxviii) Costa do Marfim: art. 71 da Constituição de 2000; xxxix) Croácia: art. 9º da Constituição de 1991; xl) Cuba: art. 28 e 29 da Constituição de 1976; xli) Chipre: art. 2º e 198 da Constituição de 1960; xlii) República Tcheca: art. 12 (1) da Constituição de 1993; xliii) Dinamarca: art. 27 (1) e 51 da Constituição de 1953; xliv) Dominica: art. 97 a 99 da Constituição de 1978; xlv) República Dominicana: art. 18 e 21 da Constituição de 2010; xlvi) Equador: art. 6ª a 8ª da Constituição de 2008; xlvii) Egito: art. 6º da Constituição de 2014; xlviii) El Salvador: art. 90

da Constituição de 1983; xlix) Guiné Equatorial: art. 12 e 76 da Constituição de 1991; l) Eritreia: art. 3º da Constituição de 1997; li) Estônia: art. 8º e 104 da Constituição de 1992; lii) Etiópia: arts. 6º(1), 33 e 43 da Constituição de 1994; liii) Ilhas Fiji: art. 5º da Constituição de 2013; liv) Finlândia: Seção 5ª da Constituição de 1999; lv) França: art. 34 da Constituição de 1958; lvi) Gâmbia: art. 9º a 12 e 14 da Constituição de 1996; lvii) Geórgia: art. 12 (1) da Constituição de 1995; lviii) Alemanha: art. 116 da Constituição de 1949; lix) Gana: art. 3(6) da Constituição de 1992; lx) Grécia: art. 4º da Constituição de 1975; lxi) Granada: art. 94 e 97 da Constituição de 1973; Guatemala: art. 144 a 146 da Constituição de 1985; lxii) Guiné-Bissau: art. 17, 23, 26, 27, 30, 31 e 34 da Constituição de 1984; lxiii) Guiana: art. 41 a 48 da Constituição de 1980; lxix) Haiti: art. 10 e 11 da Constituição de 1987; lxx) Honduras: art. 10 e 11 da Constituição de 1982; lxxi) Hungria: art. G e 9º(4) da Constituição de 2011; lxxii) Índia: art. 5º a 11 da Constituição de 1949; lxxiii) Indonésia: art. 26 da Constituição de 1945; lxxiv) República Islâmica do Irã: art. 41 e 42 da Constituição de 1979; lxxv) Iraque: art. 18, 20 e 110 da Constituição de 2005; lxxvi) Irlanda: art. 2º e 9 da Constituição de 1937; lxxvii) Jamaica: art. 3º, 3A(1), 5º, 6º(3) da Constituição de 1962; lxxviii) Japão: art. 10 da Constituição de 1946; lxxix) Jordânia: art. 5º da Constituição de 1952; lxxx) Cazaquistão: art. 10 e 11 da Constituição de 1995; lxxxi) Quênia: art. 14 e 30 da Constituição de 2010; lxxxii) Quiribati: art. 19 a 22, 25 e 29 da Constituição de 1979; lxxxiii) República Democrática da Coreia: art. 62 da Constituição de 1972; lxxxiv) Kosovo: art. 14 e 155 da Constituição de 2008; lxxxv) art. 7º e 27 da Constituição de 1962; lxxxvi) República Democrática do Lao: art. 34 da Constituição de 1991; lxxxvii) Líbano: art. 6º da Constituição de 1926; lxxxviii) Lesoto: art. 37 ao 43 da Constituição de 1993; lxxxix) Libéria: art. 27 e 28 da Constituição de 1986; xc) Liechtenstein: art. 30 da Constituição de 1921; xci) Lituânia: art. 12 da Constituição de 1992; xcii) Luxemburgo: art. 9º da Constituição de 1868; xciii) Macedônia: art. 4º da Constituição de 1991; xciv) Madagascar: art. 95 da Constituição de 2010; xcv) Malawi: art. 47 (1) da Constituição de 1994; xcvi) Malásia: art. 14 e 22; (Second Schedule – art. 14(1)(A); 14(1)(B)) da Constituição de 1957; xcvi) Maldivas: art. 9º A da Constituição de 2008; xcvi) Mali: art. 70 da Constituição de 1992; xcix) Malta: art. 70 da Constituição de 1964; c) Ilhas Marshall: art. XI da Constituição de 1979; ci) Mauritânia: art. 12 da Constituição de 1991; cii) Ilhas Maurício: art. 20 a 27 da Constituição de 1968; ciii) México: art. 30(A) e 34 da Constituição de 1917; civ) Estados Federados da Micronésia: art. III da Constituição de 1981; cv) República da Moldova: art. 17 da Constituição de 1992; cvi) Mongólia: art. 15(1) da Constituição de 1992; cvii) Montenegro: art. 2º, 12, 45, 79, 87, 91, 93, 94, 113 e 7º e 12 do Anexo da Constituição de 2007; cviii) Marrocos: art. 6º, 17, 30, 31, 37 e 71 da Constituição de 2011; cix) Moçambique: art. 5º (1), 23 e 24 da Constituição de 2004; cx) Mianmar: art. 345 e 346 da Constituição de 2008; cxii) Namíbia: art. 4º da Constituição de 1990; cxii) Nauru: art. 71 a 73 da Constituição de 1968; cxiii) Nepal: art. 2º (8) da Constituição de 2006; cxiv) Holanda: art. 2º (1) da Constituição de 1815; cxv) Nicarágua: art. 15 a 18, 41 e 47 da Constituição de 1987; cxvi) Níger: art. 99 da Constituição de 2010; cxvii) Nigéria: art. 25(1) da Constituição de 1999; cxviii) Omã: art. 15 da Constituição de 1996; cxix) Palau: art. III da Constituição de 1981; cxx) Panamá: art. 9º ao 12, 131 e 132 da Constituição de 1972; cxxi) Papua Nova Guiné: art. 64 (1), 65 e 66 da Constituição de 1975; cxxii) Paraguai: art. 146 e 152 da Constituição de 1992; cxxiii) Perú: art. 52 da Constituição de 1993; cxxiv) Filipinas: art. IV da Constituição de 1987; cxxv) Polônia: art. 34 da Constituição de 1997; cxxvi) Portugal: art. 4º da Constituição de 1976; cxxvii) Catar: art. 41 da Constituição de 2003; cxxviii) Romênia: art. 5º da Constituição de 1991; cxxix) Federação Russa: art. 6º (1) da Constituição de 1993; cxxx) Ruanda: art. 7º, 8º, 14 ao 26, 28, 83 e 99 da Constituição de 2003; cxxxi) São Cristóvão e Neves: art. 90 e 91 da Constituição de 1983; cxxxii) Santa Lúcia: art. 99 (1) da Constituição de 1978; cxxxiii) São Vicente e Granadinas: art. 90 a 92 da Constituição de 1979; cxxxiv) São Tomé e Príncipe: art. 3º da Constituição de 1975; cxxxv) Senegal: art. 3º, 8º e 67 da Constituição de 2001; cxxxvi) Sérvia: art. 38 da Constituição de 2006; cxxxvii) Seicheles: art. 7º da Constituição de 1993; cxxxviii) Cingapura: art. 120 a 124 da Constituição de 1963; cxxxix) Eslováquia: art. 5º (1) da Constituição de 1992; cxli) Eslovênia: art. 12 da Constituição de 1971; cxlii) Ilhas Salomão: art. 22 da Constituição de 1978; cxliii) Somália: art. 8º da Constituição de 2012; cxliiii) África do Sul: art. 3º (3) da Constituição de 1996; cxliv) Sudão do Sul: art. 45 (1) da Constituição de 2011; cxlv) Sri Lanka: art. 26 da Constituição de 1978; cxlvi) Sudão: art. 7º da Constituição de 2005; cxlvii) Suriname: art. 3º da Constituição de 1987; cxlviii) Suazilândia: art. 40 a 43 e 46 a 48 da Constituição de 2005; cxlix) Suíça: art. 37 e 38(1) da Constituição de 1999; cli) República Árabe da Síria: art. 48 da

No Brasil, a aquisição da nacionalidade é tema tradicionalmente tratado em nossa Constituição, sendo que “em todas elas há um título ou um capítulo sobre a nacionalidade”¹⁹⁰. Com forte tradição da adoção ao critério *jus soli*, o texto constitucional vigente adota o chamado sistema misto, ou seja, pessoas nascidas no território brasileiro¹⁹¹ adquirem nacionalidade brasileira, bem como, em certas condições, descendentes de brasileiros nascidos no exterior¹⁹².

Constituição de 2012; cli) Taiwan: art. 3º da Constituição de 1947; clii) Tajiquistão: art. 15 da Constituição de 1994; cliii) Timor-Leste: art. 3º (2) e (3) da Constituição de 2002; cliv) Togo: art. 32 da Constituição de 1992; clv) Trinidad e Tobago: art. 15 e 17 da Constituição de 1972; clvi) Turquia: art. 66 da Constituição de 1982; clvii) Turcomenistão: art. 7º da Constituição de 2008; clviii) Tuvalu: art. 43 a 47 da Constituição de 1986; clix) Uganda: art. 9 a 12, 14 e 15 da Constituição de 1995; clx) Emirados Arabes Unidos: art. 8º da Constituição de 1971; clxi) Estados Unidos da América: Emenda XIV da 1789; clxii) Uruguai: art. 73, 74 e 81 da Constituição de 1966; clxiii) Uzbequistão: art. 21 da Constituição de 1992; clxiv) Vanuatu: art. 9º ao 14 da Constituição de 1980; clxv) República Bolivariana da Venezuela: art. 32, 38 e 39 da Constituição de 1999; clxvi) Vietnã: art. 49 da Constituição de 1992; clxvii) Zâmbia: art. 4º e 5º da Constituição de 1991; clxviii) Zimbábue: art. 35 a 38, 42, 43, 62, 67, 81, 91, 149, 155, 177, 238, 289 e 310 da Constituição de 2013.

¹⁹⁰ RODAS, João Grandino. **A nacionalidade da pessoa física**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 10.

¹⁹¹ Vale aqui lembrar a crítica de José Afonso da Silva, acompanhado de João Grandino Rodas, a opção legislativa alterando a expressão “em território brasileiro” para a infeliz expressão “na República Federativa do Brasil”, para designar o limite físico regido pela soberania brasileira. Veja-se em RODAS, João Grandino. **A nacionalidade da pessoa física**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 28.

¹⁹² “CAPÍTULO III - DA NACIONALIDADE

Art. 12. São brasileiros:

I - natos:

- a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;
- b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;
- c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 54, de 2007)

II - naturalizados:

- a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;
- b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994)

§ 1º Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994)

§ 2º - A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição.

§ 3º - São privativos de brasileiro nato os cargos:

I - de Presidente e Vice-Presidente da República;

II - de Presidente da Câmara dos Deputados;

Tendo em conta a redação constitucional para aquisição de nacionalidade por pessoas físicas, nota-se certo afastamento ao princípio da ligação efetiva da nacionalidade, adotado pela Corte Internacional de Justiça no Caso Nottebohn, uma vez que há situações em que a concessão da nacionalidade brasileira é tão ampla que pessoas adquirem nacionalidade nata brasileira quase sem possuir laços com nosso país.

Pensemos, por exemplo, na situação de um casal de estrangeiros que em férias visitem o Brasil e por uma série de razões o parto da esposa grávida seja apressado. Ou ainda, o diplomata brasileiro que no exterior mantenha um relacionamento com estrangeira. Em ambos os casos, é possível que o sujeito nem mesmo visite o país e ainda assim possa se candidatar ao cargo de Presidente da República¹⁹³. Nesses casos, não há como se perceber um vínculo de ligação efetiva do sujeito com o Brasil, mas ainda assim, sua nacionalidade nata é reconhecida.

De outro modo, abre-se a possibilidade, inclusive com a expressa menção no texto constitucional brasileiro, do instituto chamado de naturalização. Assim, de maneira derivada um Estado pode conceder a nacionalidade para alguns indivíduos, mediante condições estabelecidas no seu ordenamento¹⁹⁴.

III - de Presidente do Senado Federal;

IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal;

V - da carreira diplomática;

VI - de oficial das Forças Armadas.

VII - de Ministro de Estado da Defesa(Incluído pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)

§ 4º - Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:

I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;

II - adquirir outra nacionalidade, salvo no casos: (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994)

a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira; (Incluído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994)

b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis; (Incluído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994)”

¹⁹³ Cf. art. 12, §3º da Constituição brasileira vigente.

¹⁹⁴ Há uma ampla previsão do instituto da naturalização, sobretudo em convenções internacionais sobre apatridia, como vale mencionar a Convenção para evitar a Apatridia nos casos de Sucessão de Estados, do Conselho da Europa, assinada em 19 de maio de 2006 em Estrasburgo. De qualquer modo, cabe também citar a título meramente pedagógico a definição trazida por Weis: “Naturalization in the narrower sense may be defined as the Grant of nationality to an alien by a

No Brasil, a concessão da naturalização se dá mediante processo administrativo coordenado pelo Ministério da Justiça, por meio de atos praticados perante a Polícia Federal, cabendo ao estrangeiro adquirir a nacionalidade derivada brasileira pelo cumprimento de alguns requisitos, ora temporais ora materiais¹⁹⁵, conduzindo a um direito voluntário e individual do estrangeiro, e, por outro lado, discricionário da autoridade pública nacional¹⁹⁶.

3.1.3.b) *Aquisição de nacionalidade brasileira por pessoas jurídicas*

Adiante serão tecidos comentários acerca da aquisição da condição de brasileiras para o caso das chamadas sociedades empresárias. Em 1988, o texto originário da Constituição determinava que seriam consideradas empresas brasileiras:

Art. 171. São consideradas:

I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;

II - empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

§ 1º - A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:

I - conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País;

formal act, on the application of the de cujus. It is generally recognized as a mode of acquiring nationality. The conditions to be complied with for the Grant of naturalization vary from country to country, but residence for a certain period of time would seem to be a fairly universal requisite.” (WEIS. *Nationality and Statelessness in International Law*, 1956 *apud* BROWNLIE, Ian. **Principles of International Law**. 5ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 396).

¹⁹⁵ A naturalização no Brasil pode ocorrer por qualquer das seguintes modalidades, o que impactará também nas condições a serem observadas: comum; extraordinária; provisória; definitiva; especial; e, específica para os originários de países da língua portuguesa. Veja-se VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 186-189.

¹⁹⁶ No Brasil a naturalização deve seguir o procedimento descrito na Lei 6.830/1980, também chamada de Estatuto de Estrangeiro, nos seus artigos 111 e 124.

II - estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:

a) a exigência de que o controle referido no inciso II do "caput" se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia;

b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno.

§ 2º - Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional.

Entretanto, em Agosto de 1995, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 6 que revogou o dispositivo constitucional mencionado, porém silenciou quanto a devida interpretação da conceituação de sociedade estrangeira.

3.1.3.c) Caso da aquisição de terras rurais por estrangeiros no Brasil

Com o fim da diferenciação entre empresas brasileiras e empresas brasileiras de capital nacional, a Advocacia Geral da União publicou parecer vinculante à toda Administração Pública federal determinando que as sociedades brasileiras cujo controle societário estivesse em poder de sócios estrangeiros poderiam adquirir livremente imóveis rurais. Fundamentava-se o Parecer no fato de que se o constituinte não mais diferenciava sociedades brasileiras de sociedades brasileiras de capital nacional, não seria, de tal modo, admissível que a legislação infraconstitucional o fizesse.

Deste modo, passou-se a entender como sociedade estrangeira aquela que tivesse domicílio ou sede no exterior e possuía um investimento no Brasil, na forma preconizada pelo Regulamento Anexo à Circular 2.997/00. Da mesma forma determina o vigente artigo 1º da Lei 4.131/62¹⁹⁷:

¹⁹⁷ FERRAZ, Flávia Rocha. Investimentos Externos Diretos: aspectos mais relevantes da legislação cambial. **Revista de Direito Bancário**. Vol. 33. São Paulo: RT, p. 358-375.

Modesto Carvalhosa ao interpretar o artigo 60 do Decreto-lei nº 2.627, de 1940, segundo o qual “são nacionais as sociedades organizadas na conformidade da lei brasileira e que têm no país a sede da sua administração”, define que uma sociedade deve ser considerada brasileira quando presentes dois requisitos de forma concomitante: 1) constituição na forma das leis brasileiras; e 2) sede da administração no País¹⁹⁸.

Assim, tanto para a legislação cambial quanto para a literatura societária, o Brasil adota o critério do domicílio para definir a nacionalidade da pessoa jurídica e não o critério da nacionalidade do seu capital¹⁹⁹.

O tema da conceituação de sociedades brasileiras e estrangeiras aparentemente resolvido, recentemente recebeu um novo capítulo. Em 23 de agosto de 2010, após intensa pressão política, novo Parecer vinculante da Advocacia Geral da União foi publicado, dessa vez em sentido contrário limitando a aquisição de imóveis por sociedades que embora constituídas e com domicílio brasileiros tivessem seu controle societário detido por estrangeiros²⁰⁰.

Tal entendimento tem sido objeto de críticas importantes, uma vez que tradicionalmente poder de controle costuma ser definido como o “poder supremo da estrutura hierárquica da companhia exercido pelo acionista controlador – titular da maioria pré-constituída dos votos na Assembleia Geral.²⁰¹” Já, a AGU reconheceu como aplicável o parágrafo 1º do artigo 1º da Lei nº 5.709/1971,

¹⁹⁸ CARVALHOSA, Modesto. Sociedade estrangeira e investimento estrangeiro. In: CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. **Estudos de Direito Empresarial**. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 399-400.

¹⁹⁹ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. Vol. 4. Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 501.

²⁰⁰ Conforme o Parecer, sociedades estrangeiras ou sociedades brasileiras com controle acionário estrangeiro necessitam de prévia autorização do INCRA e do Ministério da Agricultura para o desenvolvimento de projetos agrícolas, pecuários, industriais ou de colonização, em imóveis rurais. Ademais, o tamanho máximo das áreas adquiridas por estrangeiros não pode ultrapassar 25% de um município, ou sendo estrangeiros de uma mesma nacionalidade o limite conjunto é reduzido para 10% de um município. Por fim, fica sendo necessária a autorização pelo Congresso Nacional para aquisição de imóveis rurais por estrangeiros em medida superior a 100 Módulos de Exploração Indefinida (“MEI”), cuja definição cabe ao INCRA e varia de acordo com a região do país.

²⁰¹ PEDREIRA, J. L. Bulhões; LAMY FILHO, Alfredo. Estrutura da Companhia. In: PEDREIRA, J. L. Bulhões; LAMY FILHO, Alfredo. **Direito das Companhias**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 824.

segundo o qual está "sujeita ao regime estabelecido por esta lei a pessoa jurídica brasileira da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no exterior". Dessa forma, pela leitura do Parecer da AGU vigente, a empresa que embora constituída no Brasil, tenha capital estrangeiro investido, deve ser considerada sociedade estrangeira para os fins determinados pela legislação brasileira. Ressuscitou-se a falecida empresa brasileira de capital nacional.

A interpretação feita no Parecer AGU LA-01 nos leva a entender que a proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição apenas vinculariam brasileiros e estrangeiros residentes no país, na forma da leitura simples do caput do art. 5º da Constituição brasileira vigente. Desse modo, os estrangeiros que invistam em empresas brasileiras não poderiam adquirir imóveis rurais, fazendo prevalecer norma infraconstitucional em detrimento de dispositivo constitucional que prescreve tratamento idêntico entre brasileiros e estrangeiros.

Cumprе acrescentar que referido entendimento é contrário aquele esposado pela doutrina e jurisprudência nacional, quando se entende claramente que o critério de *discrímen* de direitos não pode se fundamentar tão-somente na nacionalidade, tendo que se observar o critério da proporcionalidade²⁰².

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 determina que "todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, sem distinção de qualquer espécie"; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966 determina que os julgamentos sejam "sem discriminação alguma, sendo todas as pessoas iguais perante os Tribunais e Cortes de Justiça"; e, o Pacto de San Jose da Costa Rica de 1969 ou "Convenção Americana" ressalta que "todas as pessoas são iguais, sem discriminação quanto à proteção da lei". Por fim, nunca é

²⁰² CARVALHO RAMOS, André de. "Direito dos Estrangeiros no Brasil: imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular". In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Coord.) **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, pp. 721-746; SANTAMARIA IBEAS, J.J. **Los derechos fundamentales y el tribunal constitucional. Los infraderechos de los extranjeros en España. Reflexiones sobre a la jurisprudencia constitucional**. 1994. Disponível em <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/1485/4/DL-1993-I-2-Santamaria-.pdf>; SOUZA, Artur de Brito de Gueiros. **Presos estrangeiros no Brasil: Aspectos Jurídicos e Criminológicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 205-251.

demais lembrar que a proteção de direitos fundamentais abrange também as pessoas jurídicas²⁰³.

Sobre o assunto, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²⁰⁴ adotou entendimento no sentido da inconstitucionalidade do Parecer vigente da AGU, afirmando a impossibilidade de distinção entre companhias nacionais, dado que o parágrafo 1º do artigo 1º da Lei nº 5.709/71, não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, que por sua vez definia empresa nacional "a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país", sendo a revogação do artigo 171 pela EC 6/1995, incapaz de restaurar a vigência do parágrafo 1º do artigo 1º da Lei nº 5.709/71²⁰⁵.

Todavia, e diante da vinculação do Parecer AGU LA-01, a despeito do entendimento acima demonstrado, pode-se dizer que nossa legislação atualmente distingue sociedade brasileiras, que recebam investimento de nacionais brasileiros e nacionais estrangeiros, com especial atenção para a hipótese da aquisição de terras rurais por estrangeiros.

²⁰³ Art. 25.1. da Convenção Europeia de Direitos Humanos e art. 19.3 da Lei Fundamental alemã. MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 172-3.

²⁰⁴ TJ/SP. Órgão Especial. Mandado de Segurança 0058947-33.2012.8.26.0000. Rel. Guerrieri Rezende. Data do Julgamento 12.09.2012. Data do Registro 05.10.2012. Decisão por maioria.

²⁰⁵ Ementa do Julgado: I - Mandado de Segurança contra ato do Corregedor Geral de Justiça de São Paulo que negou provimento ao recurso administrativo interposto pela impetrante. II - Cabe direito líquido e certo da impetrante em face da decisão administrativa que, mudando interpretação jurídica, vedou averbação de ato de incorporação societária em Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Casa Branca. III - O art. 1º, §1º da Lei nº 5.709/71 não foi recepcionado pela Constituição de 1988, o que o torna não incidente à empresas brasileiras que tenham participação de capital estrangeiro. IV - Não é passível a repristinação do referido artigo, com a revogação integral do art. 171 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 06/95. V - A decisão coatora emanada após a realização concreta do negócio jurídico sucessivo da incorporação viola ato jurídico perfeito e direito adquirido, afrontando, também os princípios da isonomia e da segurança jurídica, sem dizer que fere de morte a interpretação sistemática e teleológica, bem como a moderna hermenêutica da ponderação dos interesses e da razoabilidade jurídica. VI - Sucessão a título universal a título de subscrição de capital não identifica o negócio de compra e venda imobiliária. VII - Defere-se o writ, a fim de se ordenar averbação do ato de incorporação válido e eficaz, no álbum imobiliário de Casa Branca". (TJ/SP. Órgão Especial. Mandado de Segurança 0058947-33.2012.8.26.0000. Rel. Guerrieri Rezende. Data do Julgamento 12.09.2012. Data do Registro 05.10.2012. Decisão por maioria.)

3.1.4. Regime jurídico brasileiro aplicável às sociedades estrangeiras

Conforme se nota no caso acima mencionado, embora seja bem clara a reserva constitucional para hipóteses de tratamento desigual entre brasileiros e estrangeiros, são encontradas algumas hipóteses legais ou até mesmo administrativas desta distinção.

De acordo com o regime constitucional, seriam admissíveis somente algumas hipóteses de impossibilidade de investimento por estrangeiros, sendo tais hipóteses de constitucionalidade indiscutível, tendo em conta refletir a vontade do legislador constitucional originário. Desse modo, a Constituição tem estabelecido um piso de garantias aos estrangeiros investidores no Brasil, uma vez que qualquer alteração no regime constitucional, apenas é válido se tendente a expandir os direitos assegurados aos estrangeiros e não a restringi-los²⁰⁶.

Constitucionalmente, a Constituição determina apenas restrições à possibilidade de sociedades estrangeiras atuarem em alguns ramos, tais como, nos ramos de petróleo e gás, prospecção e extração de minérios, navegação de cabotagem e interna e telecomunicações.

Deste modo, por exemplo, a partir da promulgação da Constituição vigente, as proibições dirigidas a estrangeiros prescritas unicamente no Estatuto do Estrangeiro devem ser tomadas como inconstitucionais, por sua falta de vinculação ao estamento superior do nosso ordenamento jurídico. Adiante as restrições legais previstas no artigo 106 do Estatuto do Estrangeiro:

²⁰⁶ Sobre o princípio da proibição do retrocesso, veja-se Luis Roberto Barroso, quando ressalta que “por este princípio, que não é expresso mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de idéias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançado a partir de sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior.” (BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.)

Art. 106. É vedado ao estrangeiro: (Renumerado pela Lei nº 6.964, de 09/12/81) I - ser proprietário, armador ou comandante de navio nacional, inclusive nos serviços de navegação fluvial e lacustre; II - ser proprietário de empresa jornalística de qualquer espécie, e de empresas de televisão e de radiodifusão, sócio ou acionista de sociedade proprietária dessas empresas; III - ser responsável, orientador intelectual ou administrativo das empresas mencionadas no item anterior; IV - obter concessão ou autorização para a pesquisa, prospecção, exploração e aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica; V - ser proprietário ou explorador de aeronave brasileira, ressalvado o disposto na legislação específica; VI - ser corretor de navios, de fundos públicos, leiloeiro e despachante aduaneiro; VII - participar da administração ou representação de sindicato ou associação profissional, bem como de entidade fiscalizadora do exercício de profissão regulamentada; VIII - ser prático de barras, portos, rios, lagos e canais; IX - possuir, manter ou operar, mesmo como amador, aparelho de radiodifusão, de radiotelegrafia e similar, salvo reciprocidade de tratamento; e X - prestar assistência religiosa às Forças Armadas e auxiliares, e também aos estabelecimentos de internação coletiva.

Vale mencionar, todavia, que não foram identificados precedentes jurisprudenciais sustentando a inconstitucionalidade das hipóteses de vedação à atuação do estrangeiro acima mencionadas.

No que se refere ao marco regulatório interno aplicável às sociedades estrangeiras, o ordenamento jurídico brasileiro é composto por diversas normas infralegais, as quais impactam sobremaneira na regulação de assuntos econômicos e, por vezes, são observadas pelos operadores de modo mais estrito que as normas de estrutura hierárquica superior:

“Na verdade, o advento e o crescimento do Estado-gestor tornou muito mais complexa a legislação como fonte do direito. Se no início ela pôde se restringir à produção de leis, hoje abarca um rol enorme de atos, como resoluções, regimentos, instruções normativas, circulares, ordens de serviço etc. que, em tese (liberal) deveriam estar subordinadas às leis enquanto expressão da vontade do povo, mas que, na prática, implodem a chamada estrutura hierárquica das fontes.” (grifo nosso) (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 235.)

Referidas normas são bastante observadas em aspectos burocráticos da realização do investimento no Brasil, como no caso do registro dos valores perante o Banco Central.

Já em âmbito constitucional, a principal regulação sobre o regime aplicável às sociedades estrangeiras no Brasil, certamente é o “Princípio da Liberdade nas Remessas de Lucros” previsto no artigo 172 da Constituição vigente. O principal efeito prático do princípio constitucional é a proibição da utilização no Brasil dos chamados requisitos de desempenho. Esses requisitos são instrumentos de política indutiva²⁰⁷ mediante a qual se exige dos investimentos e investidores estrangeiros a exportação de uma parcela determinada da produção; a limitação do conteúdo de insumos importados utilizados; a exigência de compras mínimas de insumos ou serviços nacionais; e, a contratação de trabalhadores nacionais.²⁰⁸

No Direito Internacional do Investimento há controvérsias sobre tal instrumento, não podendo ser considerada uma prática internacional geral a proibição dos requisitos de desempenho nos APPRIs. Porém, acordos muito relevantes como as Medidas sobre Investimentos Relacionadas ao Comércio da Organização Mundial do Comércio (TRIMS) determinam certos requisitos de desempenho. O modelo de Tratado Bilateral sobre Investimento dos Estados Unidos de 2004 proíbe, inclusive, ações não relacionadas diretamente ao comércio, como transferência de tecnologia, realização de pesquisa e desenvolvimento e localização da sede administrativa²⁰⁹, o que provocou a adoção deste tipo de determinação legal em outros acordos mesmo não figurando os Estados Unidos como Parte Contratante²¹⁰.

Ressalta-se obviamente, que apesar da liberdade de remessa estar consagrada no Direito brasileiro, deve o investimento estrangeiro direto estar em conformidade com as normas cambiais e cumprir o requisito do registro de capitais estrangeiros no Brasil. As remessas são feitas sob a fiscalização do Banco Central do Brasil, apenas podendo ocorrer via banco autorizado a fazer

²⁰⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 168.

²⁰⁸ COSTA, José Augusto Fontoura. **Direito Internacional do Investimento Estrangeiro**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 155.

²⁰⁹ PICCIOTTO, Sol. Linkages in international investment regulation: the antinomies of the draft multilateral agreement on investment. In: **University of Pennsylvania Journal of International Economic Law**, n. 19, 1998.

²¹⁰ SALACUSE, Jeswald W.; SULLIVAN, Nicholas P. Do BITs really work? An evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain. **Harvard International Law Journal**. n. 46, 2005.

câmbio, de acordo com as normas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN)²¹¹.

3.2. INVESTIMENTO ESTRANGEIRO ENQUANTO UM FENÔMENO ECONÔMICO E CONCEPÇÃO DA ATUAÇÃO DOS SEUS AGENTES

Alberto do Amaral Júnior ressaltava um aspecto, de até certo modo óbvio, mas inusitado com relação aos demais estudos gerais da disciplina, ao iniciar a matéria dos sujeitos de Direito Internacional Público pelo tratamento das pessoas jurídicas²¹². De fato, como se sabe, os sujeitos clássicos de Direito Internacional Público são os Estados e as Organizações Internacionais, ambos obviamente pessoas jurídicas. De todo modo, as sociedades empresárias ocupam um espaço tão relevante no cenário econômico atual, conforme veremos a seguir, que têm recebido um tratamento jurídico específico passando inclusive a deter personalidade jurídica de direito internacional em algumas circunstâncias:

“The resources available to the individual corporation may be greater than those of the smaller states, and they may have powerful diplomatic backing from governments. Such corporations can and do make agreements, including concession agreements, with foreign governments, and in this connection in particular, jurists have argued that the relations of states and foreign corporations *as such* should be treated on the international plane and not as an aspect of the normal rules governing the positions of aliens and their assets on the territory of a state. In principle, corporations of municipal law do not have international legal

²¹¹ Vide Regulamento anexo à Circular nº 2997/2000 do Banco Central que introduziu o Registro Declaratório Eletrônico para o Investimento Estrangeiro Direto (RDE-IED). Vale ressaltar atualmente a análise de Projeto de Lei (PL 113/2003), pelo qual se pretende conceder anistia sobre todos os recursos depositados no exterior e que não foram regularmente declarados e registrados no Banco Central brasileiro, autorizando inclusive o retorno do capital no exterior independentemente de ser declarada a origem no momento da internalização. Sobre o assunto, veja-se MARTINS, Ives Gandra Silva. Repatriando Capitais do Exterior. In: **Carta Forense**, Junho de 2013. São Paulo: R2 Editorial, p. B2.

²¹² AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 169.

personality. Thus a concession or contract between a state and a foreign corporation is not governed by the law of treaties.²¹³

De acordo com a passagem acima, podemos verificar que embora a literatura clássica de Direito Internacional Público não confira personalidade de Direito Internacional às empresas, as questões têm se tornado tão complexas e a influência das empresas têm se agigantado de tal maneira que diversos aspectos de Direito Internacional são hoje diretamente ligados às empresas. Como um exemplo, o destinatário das normas de Direito Internacional do Investimento não são as empresas, mas sim o investidor estrangeiro, todavia, é senso comum que na maior parte das situações o investimento estrangeiro é realizado por empresas e não diretamente pelos indivíduos que as constituíram. Não é por outro motivo, que boa parte dos nossos comentários serão dirigidos diretamente às empresas, ainda que possam em tese ser igualmente aplicáveis aos indivíduos em geral.

A atividade mercantil do estrangeiro fora do local da sua nacionalidade é comum já há muitos séculos. Reminiscências podem ser encontradas em quaisquer das grandes civilizações da Antiguidade: os egípcios comerciavam insumos metálicos, os fenícios estabeleceram entrepostos comerciais fora de suas fronteiras colonizando terras como Cartago, e os povos da Mesopotâmia, por sua vez, chegavam até onde atualmente se localiza a Espanha²¹⁴. Porém, a forma como esse investimento era feito na antiguidade não se compara na relevância econômica e principalmente no aspecto jurídico de como é atualmente realizado. Argumenta-se inclusive nem existir uma regra de direito nas relações empresariais da antiguidade²¹⁵.

Sabe-se que, historicamente, as economias internacionais são ligadas pelo comércio, entretanto, atualmente, os investimentos estrangeiros em conjunto com

²¹³ BROWNLIE, Ian. **Principles of International Law**. 5ª ed. Oxford: Oxford University, 1998, p. 66.

²¹⁴ BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James; e, REISMAN, Michael. **Foreign Investment Disputes: cases, materials and commentary**. Haia: Kluwer Law International, 2005, p. 2.

²¹⁵ BEDERMAN, David J. **International law in antiquity**. Cambridge: Cambridge University, 2001, p. 11.

a integração financeira são os aspectos mais relevantes no processo de globalização²¹⁶.

Desde a década de 1990, ocorre um processo acelerado de internacionalização de produção, distribuição e administração de bens e serviços, sobretudo em consequência de três aspectos: o aumento do investimento estrangeiro direto (“IED”), o papel decisivo das empresas transnacionais (“ETN”) na economia global e a formação de redes internacionais de produção²¹⁷.

Tendo em conta a relevância deste fenómeno de internacionalização, passaremos adiante a descrever a globalização das atividades econômicas, sobretudo aquelas revestidas do carácter de investimentos estrangeiros.

3.2.1. Todos fazemos parte de uma economia global

A noção de interdependência em escala global é imemorial, pois desde que o ser humano percebeu sua natureza de homem social, trocar mercadorias e experiências de produção passou a ser considerado aspecto central da sua cultura. Os mercados antigos não eram apenas locais de negócios, mas locais onde as pessoas se encontravam, conversavam e se atualizavam²¹⁸. Ademais, a percepção de que é mais eficiente adquirir bens de outros produtores, do que produzir tudo internamente se trata de afirmação clássica na literatura econômica²¹⁹:

“A máxima que todo chefe de família prudente deve seguir é nunca tentar fazer em casa o que lhe custará mais caro fazer do que comprar. O alfaiate não tenta fabricar seus sapatos, mas compra-os do sapateiro. O sapateiro não tenta confeccionar suas próprias roupas, mas compra-as do alfaiate. O fazendeiro não tenta fazer nem um nem outro, mas se vale desses artesãos.

²¹⁶ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 147.

²¹⁷ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 158.

²¹⁸ PLATTNER, S. Markets and market places. In: PLATTNER, S. **Economic Anthropology**. Stanford: Stanford University Press, 1989, 171.

²¹⁹ SMITH, Adam. An inquiry in to the nature and causes of The Wealth of Nations. 1776, 264.

Todos constatam que é mais interessante usar suas capacidades naquilo em que têm vantagem sobre seus vizinhos e comprar, com parte do resultado de suas atividades ou o que vem a dar no mesmo, com o preço de parte delas, aquilo de quem venham a precisar.”

Todavia, em busca de definirmos o fenômeno da globalização retratada neste ensaio, temos que tomar algumas premissas a fim de instrumentalizar sua conceituação. Sabe-se que o fenômeno da globalização pode assumir diversas dimensões²²⁰, o que torna imprecisa sua definição, bem como o momento em que foi iniciada²²¹. Cabe lembrar que já em 1932 o consultor do governo norte-americano, G. B. Roorbach ressaltava que o comércio internacional era uma tendência inevitável para as empresas crescerem e se consolidarem num mundo cada vez mais dinâmico²²².

A afirmação pode ser testada quando se analisa a participação percentual de cada região no Produto Bruto mundial entre os anos 1700 até 1950. Em 1700, a Ásia detinha 62% do PIB mundial, ao passo que em 1950 passou a deter meros 19%, fenômeno inverso com o que ocorreu com os países ocidentais (EUA e Europa) que passaram a produzir quase 60% do PIB mundial²²³.

²²⁰Para LOZARDO, Ernesto. **Globalização: a certeza imprevisível das nações**. São Paulo: Editora do Autor, 2007, 33) a globalização tem sua dimensão militar (redes interdependentes de ações militares), social (relações digitais desterritorializadas), política (ideias em torno de objetivos sociais em termos globais) e econômica.

²²¹Cf. DICKEN, Peter. **Global Shift: mapping the changing contours of the world economy**. 6ª ed. New York: Guilford Publications, 2011, p. 14 ao tratar do início do processo de globalização separa a literatura em 3 correntes: 1) WALLERSTEIN (**The Capitalist World-Economy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1979) coloca o início da globalização entre os anos 1450 a 1640; 2) KOZUL-WRIGHT (Transnational corporations and the nation-state. In: MICHIE; GRIEVE-SMITH. **Managing the Global Economy**. Oxford: Oxford University Press, 1995) entende que o marco seria o século XVIII; e, por fim, 3) BAYLY (The Birth of the Modern World: 1780-1914. Oxford: Blackwell, 2004) e O'ROURKE e WILLIAMSON (**Globalization and History: the evolution of a nineteenth-century atlantic economy**. Cambridge, MA: MIT Press, 1999) pontuam o início da globalização econômica na segunda metade do século XIX. Nossa posição se aproxima com a terceira corrente, pois como explica Ernesto Lozardo (**Globalização: a certeza imprevisível das nações**. São Paulo: Editora do Autor, 2007, p. 25), é somente com a abertura da comunicação internacional pelos canais de Suez e do Panamá e a utilização dos navios de ferro que o comércio passou a ser percebido como um fenômeno global.

²²²ROORBACH, G.B. Foreign Trade or Isolation? In: **Foreign Affairs**. Edição de Outubro de 1932.

²²³DICKEN, Peter. **Global Shift: mapping the changing contours of the world economy**. 6ª ed. New York: Guilford Publications, 2011, p.16

O isolacionismo adotado pelos países asiáticos pode ser considerado um dos fatores que contribuíram para a perda da respectiva fatia do PIB mundial nestes anos, e tanto a afirmação pode ser considerada verdadeira que a abertura ao comércio internacional nas últimas décadas foi determinante para que a fatia asiática no PIB mundial voltasse a crescer²²⁴.

A globalização é um daqueles fenômenos que é impossível se negar a existência, apesar da dificuldade de definir em termos absolutos.

3.2.2. As empresas são afetadas pela globalização

Não se pode negar, entretanto, que a globalização atinge diretamente todos os agentes do mercado não somente os Estados, pois como ressalta Michael Porter: “As empresas, não as nações competem em mercados internacionais”²²⁵.

O autor nos indica uma premissa determinante do nosso estudo, e prossegue ressaltando que a competitividade de uma nação depende da capacidade de sua indústria de se inovar e se aperfeiçoar, ou seja, “a prosperidade econômica depende da produtividade com a qual os recursos nacionais são empregados. (...) A capacidade de aprimoramento de uma economia depende muito da posição das empresas de um país na parte da economia sujeita à competição internacional.”²²⁶ Pode-se assumir, desse modo, que as economias nacionais se desenvolvem conforme o desempenho de suas empresas.

²²⁴ YOUNG, Soogil. Political Economy of Trade Liberalization in East Asia. In: SCHOOT, Jeffrey (ed.). **The World Trading System: challenges ahead**. Washington DC: Institute for International Economics, 1996, p. 141-149

²²⁵ PORTER, Michael E. **A Vantagem Competitiva das Nações**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 1989, p. 43.

²²⁶ PORTER, Michael E. **A Vantagem Competitiva das Nações**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 1989, p. 612-613.

3.2.3. Uma proposta de análise do Mapa da Economia Global

Muito se discute em torno de uma eventual tendência hiperglobalizante de que a localização das empresas se tornara um elemento sem qualquer importância:

“Probably the largest body of opinion – and one that spans the entire politico-ideological spectrum – consists of what might be called the *hyper-globalists*, who argue that we live in a borderless world in which the ‘national’ is no longer relevant. In such a world, globalization is the new economic (as well as political and cultural) order. It is a world where nation-states are no longer significant actors or meaningful economic unit and in which consumer tastes and cultures are homogenized and satisfied through the provision of standardized global products created by global corporations with no allegiance to place or community.”²²⁷

De fato, o que se percebe é que a afirmação é negada pelo estudo atento do comportamento das economias. Pode-se dizer, de fato, que a clássica divisão de trabalho no qual as transferências econômicas apresentavam padrões estáveis e bastante delimitados do fluxo centro-periferia, em que os países mais ricos vendiam produtos manufaturados em troca de produtos agrícolas com baixo valor agregado, resultando na ascensão norte-americana e o declínio completo asiático deve ser considerado atualmente superado.

Esse mapa global já sofreu uma importante modificação no período imediatamente posterior às guerras. As economias do terceiro mundo passaram a servir majoritariamente como zona de influência no inerente embate entre o capitalismo ocidental contra o comunismo soviético. Atualmente, pode-se dizer que o mapa é profundamente mais complexo²²⁸: surgimento da China na economia global, colapso do sistema político soviético, aprofundamento nunca antes visto entre produção, comércio e investimento estrangeiro pelas mais

²²⁷ DICKEN, Peter. **Global Shift: mapping the changing contours of the world economy**. 6ª ed. New York: Guilford Publications, 2011, 4.

²²⁸ DICKEN, Peter. **Global Shift: mapping the changing contours of the world economy**. 6ª ed. New York: Guilford Publications, 2011, 88.

diversas partes do mundo. Portanto, julgamos mais conveniente que a análise da globalização da atividade econômica seja feita em 3 âmbitos inter-relacionados²²⁹:

Mapa da Economia Global

Macroescala: Estrutura tripolar da economia mundial (grandes regiões de concentração)

Mesoescala: fluxos de organização econômico-geográfica independente das fronteiras nacionais

Microescala: Clusters que concentram a produção em economia de escala e aproveitamento da expertise local

3.2.3.a) Macroescala

Um indício de que a afirmação dos hiperglobalistas é equivocada pode ser percebida quando se analisa a globalização sob o âmbito da macroescala. Tradicionalmente o comércio internacional é bastante concentrado, existindo o que se chama de “tríade global”, em que três grandes regiões concentram a grande maioria da movimentação econômica internacional: América do Norte, Europa e Leste Asiático²³⁰. Interessante notar que além da concentração macrorregional, há uma concentração dentro das categorias de produção, dado que “aproximadamente três quartos da produção global de manufatura e serviços, e quase quatro quintos da produção agrícola mundial estão concentradas em quinze países” e “em torno de um quinto do comércio mundial em produtos, serviços e agricultura é atribuído aos dois principais países em cada setor”.²³¹

Os países da chamada economia de transição, ou os países membros do antigo bloco comunista, apresentam um papel pouco preponderante atualmente, apesar da tendência de crescimento. Inclusive, Ruchir Sharma coloca os países do leste europeu sob um olhar otimista, afirmando a região se tratar do “ponto doce europeu”, apontando a grande dificuldade atual decorrente da reestruturação gerencial que as empresas têm seguido, implicando forte redução de pessoal e de custo em busca da competitividade global, de forma que “the hard landing could

²²⁹ DICKEN, Peter. **Global Shift: mapping the changing contours of the world economy**. 6ª ed. New York: Guilford Publications, 2011, 13-48.

²³⁰ OHMAE, Kenichi. **Triad Power: The Coming Shape of Global Competition**. New York: Free Press, 1985.

²³¹ DICKEN, Peter. **Global Shift: mapping the changing contours of the world economy**. 6ª ed. New York: Guilford Publications, 2011, 25.

even put Romania in a position to emerge, alongside Poland and the Czech Republic, as future star of Europe”²³².

Além das economias de transição, os países da América Latina não oferecem maiores destaques, mantendo seu padrão de crescimento bastante lento e suas empresas pouco participativas na globalização econômica, conforme ressaltam Afonso Fleury e Maria Tereza Leme Fleury²³³:

“When we compare Latin American firms with the global standard, we find that their positions are relatively modest, (...) There are only ten multilatinas among the Fortune 500 (including three Brazilian banks), fifteen among the world’s 2,000 largest firms according to Forbes, eight in the list of the fifty largest MNEs from emerging countries (financial enterprises excluded) and twenty-four in the “100 Global Challengers” list of the Boston Consulting Group (BCG).”

Todavia, o que se percebe é uma importante alteração no padrão do comércio internacional com a evolução do papel dos países do bloco BRIC (Brasil, Rússia, Índia e China)²³⁴. A China já é o principal Produto Interno Bruto no mundo e com as maiores taxas de crescimento. A Índia tem exercido um papel relevantíssimo no setor de serviços. Atualmente, costuma-se referir à “Chíndia”, bloco no qual a oficina do mundo seria a China e a Índia seria seu escritório²³⁵.

²³² SHARMA, Ruchir. **Breakout nations: in pursuit of the next economic miracles**. New York: W.W.Norton & Company, 2012, p. 97-110

²³³ FLEURY, Afonso; FLEURY, Maria Thereza Leme. **Brazilian Multinationals: competences for internationalization**: Cambridge: Cambridge University, 2011, p. 309.

²³⁴ A cunha utilizada pela primeira vez por Jim O’Neill em 2001 teve uma forte receptividade pelas pessoas em geral, inclusive porque o autor identificou um movimento bastante intenso de crescimento das quatro economias. Veja-se O’Neill, Jim. **The Growth Map: economic opportunity in the BRICs and Beyond**. New York: Penguin, 2011.

²³⁵ ENGARDIO, Pete. **Chindia: How China and India are revolutionizing global business**. New York: McGraw-Hill, 2007.

Fonte: Banco Mundial²³⁶

Conforme se percebe acima, o bloco do BRIC tem demonstrado um padrão comum de altas taxas de crescimento, sobretudo China e Índia, um pouco em razão do atraso dos dois países com relação aos demais membros, mas certamente fruto do constante crescimento no investimento e na poupança destes países. Consequência disso é o crescimento exponencial da renda per capita da população destes países.

Fonte: Banco Mundial²³⁷

²³⁶ Veja-se em <data.worldbank.org>, acesso em 13 de novembro de 2012.

Nota-se, com isso, uma aceleração da economia, tendo os países incrementado significativamente números relacionados à expectativa de vida e à mortalidade infantil, como se percebe nos gráficos a seguir.

Fonte: Banco Mundial²³⁸

Fonte: PNUD, 2012²³⁹

²³⁷ Veja-se em <data.worldbank.org>, acesso em 13 de novembro de 2012.

²³⁸ Veja-se em <data.worldbank.org>, acesso em 13 de novembro de 2012.

Analisando a estrutura econômica global, verifica-se que o comércio internacional costuma ser realizado pelos mesmos países, havendo ainda as chamadas periferias persistentes, locais onde a economia global ainda não atingiu concentrando boa parte da população miserável no mundo, ressaltando a importância da localidade mesmo na economia global²⁴⁰.

3.2.3. b) Mesoescala

A análise da mesoescala é certamente a que oferece maiores dificuldades do ponto de vista jurídico, guardando maior relação com o âmbito econômico da globalização internacional. De fato, na mesoescala são estudados os *clusters* e os corredores transfronteiriços.

Aprofundaremos nossos comentários acerca dos *clusters* quando abordamos a microescala, porém seu funcionamento é primordial para a verificação dos grandes fluxos transfronteiriços de comércio internacional, sobretudo no que se refere aos chamados corredores transfronteiriços:

“§ 1. In an early stage of civilization every place had to depend on its own resources for most of the heavy wares which it consumed; unless indeed it happened to have special facilities for water carriage. But wants and customs changed slowly: and this made it easy for producers to meet the wants even of consumers with whom they had little communication; and it enabled comparatively poor people to buy a few expensive goods from a distance, in the security that they would add to the pleasure of festivals and holidays during a life-time, or perhaps even during two or three lifetimes. Consequently the lighter and more expensive articles of dress and personal adornment, together with spices and some kinds of metal implements used by all classes, and many other things for the special use of the rich, often came from astonishing distances. Some of these were produced only in a few places, or even only in one place; and they were diffused all over Europe partly by the agency of fairs and professional pedlers, and partly by the producers themselves, who would vary their work by travelling on foot for many thousand miles to sell their goods and

²³⁹ Veja-se em Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. **Relatório de Desenvolvimento Humano 2011**. New York: United Nations, 2012. Tabela 9, p. 164-169.

²⁴⁰ Um ponto de vista interessante é o do Professor Hans Rosling, que vislumbra uma melhora nos padrões de saúde globais, apesar dos países africanos manterem-se pobres, uma vez que seus números ainda assim são bem melhores que 200 anos atrás. ROSLING, Hans. Hans Rosling's 200 countries, 200 years, 4 minutes. In: The Joy of Stats. BBC Four. 30.11.2010. Disponível em: < <http://www.bbc.co.uk/programmes/p00cgkfk> >. Acesso em 22.11.2012.

see the world. These sturdy travellers took on themselves the risks of their little businesses; they enabled the production of certain classes of goods to be kept on the right track for satisfying the needs of purchasers far away; and they created new wants among consumers, by showing them at fairs or at their own houses new goods from distant lands. An industry concentrated in certain localities is commonly, though perhaps not quite accurately, described as a localized industry.²⁴¹”

Assim, Alfred Marshall já descrevia um fenômeno bastante atual que é a movimentação dos comerciantes em busca de indústrias especializadas concentradas em certas localidades, os atualmente chamados *clusters*. A Mesoescala se preocupa exatamente com este fenômeno, uma vez que as rotas comerciais facilitam e incentivam o crescimento do comércio dentro dos chamados corredores econômicos transfronteiriços, num movimento comensalista do comércio internacional.

Diante da afirmação acima que o comércio internacional rotineiramente ocorre em torno de 3 grandes concentrações macrorregionais, os principais corredores transfronteiriços do comércio internacional se localizam exatamente na ligação destas macrorregiões: na Europa há um grande corredor transfronteiriço que parte do noroeste de Londres, atravessa a Alemanha e chega ao norte da Itália; no Pacífico Asiático, ocorrem triângulos de crescimento, abrangendo Cingapura-Batã-Johor e China-Hong Kong-Taiwan; e, por fim, o corredor abrangendo a zona fronteira entre os Estados Unidos e o México.

Abaixo, seguem os esquemas ilustrando os corredores americano e europeu.

²⁴¹ MARSHALL, Alfred. **Principles of Economics**. 8ª ed. Londres: Macmillan and Co. Ltd, 1920. Livro IV, Capítulo X.

Fonte²⁴²: Dicken, 2011

Fonte²⁴³: Dicken, 2011

²⁴² DICKEN, Peter. **Global Shift: mapping the changing contours of the world economy**. 6^a ed. New York: Guilford Publications, 2011, 47.

3.2.3.c) Microescala

No último âmbito de análise, voltaremos a perceber que a localização ainda é relevante para o estabelecimento da atividade empresarial. As cidades e as concentrações regionais de setores específicos, novamente os clusters, são fundamentais para a atividade empresarial, uma vez que ainda se pode verificar um grande aglutinamento das empresas em algumas cidades, sobretudo quando analisado determinado setor. Normalmente costumam ser analisados dados estatísticos nacionais, mas a atividade econômica localiza-se em cidades e seus arredores.

De fato, podemos perceber que determinadas cidades são responsáveis por abrigar a maior parte da movimentação da atividade econômica mundial. Uma importante consultoria internacional elaborou um estudo mercadológico, apontando que 22% da população mundial vive nas 600 maiores cidades, porém mais da metade do PIB mundial vem destas cidades, sendo que se considerarmos apenas as 100 maiores, 38% do PIB mundial é concentrado nestas cidades²⁴⁴.

3.2.4. Uma incursão no estudo das teorias da internacionalização das empresas

São várias as razões para que uma empresa não se globalize, seja pela ausência de políticas públicas neste sentido²⁴⁵, seja por questões culturais²⁴⁶, seja pela

²⁴³ DICKEN, Peter. **Global Shift: mapping the changing contours of the world economy**. 6ª ed. New York: Guilford Publications, 2011, 46.

²⁴⁴ DOBBS, Richard et al. **Urban World: mapping the economic power of cities**. McKinsey Global Institute, 2011. Disponível em < http://www.mckinsey.com/insights/urbanization/urban_world>, acesso em 10.06.2013.

²⁴⁵ Veja-se uma interessante reflexão acerca das principais determinantes para o crescimento de diversas economias nacionais, com especial atenção para as políticas públicas de países em desenvolvimento em SHARMA, Ruchir. **Breakout nations: in pursuit of the next economic miracles**. New York: W.W.Norton & Company, 2012.

²⁴⁶ HARRISON, Lawrence E.; HUNTINGTON, Samuel P. **Culture Matters: how values shape human progress**. New York: Basic Books, 2001.

dificuldade da competição internacional²⁴⁷, seja a atratividade do próprio mercado interno. Por outro lado, podemos resumir que as empresas se tornam globais por quatro razões principais²⁴⁸: a) novos mercados e mais consumidores; b) preparar-se para a concorrência com os concorrentes criando e tendo acesso a novas tecnologias; c) buscar novos fornecedores para evidenciar o processo de eficiência produtiva global; e d) buscar economia de escala e aumento de produtividade.

Inicialmente, cumpre esclarecer que internacionalizadas são as empresas que conseguem concorrer no mercado global, como se nota pela respectiva fatia de mercado, além de contar com recursos globais, tendo canais de venda e distribuição de mercadorias, redes de Pesquisa e Desenvolvimento e base de colaboradores em âmbito global. Em síntese para uma empresa ser considerada internacionalizada, pelo ponto de vista proposto pelo estudo, a empresa deve se beneficiar da alocação eficiente dos recursos em diferentes pontos do mundo²⁴⁹.

A teoria econômica clássica costumava afirmar que os fatores de produção não se movem entre os países, devendo ser analisados pelo local em que são encontrados e/ou desenvolvidos²⁵⁰. Desse modo, apresenta-se uma dificuldade para os estudiosos que se debruçam sobre o tema, exatamente em determinar quais são os benefícios de uma alocação eficiente de recursos ao redor do mundo.

É inegável que o aprofundamento da globalização tem feito com que as empresas desenvolvam o comércio em lugares cada vez mais distantes em busca da

²⁴⁷ Alguns estudiosos afirmam que desde o momento de constituição das empresas, as multinacionais latinas tendem a levar em média 49 anos para o primeiro investimento estrangeiro direto. Cf. FLEURY, Afonso; FLEURY, Maria Thereza Leme. **Brazilian Multinationals: competences for internationalization**: Cambridge: Cambridge University, 2011, p. 316.

²⁴⁸ Este ponto sofreu forte influência nas aulas do Professor PAULO ROBERTO FELDMANN no curso de Pós-Graduação da Faculdade de Economia, Administração e Ciências Contábeis da Universidade de São Paulo, na disciplina de Gestão das Empresas Frente à Globalização da Economia, ministrada durante o segundo semestre de 2012.

²⁴⁹ YEUNG, Arthur; XIN, Katherine; PFOERTSCH, Waldemar; LIU, Shengjun. **The globalization of Chinese companies: strategies for conquering international markets**. Asia: John Wiley & Sons, 2011, p. 11.

²⁵⁰ KOJIMA, Kiyoshi. **Japanese Direct Investment: a model of business operations**. Tokyo: Charles E. Turtle, 1989, 50

utilização/criação de benefícios alocativos ou vantagens competitivas. Essa internacionalização pode se instrumentalizar pelo comércio internacional, ou até pela produção em território estrangeiro, o chamado investimento estrangeiro direto (“IED”).

As teorias clássicas sobre a internacionalização dos mercados de David Ricardo e John Stuart Mill determinam que os movimentos internacionais de capitais são causados pela diferença do retorno do capital investido nos diferentes países. Para estes autores, um país passaria a se beneficiar do comércio internacional quando alocasse eficientemente seus fatores de produção fazendo com que seus produtores atingissem maior quantidade e preços mais baixos quando comparados com seus concorrentes internacionais²⁵¹.

A teoria neoclássica supera a análise do trabalho ou mão de obra como único fator de produção, acrescentando outras vantagens comparativas como o capital. O chamado modelo Heckscher-Ohlin (“teoria das proporções dos fatores”) propõe que os países que contassem com abundância em fatores de capital passariam naturalmente a importar bens que dependessem de maior dispêndio de mão de obra, exatamente o inverso do que ocorreria com os países que detivessem maior disponibilidade de mão de obra²⁵².

Em 1960, em tese defendida no MIT, Hymer buscou formular uma teoria que pudesse explicar a internacionalização, sob o ponto de vista das empresas, do seguinte modo²⁵³:

“Tentamos explicar que a teoria da taxa de juros não determina o movimento de investimento direto de país para país. Em vez disso, propomos que os movimentos de capitais sejam associados com as operações internacionais das empresas. Portanto, para compreender o investimento direto precisamos estudar as operações internacionais e seu financiamento.”

²⁵¹ KRUGMAN, Paul R.; OBSTFELD, Maurice; MELITZ, Marc J. **International Economics: theory and policy**. 9ª ed. Boston: Addison-Wesley, 2012, 24

²⁵² KRUGMAN, Paul R.; OBSTFELD, Maurice; MELITZ, Marc J. **International Economics: theory and policy**. 9ª ed. Boston: Addison-Wesley, 2012, 80.

²⁵³ HYMER, S.H. **The international operations of national firms: a study of direct foreign investment**. MIT Monographs, Cambridge, MA: MIT Press, 1976.

Para Hymer, as empresas internacionalizadas são distintas das demais empresas que operam somente no mercado local, por possuírem um ativo que as torna competitiva inclusive em outros mercados. É a chamada teoria da vantagem competitiva específica (teoria do “unique asset”), pela qual a única forma de explicar como uma empresa pode sobreviver no mercado externo, seria, por exemplo, uma tecnologia específica que apenas ela detivesse e por isso a deixasse em grande vantagem em outros mercados.

Referida teoria é relevante por explicar uma tendência de oligopolização dos mercados, uma vez que o aproveitamento da vantagem competitiva específica deixa a empresa internacionalizada, ou o grupo de empresas capazes de competir em escala global, em franca vantagem frente as demais, tornando-as capazes de controlar preço e acesso ao bem ou serviço.

No final da década de 1960, Vernon formulou a chamada “Teoria do Ciclo do Produto”, pela qual a supremacia de um dado produto em seu mercado local, a ameaça de novos concorrentes locais, bem como a redução de custos seriam causas para realização de um investimento estrangeiro²⁵⁴.

Para Vernon, a internacionalização da empresa serve como uma forma de aumentar o ciclo do produto. Inicialmente, o produto seria direcionado a outros países desenvolvidos em termos de: (1) custos de produção e transporte; (2) questões de proteção de patentes; (3) ameaça de novos competidores; (4) situação política no país receptor; e (5) nível de proteção tributária.

Posteriormente, aliado a um forte processo de standardização do produto e da sua produção, o mesmo seria levado a países menos desenvolvidos com base unicamente no preço, independentemente de uma análise mais detida sobre o mercado.

Com base nas teorias que o antecederam, Dunning formula a “teoria ou paradigma eclético”. Para o autor, as opções de um investimento passam pela

²⁵⁴ VERNON, R. International Investment and International Trade in Product Cycle. **Quarterly Journal of Economics**. Vol. 80. Oxford: Oxford University, 1966, 190-207.

análise da vantagem apresentada com relação ao comércio por meio de terceiros, tendo em conta o mecanismo de preços²⁵⁵.

Em outras palavras, o investidor analisará se é mais barato investir na constituição de uma empresa fora do seu território de origem ou se é melhor simplesmente vender a mercadoria desde o local original de produção, levando-se em conta os custos de transação envolvidos, como seguro, frete, risco de contrafação etc.

A teoria recebe o nome de paradigma eclético, pois representa a intersecção de diversas outras teorias criadas para explicar o fenômeno da internacionalização das empresas, sendo esquematizada por 3 grandes forças que direcionam o investidor na realização de um investimento em mercados estrangeiros. Vejamos adiante a evolução da impressionante obra de Dunning até a final definição das 3 forças que direcionam os investimentos (“O”, “I” e “L”) e seus efeitos no mercado internacional:

Genealogia do Paradigma de DUNNING²⁵⁶

Ano	Artigo/livro	Contribuição
1958	Dunning, J. American investment in british manufacturing industry . London: George Allen and Unwin.	As forças O e L foram identificadas nos investimentos diretos das empresas norte-americanas na indústria inglesa.
1972 e 1973	Dunning, J. The location of international firms in na enlarged EEC . <i>An exploratory paper</i> . Manchester: Manchester Statistical Society, 45. Dunning, J. The determinants of international production . Oxford Economic Papers, vol. 25 (3), pp. 289-336.	As forças O e L foram usadas para explicar as consequências prováveis da união da Inglaterra ao Mercado Comum europeu.
1976	Dunning, J. Trade, location of economic activity and the MNE: A search for an eclectic	Apresentação da teoria eclética da produção internacional e as razões para a designação. Acrescentou-se a força I.

²⁵⁵ “These, then, are the reasons why organizations such as firms exist in a specialized Exchange economy in which it is generally that the distribution of resources is “organized” by the price mechanism.” COASE, Ronald H. **The nature of the firm**. s/ed, 1937, mimeo.

²⁵⁶ Estudo bibliométrico elaborado por PINTO, Cláudia Frias; GASPAR, Luís Filipe; FERREIRA, Manuel Portugal; SERRA, Fernando A. Ribeiro. **A influência de John Dunning na investigação em estratégia e negócios internacionais: um estudo bibliométrico no Strategic Management Journal**. 2010. Leiria: IPL. Acesso em 18.11.2012, <http://globadvantage.ipleiria.pt/files/2010/02/working_paper-53_globadvantage.pdf>.

	<i>approach</i> , in Ohlin, B. Hesselborn, P., Wijkman, P. (Eds.), <i>The International Allocation of Economic Activity</i> , London: Macmillan, pp. 395-41.	
1981a	Dunning, J. Explaining the international direct investment position of countries: Towards a dynamic or developmental approach , <i>Weltwirtschaftliches Archiv</i> , 117, pp. 30-64.	Aplicação da teoria eclética à explicação da mudança na posição de investimento direto estrangeiro dos países ao longo de quatro fases de desenvolvimento econômico.
1981b	Dunning, J. International production and the multinational enterprise . London: Allen and Unwin.	Neste trabalho o autor altera a terminologia, deixando a teoria eclética passando a adotar o termo paradigma eclético.
1988	Dunning, J. The eclectic paradigm of international production: A restatement and some possible extensions . <i>Journal of International Business Studies</i> , 19(1), pp. 1-31.	Reavaliação do paradigma eclético, separando a força O em dois tipos: baseada nos ativos (Oa) e na coordenação (Ot). Ademais, foram analisadas as questões relacionadas ao desinvestimento estrangeiro, aos efeitos do IED, formalização do paradigma etc.
1993a	Dunning, J. Multinational enterprises and the global economy , AddisonWesley Publishing Company.	Paradigma eclético passa a tratar do IED para melhoria dos recursos, além do IED para explorar recursos já existentes.
1993b	Dunning, J.H. The globalization of business . London and New York: Routledge.	Reconhecimento da importância da estratégia como uma variável dinâmica e específica à empresa com capacidade para influenciar a configuração das forças OLI que as empresas enfrentam e quais as suas reações face à nova configuração.
1995	Dunning, J. Reappraising the eclectic paradigm in the age of alliance capitalism . <i>Journal of International Business Studies</i> 26 (3), 46 1-19.	Extensão do paradigma que passa a englobar as vantagens que emergem da realização de operações de valor acrescentado e das relações com instituições e/ou recursos localizados em países estrangeiros. Ou seja, incorpora fenômenos que descreve como característicos de uma época de alianças entre empresas.
1996	Dunning, J.; Narula. R. (Eds.). Foreign direct investment and governments . London and New York: Routledge.	Estende o pensamento sobre a internacionalização como um processo gradual (investment development path) pela qual haveria uma quinta fase do IED que visa procurar ativos (asset seeking FDI).
1998 e 1999	Dunning, J. (1998) Location and the multinational enterprise: A neglected factor , <i>Journal of International Business Studies</i> 29 (I), 45-66. Dunning, J. Globalization and	Efeitos da tecnologia e da globalização no conteúdo e configuração das forças OLI, notando um incremento nos IED em busca de ativos

	the theory of MNE activity , in Hood, N. e Young, S. (Eds.), <i>The Globalization of Multinational Enterprise Activity</i> , London: Macmillan, 21-54.	
1999	Dunning, J. & Dilyard, J. Towards a general paradigm of foreign direct and foreign portfolio investment , <i>Transnational Corporations</i> 8(1), 1-52.	Estudo acerca dos componentes de investimento estrangeiro de portfólio no paradigma OLI.
2000	Dunning, J. The eclectic paradigm as an envelope for economic and business theories of MNE activity . <i>International Business Review</i> , 9(1), 163-190.	Apresenta-se a teoria envelope da empresa abrangendo economia, teoria organizacional e gestão. Novos desafios são apresentados ao paradigma OLI.

A primeira força guarda relação com a exploração da vantagem da firma (“força O”²⁵⁷). Assim, amparando-se na literatura que o antecedeu, Dunning reforça a característica da exploração do mercado internacional com base na vantagem competitiva adquirida pela empresa no mercado interno.

A segunda força pode ser encontrada no fato da empresa comercializar em seu próprio nome em mercados estrangeiros, internalizando (“força I”) um incremento do seu ativo, gerando maior complexidade na estrutura da empresa. A opção pela internacionalização da empresa é tratada a partir do equilíbrio entre os custos de transação ²⁵⁸, normalmente relacionados à obtenção de informação ou cumprimento dos contratos e os custos de internalização decorrentes da

²⁵⁷ DUNNING chama a força de Ownership, daí a utilização da letra “O” para descrever a força. Interessante notar que boa parte da literatura que trata do tema traduz como Propriedade ou Posse. Trata-se de versões claramente equivocadas, uma vez que os termos propriedade e posse tem significação bastante demarcada no Brasil e de maneira alguma se confunde com o descrito por Dunning. Interessante notar que a terminologia também é polissêmica nos países de língua inglesa, conforme percebem I.s. Shapley e Martin Shubik (**Ownership and the Production Function**. *The Quarterly Journal of Economics*. Cambridge, MA: Oxford University Press, 1967, pp. 88-111): *“The simple concept of property implicit in many classical models of a competitive economy is – we suggest – an insufficiently basic representation of the phenomenon of ownership. More fundamental is the concept of an individual’s operational or strategic control over certain goods or processes, as subject to laws (natural or man-made) defining his rights and powers”*.

²⁵⁸ WILLIANSO, O. **Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications**. New York: Free Press, 1975.

constituição da empresa, tais como construção da planta e submissão ao regime legal estrangeiro.

Atualmente, alguns estudiosos buscam explicar que o custo para uma empresa conhecer o mercado exterior é uma das maiores dificuldades para a internacionalização das empresas.

A chamada Escola ou Modelo de Uppsala²⁵⁹ considera que os maiores obstáculos para a internacionalização são a falta de conhecimento e de recursos, ocorrendo a internacionalização mediante um processo gradual compreendendo quatro etapas: i) a empresa exporta esporadicamente; ii) agentes independentes passam a intermediar a constante atividade exportadora desta empresa; iii) filiais são constituídas no exterior; e iv) a produção passa a ser realizada no exterior.

Para o modelo, o contínuo investimento realizado pela empresa para se internacionalizar é o responsável pela constante aquisição de vantagens concorrenciais no mercado relevante em que concorre²⁶⁰.

A localização (“força L”) é outro elemento fundamental para a internacionalização de uma empresa, tendo em conta não somente os fatores geográficos, mas também as instituições correntes²⁶¹, inclusive aspectos concernentes à cultura do local receptor do investimento²⁶². Apesar de toda preocupação com uma

²⁵⁹ JOHANSON, J.; VAHLNE, J.E. The internationalization process of the firm: a model of knowledge development and increasing foreign market commitments. In: **Journal of International Business Studies**, v. 8, n. 1, 1977, p. 23-32.

²⁶⁰ WERNERFELT, Binger. A resource-based view of the firm. In: **Strategic Management Journal**. Vol. 5-2, April-June, New York: John Wiley and Sons, 1984, 171-180; BARNEY, J.B.; WRIGHT, M.; KETCHEN, D.J. The resource-based view of the firm: ten years after 1991. In: **Journal of Management**, Vol. 27-6, 2001, 625-641. Vale ressaltar, a despeito de não afetar a contribuição do modelo às pequenas empresas, severas críticas são feitas ao gradualismo característico do modelo de Uppsala, especialmente tendo em conta as empresas que nascem com vocação eminentemente global, buscando o mercado consumidor externo logo no momento da sua constituição, as chamadas *born globals*.

²⁶¹ NORTH, Douglas. Institutions, institutional change and economic performance. Cambridge: Cambridge University, 1990

²⁶² Pode-se dizer que as pessoas de uma determinada comunidade costumam viver mediante modelos mentais individuais e coletivos, que embora dotados de boas intenções podem provocar um retrocesso no cenário econômico internacional. Assim, Michael Fairbanks (FAIRBANKS, Michael. Changing the mind of a nation: elements in a process for creating prosperity. In: HARRISON, Lawrence E; HUNTINGTON, Samuel P. **Culture Matters: how values shape human progress**. New York: Basic Books, 2001, p. 268-281) diz que devem ser adotados processos locais

tendência desterritorializante decorrente da globalização, as empresas ainda tendem a prosperar quando constituídas em determinados locais:

“A pergunta central a ser respondida é por que empresas baseadas em determinadas nações alcançam sucesso internacional em segmentos e indústrias distintos? O que devemos buscar são as características decisivas de uma nação que permitem às suas empresas criar e manter a vantagem competitiva em determinados campos, isto é, a vantagem competitiva das nações.

A globalização das indústrias e a internacionalização das empresas nos deixam um paradoxo. É tentador concluirmos que a nação perdeu sua importância no sucesso internacional de suas empresas. À primeira vista, as companhias parecem ter transcendido os países. (...)

A vantagem competitiva é criada e mantida através de um processo altamente localizado. Diferenças nas estruturas econômicas, valores, culturas, instituições e histórias nacionais contribuem profundamente para o sucesso competitivo. O papel do país parece ser mais forte do que já foi. Embora a globalização da competição não possa, aparentemente, tornar a nação menos importante, em lugar disso parece fazê-la mais importante. Com menos impedimentos ao comércio para proteger as empresas e indústrias internas não-competitivas, a nação sede adquire significação crescente, porque é fonte do conhecimento e da tecnologia que sustenta a vantagem competitiva.” (PORTER, 1989, 19-20)

Para desvendar a razão de um determinado local influenciar no investimento estrangeiro, o Professor de Harvard, Michael Porter, publicou a obra “A vantagem competitiva das nações”. Neste estudo, foram reunidos especialistas do mundo inteiro para explicar a razão de alguns setores se desenvolverem tanto em alguns locais, que os produtores do mesmo setor em outros locais não conseguem competir ou têm muito mais dificuldades para se manter no mercado.

Trata-se de uma evolução da teoria das vantagens comparativas, pois classicamente se apontava a vantagem como resultante da abundância do fator de produção. Para Michael Porter a vantagem competitiva está na competitividade decorrente do conhecimento necessário para produção em um mercado

integrados, bem orientados e discutidos, adequados à realidade daquela comunidade, para construção de um modelo mental comum tendente à prosperidade.

altamente evoluído em algum setor. Assim, se uma empresa consegue produzir sapatos na Itália certamente obterá vantagens em qualquer outro mercado mundial, pois poucos mercados têm a mesma concorrência que o italiano. A mesma ideia serve para a indústria aeronáutica francesa, os robôs japoneses e assim por diante. Um ambiente altamente competitivo é próprio para a concentração de inovação e, por conseguinte, do estabelecimento de vantagens competitivas perante outros mercados.

Para o autor, determinados países conseguiriam reunir fatores que os favoreceriam perante os demais mercados no mundo, ao que se chama da teoria do diamante. Por esta teoria quatro atributos definem se uma economia apresenta ou reúne vantagens competitivas perante as demais: a) condições de fatores; b) estratégia, estrutura e rivalidade das empresas; c) indústrias correlatas e de apoio; e, d) condições de demanda, sendo que o acaso e o governo influenciam de maneira decisiva o comportamento dessas quatro condições.

Analisadas as 3 forças determinantes para o investimento estrangeiro, temos que tanto para a economia brasileira, quanto para as próprias empresas é imprescindível a internacionalização, uma vez que o fenômeno promove melhora de preços e aumento na quantidade da produção (teorias clássicas), as empresas passam a aproveitar a alocação de recursos e mão-de-obra em abundância (teorias neoclássicas), têm de criar vantagens específicas (Hymer), aumentam o ciclo de seus produtos (Vernon), adquirem conhecimento gerencial (Modelo de Uppsala), conseguindo desse modo criar condições mais estáveis para enfrentar a concorrência interna e internacional.

3.2.5. Processo de internacionalização das empresas

A despeito das vantagens analisadas pela internacionalização das empresas, ainda são raros os exemplos de internacionalização das empresas brasileiras, em especial as pequenas. Entretanto, se as empresas se preparam para atender as necessidades de seus consumidores locais, é possível se criar condições

favoráveis para atender consumidores de todo o mundo, uma vez que em sua maioria as necessidades são homogêneas.

O processo de internacionalização costuma ser um processo demorado e complexo, que pode se dar por diversas maneiras, normalmente decomposto nas seguintes fases: exportação; licenciamento e franquias; Joint Ventures; estabelecimento dos fatores de produção próprios no mercado estrangeiro (investimentos *greenfield*), ou por fusões ou aquisições (M&A).

Desse modo, inicialmente uma empresa começa a participar do mercado internacional exportando seus produtos diretamente aos consumidores estrangeiros, para posteriormente estabelecer um regime de direitos de propriedade no exterior. Os licenciamentos e as franquias representam um modelo contratual bastante adequado para as empresas que decidem intensificar o processo de internacionalização, dado que o modelo contratual impele certo controle sobre a forma como o produto será comercializado no mercado internacional.

O modelo das Joint Ventures ainda representam o modelo mais utilizado pelas empresas, uma vez que a atividade a ser internacionalizada ganha o conhecimento do mercado local e a rede de contatos já mantida pela empresa local. Sem embargos, o processo definitivo de internacionalização das empresas consiste na presença local, que pode ocorrer pelo estabelecimento de uma filial ou uma subsidiária no mercado desejado, ou ainda pela aquisição de um agente potencialmente concorrente no mercado local²⁶³.

3.2.6. Papel das Empresas Transnacionais

²⁶³ MADHOK, A. Cost, Value and foreign market entry mode: The transaction and the firm. In: **Strategic Mangement Journal**. 1997, 39-61; DIKOVA, D.; WITTELOOSTUIJN, A.V. Foreign direct investment mode choice: entry and establishment modes in transition economies. In: **Journal of International Business Studies**, Vol. 38, 2007, 1013–1033.

Costuma-se afirmar que as ETN's são os principais agentes do sistema das relações internacionais econômicas²⁶⁴, podendo ser resumida sua relevância por três grandes motivos: 1. as ETN's possuem informações e experiência (*"expertise"*), que podem ser úteis para os Estados-nações lidar com seus próprios problemas; 2. as ETN's influenciam em âmbitos diversos como discurso político, estabelecimento de agendas locais, produção legislativa e tomada de decisões, bem como pelo fato de exercerem uma participação pública na implementação das instituições locais; e, por fim, 3. porque as ETN's são parte dos arranjos políticos e institucionais no sistema internacional²⁶⁵.

O próprio surgimento da noção de Direito Internacional do Investimento decorre do papel preponderante exercido pelas ETN's nas relações econômicas internacionais, sobretudo em virtude das dificuldades encontradas por estas sociedades desde o aparecimento de fenômenos como a nova ordem mundial ou o declínio do neocolonialismo. Mais especificamente, a conjunção do cenário econômico desfavorável do início do século XX com o fortalecimento de correntes ideológicas defensoras de um tratamento predominantemente social da propriedade, contrárias à forma de circulação de capital estrangeiro praticado até então, culminaram com o sucesso de duas importantes revoluções: a Revolução Mexicana (1910-1920), que propugnava a defesa dos interesses nacionais sobre os recursos naturais, e a Revolução Russa (1917), que previu a tutela social dos bens de produção.

Pode-se dizer que, desde então, o constante ciclo, normalmente acompanhado de alguma ressonância regional, de épocas de intensos processos de nacionalização e épocas com intensos movimentos de desestatização dos ativos públicos têm se seguido, sobretudo no Sudeste Asiático e na América Latina²⁶⁶.

²⁶⁴ CARREAU, D.; JUILLIARD P. **Droit International Économique**. 2ª ed. Paris: Dalloz, 2005, p. 26.

²⁶⁵ REINALDA, Bob; ARTS, Bas; NOORTMANN, Math. **Non-State actors in International Relations: do they matter?** In: ARTS, Bas; NOORTMANN, Math; REINALDA, Bob. *Non-State Actors in International Relations*. Ashgate: Hampshire, 2001, p. 3.

²⁶⁶ CHUA, Amy L. **The privatization-nationalization cycle: the link between markets and ethnicity in developing countries**. *The Columbia Law Review*. n. 95, 1995.

Entretanto, mesmo em países tradicionalmente exportadores de capital, políticas notoriamente nacionalistas se popularizaram. Itália e Alemanha, por exemplo, implantaram um regime de controle total sobre as próprias manufaturas e matérias-primas, buscando a expansão de suas fronteiras em razão de fatores políticos e econômicos mediante a aquisição de territórios estrangeiros, no período das Guerras²⁶⁷.

Com o fim das Guerras, a predominância norte-americana possibilitou que os mercados internacionais fossem explorados quase sem concorrentes, estabelecendo padrões importantes para o comércio internacional, como a predominância da língua inglesa para as negociações, o dólar como padrão de moeda internacional corrente, bem como instituições jurídicas, antes não internacionalmente reconhecidas, como, por exemplo, a regulação, fiscalização e controle das posições de dominância de mercado (as políticas antitruste)²⁶⁸.

Neste mesmo período, o discurso da autodeterminação dos povos atingiu respaldo jurídico²⁶⁹ alterando fortemente o fluxo de investimentos estrangeiros europeus para suas colônias asiáticas e africanas. O investimento estrangeiro europeu, particularmente o britânico, antes fundamentado na desigualdade concorrencial diante das enormes concessões realizadas pelos Estados receptores dos investimentos, subjugados politicamente pelo neocolonialismo, passou por profundas alterações diante da crescente evolução do número de Estados que se tornavam independentes.

²⁶⁷ MUCHLINSKI, Peter T. **Multinational Enterprises & the Law**. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 13.

²⁶⁸ MUCHLINSKI, Peter T. **Multinational Enterprises & the Law**. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 17.

²⁶⁹ Acerca da autodeterminação dos povos, vale a transcrição de um trecho dos comentários sobre o Parecer Consultivo da Corte Internacional de Justiça sobre o Kosovo, de 22 de julho de 2010 feito pelo Professor Paulo Casella: “A matéria passa a ter novo parâmetro a ser tomado em consideração, pois o Parecer consultivo sobre a independência do Kosovo, prolatado em 2010, especificamente apontou o fato de que, embora a integridade territorial dos estados tenha de ser tomada em consideração, o direito à autodeterminação deve ser considerado como um dos principais desenvolvimentos do direito internacional durante a segunda metade do século XX. À luz dessa recente assertiva, a matéria deverá passar a ser considerada.” (ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G.E. do; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 306.)

Com o plano de recuperação dos Estados europeus, o fluxo de IED passou a seguir nesse período recente quatro tendências de movimentação de capitais: (i) a mudança de meio ou forma de empréstimo internacional, especialmente no que se refere à crescente importância das doações oficiais; (ii) o crescente multilateralismo das operações de investimento estrangeiro, como demonstra o comércio de capital entre países desenvolvidos; (iii) a tendência de predileção do modelo da constituição do investimento direto mediante presença comercial, em troca dos empréstimos internacionais, contribuindo para o crescimento econômico; e, (iv) adoção de medidas econômicas e regulatórias dos países importadores e exportadores de capital, em busca dos benefícios do investimento estrangeiro direto²⁷⁰.

Após 1960, as ETN's passaram a se comportar de forma distinta, contando com uma crescente participação dos ativos internacionais detidos na Europa Ocidental e no Japão, acarretando uma mudança no padrão do IED. Os EUA deixaram de ocupar a posição exclusiva de investidor para se tornar também alvo do fluxo de investimentos, chegando a deter a posição de maior recebedor de IED no mundo²⁷¹.

Assim, nos anos 1990, a facilitação tecnológica, a exploração de novos mercados, um constante e até duradouro processo de crescimento econômico sentido em escala mundial, em conjunto com a negociação de benefícios para esse tipo de operação, tornou o IED cada vez mais globalizado com cada vez mais agentes.

Nesse cenário de diversificação geográfica das ETN's, surgem as regulações internacionais multilaterais, das quais o Acordo Geral sobre Comércio e Tarifas (GATT) constitui o principal exemplo na área econômica. Porém, o movimento não se restringiu ao GATT, tendo sido criados os chamados Acordos para a Promoção e Proteção dos Investimentos (APPRI), especialmente no que se refere às diversas organizações regionais de cooperação econômica (ASEAN, NAFTA, entre outras) e aos mais de 2.200 Tratados Bilaterais de Investimento (TBI)

²⁷⁰ DUNNING, John H. **Studies in International Investment**. London: George Allen & Unwin Ltd, 1993, p. 25.

²⁷¹ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 158.

celebrados indistintamente entre países em desenvolvimentos e países desenvolvidos evidenciando uma regulação jurídica ampla sobre um comércio e investimento estrangeiro mais dispersado.

Sem embargos da difícil caracterização do fenômeno do terrorismo, o ataque às torres nova-iorquinas de 11 de setembro acarretou uma profunda reestruturação do padrão econômico mundial. Ressalta-se que o evento terrorista deve ser apontado somente como um marco simbólico, porém, desde então, o mundo capitalista e liberalizante de outrora parece ter perdido força, sendo notada desde então uma tendência cada vez mais nacionalista e internalizante das políticas econômicas adotadas pelos países com indústrias desenvolvidas.

A atuação das ETN's se diversificou e grandes atores internacionais surgem de países com até então pouca participação no setor do IED. Em 2003, a China se tornou o país que mais recebeu IED no mundo, superando os EUA. Diversos grupos de países que até então tinham pouca participação passaram ocupar espaço proeminente, como são exemplos os BRICs ou mesmo o G20, grupo que congrega os Ministros da Finança e presidentes dos Bancos Centrais das 20 maiores economias do mundo, do qual tem participação a Argentina, o Brasil, a Índia, a Indonésia, o México, a Arábia Saudita, a Coreia do Sul e a Turquia, que em maior ou menor grau detinham pouquíssima participação nas decisões econômicas mundiais no fim do século passado.

Recentemente, em sua conta no *Tweeter*, a Reuters publicou as seguintes notícias, que podem exemplificar essa tendência de modificação do padrão do IED, e por conseguinte da atuação das ETN: "Tombini [presidente do Banco Central brasileiro] diz que G20 deveria ter papel maior na crise" e no mesmo dia, "Brasil proporá a BRICs ajuda a Europa via FMI"²⁷².

Não se nega ser contraditória a participação das ETNs nesses fluxos de IED, e qual a relação desses fluxos com o que chamamos de direito do desenvolvimento. Alguns enxergam nas ETN's grandes centros de poder político internacional,

²⁷² Acesso em 20 de setembro de 2011.

capazes de exercer forte pressão sobre governos, especialmente pela agilidade com que podem explorar o mercado mundial, valendo-se de vantagens oferecidas pelos marcos regulatórios locais em cada Estado, como mão-de-obra barata, paraísos fiscais, legislações que atendam suas necessidades em termos de proteção intelectual, provocando uma desregulação internacional.

Por outro lado, há aqueles que veem nas ETN's uma extensão lógica e desejável da lógica da vantagem comparativa, mediante a utilização de uma única superestrutura com benefícios na organização da produção dentro de um cenário de livre mercado, proporcionando riqueza no mercado em que atua²⁷³.

Todavia, diante da visível influência e facilidade de alocação da produção pelas ETNs, o objetivo do presente estudo é salientar a relevância da inserção também das pequenas empresas no processo de globalização, tendo em conta a sua própria manutenção, além da necessidade dos Estados buscarem o enfraquecimento do atual processo de oligopolização²⁷⁴ dos mercados²⁷⁵ mediante o aumento da concorrência entre as empresas.

3.2.7. Internacionalização das pequenas e médias empresas

3.2.7.a) Caso da Indústria italiana de azulejos de cerâmica

²⁷³ TREBILCOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. **The Regulation of International Trade**. 2ª ed. Londres: Routledge, 1999, p. 336.

²⁷⁴ "Oligopólio é uma estrutura de mercado em que apenas poucos vendedores oferecem produtos similares ou idênticos." (MANKIW, N. Gregory. Introdução à Economia. São Paulo: Cengage Learning, 2009, 349). Na mesma página o autor cita o interessante exemplo do mercado de bolas de tênis: "Se alguém for a uma loja nos Estados Unidos para comprar bolas de tênis, é provável que saia de lá com uma entre quatro marcas: Wilson, Penn, Dunlop ou Spalding. Essa quatro empresas fabricam quase todas as bolas de tênis vendidas nesse país. Juntas, elas determinam a quantidade de bolas de tênis produzida e, dada a curva de demanda de mercado, o preço pelo qual as bolas serão vendidas".

²⁷⁵ A tendência de oligopolização dos mercados pelo alargamento da atuação das ETN's é apontada por DICKEN, Peter. *Global Shift: mapping the changing contours of the world economy*. 6ª ed. New York: Guilford Publications, 2011, 159.

Como se viu até aqui e, de acordo com a literatura contemporânea²⁷⁶, atuar internacionalmente é uma estratégia interessante e, para alguns vital, para pequenas e médias empresas. Para tanto, a presente tese se valerá da relevante contribuição de MICHAEL PORTER ao idealizar a obra “A Vantagem Competitiva das Nações”, onde foram selecionados alguns modelos utilizados no mundo de internacionalização de empresas. Dentre os casos selecionados pelo autor, utilizaremos o modelo proposto pela indústria italiana de azulejos de cerâmica²⁷⁷, exatamente por se relacionar com pequenas e médias empresas.

Com o fim do período de guerras, a Itália teve de passar por um intenso processo reconstrução, aliás como ocorreu com boa parte da Europa. Desse modo, floresceu na Itália uma indústria de azulejos em razão de sua intensa utilização no país, tendo em conta a destruição ocorrida em razão dos conflitos bélicos.

Na região de Sassuolo várias pequenas fábricas de azulejos foram aparecendo por um conjunto de fatores reunidos no local. Mão de obra em abundância pela recessão econômica e o fim da guerra, sobressaindo o caso dos engenheiros anteriormente alocados no setor automobilístico que ficaram ociosos.

Assim, na região foram constituídas pequenas indústrias de azulejos para atender uma demanda forte, mas pontual em razão da reconstrução do país. A região logo se tornou responsável pela produção de azulejos utilizados em toda a Itália.

Neste momento, a tecnologia de produção foi totalmente importada de outros países europeus, a argila utilizada não era encontrada na região, necessitando ser importada, os fornos eram todos importados e ainda apresentavam técnicas de produção que dificultavam seu manuseio e tornavam mais lenta e cara a produção dos azulejos.

²⁷⁶ SCHULZ, A. Internationalisierung von kleinen und mittleren Unternehmen, in: Schauf, M. (ed.) Unternehmensführung im Mittelstand. Munich: Rainer Hampp, 2006, pp. 35-64; KNOWLES, D.; MUGHAN, T. E LLOYD-REASON. Lloyd-Reason, L. Foreign language use among decision-makers of successfully internationalised SMEs. **Journal of Small Business and Enterprise Development**, Vol. 13, No. 4, 2006, pp 620-641.

²⁷⁷ PORTER, Michael E. **A Vantagem Competitiva das Nações**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 1989, p. 248-264.

Com o crescimento do número e do produto gerado pelas pequenas indústrias de azulejo da região, nas décadas de 1950 e 1960, os produtores italianos passaram a fortalecer a concorrência incrementando as técnicas da sua produção, chegando inclusive a formar em 1964 a Assopiastrelle, associação italiana das indústrias de cerâmica, responsável pela regulamentação do mercado e incentivo aos pequenos produtores locais.

Com a recuperação da economia italiana, as indústrias de Sassuolo foram se modernizando para atender uma clientela cada vez mais exigente, além dos produtores terem de se modernizar para concorrer entre si. Com isso, a produção passou a contar cada vez mais com insumos exclusivamente italianos e técnicas de produção modernas e mais eficientes também idealizadas nas indústrias italianas. Os fornos passaram a ser construídos na região e dependem de um tipo de argila encontrado também na própria região, tornando desnecessária a importação deste tipo de insumo.

A constante competição entre as indústrias locais promoveu ainda a modernização da técnica de produção das peças de azulejo, diminuindo o tempo de produção incrivelmente quando se compara a produção atual com aquela realizada no momento do aparecimento do mercado em Sassuolo.

Pode-se dizer que atualmente a maior parte dos azulejos é produzida com muita agilidade e com baixo custo, salvo obviamente peças específicas que se valem do *branding* local para ganhar valor no mercado internacional.

Já no início da década de 1980, a indústria do azulejo italiano tinha se internacionalizado com mais da metade da produção de Sassuolo sendo destinada à exportação.

Desde 2007, a Assopiastrelle se tornou a Confindustria Ceramica e passou a representar o interesse dos seus 273 associados em torno da proteção da pequena indústria italiana, inclusive em setores altamente especializados como a

Organização Mundial do Comércio ²⁷⁸ . Atualmente, os associados são responsáveis pelo comércio com mais de 180 países pelo mundo, exportando mais de 70% da sua produção, movimentando aproximadamente 4,7 bilhões de euros em 2011.

3.2.7.b) Necessidade de desenvolvimento tecnológico das pequenas empresas

Em qualquer ramo do mercado, o avanço tecnológico é fundamental para a internacionalização da empresa, além de contribuir decisivamente inclusive, para a manutenção das atividades da empresa em seu próprio mercado local. No caso acima mencionado, o investimento em tecnologia teve um papel preponderante na participação dos italianos no mercado internacional, inicialmente na importação das máquinas britânicas, e depois no desenvolvimento destas máquinas tendo em conta os interesses dos consumidores, mas principalmente na adaptação da sua linha de produção aos insumos encontrados no local.

De acordo com a teoria de KONDRATIEV, a tecnologia promove um grande salto na forma de vida dos seres humanos de tempos em tempos, causando um profundo arranque comercial usufruído pela população com a alteração do seu modo de vida provocado pela tecnologia. Assim ocorreu com o aparecimento do carvão, do ferro, eletricidade, petroquímica, telefonia entre outros²⁷⁹.

Assim, a inovação tecnológica pode ser colocada gradualmente numa escala desde as inovações meramente incrementais, das inovações radicais, até verdadeiras mudanças do sistema tecnológico ou mesmo do paradigma tecnoeconômico. Na linguagem de PETER DICKEN, a tecnologia tem sido a grande propulsora das empresas nos últimos séculos, e por conseguinte da consolidação do movimento de globalização²⁸⁰.

²⁷⁸ A atuação da associação junto à Organização Mundial do Comércio foi fundamental para a redução de 50% da alta tributação norte-americana, o que dificultava a entrada dos azulejos italianos no país.

²⁷⁹ DICKEN, Peter. **Global Shift: mapping the changing contours of the world economy**. 6ª ed. New York: Guilford Publications, 2011, p.75-108.

²⁸⁰ DICKEN, Peter. **Global Shift: mapping the changing contours of the world economy**. 6ª ed. New York: Guilford Publications, 2011, p.49-74.

A inovação, todavia, não é desacompanhada de fortes investimentos e de períodos incertos cujo retorno financeiro muitas vezes não é atingido. Por isso, pergunta-se como ficam as pequenas empresas quando obviamente não podem arcar com os custos inerentes ao aparecimento de uma nova tecnologia. A tecnologia acaba com as pequenas empresas no mundo globalizado atual?

Por outro lado, como fica claro com as indústrias italianas de azulejos, a estrutura administrativa e operacional de uma pequena empresa tornou muito mais ágil o processo de incorporação da tecnologia desenvolvida e pulverizou o custo, pois vários agentes pesquisavam melhorias no setor de forma concomitante, o que evidencia a capacidade da pequena empresa de investir em inovação e competir com estruturas muito mais burocráticas e formais do que aquelas próprias da empresas transnacionais.

Além disso, a tecnologia atualmente disponível de locomoção, de acesso a informações, e de comunicação é infinitamente menor do que no passado. As pequenas empresas conseguem internacionalizar-se com custos mais baixos. A facilidade, tempo e praticidade para se transportar um produto até outra cidade ou até mesmo outro país, fazem com que o acesso ao mercado pelas pequenas seja possível até mesmo com um estabelecimento totalmente virtual, podendo a tecnologia deixar de ser um obstáculo para se tornar um facilitador da pequena empresa no atual mercado global.

3.2.7.c) Internacionalização das pequenas e médias empresas: as empresas precisam ser orientadas para internacionalização

A literatura trata ainda de outra dificuldade vivida pelas pequenas empresas. Um obstáculo decisivo no momento da decisão pela internacionalização das atividades das pequenas empresas é observado quando o próprio administrador-dono do negócio não tem vivência ou um mapa mental dirigido em prol da internacionalização da empresa.

KNIGHT e KIM trabalharam como uma série de competências para o desenvolvimento de uma tendência negocial internacionalizada. Para os autores pode-se falar nestas dimensões: orientação internacional, habilidades de

marketing internacional e inovação internacional. KNIGHT e KIM acrescentam que o aprimoramento das dimensões das empresas guarda forte relação com a melhora no desempenho na sua administração²⁸¹. O conhecimento assimilado pela própria dificuldade vivenciada no momento da internacionalização torna-se um trunfo no momento em que a empresa concorre no mercado interno, conforme já ressaltado no modelo de Uppsala descrito acima.

Costuma-se apontar que as pequenas empresas são muito mais dependentes do dono do negócio e do seu respectivo espírito empreendedor. Pode-se dizer que a experiência pessoal do administrador-dono da empresa é fundamental para implementar sua internacionalização, a partir do ponto que o mesmo tenha vivido um ambiente empresarial internacionalizado e saiba lidar com as facilidades e dificuldades próprias da produção e venda internacionalizada²⁸². MIESENBOCK pontua que o empreendedor/dono do negócio deve ser encarado como o fator crucial para atividades internacionalmente orientadas de pequenas empresas²⁸³.

Administrar a produção em termos globais, a fim de obter os melhores preços de produção e maiores preços de venda, fazem com que a empresa conte com um *know-how* de comercialização dos seus produtos que a torna capaz de sobreviver no mercado com concorrentes diversos e com experiências diferentes das dele.

Sabe-se, em especial no caso das empresas latinas, que estas costumam levar 49 anos e normalmente não apresentam nenhuma vantagem específica que a torne única no mercado. Sua administração costuma ser voltada apenas para o mercado interno, o que diminui a concorrência e não incentiva o investimento em

²⁸¹ KNIGHT, G.; KIM, D. International business competence and the contemporary firm. **Journal of International Business Studies**, vol. 40(2), 2009, pp. 255-273.

²⁸² Veja-se em SOMMER, Lutz; DURST, Susanne, HAUG, Manuel; KAUFMANN, Hans-Rüdiger, **The Impact of the Identity on the Internationalization Processes in SMEs: Does Origin Matter?** 3 de Dezembro de 2008. Acesso <http://ssrn.com/abstract=1310560>; NUMMELA, Niina; SAARENKETO, Sami; PUUMALAINEN, Kaise. A global mindset: a prerequisite for successful internationalization? *Canadian Journal of Administrative Sciences*. Vol. 21, p. 51.

²⁸³ MIESENBOCK, K.J. Small business and Exporting: A literature Review. **International Small Business Journal**, Vol. 6, 1988, pp. 42 – 61.

inovação²⁸⁴. A administração voltada somente para o mercado interno dificulta a manutenção da empresa e empobrece a concorrência interna.

No entanto, não se pode ignorar a dificuldade de uma pequena empresa brasileira, sobretudo diante do enorme emaranhado burocrático que vivemos em nosso país, encontra para internacionalizar-se e enfrentar concorrentes contando com muito mais incentivos concedidos em outros países.

Mais uma vez lembrando o caso do setor de azulejos italianos, uma forma de diminuir os custos e a dificuldade de uma pequena atuar internacionalmente é incentivar a associação entre as pequenas e a atuação em conjunto, de forma a ganhar eficiência nos gargalos que apresentamos acima, em especial no que se refere nos custos de administração da internacionalização.

Certamente a superação de algumas barreiras culturais (as pequenas empresas brasileiras não são acostumadas a se associar) e legais (nossa legislação não incentiva a atuação em conjunto das pequenas empresas) podem repercutir de maneira decisiva em nossos resultados econômicos, uma vez que atualmente as exportações por micro e pequenas empresas brasileiras representam somente 1,2% das exportações feitas no país, enquanto na Itália o número chega a 43%. Sobre o assunto, vale ressaltar a proposta de PAULO ROBERTO FELDMANN²⁸⁵ (2011, 486):

“Como se pode esperar que uma pequena empresa que na maioria das vezes possui menos que 5 empregados vá conseguir destrinchar as enormes complexidades do comércio exterior e conseguir vender seus produtos em outros países? Ou como se pode esperar que essa mesma pequena empresa que passa o dia preocupada com sua própria sobrevivência possa almejar ser inovadora e desenvolver novos produtos ou serviços e processos? A única forma de superar estes obstáculos por se ser pequeno é através da união. Mas como frisamos anteriormente uma das grandes dificuldades para a união e associação entre as pequenas empresas é de ordem cultural. Por isso há que se criar

²⁸⁴ FLEURY, Afonso; FLEURY, Maria Thereza Leme. **Brazilian Multinationals: competences for internationalization**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

²⁸⁵ FELDMANN, Paulo Roberto. Um plano diretor para o desenvolvimento da pequena empresa moderna. In: VELLOSO, João Paulo dos Reis Velloso. (Org.). **China, Índia e Brasil: O país na competição do século**. Rio de Janeiro: Editora Jose Olympio, 2011, p. 486.

um estímulo legal para essa união. E aqui entra a proposta da criação da figura legal/jurídica do “consórcio” de empresas. Este seria um mecanismo pelo qual a associação de empresas com uma finalidade clara como exportar ou pesquisar novas tecnologias, por exemplo, receberia incentivos fiscais. Em outras palavras as pequenas empresas que compõe o consórcio teriam alíquotas inferiores ao terem que pagar seus impostos seja na importação de matérias primas, seja na sua folha de pagamentos, ou em outras formas de atuação dentro da cadeia de exportação, por exemplo.”

3.2.8. Linhas conclusivas acerca do fenômeno econômico que sustenta o Direito Internacional do Investimento

No presente estudo buscamos esclarecer que o fenômeno da internacionalização das empresas é bastante antigo, porém quando passou a atuar em conjunto com a globalização promoveu uma intensificação da exportação do capital favorecendo ao aparecimento de grandes conglomerados empresariais internacionais. Não por acaso, a estrutura da concorrência passou a ser vista de modo global num ambiente naturalmente favorável ao aparecimento dos oligopólios nos diversos setores da economia mundial.

Durante toda a exposição da teoria da internacionalização das empresas pudemos perceber que a produção globalizada promove um ganho para as empresas internacionalizadas que as deixa com grande vantagem sobre outras empresas que não participem desse movimento. Além disso, a internacionalização das pequenas empresas também promove um ganho para a economia nacional, ao ponto que incentiva a concorrência e com isso a inovação do mercado.

Por isso, demonstramos que o incentivo às pequenas empresas internacionalizarem-se deve ser constante, uma vez que a internacionalização exige uma série de aptidões, sobretudo uma administração voltada ao mercado externo, que normalmente as pequenas empresas não dispõem.

Como pudemos observar, o incentivo da legislação associativa italiana foi responsável pelo fortalecimento de um importante setor nacional basicamente formado por pequenas e médias indústrias, mas com vantagens concorrenciais capazes de participar de forma dominante do mercado mundial.

CAPÍTULO 4 PROPOSTA DE UM DISCURSO METODOLÓGICO PARA UM NOVO DIREITO INTERNACIONAL DO INVESTIMENTO

4.1. DIREITO INTERNACIONAL DO INVESTIMENTO E SUA TRANSNACIONALIDADE: ARBITRAGEM INTERNACIONAL E UMA NOVA LEX MERCATORIA

Diante do extenso número de estudos relacionados ao Direito do Investimento nota-se uma dificuldade inerente da disciplina que é limitar a abrangência do ramo ao seu importante e relevante, mas apenas e tão-somente método de solução de conflitos que é a arbitragem internacional de investimento.

Inicialmente, a presente tese se propõe a verificar os principais discursos empregados atualmente na caracterização da arbitragem internacional, demonstrando que há uma tendência imediata entre os estudiosos da disciplina em adotar o discurso mais internacionalista, denunciando o aparecimento de um direito transnacional ou de uma nova lex mercatória, o que adiante demonstraremos deturpar diversas das funções acima elencadas para o Direito do Investimento, e em especial seus destinatários, os investidores estrangeiros.

4.1.1. Características gerais da arbitragem internacional

O instituto da arbitragem é uma antiga²⁸⁶ forma de solução de controvérsia que pode ser definida como²⁸⁷:

²⁸⁶ CARABIBER, Charles. Evolution de l'arbitrage commercial. In: **Recueil des cours**, vol. 99, Haia: Hague Academy, 1960, p. 126 e ss.; FOUCHARD, Philippe. **L'arbitrage Commercial International**. Paris: Dalloz, 1965, p. 1, 30 e 31; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Law and Practice of International Commercial Arbitration**. Londres: Sweet & Maxwell, 1991, p. 2-3; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Comercial e Internacional**. São Paulo: Lex Magister, 2011, 21-26.

²⁸⁷ Tradução livre do autor DAVID, René. **Arbitration in International Trade**. Haia: Kluwer Law and Taxation Publications, 1985, p. 5. *"Arbitration is a device whereby the settlement of a question, which is of interest for two or more persons, is entrusted to one or more other persons – the arbitrator or arbitrators – who derive their powers from a private agreement, not from the authorities of a State, and who are to proceed and decide the case on the basis of such an agreement."*

“a forma pela qual a solução de uma controvérsia de interesse de duas ou mais pessoas, é confiada a uma ou mais pessoas – o árbitro ou os árbitros – que extraem seus poderes de um contrato privado e não da autoridade estatal, e a quem cabe processar e julgar o caso apresentado no âmbito deste contrato.”

Referida definição sofre pouca alteração entre os estudiosos sobre o tema, independentemente do sistema jurídico a qual pertençam²⁸⁸, o que não impede que relevantes pontos sejam tratados diferentemente pela legislação interna dos Estados, sobretudo no que tange ao esforço de distinguir a arbitragem de outros institutos correlatos²⁸⁹, às limitações dos poderes dos árbitros²⁹⁰ e à execução da decisão²⁹¹.

Considerando que a arbitragem deriva de um negócio jurídico livremente celebrado pelas partes, eventuais distinções no regime jurídico interno não têm obstado, todavia, seu enorme crescimento diante do fenômeno da globalização econômica²⁹² em termos de uma solução de controvérsias construída e pensada por e para comerciantes de países, línguas, costumes e culturas jurídicas distintas.

Neste cenário surge a chamada arbitragem internacional, ou seja, uma arbitragem talhada para resolver conflitos em âmbito internacional, que não recebe esse nome somente pela sua característica global, mas porque, conforme detalharemos durante nosso estudo, tem cada vez mais se distanciado da arbitragem interna, seja por sua metodologia seja pela controversa lei aplicável inerente a este tipo de julgamentos.

²⁸⁸ Sobre isso veja-se por exemplo REDFERN; HUNTER, *op. cit.*, p. 2-3; BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 31-32.

²⁸⁹ FOUCARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **International Commercial Arbitration**. Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 10.

²⁹⁰ FOUCARD; GAILLARD; GOLDMAN, *op. cit.* p. 11.

²⁹¹ BRAGHETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil**. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 19-80.

²⁹² Conforme LOZARDO, Ernesto. **Globalização: a certeza imprevisível das nações**. São Paulo: Editora do Autor, 2007, p. 33. “Desde 1990, o tema “globalização” tem tido várias dimensões. No plano econômico, engloba as questões pertinentes às relações de integrações econômicas nacionais na economia internacional por meio do comércio, dos investimentos diretos estrangeiros, da mobilidade do capital e dos trabalhadores, dos livres fluxos de tecnologias e de conhecimento.”

No presente estudo serão apresentadas as principais teorias que buscam definir a arbitragem internacional, por meio das quais também será abordada a metodologia própria da arbitragem internacional, tornando-a inconfundível com as tradicionais formas jurisdicionais de solução de controvérsias, atingindo posteriormente um debate em torno dos principais âmbitos onde ocorrem as arbitragens internacionais.

4.1.2. Teorias da arbitragem internacional

No cenário internacional, a partir da 2ª Guerra Mundial, a arbitragem internacional – principalmente a arbitragem resultante de contratos comerciais internacionais – intensificou-se a ponto de tornar-se uma verdadeira “indústria forense”²⁹³. Estimulada principalmente pelo crescimento exponencial do comércio internacional na segunda metade do século XX²⁹⁴, a arbitragem internacional beneficiou-se das facilidades e da logística fornecidas pelas instituições arbitrais, e da crescente aceitação do processo arbitral.

Além disso, a partir principalmente das décadas de 1970 e 1980, a intensificação de negócios e contratos internacionais com novos países emergentes; a participação de governos em contratos de financiamento e desenvolvimento econômico, e o aumento de contratos internacionais de transferência de tecnologia e licenciamento de propriedade intelectual levaram ao surgimento de transações internacionais complexas, substancialmente diferentes dos contratos tradicionais de comércio internos.

²⁹³ “*Forensic industry*”, na expressão citada por DE VRIES, Henry P. *International Commercial Arbitration: A Transnational View*. **Journal of International Arbitration**, Vol. 1. Haia: Kluwer Law International, 1984. p. 7-20.

²⁹⁴ Sobre o assunto veja-se BAIROCH, Paul; KOZUL-WRIGHT, Richard. **Globalization myths: some historical reflections on integration, industrialization and growth in the world economy**. Genebra: Unctad Discussion Papers, nº 113, 1996.

Em vista disto, a arbitragem internacional tem sido uma das formas preferidas de solução de controvérsias, principalmente daquelas que envolvem tecnologia e propriedade intelectual, por causa da explosão de investimentos nestas áreas²⁹⁵.

As especificidades das transações internacionais e a complexidade dos problemas daí decorrentes – barreiras linguísticas, distâncias geográficas, diversidade de culturas, de leis substantivas e procedimentais – criam uma tal insegurança que leva as partes contratantes a buscar, na solução de controvérsias, um foro neutro. A percepção da neutralidade do processo arbitral deriva da (i) possibilidade da seleção, pelas partes, ou por uma autoridade nomeada, de um local de arbitragem fora do território das partes; (ii) nomeação de um árbitro ou de um terceiro árbitro de nacionalidade diferente daquela das partes; e (iii) eliminação de possível preconceito dos tribunais locais²⁹⁶.

Desse modo, a arbitragem de modo geral, tanto interna quanto internacional, deve ser instituída em prol de uma solução justa e apta a tornar-se exequível, seguindo um procedimento técnico, econômico e menos adversarial do que o processo judicial²⁹⁷. Não por outro motivo, o Tribunal Arbitral e os advogados das partes²⁹⁸ devem se valer de procedimento elaborado de acordo com o melhor interesse das partes; selecionar árbitros especializados em arbitragem e/ou na matéria técnica discutida no caso; além de incentivar e promover uma constante cooperação entre as Partes na realização dos atos arbitrais²⁹⁹.

Percebe-se que, embora a arbitragem busque a solução das controvérsias de maneira idêntica ao processo judicial, a natureza e o procedimento da arbitragem são distintos do processo judicial. Diante da inovação do instituto da arbitragem, a

²⁹⁵ Sobre o assunto veja-se NOBLES, Kimberley Chen. Emerging issues and trends in international arbitration. In: **California Western International Law Journal**. Vol. 43. San Diego: California Western School of Law, 2012, p. 77-108.

²⁹⁶ Sobre o tema da neutralidade, veja-se item 4.1.3.

²⁹⁷ ZUCKERMAN, Adrian. **Civil Justice in Crisis**: comparative perspectives of civil procedure. Oxford: Oxford University, 1999, p. 12.

²⁹⁸ BISHOP, R. Doak. Toward a harmonized approach to advocacy in international arbitration. In: BISHOP, R. Doak. **The art of advocacy in international arbitration**. Juris Publishing, 2004.

²⁹⁹ FISS, Owen. Against Settlement. **The Yale Law Journal**. Vol. 93, n. 6. maio de 1984, p. 1073-1090.

literatura especializada no tema costuma indagar se a arbitragem internacional possui uma natureza *sui generis*, diferente até mesmo da arbitragem interna³⁰⁰.

Didaticamente passaremos a expor as principais controvérsias acerca da definição de arbitragem internacional, comentando os quatro grupos de teorias que buscam explicar a natureza jurídica do instituto³⁰¹: a) teoria jurisdicional; b) teoria contratual; c) teoria híbrida ou mista; e d) teoria autonomista.

4.1.2.a) Teoria Jurisdicional

De acordo com a Teoria Jurisdicional, a arbitragem ampara-se no princípio da tutela jurisdicional pública, segundo o qual o Estado assume a garantia da tutela jurisdicional, como uma das principais funções dos seus órgãos, tomando exclusivamente para si a aplicação das regras jurídicas para resolução de casos concretos e o funcionamento das instituições que a constituem³⁰². O mecanismo arbitral se constituiria num prisma do sistema jurídico processual interno de um Estado soberano, diferenciando-se do sistema judiciário interno apenas por decorrer do consentimento válido conferido pelas Partes.

³⁰⁰ Trata-se, inclusive, de um dos objetivos trabalhados na excelente obra de MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. **Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

³⁰¹ Para aprofundamento sobre as teorias aqui detalhadas, recomendamos o excelente estudo de YU, Hong-lin. A Theoretical Overview of the Foundations of International Commercial Arbitration. In: **Contemporary Asia Arbitration Journal**. Vol. 1. Taipei: National Taiwan University, 2008, p. 255-286.

³⁰² No Brasil, Leonardo Greco alerta que: “A jurisdição é basicamente uma função estatal. Desde a Antiguidade, desde o período da cognitio extraordinaria, no direito romano, a partir do século III d.C., passando pela Idade Média, pela Idade Moderna e chegando até a Idade Contemporânea, os governantes assumiram para si o monopólio da jurisdição. Assumiram para si, portanto, essa função de julgar litígios e tutelar interesses particulares.” (GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil: Introdução ao Direito Processual Civil**. Vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 65.) No âmbito do Direito Internacional, veja-se AKEHURST, Michael. Jurisdiction in International Law. In: *British Yearbook of International Law*. Vol. 46. 1975, p. 145-257; MANN, Frederick A. The Doctrine of Jurisdiction in International Law. In: **Recueil des Cours**, vol. 111, 1964, p. 1-162; MANN, Frederick A. The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years. In: **Recueil des Cours**, vol. 186, 1984, p. 9-116.

Aqueles que seguem a Teoria Jurisdicional afirmam que a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de Nova Iorque (doravante apenas “Convenção de Nova Iorque”)³⁰³ confirma a teoria quando remete ao Poder Judiciário do Estado sede da arbitragem uma série de questões, conforme se percebe dos dispositivos a seguir transcritos do artigo V:

“1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que:

a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou (...)

d) a composição da autoridade arbitral ou o procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; ou

e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida.

2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que:

a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou

b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.”

Desse modo, de acordo com a Convenção de Nova Iorque, na ausência de expressa menção em sentido contrário, aspectos como a validade da convenção de arbitragem, da sentença arbitral, da composição do Tribunal Arbitral, bem como dos procedimentos arbitrais deverão seguir a lei do Estado sede da arbitragem. Ademais, no momento da efetivação de sentenças arbitrais estrangeiras, os Estados poderão decidir acerca da possibilidade de arbitragem

³⁰³ A Convenção de Nova Iorque foi assinada em 10 de Junho de 1958, passando a vigor internacionalmente em 7 de junho de 1959. No Brasil é atualmente vigente, de acordo com o Decreto Legislativo nº 52, de 25 de abril de 2002 e pelo Decreto Executivo nº 4.311, de 23 de julho de 2002, conforme publicação no Diário Oficial da União de 24 de julho de 2002.

acerca da matéria versada na sentença, bem como da adequação do julgado em face da ordem pública local vigente³⁰⁴.

I. Status dos árbitros

A Teoria Jurisdicionalista trata os árbitros de forma similar aos juízes. Desse modo, para esta teoria os árbitros são investidos nos poderes jurisdicionais, equiparando-se ao papel de representantes do Estado no momento em que a sentença é proferida, igualmente a um órgão jurisdicional estatal qualquer, sem embargos dos árbitros não seguirem o regime administrativo aplicável aos juízes de carreira.

A natureza da atuação dos árbitros representa um argumento importante para a Teoria Jurisdicionalista ressaltar que o poder conferido aos árbitros para decidir conflitos não decorre das partes, mas sim da faculdade conferida pelo Estado autorizando que particulares elejam sujeitos para solucionar suas controvérsias. Niboyet resume da seguinte maneira³⁰⁵: “um juiz obtém sua nomeação e autoridade diretamente do soberano”, ao passo que o árbitro também “obtém sua autoridade do soberano, mas sua nomeação é um encargo das partes.” Obviamente, ao passo que se trata o árbitro como sujeito equiparado ao juiz, o árbitro deve observar as limitações da arbitragem consistentes nas normas de ordem pública interna e nas regras cogentes vigentes no ordenamento do Estado sede da arbitragem nas suas decisões.

II. Natureza das sentenças arbitrais

De acordo com a Teoria Jurisdicionalista, as sentenças arbitrais devem ser tratadas como se sentenças proferidas por juízes togados fossem, sobretudo quanto aos seus efeitos e natureza. Assim, no caso de falta de cumprimento espontâneo pela parte sucumbente, a sentença arbitral pode ser apresentada ao juiz de direito competente pelo reconhecimento e efetivação de sentenças

³⁰⁴ BRAGHETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 243-264.

³⁰⁵ NIBOYET, J.P. **Traité de Droit International Privé Français**. Paris: Recueil Sirey, 1950, p. 137.

análogas, a fim de realizar atos expropriatórios correspondentes, independentemente de qualquer análise porventura cabível sobre a cláusula de convenção de arbitragem³⁰⁶.

III. Escolha do Direito Aplicável

A escolha do Direito Aplicável é consectária da ideia de arbitragem, de modo que a liberdade de escolha das partes é inegável, sobretudo no que se refere à arbitragem internacional. Todavia, no caso das partes não estabelecerem de maneira expressa a lei aplicável, os árbitros devem seguir, consoante a Teoria Jurisdicionalista, a lei determinada pelo conjunto de regras de Direito Internacional Privado vigentes no Estado sede da arbitragem.

IV. Comentários Gerais sobre a Teoria Jurisdicional: a necessária territorialidade da arbitragem

Talvez o autor mais citado quando se comente a Teoria Jurisdicionalista seja Francis A. Mann, sobretudo quando o advogado londrino e Membro do Instituto de Direito Internacional afirma que:

“Ninguém jamais ou em nenhum lugar poderia apontar uma regra ou um princípio pelo qual se permitiria indivíduos agirem em desacordo com um sistema de normas interno; até mesmo a ideia de uma autonomia das partes decorre de um sistema jurídico interno, tendo a autonomia inclusive diferentes características e efeitos. Do mesmo modo, qualquer arbitragem deve se sujeitar ao Direito de um determinado Estado. Nenhuma pessoa privada tem o direito ou o poder de agir em qualquer nível diferente do direito interno. Todo direito ou poder de uma pessoa privada é conferido ou decorre de um sistema de direito interno, que convenientemente e de acordo com a tradição tem sido chamada de *lex fori*, embora seja mais exato referir-se à *lex arbitri* ou em francês *la loi de l'arbitrage*.³⁰⁷”

³⁰⁶ A Lei brasileira sobre arbitragem, Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (doravante “Lei de Arbitragem”), estipula que: “Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.”

³⁰⁷ MANN, Francis A. *Lex facit arbitrum*. In: SANDERS, Pieter. **International Arbitration: liber amicorum for Martin Domke**. Haia: Nijhoff, 1968, 245. No one has ever or anywhere been able to point to any provision or legal principle which permit individuals to act outside the confines of a system of municipal law; even the idea of the autonomy of the parties exists only by virtue of a given system of municipal law and in different systems may have different characteristics and effects. Similarly, every arbitration is necessarily subject to the law of a given State. No private

Da mesma forma que, apesar de sua denominação notoriamente equivocada, todo sistema de direito internacional privado é um sistema de direito nacional, toda arbitragem é uma arbitragem nacional, ou seja, sujeita-se a um sistema específico de direito nacional³⁰⁸.

A *lex arbitri* não pode ser o direito de qualquer outro país a não ser o da sede da arbitragem. De nenhum ato das partes pode derivar qualquer efeito jurídico, salvo quando a consequência esteja prevista em um determinado sistema jurídico. Por isso, é inevitável apurar esse sistema antes que o ato das partes tenha seus efeitos verificados. Quando afirmamos no Direito Internacional Privado: 'contratos são regidos pela lei determinada pelas partes', nós o fazemos, e podemos fazer, apenas em consequência do fato de que uma regra é parte do direito de um sistema jurídico específico³⁰⁹.

Pode-se resumir, desta forma, que pela Teoria Jurisdicionalista nenhuma arbitragem seria internacional, uma vez que toda arbitragem, mesmo aquela que envolva sujeitos e bens contendo elementos internacionais, seria albergada por algum sistema jurídico nacional.

Interessante observar que uma primeira leitura do art. 18 da Lei de Arbitragem pode permitir que se determine que a Teoria Jurisdicionalista foi adotada pelo nosso legislador, quando afirma que: "O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário."

Vejamos adiante, a Teoria Contratualista que percebe um papel dos árbitros diametralmente oposto.

person has the right or the power to act on any level other than that of municipal law. Every right or power a private person enjoys is inexorably conferred by or derives from a system of municipal law which may conveniently and in accordance with tradition be called the *lex fori*, though it would be more exact to speak of the *lex arbitri* or in French *la loi de l'arbitrage*.

³⁰⁸ MANN, Francis A. *Lex facit arbitrum*. In: SANDERS, Pieter. **International Arbitration: *liber amicorum* for Martin Domke**. Haia: Nijhoff, 1968, 159. "Just as, notwithstanding its notoriously misleading name, every system of private international law is a system of national law, every arbitration is a national arbitration, that is to say, subject to a specific system of national law."

³⁰⁹ MANN, Francis A. *Lex facit arbitrum*. In: SANDERS, Pieter. **International Arbitration: *liber amicorum* for Martin Domke**. Haia: Nijhoff, 1968, 161. "The *lex arbitri* cannot be the law of any country other than that of the arbitration tribunal's seat. No act of the parties can have any legal effect except as the result of the sanction given to it by a legal system. Hence, it is unavoidable to ascertain such system before the act of the parties can be upheld. When we say in the conflict of laws: 'contracts are governed by the law chosen by the parties,' we do so, and can do so, only by reason of the fact that the rule is part of the law of a specific legal system."

4.1.2.b) Teoria Contratualista

Para a segunda teoria aqui estudada, a arbitragem não se liga de modo algum à jurisdição, uma vez que sua realização decorre unicamente da vontade das partes ao prever uma solução de controvérsias privada, negociada e por elas regulamentada. Desse modo, basta um acordo válido entre as partes (*pacta sunt servanda*) para a formação de uma arbitragem, independentemente de autorização estatal para tanto³¹⁰.

A arbitragem é analisada aqui unicamente pelo prisma contratual da sua formação, sendo voluntariamente instituída pelas partes, servindo a *lex fori* unicamente quanto às exceções de arbitrabilidade e de ordem pública, devendo causar um impacto reduzido sobre as arbitragens em geral.

Desse modo, uma arbitragem seria composta por ao menos dois contratos. Um contrato entre as partes quando submetem o litígio, potencial ou existente, à arbitragem³¹¹, e outro entre as partes e o respectivo árbitro quando da instituição do procedimento arbitral.

I - Status dos árbitros

Partindo da ideia de que dois contratos podem ser encontrados num procedimento arbitral, importa-nos por ora o segundo. Como o contrato celebrado entre partes e árbitros pode ser caracterizado? Parte da doutrina (de fato, a mais antiga) caracteriza o árbitro como mandatário da parte que o nomeou, uma vez que para os contratualistas, não se pode falar em investidura dos árbitros, mas sim de sua livre nomeação pelas partes.

³¹⁰ KITAGAWA, T. Contractual Autonomy. In: SANDERS, Pieter. **International Arbitration: liber amicorum for Martin Domke**. Haia: Nijhoff, 1968, p. 138.

³¹¹ Conforme CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 183. “Parece reinar certo consenso entre os autores modernos – processualistas e civilistas – no sentido de definir o compromisso arbitral como um ‘contrato de direito privado estipulado com o fim de produzir entre as partes efeitos processuais, obrigando-as a subtrair à competência da autoridade judiciária ordinária o conhecimento da controvérsia considerada no compromisso, passando tal competência à esfera do juízo arbitral’. O referido consenso, entretanto, limita-se à generalidade, pois quanto à natureza jurídica do compromisso as teses são as mais contrastantes.”

Ocorre que, dentre os próprios contratualistas, a caracterização da relação entre as partes e os árbitros como um contrato de mandato gera uma série de controvérsias, tais como: a) os procuradores não devem agir de forma independente e imparcial como os árbitros; b) os árbitros são financeiramente independentes das partes que os apontam; c) os árbitros não agem de acordo com os poderes que as partes originalmente possuem (ouvir testemunhas, proferir ordens etc.); e d) a imunidade dos árbitros não decorre do mandato eventualmente conferido pela parte.

Embora os demais pontos gerem controvérsias relevantes, mesmo para os contratualistas mais contemporâneos, a questão relacionada ao regime de imunidade incidente sobre os árbitros é bastante ardilosa. Sabe-se que aos árbitros deve ser assegurada sua independência e imparcialidade mediante a atribuição de certo grau de imunidade quanto aos atos decisórios praticados. Neste ponto, a teoria contratualista não atende ao estado atual da prática arbitral, uma vez que tal imunidade é tipicamente conferida pelo sistema jurídico nacional de cada país, e não em virtude de uma disposição contratual neste sentido. Para tanto, veja-se a interessante passagem de Manuel Pereira Barrocas³¹²:

“A imunidade do árbitro tem limites?

A resposta a esta questão varia de sistema jurídico para sistema jurídico e, dentro de cada sistema, de país para país, enquanto aquilatada à imunidade do juiz estadual.

No sistema do *common law* e na generalidade dos países que a adoptam, a imunidade do árbitro tem sido historicamente vista quase sem limites. O árbitro é, pois, amplamente equiparado ao juiz neste domínio.

Pelo contrário, no sistema de direito civil, a imunidade deve ser analisada segundo diferentes prismas. Em países como a Holanda, a Suíça e a Alemanha, a imunidade do árbitro aproxima-se significativamente da do juiz, mas com algumas diferenças.

Porém, noutros países, como a França, Portugal, Itália, Espanha, Suécia e Bélgica, o árbitro é imune quanto aos actos praticados no exercício do poder jurisdicional, mas tem obrigações contratuais a cumprir, resultantes do contrato de árbitro que examinaremos no capítulo seguinte, que o podem fazer incorrer, no caso de não serem cumpridas, em responsabilidade civil contratual.”

³¹² BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 315.

II - Natureza das sentenças arbitrais

Tendo em conta a caracterização da arbitragem como resultado dos efeitos de contratos livremente celebrados pelas Partes, a sentença, segundo esta teoria, deve ser caracterizada como o resultado de uma relação contratual. Sobretudo, quando verificada a dissociação entre a sentença arbitral da jurisdição de qualquer Estado envolvido no litígio, a sentença não deve ser encarada como nada mais do que um contrato, gerando efeitos para as partes que a contrataram independentemente do local onde se encontrem³¹³.

III - Escolha da Lei Aplicável

Conforme já ressaltado acima, a Teoria Contratual alberga uma ampla liberdade para as Partes ao tratar a arbitragem como um instituto meramente contratual. Neste caso, as Partes podem eleger a lei aplicável que julgarem mais conveniente para o funcionamento da arbitragem, ficando o Tribunal Arbitral limitado ao exato termo do contrato celebrado, sendo-lhes possível somente julgar de acordo com a lei aplicável escolhida pelas Partes.

Uma importante distinção da Teoria Contratual quando comparada à Teoria Jurisdicional encontra-se no fato das Partes terem grande autonomia para a escolha do direito aplicável. Neste caso, as Partes podem, inclusive, eleger leis e princípios anacionais, o que dá ensejo à tese adiante desenvolvida do surgimento de um direito transnacional decorrente da arbitragem internacional. Mesmo no caso de não haver menção expressa neste sentido, os árbitros devem buscar a lei implicitamente indicada pelas Partes, inclusive os referidos princípios anacionais.

IV. Comentários sobre a teoria contratualista: a internacionalidade da arbitragem

Diferentemente do que ocorre com a Teoria Jurisdicionalista, a Teoria Contratualista admite a internacionalidade das arbitragens. A internacionalidade

³¹³ YU, Hong-lin. A Theoretical Overview of the Foundations of International Commercial Arbitration. In: Contemporary Asia Arbitration Journal. Vol. 1. Taipei: National Taiwan University, 2008, p. 271-273.

da arbitragem decorre da própria contratação, observada a necessidade da relação envolver ao menos algum elemento estrangeiro de certa relevância.

Como ressalta Luiz Olavo Baptista, a verificação da internacionalidade dos contratos internacionais, pode ocorrer em pelo menos 3 âmbitos³¹⁴. Para a Teoria Econômica um contrato é internacional quando abrange um duplo movimento de mercadorias, capitais ou serviços para o exterior, caracterizando-se por um fluxo e refluxo de bens, capitais e serviços através das fronteiras. Já para a Teoria Jurídica, “o que caracteriza a internacionalidade de um contrato é a presença de um elemento que o ligue a dois ou mais ordenamentos jurídicos”³¹⁵. Por fim, a Teoria Eclética encontra respaldo nas seguintes definições de Irineu Strenger e Luiz Olavo Baptista, respectivamente:

“todas as manifestações bi ou plurilaterais da vontade livre das partes, objetivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar da execução, ou qualquer circunstância que exprima um liame indicativo de Direito aplicável.”; e,

“Internacional é o contrato que, contendo elementos que permitam vinculá-lo a mais de um sistema jurídico, tem por objeto operação que implica o duplo fluxo de bens pela fronteira, ou que decorre diretamente de contrato dessa natureza”³¹⁶.

A despeito do posicionamento doutrinário, a prática arbitral normalmente se vale de definições amplas da internacionalidade da arbitragem. Segundo a Câmara de Comércio Internacional (CCI), a visão da internacionalidade do contrato da arbitragem independe da nacionalidade das partes, mas sim dos efeitos dele decorrentes:

“the international nature of the arbitration does not mean that the parties must be of different nationalities. By virtue of its object the contract can nevertheless extend beyond national borders, when

³¹⁴ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais**. São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 21.

³¹⁵ ARAUJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 364.

³¹⁶ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais**. São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 21. (STRENGER, Irineu. *Contratos do Comércio Internacional*. São Paulo: RT, 1986, p. 65, citado por Luiz Olavo Baptista na mesma página).

for example a contract is concluded between two nationals of the same State for performance in another country, or when it is concluded between a State and a subsidiary of a foreign company doing business in that State.”³¹⁷

Outro importante subsídio para verificarmos a característica internacional das arbitragens está na Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da UNCITRAL, com o seguinte texto³¹⁸:

“Article 1. Scope of application (...) (3) An arbitration is international if: (a) the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different States; or (b) one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business: (i) the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement; (ii) any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected; or (c) the parties have expressly agreed that the subject-matter of the arbitration agreement relates to more than one country. (4) For the purposes of paragraph (3) of this article: (a) if a party has more than one place of business, the place of business is that which has the closest relationship to the

³¹⁷ Trecho da publicação da International Chamber of Commerce (ICC) “The International Solution to International Disputes” nº 301, de 1977, p. 19 citada por FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, *op. cit.* p. 16. “A natureza internacional da arbitragem não significa que as partes tenham que ser de nacionalidades diferentes. Em virtude de seu objeto, o contrato pode, contudo, ter efeitos além das fronteiras nacionais, quando, por exemplo, um contrato é concluído entre dois nacionais do mesmo Estado, para execução em outro país ou quando ele é celebrado entre um Estado e uma subsidiária de uma empresa estrangeira que conduza negócios naquele Estado.” (tradução dos autores)

³¹⁸ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. United Nations document A/40/17, annex I, adotada pela United Nations Commission on International Trade Law on 21 June 1985). A Lei Modelo da UNCITRAL não é um documento vinculante para nenhum país, entretanto sua influência é inegável, tendo servido como base para as leis nacionais sobre arbitragem de mais de 60 países, além de leis de 7 Estados norte-americanos. *Texto oficial em português*:

1 – A presente Lei aplica-se à arbitragem comercial internacional (...)

3 – Uma arbitragem é internacional se:

a) As partes num acordo de arbitragem tiverem, no momento da sua conclusão, as suas sedes comerciais em diferentes Estados; ou

b) Um dos locais a seguir referidos estiver situado fora do Estado no qual as partes têm a sua sede;

(i) O local da arbitragem, se estiver fixado no acordo ou for determinável de acordo com este;

(ii) Qualquer local onde deva ser executada uma parte substancial das obrigações resultantes da relação comercial ou o local com o qual o objecto do litígio tenha maior ligação; ou

c) As partes tiverem convencionado expressamente que o objecto do acordo de arbitragem envolve mais do que um país.

4 – Para os fins do parágrafo 3.º do presente artigo:

(a) Se uma das partes tiver mais do que uma sede, deve ser considerada a que tiver uma relação mais próxima com o acordo de arbitragem;

(b) Se uma das partes não tiver sede, releva para este efeito a sua residência habitual.

arbitration agreement; (b) if a party does not have a place of business, reference is to be made to his habitual residence.”

Como se nota, a Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da UNCITRAL adota uma definição bastante ampla e permissiva quanto à natureza da internacionalidade da arbitragem, determinando que uma arbitragem pode ser internacional diante do mero interesse das partes, ainda que nacionais do mesmo país em que o contrato e seus efeitos foram previstos. Para tanto, basta que elejam a sede da arbitragem em Estado estrangeiro.

Vale ressaltar que ao comentarem a ampla definição de internacionalidade conferida pela Lei Modelo, alguns estudiosos ressaltam o risco de que apesar de ser constituída como uma arbitragem internacional, a arbitragem ainda deverá ser considerada internacional pela lei nacional em que a sentença arbitral tiver de ser utilizada³¹⁹. Referidos estudiosos serão estudados na Teoria Híbrida.

4.1.2.c) Teoria Híbrida

De fato, pela análise das teorias contratuais e jurisdicionais, fica bastante evidente que uma terceira teoria seria criada buscando conjugar os esforços de ambos os teóricos. A arbitragem internacional reúne aspectos contratuais relevantes (certamente em muito maior grau do que a arbitragem nacional ou interna), mas sua aplicação não se dá dentro de vácuo jurídico na forma proposta pelos contratualistas³²⁰.

Desse modo, a arbitragem internacional pode ser definida como uma forma mista de solução de controvérsias compreendendo aspectos contratuais e jurisdicionais, dado que o Tribunal Arbitral exerce uma função cuja designação não pode ser outra salvo jurisdicional, dado que exerce a composição das partes em termos da pacificação social, ao mesmo tempo em que diferentemente da função jurisdicional típica estatal, são as partes que determinam os termos e quem serão os julgadores do seu próprio litígio. Fica evidente o aspecto contratual da

³¹⁹ Cf. REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Londres: Sweet & Maxwell, 1991, p. 20.

³²⁰ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Londres: Sweet & Maxwell, 1991, p. 71.

arbitragem internacional, ao seu turno, quando se pensa que as próprias partes pagam as custas dos árbitros membros do Tribunal Arbitral, bem como eventuais custos referentes à instituição arbitral que administrará o conflito:

“International commercial arbitration is a hybrid. It begins as a private agreement between the parties. It continues by way of private proceedings, in which the wishes of the parties are of great importance. Yet it ends with an award which has binding legal force and effect and which, on appropriate conditions being met, the courts of most countries of the world will be prepared to recognize and enforce. The private process has a public effect, implemented by the support of the public authorities of each state expressed through its national law.”³²¹

A Teoria merece grande acolhida pela doutrina brasileira e internacional, como ressalta Adriana Braghetta quando afirma “(...) partilho da opinião de que a natureza é híbrida, mista ou *sui generis*: a arbitragem é contratual em sua base e jurisdicional em sua função, (...)”³²².

I - Status dos árbitros

Em termos gerais, a teoria híbrida segue a teoria contratualista no que se refere ao status dos árbitros, sendo seus poderes decorrentes da relação contratual mantida entre as partes que os escolhe e os nomeia. Todavia, vale ressaltar que

³²¹ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. Law and Practice of International Commercial Arbitration. Londres: Sweet & Maxwell, 1991, p. 8. Tradução livre: A arbitragem comercial internacional é um híbrido. Começa como um contrato privado entre as partes. Continua por meio de procedimentos privados, nos quais os desejos das partes são de grande importância. Entretanto, termina com uma decisão que tem força e efeitos legais vinculantes e que, atendidas as condições apropriadas, os tribunais da maioria dos países do mundo estarão preparados a reconhecer e executar. O processo privado tem um efeito público, implementado pelo apoio das autoridades públicas de cada estado, expresso pelas suas leis nacionais.

³²² Em sua obra, a autora faz menção a uma série de autores que considera seguirem a Teoria Híbrida: “MOTULSKY, Henri. Études et notes sur L’arbitrage. Paris: Dalloz, 1974, p. 18; FOUCHARD, Philippe. L’Arbitrage Commercial International. Paris: Dalloz, 1965; CRAIG, W. Laurence. Uses and abuses of appeal from awards. Arbitration International, vol. 4, nº 3, 1988, p. 180; LEMES, Selma. Arbitragem na Administração Pública. Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 60-61” *apud* BRAGHETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 6-7. Entre autores nacionais, Clávio de Melo Valença Fº também é da opinião de que a arbitragem tem caráter híbrido: “Contratual em seus fundamentos, pois os poderes do árbitro derivam, antes de tudo, de uma convenção de direito privado, a arbitragem é igualmente jurisdicional em seus resultados, pois a sentença prolatada pelo árbitro decide efetivamente um litígio e se equipara a sentença judicial.” (VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Aspectos de Direito Internacional Privado na Arbitragem, *in* VALENÇA FILHO, Clávio de Melo e LEE, João Bosco. Estudos de Arbitragem, p. 270).

diferentemente da teoria contratualista, para aqueles que seguem a teoria híbrida o poder conferido aos árbitros é condicionado às normas de ordem pública vigentes na *lex fori*, fazendo com que o árbitro tenha de seguir, por exemplo, critérios de imparcialidade e independência, como ocorre no Brasil³²³.

Desse modo, para a Teoria Híbrida, assim como na Teoria Contratualista, as Partes têm grande liberdade ao eleger a sede da arbitragem. Entretanto, para a Teoria Híbrida, as Partes devem escolher a sede levando em conta as considerações de validade e eficácia das decisões proferidas em determinada sede e seu respectivo arcabouço legislativo aplicável à arbitragem internacional³²⁴.

II - Natureza das sentenças arbitrais

As sentenças arbitrais, diferentemente do que preceituam as teorias contratualistas e as teorias jurisdicionais, devem ser consideradas como um misto entre contrato e sentença, isso porque a sentença é proferida segundo uma estipulação contratual mantida entre as partes, porém devem seguir condições e requisitos gerais estabelecidos pela *lex fori*.

III - Escolha da Lei aplicável

No que se refere à escolha da Lei aplicável, a teoria híbrida permite tal como a teoria contratualista a possibilidade da escolha pelas partes, ao mesmo tempo em que seguindo a teoria jurisdicional, são reconhecidos os poderes de supervisão das cortes nacionais da sede da arbitragem e de onde se fará a execução. Por fim, na ausência de disposição expressa, aplica-se a *lex fori* e a lei material de acordo com o elemento de conexão aplicável. Certamente, a grande questão em

³²³ Art. 13, § 6º da Lei de Arbitragem.

³²⁴ Por referida razão, tem-se feito um intenso esforço por parte das autoridades e dos arbitralistas de determinados locais em divulgarem suas praças de arbitragem, considerando a série de benefícios econômicos, políticos e sociais para os países que as recebem. Sobre isso, veja-se WALD, Arnoldo; VIEIRA, Maira de Melo; BORJA, Ana Gerdau de. Brazil as 'belle of the ball': the Brazilian courts' pro-arbitration stance (2011-2012). Cahiers de l'arbitrage. **The Paris Journal of International Arbitration**. Vol. 2, 2013, p. 381-396.

torno da teoria híbrida está exatamente na extensão desta possibilidade às partes, afinal poderiam as partes indefinidamente escolher a lei aplicável?

Segundo João Bosco Lee, a falta de distinção entre arbitragem interna e internacional na Lei de Arbitragem brasileira traz, em consonância com o artigo 2º da Lei de Arbitragem³²⁵, uma interpretação de que, em todos os casos, as partes poderiam livremente escolher a legislação aplicável ao mérito da questão, desde que não fira a ordem pública e os bons costumes, autorizando até mesmo, a escolha de princípios gerais de direito, usos e costumes e as regras internacionais de comércio (como por exemplo, a *lex mercatoria*). Esta ampla liberdade de escolha, tanto nas arbitragens internas como nas internacionais, na opinião de João Bosco Lee, é injustificável. Em caso de arbitragem interna, segundo ele, impõe-se o uso do direito interno, pelas seguintes razões³²⁶:

“Todavia, poderia se pretender que a escolha de uma lei estrangeira pelas partes teria o efeito de internacionalizar a arbitragem. No entanto, no caso da lei brasileira, considerar que a escolha de uma lei estrangeira pelas partes constitui um critério de internacionalidade seria confundir a qualificação com a norma. Na realidade, a possibilidade da escolha de uma lei estrangeira está condicionada à internacionalidade da situação, e não pode ser considerada como fator de internacionalização do contrato. Assim ensina Bruno Oppetit: ‘não é a submissão a uma lei estrangeira que confere o caráter internacional ao contrato; é exatamente o contrário, o caráter internacional de um contrato que justifica a aplicação da lei da autonomia; dentro de uma ordem lógica, é a internacionalidade de um contrato que comanda o direito de escolher a lei que o governará e não o inverso.’ Ademais, a escolha pelas partes de um direito estrangeiro em presença de uma arbitragem interna poderia configurar um caso de fraude à lei.”

Sem embargos da referida controvérsia, no que se refere à arbitragem internacional, cumpre dizer que a teoria híbrida tende a perceber a necessidade

³²⁵ “**Art. 2º** A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. **§ 1º** Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. **§ 2º** Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.”

³²⁶ LEE, João Bosco. A Lei 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; REIS, Murilo Gouvêa dos. **Direito Comercial Internacional: Arbitragem**. Florianópolis: OAB/SC, 2002, p. 51.

de algum elemento de contato entre a lei aplicável e o caso julgado, sendo controversa a ideia da eleição de uma legislação nacional sem nenhuma ligação com o caso.

4.1.2.d) Teoria Autonomista

Dentro da Teoria Autonomista, a arbitragem internacional é o terreno ideal onde floresce o direito à autonomia privada, resguardada inclusive na noção de dignidade da pessoa humana, dado que a todo indivíduo é cabível sua autodeterminação e sua responsabilização em termos dos negócios jurídicos que celebra³²⁷.

Partindo dessa premissa, os autonomistas ressaltam que a cláusula de arbitragem internacional é válida independentemente de lei³²⁸, uma vez que formam um ramo jurídico com bases autônomas com relação às jurisdições internas dos países. Deste ponto de vista, as partes teriam uma liberdade de contratação da arbitragem cuja fronteira estaria na ordem pública internacional, criando uma arbitragem anacional independente de uma ordem jurídica estatal.

Ademais, sabe-se que há uma sociedade própria entre os operadores do comércio internacional, os quais criam, cumprem e regulam regras jurídicas advindas da própria atividade exercida dentro desta sociedade, que independem da atuação estatal de qualquer país específico, gerando não um vínculo de natureza político, mas um vínculo com característica eminentemente profissional ou corporativa³²⁹. Com isso, verifica-se uma forte tendência à harmonização das práticas comerciais, normalmente incentivada pelas instituições das quais os operadores desta sociedade de mercadores fazem parte, como se pode observar

³²⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 102-121.

³²⁸ José Carlos de Magalhães e Luiz Olavo Baptista ressaltam o entendimento referindo-se diretamente ao princípio da boa fé (MAGALHÃES, José Carlos; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Comercial**. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1986, p. 67 *apud* BRAGHETTA, op. cit. p. 3.)

³²⁹ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Fundamentos da arbitragem do comércio internacional**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 70.

na ICC ao estipular uma série de termos do comércio internacional (*Incoterms*) com aplicação quase padrão nas relações econômicas atuais.

Rubellin-Devichi, talvez uma das precursoras da Teoria Autonomista, ressaltava já em 1965 que:

“in order to allow arbitration to enjoy the expansion it deserves, while all along keeping it within its appropriate limits, one must accept, I believe, that its nature is neither contractual, nor jurisdictional, nor hybrid, but autonomous.”³³⁰

Entre os autores nacionais, Eduardo Parente declara:

“Esse modelo típico do processo arbitral é decorrente de seu universo interno, produzido por ele mesmo, em função dos princípios que o regem e o informam, contexto totalmente diverso do paradigma estatal. Na medida em que seus instrumentos são produzidos pelo próprio sistema arbitral, ele é autorreferente, e, por isso, autônomo.”³³¹

I. Status dos árbitros

Para os autonomistas não há uma linha que possa identificar a arbitragem internacional como contratual ou jurisdicional exatamente por se tratar de um instituto *sui generis*, ocupando os árbitros um espaço antes desocupado no sistema jurisdicional de pacificação de conflitos. Desse modo, os sujeitos que atuam em arbitragens internacionais deveriam ser tratados como juízes internacionais, surgindo para alguns inclusive uma preocupação em torno do avanço de sua profissionalização, mediante a formação de uma associação de juízes internacionais profissionais³³², a celebração de um código judicial

³³⁰ RUBELLIN-DEVICHI, J. Nature Juridique: Droit Interne et Droit International Privé. In: **Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence**, 1965 *apud* YU, *op. cit.*, p. 278. Tradução livre: A fim de permitir que a arbitragem goze da expansão que merece, enquanto mantendo-a sempre dentro de seus limites apropriados, deve-se aceitar, acredito, que sua natureza não seja nem contratual, nem jurisdicional, nem híbrida, mas autônoma.

³³¹ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Processo Arbitral e Sistema, São Paulo: Atlas, 2012, p. 57.

³³² SHELTON, Dinah. Legal norms to promote the independence and accountability of International Tribunals. In: **The Law and Practice of International Courts and Tribunals**. Vol. 2. Haia: Kluwer Law International, 2003, p. 62.

internacional de ética³³³, além de um órgão técnico internacional que investisse tais juízes acabando com as nomeações políticas atuais³³⁴.

II - Natureza das sentenças arbitrais

Para os autonomistas as sentenças arbitrais são executáveis em qualquer lugar, independentemente inclusive do juízo de delibação perante o órgão jurisdicional interno, com fundamento na teoria da deslocalização, a qual veremos adiante, uma vez que a vontade das partes e a universalidade da arbitragem internacional impediriam a reapreciação por qualquer órgão jurisdicional.

III - Escolha da Lei aplicável: Lex Mercatoria

O principal efeito da adoção da teoria autonomista certamente reside no tocante à lei aplicável. Clamam os autonomistas que a arbitragem internacional e a sua constante utilização têm promovido o aparecimento de uma lei anacional própria da arbitragem internacional, com a formação de costumes e regras jurídicas dos quais derivam o chamado direito transnacional ou Lex Mercatoria.

Deve-se iniciar lembrando que a expressão Lex Mercatoria é polissêmica, admitindo significados distintos. Sabe-se que a expressão nasce com o “sistema de normas e instâncias de solução de controvérsias aplicadas pelos comerciantes antes do predomínio dos direitos estatais contemporâneos, particularmente associado ao comércio marítimo e ao renascimento de fluxos e rotas comerciais no norte da Itália a partir do século XII”³³⁵. Já no século passado, Berthold Goldman de maneira genial se apropria da expressão para denominar de nova Lex Mercatoria o processo de criação de um direito material especial do comércio internacional globalizado caracterizado pela formação de suas regras e solução das suas controvérsias de forma independente do Estado, mas segundo os

³³³ REISMAN, W. Michael. **Nullity and Revision: the review and enforcement of international judgements and awards**. New Haven: Yale University, 1971, p. 116-117

³³⁴ ABI-SAAB, Georges. Presentation: Ensuring the Best Bench – ways of selecting judges. In: PECK, Connie; LEE, Roy S. **Increasing the effectiveness of the International Court of Justice**. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 181

³³⁵ COSTA, José Augusto Fontoura. A autonomia da nova Lex Mercatoria e a estabilização de relações comerciais internacionais. In: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. nº 6. Lisboa: 2013, p. 4783-4784.

interesses de seus próprios agentes, os membros da sociedade de operadores do comércio internacional³³⁶.

Diferentemente do que sua correlata medieval, a nova Lex Mercatoria não vê suas regras jurídicas se formarem espontaneamente. A nova Lex Mercatoria é formada por meio do esforço de diversas entidades intergovernamentais ou mesmo privadas que produzem padrões e normas visando facilitar o comércio internacional, sendo agentes fundamentais para o desenvolvimento deste sistema:

“Essa realidade indica a tendência à harmonização de práticas comerciais, vocacionadas, aliás, à facilitação dos próprios negócios, sob o patrocínio de associações especializadas, como é sempre lembrado o caso da London Corn Trade Association, que possui cerca de sessenta e seis fórmulas uniformemente observadas de contratos CAF para a venda de commodities nos mercados internacionais. Além desse repetido exemplo, outros muitos podem ser arrolados, e entre eles o da própria Comissão Econômica das Nações Unidas para a Europa, que consolidou vários contratos-padrão para a exportação de cereais. A Câmara de Comércio Internacional veio a compilar de maneira uniforme os termos usados nos contratos internacionais (Incoterms – International Commercial Terms – 1980), com a interpretação normativa de seu significado, além do estabelecimento de normas relativas à transferência de riscos, após cuidadosa pesquisa e investigação comparativa no plano mundial, e, bem assim, os Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (revisão de 1974) e, ainda, as Uniform Rules for Collection, de larga utilização pelos Bancos. A própria International Air Transport Association (IATA) estabeleceu, do mesmo modo, contratos-padrão adotados pela generalidade das companhias aéreas dedicadas ao transporte internacional.”³³⁷

Em resumo pode-se dizer que a nova Lex Mercatoria é formada por regras consuetudinárias do comércio internacional, cláusulas gerais, modelos contratuais, os princípios gerais do comércio internacional, além dos precedentes de arbitragens comerciais internacionais, cuja principal característica está exatamente em terem sido reconhecidas pela própria sociedade de operadores de

³³⁶ GOLDMAN, Berthold. *Frontières Du Droit et Lex mercatoria*. In: *Le Droit Subjectif en question*. Archives de Philosophie du Droit, 1964, T. 9, p. 177-192 *apud* BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial e Internacional*. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 73.

³³⁷ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 70-71.

comércio internacional, mediante uma autoridade técnica, e não política, dos seus próprios destinatários.

4.1.3. Uma análise crítica acerca das teorias apresentadas

Independentemente das quatro teorias apresentadas serem as que perfilhamos ou das quais discordamos, nota-se com a apresentação das teorias que a arbitragem internacional é terreno fértil para controvérsias teóricas e, por conseguinte, práticas.

Sua definição é bastante fluida, sem, todavia, perder de vista as características e elementos demonstrados em cada uma das teorias que nos servirão de maneira determinante no nosso esforço da segunda parte deste estudo em empreender uma análise das decisões a serem adotadas pelas partes e por seus advogados ao tomarem parte de uma arbitragem internacional.

De qualquer modo, uma das considerações mais polêmicas em torno da arbitragem internacional, guarda uma relação íntima com a arbitragem internacional sobre investimento. Afinal, há um discurso metodológico independente e imparcial dos árbitros e dos estudiosos do tema?³³⁸.

Sendo a arbitragem um instituto criado para solucionar uma controvérsia entre duas partes com interesses contrários, é impensável para a parte no momento em que nomeia e escolhe seu árbitro que este não julgue a seu favor. Sua pesquisa será obviamente tendente a encontrar algum especialista que pense e, conseqüentemente, julgue de acordo com seus interesses.

Todavia, a despeito da ideia pré-concebida das Partes que o nomeiam, o árbitro deve julgar de forma técnica e imparcial atendendo à função social inerente à pacificação social promovida pela arbitragem³³⁹.

³³⁸ VAN HARTEN, Gus, Fairness and Independence in Investment Arbitration: A Critique of Susan Franck's 'Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration' (December 1, 2011). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1740031>.

³³⁹ Neste sentido, vejam-se os recentes trabalhos de BROWER, Charles N.; ROSENBERG, Charles B. The death of the two-headed nightingale: why the Paulsson-van den Berg presumption that party-appointed arbitrators are untrustworthy is wrongheaded. In: **Arbitration International**. Vol. 29. 2013, p. 7-44; DANNENBAUM, Tom. Nationality and the International Judge: the

Acerca da imparcialidade dos árbitros, e de forma geral sobre todo o sistema arbitral de investimento, uma organização privada internacional preparou um estudo, cujo resultado provoca alguns questionamentos acerca da arbitragem internacional como tem sido conduzida recentemente³⁴⁰.

Inicialmente, aponta-se que 69% das arbitragens realizadas perante o Centro Internacional para a Solução de Disputas sobre Investimento (ICSID)³⁴¹ tiveram árbitros homens, e dos árbitros que ocuparam a função em mais de 10 casos o número sobe para 83%.

O estudo aponta ainda que 55% dos casos relacionados a investimento foram julgados por apenas 15 árbitros, concentração que aumenta para 64% quando analisadas apenas controvérsias envolvendo mais de 100 milhões de dólares, e, 75% quando analisadas controvérsias envolvendo ao menos 4 bilhões de dólares³⁴².

Além da concentração dos casos julgados pelos mesmos árbitros, aponta-se outra falha no sistema das arbitragens internacionais sobre investimento, concernente ao financiamento de litígios por terceiros. Atualmente, um mercado importante tem crescido em torno das arbitragens internacionais, exatamente relacionado ao financiamento das arbitragens. Sabe-se que as arbitragens, sobretudo as internacionais, consistem numa forma de solução de controvérsias bastante dispendiosa, gerando para alguns sujeitos a impossibilidade da propositura de uma reclamação arbitral pela falta de condições financeiras. Com isso, um grupo de instituições financeiras pelo mundo tem financiado o custo para

nationalist presumption governing the international judiciary and why it must be reversed. In: **Cornell International Law Journal**, Vol. 45, 2013, p. 77-184.

³⁴⁰ EBERHARDT, Pia; OLIVET, Cecilia. **Profiting from injustice: how Law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom**. Bruxelas/Amsterdã: Corporate Europe Observatory; Transnational Institute, 2012.

³⁴¹ Vale ressaltar que apesar de algum esforço doutrinário, o ICSID (sigla inglesa) ou CISDI (sigla em português) ainda não recebeu uma nomenclatura definitiva, razão pela qual adotaremos a sigla em inglês, visando evitar confusões. Sobre a instituição arbitral, vide item E do Capítulo IV abaixo.

³⁴² EBERHARDT, Pia; OLIVET, Cecilia. **Profiting from injustice: how Law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom**. Bruxelas/Amsterdã: Corporate Europe Observatory; Transnational Institute, 2012, p. 38.

acesso a uma corte arbitral mediante a contraprestação variando entre 20% e 50% da sentença³⁴³.

A grande questão em torno do financiamento de arbitragens reside exatamente na imparcialidade e independência dos árbitros, uma vez que diante do serviço temporário e dependente de novas nomeações exercido pelos árbitros poderia se conferir um ganho eficiente em novas nomeações quando os árbitros julgarem de acordo com os interesses das instituições financiadoras de arbitragens, tendo em conta que tais instituições provavelmente seriam patrocinadoras em um grande número de casos e provavelmente nos mais rentáveis.

Independentemente da possibilidade do Tribunal Arbitral realizar julgamentos contraditórios ou mesmo opostos ao esperado por determinado grupo social, sabe-se que a arbitragem é um meio de solução de controvérsias passível de críticas, assim como ocorre com o sistema jurisdicional nacional tradicional. É notório que os árbitros, assim como qualquer outro centro de decisões o faz, julga em razão de um conjunto de fatores que contribuiu com sua formação evidenciando uma forte influência pela qual todos os seres humanos passam, sejam eles juízes, árbitros, advogados ou diretores de multinacionais³⁴⁴.

Desse ponto de vista, Richard Posner se vale da sua visão fortemente amparada na análise econômica do direito para amparar a teoria estratégica da decisão, pela qual o árbitro busca atender uma ótima avaliação do meio, basicamente os destinatários das suas decisões, tal como colegas árbitros, autoridades públicas, as empresas etc.

Não se pode negar, dito isto, que o árbitro terá preferências pessoais que influirão no julgamento, porém se tais preferências forem mantidas no campo subjetivo, torna impossível e inclusive não desejável seu afastamento do caso. Por outro

³⁴³ EBERHARDT, Pia; OLIVET, Cecilia. **Profiting from injustice: how Law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom**. Bruxelas/Amsterdã: Corporate Europe Observatory; Transnational Institute, 2012, p. 56-63.

³⁴⁴ Sobre o mito da neutralidade, veja-se a distinção entre imparcialidade e impartialidade defendida por CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e Impartialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, nº 149, p. 341.

lado, os árbitros não podem perder de vista o objetivo da arbitragem consistente na devida, técnica, rápida e justa composição dos litígios que lhes são apresentados, não buscando tomar decisões que sejam simpáticas para as partes ou mesmo para terceiros interessados na decisão.

Como um último argumento crítico ao modelo das arbitragens de investimento e sua imparcialidade, encontra-se na ampla atuação acadêmica no tema. De fato, percebe-se uma concentração de estudos relacionados ao Direito do Investimento e a arbitragem internacional, pois inegavelmente é o tema que concentra a maior renda no Direito atualmente.

Sabe-se que em 2009/2011, 151 arbitragens internacionais sobre investimento envolviam ao menos 100 milhões de dólares cada; em média, uma arbitragem de investimento custa 8 milhões de dólares, com algumas excedendo a casa dos 30 milhões, de modo que a arbitragem é lucrativa para os escritórios de advocacia, com uma média de mil dólares a hora do advogado, bem como para os árbitros que podem chegar a ganhar um milhão de dólares em uma única sentença arbitral³⁴⁵.

Em razão do tipo de atuação garantida aos expoentes deste ramo, nota-se diferentemente de outros ramos do Direito Internacional, uma presença constante de advogados nas principais revistas sobre investimento estrangeiro no mundo. Um exemplo é que das três primeiras edições do Yearbook on International Investment Law and Policy em um total de 50 artigos, 23 foram escritos por advogados, árbitros e assistentes de árbitros³⁴⁶.

Importa-nos ressaltar que o sistema não está em cheque, mas, como se tem dito nesta tese, não há uma preocupação metodológico com a principal questão do ramo estudado, ou seja, a relação do estrangeiro que investe em país estrangeiro. Por isso a presente tese tem demonstrado a necessidade de uma reaproximação

³⁴⁵ Todos os dados foram levantados no estudo de EBERHARDT, Pia; OLIVET, Cecilia. **Profiting from injustice: how Law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom.** Bruxelas/Amsterdã: Corporate Europe Observatory; Transnational Institute, 2012, p. 7.

³⁴⁶ EBERHARDT, Pia; OLIVET, Cecilia. **Profiting from injustice: how Law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom.** Bruxelas/Amsterdã: Corporate Europe Observatory; Transnational Institute, 2012, p. 65.

do marco regulatório do Direito do Investimento privilegiando o desenvolvimento desta relação entre Estados receptores que devem receber o máximo de investimentos possíveis com a possibilidade de investidores estrangeiros ganharem espaço no mercado, passando a atuar internacionalmente, não deixando os investimentos apenas para as empresas tradicionalmente transnacionais que já tem capital financeiro e tecnológico para fazerem isso e ocuparem cada vez mais o papel de protagonistas nas relações internacionais econômicas.

4.2. DIREITO INTERNACIONAL DO INVESTIMENTO E O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO DA COOPERAÇÃO

4.2.1. Direito enquanto indutor de políticas públicas de atração de investimento

Em 1993 o prêmio Nobel de Economia foi entregue ao Professor Douglass Cecil North, cuja contribuição mais expressiva para o presente trabalho talvez seja a definição de instituições. De fato, as instituições, na forma preconizada pelo autor, contribui decisivamente na interrelação entre economia e as ciências humanas, e sobretudo, para as ciências sociais aplicadas.

Para Douglass North, as instituições são coações humanamente concebidas a fim de estruturar as interações políticas, econômicas e sociais, tanto através de regras formais (leis ou constituições, por exemplo) quanto por meio de regras informais (tabus ou tradições, por exemplo)³⁴⁷.

Percebe-se, desde logo que as instituições são fundamentais para explicar a íntima relação entre investimentos e o Direito, sobretudo tendo em conta que os fluxos de investimentos são influenciados por alguns fatores, como por exemplo, o

³⁴⁷ NORTH, Douglas C. Institutions. Journal of Economic Perspectives. Vol. 5, nº 1, Pittsburg: AEA, 1991, p. 97.

ambiente político internacional³⁴⁸. Apesar da falta de clareza em torno da expressão ambiente político internacional, é impensável um ambiente político estável sem um sistema jurídico ágil e previsível³⁴⁹.

De fato, para Max Weber, em apertadíssima síntese, três condições são necessárias para o Direito ser considerado previsível: a) o texto da lei deve gerar por si só certa previsibilidade; b) a gestão e a aplicação do texto da lei não pode ser arbitrária; e, c) os contratos devem ser cumpridos³⁵⁰.

Assim, um bom ambiente regulatório promove o ingresso de investimento estrangeiro na medida em que protegidos os direitos de propriedade são reduzidos os custos de transação decorrentes das transações realizadas.

São custos que inevitavelmente serão assumidos pelos investidores aqueles decorrentes do ingresso do investimento no Estado receptor, bem como aqueles relacionados a suas operações após o estabelecimento do investimento no estrangeiro.

Um exemplo dessa necessária análise do marco regulatório no momento do investimento é por exemplo o caso da tributação. É impensável que uma empresa realize uma operação internacional, sem antes analisar a tributação local incidente, eventual tributação repatriação dos lucros, ou algum tipo de restrição ordem internacional, que vise resguardar o comércio entre os países.

Deste modo, para caracterizar a aplicação do Direito do Investimento será necessária uma análise quanto à relação entre Direito Internacional e Direito interno.

³⁴⁸ INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION – IFC. Foreign Direct Investment: lessons of experience. Nº 5. Washington: World Bank, p.20.

³⁴⁹ WEBER, Max. Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology, Volume 1. Los Angeles: University of California, 1978, p. 337.

³⁵⁰ SWEDBERG, Richard. Max Weber's contribution to the Economic Sociology of Law. Paper nº 31. CSES Working Paper Series, 2006, p. 12.

4.2.2. Direito do Investimento: relação entre Direito Internacional e Direito interno

Definir se o Direito Internacional do Investimento pode ser chamado de Direito internacional, é relevante para definir com qual modalidade de ordenamento pode ser trabalhado quando suas regras são analisadas.

SCHREUER prefere dizer que o Direito Internacional do Investimento está no limite entre o direito internacional e o direito nacional, uma vez que se vale das fontes de ambos³⁵¹.

No que se refere aos **sujeitos do Direito**, o Direito Internacional do Investimento regula as obrigações entre investidores estrangeiros, ou seja, pessoas jurídicas ou até mesmo físicas e Estados receptores. Há ainda uma série de normas produzidas por Organizações Internacionais que ora regulam o âmbito regional, ora cuidam de determinado setor da economia, influenciando diretamente as operações transnacionais no setor.

De todo modo, como vimos acima, o Direito Internacional contemporâneo é bastante desenvolvido quando se fala de obrigações e direitos sobre indivíduos, servindo inclusive o Direito do Investimento a avançar um passo na jurisdicionalização das obrigações internacionais, facultando o acesso direto do indivíduo à arbitragem internacional.

A solução de controvérsias no âmbito jurisdicional interno tem sido alvo de discussões, pois se argumenta que normalmente tais Tribunais não se valem das garantias internacionais comuns, mas sim do próprio ordenamento jurídico interno do Estado demandante.

³⁵¹ SCHREUER. Christoph H. The Relevance of Public International Law in International Commercial Arbitration: Investment Disputes. Mimeo.

Já, o instituto da proteção diplomática consiste na proposição de um litígio internacional pelo Estado de origem do investidor internacional, o que exige uma série de esforços na negociação política para que o instituto se efetive.

Veja, no caso, que a substituição dos institutos também contribui para o entendimento de que o Direito Internacional do Investimento tem natureza híbrida, uma vez que o primeiro se trata de instituto do Direito interno, enquanto o segundo se trata de instituto do Direito Internacional Público.

O fundamento para a **jurisdição da arbitragem** de litígios envolvendo o Direito Internacional do Investimento também merece ser analisado. De fato, a jurisdição para uma arbitragem surge como em qualquer modalidade de arbitragem, mediante o expresse consentimento das Partes.

Entretanto, a prática internacional corrente tem adotado outra forma de consentimento como predominante. O consentimento para a arbitragem do ICSID tem sido feita por meio de tratados previamente celebrados, mais especificamente os Tratados Bilaterais de Investimento (TBI), como p.ex. nos casos AMCO vs. Indonésia³⁵², CSOB vs. Eslováquia³⁵³, CMS vs. Argentina³⁵⁴, dentre outros.

Isso enfrenta um dogma importante da arbitragem comercial clássica consistente no consentimento individualizado para cada controvérsia. Não é da natureza do instituto uma aceitação prévia de forma generalizada para várias arbitragens acerca de pontos completamente distintos.

Outro ponto controverso são os **tipos de controvérsias** provindas de TBIs com cláusulas que definem o âmbito de jurisdição “a qualquer matéria decorrente do investimento” coberto pelo acordo. De fato, surgem lides que não versam somente sobre temas do próprio tratado, mas também de contratos estabelecidos em decorrência do Tratado, cujo âmbito jurisdicional clássico é o direito interno.

³⁵² Amco vs. Indonésia. Decisão sobre a Jurisdição de 25 de setembro de 1983.

³⁵³ CSOB vs. Eslováquia. Decisão sobre a Jurisdição de 14 de abril de 1988.

³⁵⁴ CMS vs. Argentina, Decisão sobre a Jurisdição de 17 de Julho de 2003.

No caso de TBIs como os da Argentina-EUA, Argentina-França, Itália-Jordânia, Egito-Reino Unido ficou estabelecido que seriam levadas ao foro eleito, o ICSID, quaisquer “controvérsias relacionadas aos investimentos”. Dada a ampla definição de litígios arbitráveis, tem sido entendido que não apenas as questões decorrentes de matérias substanciais dos TBIs podem ser levadas ao Centro, mas também outras que envolvam contratos decorrentes do investimento³⁵⁵.

No caso LANCO vs. Argentina, a empresa norte-americana valendo-se da jurisdição oferecida levou o ponto para julgamento perante o ICSID. De acordo com o contrato de concessão estabelecido pelo governo argentino e a empresa concessionária, ficou celebrado que o foro competente para as questões decorrentes do acerto seria o Tribunal Federal Contencioso-Administrativo de Buenos Aires.

Ocorrida a demanda pela empresa, a mesma preferiu levar sua pretensão ao conhecimento do Centro. Lá ficou decidido que a cláusula de eleição de foro é perfeitamente válida, sem prejuízo, no entanto, da cláusula do TBI que também considera válida a alternativa pelo litígio internacional perante o próprio Centro. O Tribunal afirmou:

“§40 No nosso caso, as Partes deram seu consentimento em favor da jurisdição da arbitragem pelo ICSID, consentimento que é válido, incorrendo numa presunção favorável à arbitragem do ICSID, sem a necessidade da exaustão dos remédios locais. Com efeito, uma vez estabelecido o válido consentimento para a jurisdição do ICSID, qualquer outro foro convocado para decidir a questão deve declinar da sua competência. O consentimento do investidor feito de forma escrita em 17 de Setembro de 1997 e a requisição para arbitragem de 1º de outubro de 1997, e o consentimento do Estado estabelecido diretamente pelo Tratado Argentina-EUA, que concede ao investidor a escolha do foro para decisão das controvérsias, indica que não há estipulação contrária ao consentimento das partes... Com efeito, a oferta feita pela República da Argentina a investidores abrangidos pelo Tratado Argentina-EUA não pode ser restringida pela submissão da Argentina a suas cortes domésticas, às quais remete o Contrato de Concessão.” (Compañia de Águas del Aconquija, S.A. &

³⁵⁵ SCHREUER, Christoph H. Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims - the Vivendi I Case Considered. In WEILER T., International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law. 2005., p. 289.

Compagnie Générale des Eaux v. República da Argentina (Vivendi). Decisão sobre a Jurisdição de 8 de dezembro de 1998. para. 40)

Com as chamadas cláusulas guarda-chuva (*umbrella clauses*) uma controvérsia importante surgiu uma vez que matérias de direito contratual de jurisdição imediata dos órgãos jurisdicionais internos podem ser levadas diretamente à Tribunais arbitrais internacionais, em decorrência da permissão expressa dos tratados subjacentes.

Nada impede, ademais, que questões distintas sejam levadas concomitantemente aos Tribunais arbitrais internacionais com matérias de tratados e matérias contratuais:

“Um Estado pode descumprir um tratado sem descumprir um contrato, e vice versa, (...), se houve o descumprimento do TBI e se houve o descumprimento de um contrato são diferentes questões” (Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux v. República da Argentina (Vivendi). Decisão sobre a Anulação de 3 de Julho de 2002. para. 95-6).

No momento em que matérias envolvendo o descumprimento de contratos e dos TBIs foram levadas perante o Centro ficou decidido que as questões decorrentes dos Tratados internacionais, poderiam lá ser julgadas. Já, no que tange às demais questões que envolviam o descumprimento dos contratos celebrados em decorrência do investimento, as decisões não foram no mesmo sentido³⁵⁶. Já se decidiu que as questões envolviam apenas o direito interno ainda que celebrada uma cláusula guarda-chuva sem que o Tribunal tenha competência sobre o caso³⁵⁷, já noutros ficou decidido o contrário, ou seja, que o Centro tem competência para julgar descumprimentos de contratos³⁵⁸.

³⁵⁶ SCHREUER. Christoph H. The Relevance of Public International Law in International Commercial Arbitration: Investment Disputes. Mimeo.

³⁵⁷ SGS vs. Paquistão, decisão sobre a jurisdição de 6 de agosto de 2003, para. 146-174 e Joy Mining v. Egito. Decisão sobre a Jurisdição de 6 de agosto de 2004, para. 81.

³⁵⁸ Salini Construttori SpA et Italstrade SpA c Royaume du Maroc. Decisão sobre a Jurisdição de 23 de julho de 2001 e SGS vs. Filipinas, Decisão sobre Jurisdição de 29 de Janeiro de 2004, para. 113-135.

Alega-se em casos como o Vivendi que a cláusula de foro estabelecida no Contrato administrativo com o Estado argentino nada mais representou do que a admissão de um novo foro para ambas as Partes, resultando em verdadeira cláusula específica e posterior para as questões decorrentes daquele contrato especificamente. No entanto, não há como se negar que o Tratado previu o Direito e de qualquer modo recebe o *status* de lei, no mínimo dependendo do ordenamento analisado, para fins de direito interno, não podendo, em princípio, um contrato revogar suas disposições.

Diante de tantas controvérsias é apressado definir o Direito Internacional do Investimento como um Direito Internacional ou parte do Direito Interno Público. Mais exato é admitir a proposta característica híbrida desse Direito, valendo-se de institutos de ambos os ordenamentos.

Pode-se dizer desse modo que o Direito é utilizado como instrumento dos governantes para articular, aplicar e efetivar as políticas de atração de investimentos, e como veremos tais políticas pode ser encontradas na legislação interna³⁵⁹, nos tratados internacionais, e, por fim, nos contratos celebrados diretamente pelos Estados com particulares para regular o investimento realizado em seu território.

4.2.3 Âmbitos do Direito do Investimento

Estados receptores, investidores internacionais e Estados de origem – as três partes com interesses fundamentais no investimento internacional – se valem de regras para administrar as transações internacionais de investimento e as aplicam por uma miríade de instrumentos legais e instituições.

³⁵⁹ Veja-se por exemplo, a) Angola: Lei nº 15/94, Lei do Investimento Estrangeiro; b) Arábia Saudita: 5/1/1421 (H); c) República Democrática do Congo: Lei nº 004/2002 de 21 de fevereiro de 2000; d) Chile: Foreign Investment Statute Decree Law 600, de 1974 (publicado no Diário Oficial de 16 de dezembro de 1993); e) República da Coreia: Ato de Promoção do Investimento Estrangeiro nº 5559, de 16 de Setembro de 1998.

O objetivo desta gama de regras jurídicas é influenciar a conduta das várias partes com relação aos investimentos visando atender políticas de desenvolvimento ou de crescimento econômico estabelecidos pelo respectivo Estado receptor. As três partes interessadas adotam regras e criam instituições como meio de atingir seus objetivos porque eles consideram tais regras e instrumentos jurídicos como meios mais efetivos de influenciar o comportamento dos agentes do que outros métodos, tais como planos de negócios sugeridos ou expressões gerais de boa fé com relação aos investidores estrangeiros. Tal corpo de ordenamento jurídico então se torna a estrutura básica dentro da qual o investimento é realizado e operado.

De acordo com o exame desta complexa estrutura de regras aplicáveis ao investimentos internacionais particulares, podemos estabelecer três âmbitos regulatórios de investimento: (a) âmbito interno que consiste nas regras jurídicas internas e normas regulatórias dos Estados com jurisdição sobre as transações de investimento e seus respectivos investidores; (b) âmbito contratual formado pelos vários contratos negociados pelas partes para regular o investimento; e (c) âmbito internacional, que abarca os diversos acordos internacionais, costumes e as instituições internacionais que os Estados acordaram, tanto bilateral quanto multilateralmente, visando regular o investimento internacional³⁶⁰.

Certamente, uma das maneiras mais simples de distinguir os três âmbitos acima mencionados é separando as principais fontes de cada uma delas. O âmbito nacional é formado por regras decorrentes do processo legislativo formal estabelecido em cada ente soberano³⁶¹, ao passo o âmbito contratual é produto da negociação entabulada entre investidores e o respectivo Estado receptor³⁶². Por fim, o âmbito internacional é decorrente do processo de criação de regras estabelecidas nas negociações entabuladas por Estados.

³⁶⁰ SALACUSE, Jeswald W. **The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 24-33

³⁶¹ No Brasil, veja-se FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Direito Constitucional*. 4ª ed. Salvador: Juspoivm, 2012, p. 843-884.

³⁶² HUCK, Hermes Marcelo. *Contratos com o Estado: aspectos de Direito Internacional*. São Paulo: Grafica Editora Amarela, 1989.

4.2.3.a) âmbito nacional

Quando se pensa no âmbito nacional podemos falar em leis ordinárias, decretos, normas administrativas, circulares, portarias, e até mesmo decisões vinculantes de autoridades administrativas, que de forma direta ou indireta regulem o ingresso ou a operação de investimentos estrangeiros.

Em geral, o objetivo central deste âmbito normativo é assegurar a promoção do ingresso de investimentos estrangeiros, bem como controlar a operação destes investimentos em seu território.

Vale assumirmos que todo e qualquer ordenamento jurídico interno contém disposições que assumem o papel de legislação voltada ao investidor estrangeiro. Isso é verdade, por exemplo, quando uma legislação versa acerca de um tratamento ambiental mínimo que deve ser conferido por uma empresa, é aplicado sobre um investidor estrangeiro. Sem embargos da norma ter sido produzida para regular qualquer relação de investimento, a partir do momento que o faz sobre um estrangeiro, esta norma ganha status de parte do Direito do Investimento aplicável sobre determinada operação.

Sabe-se que âmbitos normativos internos inseguros inibem a entrada de investimento por pelo menos quatro razões: a) baixa proteção aos direitos de propriedade incrementam os riscos de expropriação; b) maior investimento necessário para manter a segurança sobre os ativos detidos no estrangeiro; c) baixa segurança inibem o uso mais eficiente dos recursos mantidos no estrangeiro; e, por fim, d) um nível baixo de proteção legal dificulta a realização de investimentos em contratos acessórios que poderiam gerar maiores ganhos no futuro.

4.2.3.b) âmbito contratual

Quando se pensa no âmbito contratual, nota-se imediatamente que se fala em duas ordens de preocupação quanto ao estabelecimento do investimento. Em primeiro lugar, há uma preocupação geral com a liberdade de contratação, e, em segundo, com a segurança e a execução das obrigações assumidas contratualmente.

Tais preocupações revelam-se ainda mais difíceis quando se negocia internacionalmente, e ainda mais, quando se negocia contratos administrativos internacionais. Isso porque, a negociação com representantes governamentais está afeita a eventuais déficits democráticos ou ainda diante da alternância do governo que pode modificar radicalmente a estrutura da política de Estado há décadas delineada. Douglas C. North afirmou sobre o assunto que:

“ (...) a inabilidade das sociedades em desenvolver execuções efetivas e de baixo custo dos contratos é a fonte histórica mais importante de estagnação e baixo desenvolvimento contemporâneo no Terceiro Mundo.³⁶³”

4.2.3.c) âmbito internacional

Quanto ao âmbito internacional, temos três ordens de influências. A primeira e óbvia influência é que os compromissos firmados internacionalmente pelos Estados influenciam a legislação interna dos Estados, e por conseguinte, as transações com investimentos que ocorrem neste cenário.

Ademais, cada vez mais se notam obrigações assumidas dentro do âmbito do Direito internacional que atingem diretamente indivíduos e empresas fazendo com que tais sujeitos tenham que seguir este âmbito normativo diretamente.

E, por fim, uma terceira influência do Direito Internacional sobre os investimentos é que o moderno Direito Internacional cria instituições e organizações internacionais cuja efetividade atinge indivíduos e a organização das operações realizadas por estes indivíduos.

4.2.4. Aplicação da metodologia do Direito Internacional do Investimento proposta na tese: acordos internacionais de coprodução audiovisual

³⁶³ Institutional Change, and Economic Performance. 1990, p. 54.

4.2.4.a) Acordos internacionais de coprodução audiovisual: o Caso do filme “Ensaio sobre a Cegueira”

José Saramago é um dos mais importante dramaturgos da literatura portuguesa. Em sua vida, já obteve os dois maiores prêmios da literatura contemporânea que é o Prêmio Camões em 1995, considerado a maior premiação para escritores da língua portuguesa e, em 1998, foi também premiado com o Nobel de literatura, considerado por muitos como o prêmio mais importante do mundo.

Interessante notar que diante de um retrospecto desta magnitude, uma obra cinematográfica baseada em alguma das suas obras é uma necessidade quase que cultural para países lusófonos.

Coube, neste caso, a um brasileiro realizar o filme. Fernando Meirelles, também já conhecido por diversas obras cinematográficas, algumas inclusive com grande apelo comercial e em festivais internacionais.

Para produção deste filme, foi utilizado um interessante formato de negócio privilegiando o que temos chamado de princípio da cooperação no Direito Internacional Público. Considerando a importância do autor e a própria expectativa em torno do filme resultante de uma obra tão aclamada internacionalmente, foi necessário um orçamento bastante alto, em termos de produções locais.

Pode-se levantar que aproximadamente 25 milhões de dólares foram necessários para a produção do filme “Ensaio sobre a Cegueira”. Vale dizer que a maior parte dos filmes produzidos no Brasil contam com orçamentos muito mais modestos, bem como com uma estrutura bem mais tímida do que a necessária para a produção do filme mencionado.

O filme contou com um esquema de coprodução internacional que permitiu aos produtores brasileiros levantarem apenas parcela do montante necessário para este filme, enquanto o restante foi levantado junto com coprodutores internacionais do Canadá e do Japão.

O sistema jurídico permitiu que, com base num contrato de coprodução cinematográfica, produtores de países diferentes conseguissem produzir uma

obra, sem que *a priori* separadamente qualquer deles dispusesse de montante suficiente para produzir sozinho.

Observa-se que as coproduções internacionais abrem a possibilidade de uma atuação conjunta de agentes situados em países diferentes realizarem uma operação de investimento internacional. Para tanto, são necessárias uma série de medidas que possibilitem agentes com estruturas em muitas vezes bastante modestas produzirem obras para um pública universal, tendo em conta que a promoção cultural do filme deverá atender aos públicos de ambos os países. E, de qualquer modo:

“Quando reduzida a sua forma econômica pura, obras culturais podem ser tratadas como insumos, bens ou serviços passíveis de comercialização, como qualquer outro item, sujeitas às regras e regulações decorrentes de acordos bilaterais ou multilaterais.”³⁶⁴

4.2.4.b) *Acordos internacionais de coprodução audiovisual: definições e dados gerais*

Uma coprodução internacional é, segundo o direito brasileiro uma:

“modalidade de produção de obra audiovisual, realizada por agentes econômicos que exerçam atividade de produção, sediados em 2 (dois) ou mais países, que contemple o compartilhamento das responsabilidades pela organização econômica da obra, incluindo o aporte de recursos financeiros, bens ou serviços e compartilhamento sobre o patrimônio da obra entre os coprodutores.”³⁶⁵

Como se percebe por meio das chamadas coproduções internacionais abre-se espaço para que o produtor de um país consiga realizar seu projeto já com um mapa mental internacional, contando com o favorecimento da legislação interna de países diferentes – como por exemplo mediante a utilização de incentivos

³⁶⁴ BORYSKAVICH, Krista; BOWLER, Aaron. Hollywood North: Tax incentives and the film industry in Canada. In: **Asper Review of International Business and Trade Law**. Vol. 2. Winnipeg (Canada): University of Manitoba, 2002, p. 26.

³⁶⁵ BRASIL. Ancine. Instrução Normativa nº 106, de 24 de julho de 2012. Artigo 2º, inciso III.

tributários distintos -³⁶⁶ e com apoio na legislação internacional – os conhecidos acordos internacionais de coprodução audiovisual.

Por meio de um acordo internacional de coprodução audiovisual dois ou mais países possibilitam que sejam produzidas obras audiovisuais entre produtoras destes países, facultando o acesso a incentivos tributários e subsídios nacionais para produção de obras audiovisuais, desde que mediante a realização de um investimento com um parceiro estrangeiro. De fato, um contrato de coprodução internacional nada mais é do que uma trama de tratados, normas, leis e ajustes contratuais que formam a base jurídica de uma obra audiovisual independente³⁶⁷.

O Direito do Investimento, neste caso, atua como um indutor a uma promoção da atuação econômica internacional por parte de agentes que normalmente não se tratam das grandes Empresas Transnacionais, mas sim agentes que dependem desta atuação coordenada e harmônica do Direito Internacional em territórios diferentes no mundo para realizar suas operações.

No Brasil já foram produzidas diversas obras em regime de coprodução internacional, como se pode perceber pela tabela a seguir:

Coproduções Internacionais por Ano e País Coprodutor - 2005 a 2013

Ano	País coprodutor	Número de filmes
2013	Argentina	3
	Estados Unidos	3
	França	2
	Líbano	1
	Uruguai / Espanha	1

³⁶⁶ Veja-se TOSICS, Nora; SZALAY, Klára. Wanted! In search of runaway productions – film tax incentives in Europe. In: **Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pecs Publicata**. Pécsi (Hungria): University of Pecs. Vol. 151. 2013, p. 217-237.

³⁶⁷ MOORE, Margareth. International Film Co-Production Tax and Subsidy Mechanisms. In: **Hastings Communications and Entertainment Law Journal**. Vol. 16. Los Angeles: University of California Press, 1993-1994, p. 287-310. Veja-se, também, a definição legal trazida na BRASIL. Ancine. Instrução Normativa nº 106, de 24 de julho de 2012. Artigo 2º, inciso VI (“ato internacional formal, no qual as partes acordantes são necessariamente pessoas jurídicas de Direito Internacional Público, com o objetivo de estimular e promover a coprodução cinematográfica ou audiovisual”)

	Portugal	1
	Espanha	1
	Chile / Argentina	1
	Espanha / Rússia / Portugal	1
	México	1
	Chile	1
	Uruguai	1
	Alemanha / Portugal / França	1
	Venezuela	1
	Holanda	1
	Inglaterra	1
2012	França	1
	Espanha	1
	Alemanha / Espanha	1
	Argentina / Espanha	1
	Estados Unidos	1
	Argentina / França	1
	Portugal	1
	Chile / Argentina	1
	Chile / Espanha	1
2011	Portugal	4
	Espanha	2
	Argentina	1
	Portugal / Espanha	1
	Espanha / Chile	1
	Inglaterra	1
	Itália/Portugal/França/Espanha/Moçambique	1
	Estados Unidos	1
	Portugal / México	1
	França	1
	Índia	1
2010	Argentina	2
	França	1
	Inglaterra	1
	Hong-Kong	1
	Espanha / Portugal	1
	Colômbia	1
	Portugal	1
	Estados Unidos	1
2009	Portugal	2
	Alemanha	1
	Portugal / Argentina	1
	Cuba / Espanha	1
	Inglaterra	1
2008	Portugal	4
	Itália	2
	França	2

	Alemanha	1
	Japão / Canadá	1
	Argentina	1
	França / Uruguai	1
2007	Chile	2
	Turquia	1
	Portugal	1
	Argentina	1
	França	1
2006	Alemanha / França	1
	México	1
	França	1
2005	Portugal / Argentina	1
Total		82

Fontes: ANCINE/SADIS e ANCINE/SAD.

Nota-se que nem sempre o produtor brasileiro atua na condição de majoritário, ou seja de detentor da maior parcela dos direitos patrimoniais decorrentes do filme. Na tabela a seguir, fica claro que na maioria das situações o produtor brasileiro realiza um investimento menor do que o produtor estrangeiro, mas de qualquer forma ainda consegue fazer parte de um investimento internacional.

Coproduções Internacionais por Ano e Participação Patrimonial Brasileira - 2005 a 2013

Ano	Situação patrimonial brasileira				
	Igualitário	Majoritário	Minoritário	Não informado	Total
2013	3	8	9	1	21
2012	-	3	5	1	9
2011	-	8	7	-	15
2010	-	7	1	1	9
2009	-	4	2	-	6
2008	2	3	6	1	12
2007	1	3	1	1	6
2006	1	2	-	-	3
2005	-	1	-	-	1

Total	7	39	31	5	82
--------------	----------	-----------	-----------	----------	-----------

Fontes: ANCINE/SADIS e ANCINE/SAD.

Outro ponto importante deste tipo de investimento estrangeiro fomentado pelo caráter indutor do Direito do Investimento é que entre 2005 e 2013, 58 produtoras independentes realizaram operações de co-produções internacionais, sendo que 47 produtoras realizaram apenas uma co-produção neste período³⁶⁸.

Conclui-se com a incursão nos acordos internacionais para coprodução audiovisual que o Direito Internacional tem operado de forma a possibilitar um investimento internacional fundamentado em aspectos de cooperação universal, em conformidade às tendências do Direito Internacional Público contemporâneo.

³⁶⁸ Veja-se em oca.ancine.gov.br.

CONCLUSÕES GERAIS DA TESE

Durante a evolução da presente tese, foram sendo sintetizadas pequenas conclusões em todos os pontos que escolhemos abordar. De fato, a tese foi desenvolvida de forma a atender a hipótese apresentada na Introdução do trabalho, o ensino e, por conseguinte, as políticas públicas relacionadas ao investimento estrangeiro, não se valem de uma sistematização suficiente para a devida operacionalização das suas normas.

Para tanto, durante o desenvolvimento do presente trabalho, buscou-se demonstrar que:

- ✓ Uma metodologia pode ser definida como a “arte de dirigir o espírito na investigação da verdade”.
- ✓ De acordo com o estudo aprofundado da metodologia, nota-se que analisar a metodologia de um objeto, implica retomar todo o conjunto de estruturas até então observadas, mas agora sob novos olhos.
- ✓ Uma nova observação dos princípios até então aplicáveis implica uma nova organização dos dados sobre os quais os princípios até então seriam aplicáveis. Isso servirá para validar os princípios até então válidos, bem como desenvolver novos.
- ✓ Uma análise metodológica deve verificar o espírito dominante daquele determinado conjunto de regras.
- ✓ Por fim, uma análise metodológica não pode descuidar da busca da verdade, devendo esta ser realizada, no caso da técnica jurídica, mediante a separação do autor com o objeto, sob risco de se desenvolver um ponto de vista subjetivo (veja-se classificação proposta por Herrman).
- ✓ A metodologia jurídica não é capaz de desenvolver um estudo absolutamente objetivo. O estudioso/jurista deve se valer de um estudo coerente dos fenômenos buscando racionalizar os conceitos, para desta forma, realizar uma análise das estruturas sociais que fundamentem a técnica jurídica aplicável a determinado ramo jurídico.
- ✓ Por meio da análise da estrutura das normas que facultaram o aparecimento do Direito Internacional do Investimento é possível

sistematizar as normas que compõem o sistema regulatório do investimento estrangeiro. Nota-se uma tendência histórica em ora de reificar as relações de investimentos buscando afastá-las de qualquer modo, ou ainda tomar parte do ponto de vista dos investidores franqueando o acesso ao mercado local em detrimento dos agentes locais.

- ✓ O espírito do Direito do Investimento deve ser promover as normas que têm favorecido o incremento da participação dos investidores estrangeiros, bem como incrementar a realidade econômica dos Estados que recebem tais investimentos.
- ✓ No que se refere ao aspecto metodológico da disciplina, temos que o Direito Internacional surge sob o manto da ideia de soberania, instituto que por algum tempo limitou o escopo das normas internacionais aos Estados e às organizações internacionais.
- ✓ A soberania não é um conceito único na história. Desde seu aparecimento já possuiu significados distintos.
- ✓ Atualmente, a soberania não pode ser confundida com um isolacionismo jurídico do Estado. Os Estados fazem parte de uma sociedade internacional.
- ✓ Embora a estrutura normativa do Direito Internacional Público (coordenação) seja distinta do Direito interno (subordinação), isso não se confunde com sua não obrigatoriedade. Não se tem notícia do descumprimento do Direito Internacional, sob a alegação de algum Estado que o Direito Internacional simplesmente não existe. Os Estados costumam afirmar que observam as normas internacionais.
- ✓ Atualmente, de fato, nota-se a consolidação do Direito Internacional da cooperação, segundo o qual algumas normas jurídicas internacionais podem se tornar vinculantes a todos os Estados, mesmo quando não consentidas previamente.
- ✓ O mundo globalizado atual revela questões que demandam soluções globalizadas: degradação do meio ambiente, possibilidade de conflitos armados internacionais, presença cada vez mais constante de atos de terrorismo etc.

- ✓ Diante do avanço da globalização e da maior interdependência entre os Estados pelo mundo, há a consolidação do estudo de fenômenos econômicos internacionais no âmbito do Direito Internacional Econômico, por meio de um método empírico, interdisciplinar, sempre tendo em conta a forte influência exercida pelos destinatários das normas internacionais econômicas, como por exemplo ocorre com as Empresas Transnacionais.
- ✓ O Direito Internacional do Investimento visa basicamente atender aos interesses dos estrangeiros que buscam investir fora do seu território de origem, além dos interesses dos Estados em receber mais investimentos e que seus nacionais sejam adequadamente tratados quando investem fora do seu território de origem.
- ✓ O primeiro instituto que efetivou garantias dos investidores estrangeiros foi a proteção diplomática.
- ✓ Neste caso observados os requisitos do Direito Internacional costumeiro, faculta-se ao Estado de origem do investidor endossar eventual pedido de reparação nos termos do Direito Internacional Público, ante o descumprimento do Direito Internacional pelo Estado receptor do investimento.
- ✓ No que se refere ao investimento estrangeiro, verifica-se que as barreiras políticas para utilização do instituto da proteção diplomática foram suplantadas com a criação de foros arbitrais específicos, como por exemplo o CISDI ou ICSID, para que investidores estrangeiros e Estados receptores possam compor seus conflitos diretamente, sem a necessidade da presença do Estado de origem.
- ✓ O Direito Internacional do Investimento tem sua criação nos antigos tratados de cooperação e amizade que buscavam em síntese estreitar as relação entre investidores de dois países.
- ✓ Atualmente, o principal instituto jurídico do Direito Internacional do investimento é a chamada arbitragem internacional de investimento.
- ✓ Criou-se um foro arbitral específico para conflitos envolvendo investidores estrangeiros e suas pretensões perante os Estados receptores do investimento, sem a necessidade de intervenção do Estado de origem.

- ✓ Com o surgimento do Direito Internacional do Investimento, buscou-se eleger uma definição comum para o instituto do investimento internacional. Entretanto, com o tempo percebeu-se que a melhor alternativa seria deixar a definição do instituto para uma análise casuística.
- ✓ Os Estados têm, por isso, a faculdade de selecionar e promover o tipo de investimento estrangeiro que pretendem receber em seu território, desde uma definição ampla de investimentos até um amplo controle dos investimentos realizados em seu território.
- ✓ Atualmente pode-se dizer que o Direito Internacional do Investimento busca tutelar três momentos do investimento: o acesso aos mercados internacionais, a proteção do investimento realizado e, por fim, o acesso à jurisdição para ressarcimento pelos danos provocados pelos investidores ou pelos Estados.
- ✓ Essa previsão de proteção aos investimentos estrangeiros pode ser realizada por Tratados Bilaterais de Investimento, bem como por Acordos Multilaterais para Promoção e Proteção ao Investimento Estrangeiro.
- ✓ O Brasil, atualmente é vinculado somente ao Tratado de Seul, pelo qual foi constituída a Agência Multilateral de Garantia dos Investimentos Estrangeiros (MIGA), cuja função é garantir investidores estrangeiros contra riscos políticos nos Estados receptores.
- ✓ Algumas operações de investimentos estrangeiros realizados no Brasil contrataram seguro com a MIGA, fazendo com que o Brasil seja passível de responsabilização por danos perpetrados a investidores no âmbito do Direito Internacional do Investimento.
- ✓ Na segunda parte do trabalho, verificou-se que a tese tem no estrangeiro seu núcleo central.
- ✓ Nota-se que a condição de nacionalidade serve para excluir o estrangeiro das garantias jurídicas asseguradas aos membros daquele Estado. Com isso, os investidores estrangeiros são discriminados com relação aos investidores locais.
- ✓ Essa discriminação desestimula as empresas, sobretudo as pequenas e médias, para se internacionalizar e assim participar do mercado internacional.

- ✓ Sabe-se que num momento de expansão do fenômeno da globalização são várias as vantagens desenvolvidas pelas empresas que se internacionalizam.
- ✓ De qualquer modo, com o avanço do processo de oligopolização do mercado internacional, as empresas pequenas e médias apenas conseguirão concorrer, ou concorrerão de maneira mais eficiente, quando adquirirem uma *expertise* de atuação internacional e a inovação tecnológica necessária para concorrer com agentes do resto do mundo.
- ✓ Assim, o Direito Internacional do investimento deve exercer um papel ativo na proteção e promoção ao investimento estrangeiro, sobretudo realizado por agentes com menor *expertise* internacional, como é o caso das pequenas e médias empresas, assegurando a possibilidade de sua participação no mercado internacional.
- ✓ Atualmente, o Direito internacional do Investimento tem recebido uma forte influência das correntes autonomistas de arbitragem internacional, propugnando que o ramo faz parte da chamada nova *lex mercatoria*, e assim suas normas são deslocalizadas, devendo seus agentes seguirem padrões internacionais comuns para o investimento estrangeiro.
- ✓ Diante da transnacionalização das normas do Direito Internacional do Investimento, ocorre a perda do papel do Estado como indutor de normas para promoção do investimento, em detrimento de agentes cuja situação não demanda apenas a proteção dos ativos, mas também o incentivo a sua internacionalização, como é o caso das pequenas e médias empresas.
- ✓ Há inclusive alguns focos de crítica ao sistema atual da arbitragem internacional do investimento, uma vez que a produção acadêmica acaba focando suas pesquisas sobre as grandes causas milionárias das arbitragens internacionais, deixando de lado a disseminação das normas atinentes à promoção dos investimentos internacionais.
- ✓ Propõe-se desse modo, que o Direito Internacional do Investimento seja analisado por meio de estrutura tripartite: âmbito nacional, âmbito contratual e âmbito internacional.

- ✓ Ao fim do trabalho propusemos um estudo de caso, que normalmente não é vinculado ao ramo do Direito Internacional do Investimento: os acordos internacionais de coprodução audiovisual.
- ✓ Mediante o fomento a uma atuação conjunta de agentes situados em países distintos, faculta-se aos produtores de filmes realizar obras mais representativas e mais custosas, com possibilidade de concorrer com projetos dos grandes estúdios internacionais, exatamente em razão da associação dos esforços de agentes internacionais em prol de uma obra audiovisual única.
- ✓ Busca-se com a apresentação da presente tese, incentivar que os estudos realizados e as políticas públicas desenvolvidas concernentes aos investimentos estrangeiros sejam reavaliados, de modo a fomentar operações de investimentos estrangeiros que além de trazerem capital para o país, facilitem a existência de mecanismos de capacitação (avanço de conhecimento) dos agentes locais para também realizar investimentos internacionais.

BIBLIOGRAFIA

- ABI-SAAB, Georges. Presentation: Ensuring the Best Bench – ways of selecting judges. In: PECK, Connie; LEE, Roy S. **Increasing the effectiveness of the International Court of Justice**. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1997.
- ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G.E. do; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ADAIR, David R. Investor's Rights: the evolutionary process of Investment Treaties. *Tulsa Journal of Comparative & International Law*. Vol. 6. Primavera de 1999.
- AKEHURST, Michael. Jurisdiction in International Law. In: *British Yearbook of International Law*. Vol. 46. 1975, p. 145-257.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- AMERASINGHE, Chittharanjan F. **Diplomatic Protection**. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- ANDERSON, Benedict. **Comunidades Imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- ANDERSON, James H.; BERNSTEIN, David S.; GRAY, Cheryl W. **Judicial Systems in Transition Economies: assessing the past, looking to the future**. Washington: Banco Mundial, 2005.
- ARAUJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

- ARIOSI, Mariângela. **Conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas: o Judiciário brasileiro e a nova ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BAIROCH, Paul; KOZUL-WRIGHT, Richard. **Globalization myths: some historical reflections on integration, industrialization and growth in the world economy**. Genebra: Unctad Discussion Papers, nº 113, 1996.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais**. São Paulo: Lex Editora, 2010.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Comercial e Internacional**. São Paulo: Lex Magister, 2011.
- BARNEY, J.B.; WRIGHT, M.; KETCHEN, D.J. The resource-based view of the firm: ten years after 1991. In: **Journal of Management**, Vol. 27-6, 2001, 625-641.
- BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2010.
- BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BARTELSON, Jens. **A genealogy of sovereignty**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- BEDERMAN, David J. **International law in antiquity**. Cambridge: Cambridge University, 2001.
- BENTHAM, Jeremy. **Introduction to the principles of morals and legislation**. Vol. 2. 2ª ed. Londres: W. Pickering, 1823.
- BERRY, George et. al. The importance of focusing on Methodology. **Kansas Journal of Law and Public Policy**. Volume 9. 1999-2000.
- BISHOP, R. Doak. Toward a harmonized approach to advocacy in international arbitration. In: BISHOP, R. Doak. **The art of advocacy in international arbitration**. Juris Publishing, 2004.

- BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James; e, REISMAN, Michael. **Foreign Investment Disputes: cases, materials and commentary**. Haia: Kluwer Law International, 2005.
- BLOCH, Marc. **Apologie pour l'histoire ou Métier d'historien**. 2^a ed. Paris: Armand Colin, 1952.
- BODIN, Jean. **Los seis libros de la Republica**. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1992.
- BORYSKAVICH, Krista; BOWLER, Aaron. Hollywood North: Tax incentives and the film industry in Canada. In: **Asper Review of International Business and Trade Law**. Vol. 2. Winnipeg (Canada): University of Manitoba, 2002.
- BOS, Maarten. **A Methodology of International Law**. Amsterdam/New York/Oxford: North-Holland, 1984.
- BOURDIEU, Pierre. **Leçon sur la Leçon**. Paris: Minuit, 1982.
- BRAGHETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil**. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BRASIL. Ancine. Instrução Normativa nº 106, de 24 de julho de 2012.
- BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 5^a ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- BROWER, Charles N.; ROSENBERG, Charles B. The death of the two-headed nightingale: why the Paulsson-van den Berg presumption that party-appointed arbitrators are untrustworthy is wrongheaded. In: **Arbitration International**. Vol. 29. 2013.
- CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e Impartialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, nº 149.

- CANOTILHO, J.J. Gomes. “**Brançosos**” e **Interconstitucionalidade**: *itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- CARABIBER, Charles. Evolution de l’arbitrage commercial. In: **Recueil des cours**, vol. 99, Haia: Hague Academy, 1960.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: *um comentário à lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARREAU, D.; JUILLIARD P. **Droit International Économique**. 2ª ed. Paris: Dalloz, 2005.
- CARVALHO RAMOS, André. “Direito dos Estrangeiros no Brasil: imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular”. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Coord.) **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. Vol. 4. Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1998.
- CARVALHOSA, Modesto. Sociedade estrangeira e investimento estrangeiro. In: CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. **Estudos de Direito Empresarial**. São Paulo: Saraiva, 2010
- CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo. **Guerra Comercial ou integração mundial pelo comércio? a OMC e o Brasil**. São Paulo, LTr, 1998.
- CASELLA, Paulo Borba. **Direito Internacional no Tempo Antigo**. São Paulo: Atlas, 2012.
- CASELLA, Paulo Borba. **Direito Internacional no tempo medieval e moderno até Vitória**. São Paulo: Atlas, 2012.

- CASELLA, Paulo Borba. Evolução institucional do direito internacional: à luz do cinquentenário do conceito de direito de Hart (1961). In: **Revista Brasileira de Filosofia**. Vol. 236. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 313-329.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- CASSESSE, Antonio. **International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- CASTRO, Thales. **Teoria das Relações Internacionais**. Brasília: FUNAG, 2012.
- CHUA, Amy L. **The privatization-nationalization cycle: the link between markets and ethnicity in developing countries**. The Columbia Law Review. n. 95, 1995.
- COASE, Ronald H. **The Firm, the Market, and the Law**. Chicago: University of Chicago Press, 1990 [original de 1960].
- COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Projeto sobre Proteção Diplomática, adotado pela Comissão na sua 58ª sessão, em 2006.
- CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO. **Scope and Definition: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements**. New York e Genebra: United Nations Publications, Sales No. E.99.II.D.9., 1999.
- CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO. **Dispute Settlement Investor-State: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements**. New York and Geneva: United Nations Publications, Sales No. E.03.II.D.5., 2003.
- CORONEL, Maria Carla Fontoura Gaspar. **A Agência Multilateral de Garantia para Investimento (MIGA) e a Atuação de seu Sistema de Solução de Controvérsias: os contextos brasileiro e chileno**. Dissertação (Mestrado em Integração da América Latina). Universidade de São Paulo. São Paulo.

- CORTEN, Olivier. **Méthodologie du droit international public**. Bruxelas: Editions de l'Université de Bruxelles, 2009.
- COSTA, José Augusto Fontoura. Soberania e Estados Fracassados. In: GUERRA, Sidney; SILVA, Roberto Luiz. **Soberania: antigos e novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.
- COSTA, José Augusto Fontoura. Globalização e Fim do Estado. In: COSTA, José Augusto Fontoura; DERANI, Cristiane. **Globalização e Soberania**. Curitiba: Juruá, 2004.
- COSTA, José Augusto Fontoura; CARREGARO, Ana Carolina Costa; e, ANDRADE, Thiago Pedroso de. Mecanismo Complementar do ICSID: uma alternativa para investidores brasileiros? In: **Revista Direito GV**. Vol. 3. ano 2. São Paulo: Fundação Getulio Vargas, Novembro de 2007, p. 59-75.
- COSTA, José Augusto Fontoura. **Direito Internacional do Investimento Estrangeiro**. Curitiba: Juruá, 2010.
- COSTA, José Augusto Fontoura. A autonomia da nova Lex Mercatoria e a estabilização de relações comerciais internacionais. In: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. nº 6. Lisboa: 2013, p. 4783-4810.
- COUTO, Estêvão Ferreira. **A relação entre o interno e o internacional: concepções cambiantes de soberania, doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. **Constituição e tratados internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DAMPIER, William Cecil. **A History of Science: And Its Relations With Philosophy & Religion**. Cambridge: Cambridge University, 1949.
- DANNENBAUM, Tom. Nationality and the International Judge: the nationalist presumption governing the international judiciary and why it must be

- reversed. In: **Cornell International Law Journal**, Vol. 45, 2013, p. 77-184.
- DAVID, René. **Arbitration in International Trade**. Haia: Kluwer Law and Taxation Publications, 1985.
- DEKASTROS, Michail. Portfolio Investment: reconceptualising the notion of investimento under the ICSID Convention. In: **Journal of World Investment & Trade**. Vol. 14. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- DE VRIES, Henry P. International Commercial Arbitration: A Transnational View. **Journal of International Arbitration**, Vol. 1. Haia: Kluwer Law International, 1984.
- DEZALAY, Y.; GARTH, B.G. **The internationalization of palace wars: lawyers, economists, and the contest to transform Latin American States**. Chicago: University of Chicago Press, 2000.
- Dicionário da Língua Portuguesa. Lisboa: Priberam Informática, 1988. Disponível em www.priberam.pt.
- DICKEN, Peter. **Global Shift: mapping the changing contours of the world economy**. 6ª ed. New York: Guilford Publications, 2011.
- DIKOVA, D.; WITTELOOSTUIJN, A.V. Foreign direct investment mode choice: entry and establishment modes in transition economies. In: **Journal of International Business Studies**, Vol. 38, 2007, 1013–1033.
- DOBBS, Richard et al. **Urban World: mapping the economic power of cities**. McKinsey Global Institute, 2011. Disponível em <http://www.mckinsey.com/insights/urbanization/urban_world>.
- DORNBUSCH, Rüdinger; FISCHER, Stanley. **Macroeconomia**. 2ª ed. São Paulo: Makron, MacGraw-Hill, 1991.

- DUNNING, John H. **Studies in International Investment**. London: George Allen & Unwin Ltd, 1993.
- EBERHARDT, Pia; OLIVET, Cecilia. **Profiting from injustice: how Law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom**. Bruxelas/Amsterdã: Corporate Europe Observatory; Transnational Institute, 2012.
- ENGARDIO, Pete. **Chindia: How China and India are revolutionizing global business**. New York: McGraw-Hill, 2007.
- FAIRBANKS, Michael. Changing the mind of a nation: elements in a process for creating prosperity. In: HARRISON, Lawrence E; HUNTINGTON, Samuel P. **Culture Matters: how values shape human progress**. New York: Basic Books, 2001, p. 268-281.
- FELDMANN, Paulo Roberto. Um plano diretor para o desenvolvimento da pequena empresa moderna. In: VELLOSO, João Paulo dos Reis Velloso. (Org.). **China, Índia e Brasil: O país na competição do século**. Rio de Janeiro: Editora Jose Olympio, 2011.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: Juspoivm, 2012, p. 843-884.
- FERRAZ, Flávia Rocha. Investimentos Externos Diretos: aspectos mais relevantes da legislação cambial. **Revista de Direito Bancário**. Vol. 33. São Paulo: RT, p. 358-375.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Aurélio júnior: dicionário escolar da língua portuguesa**. 2ª ed. Curitiba: Positivo, 2011.
- FISS, Owen. Against Settlement. **The Yale Law Journal**. Vol. 93, n. 6. maio de 1984, p. 1073-1090.

- FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria Geral do Estado**. Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FLEURY, Afonso; FLEURY, Maria Thereza Leme. **Brazilian Multinationals: competences for internationalization**. Cambridge: Cambridge University, 2011.
- FONSECA, Hélio. Estrangeiro. In: LIMONGI FRANÇA, R. (coord.) **Enciclopédia Saraiva de Direito**. Vol. 34. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 170-171.
- FOUCHARD, Philippe. **L'arbitrage Commercial International**. Paris: Dalloz, 1965.
- FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **International Commercial Arbitration**. Haia: Kluwer Law International, 1999.
- GELLNER, Ernest. **Nations and nationalism**. Oxford: Blackwell Ed, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4ª ed. Malheiros: São Paulo, 2002.
- GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil: Introdução ao Direito Processual Civil**. Vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Fundamentos da arbitragem do comércio internacional**. São Paulo: Saraiva, 1993.
- HAFNER, Gerhard. The emancipation of the individual from the State under International Law. In: **Recueil des Cours: collected courses of the Hague Academy of International Law**. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2011, v. 358, p. 263-454.

- HARRISON, Lawrence E.; HUNTINGTON, Samuel P. **Culture Matters: how values shape human progress**. New York: Basic Books, 2001.
- HARTEN, Gus Van. **Investment Treaty Arbitration and Public Law**. Oxford: Oxford University Press. 2007.
- HERRMAN, C.S. **Fundamentals of Methodology: Part I – definitions and first principles**. 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1373976>.
- HOBSBAWM, Eric J. **Era dos Extremos: o breve século XX**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HOBSBAWM, Eric J. E. Nações e nacionalismo desde 1780: programa, mito e realidade. Maria Celia Paoli e Anna Maria Quirino (trad.). Rio de Janeiro: Nova Fronteira (Saraiva de bolso), 2011.
- HOLDCROFT, David. **Saussure Signs, System and Arbitrariness**. New York: Cambridge University Press, 2006.
- HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- HUCK, Hermes Marcelo. **Contratos com o Estado: aspectos de Direito Internacional**. São Paulo: Gráfica Editora Amarela, 1989.
- HUYSEN, Andreas. **Seduzidos pela memória: arquitetura, monumentos e mídia**. Tradução de Sergio Alcides. Seleção de Heloisa Buarque de Hollanda. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2000.
- HYMER, S.H. **The international operations of national firms: a study of direct foreign investment**. MIT Monographs, Cambridge, MA: MIT Press, 1976.
- INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION – IFC. Foreign Direct Investment: lessons of experience. Nº 5. Washington: World Bank.
- JACKSON, John. Global Economics and International Economic Law. In: **Journal of International Economic Law**. Vol. 1. 1998.

- JELIN, Elizabeth. ¿De qué hablamos cuando hablamos de memorias? [artigo científico]. 2001. Disponível em: <http://www.cholonautas.edu.pe/>.
- JOHANSON, J.; VAHLNE, J.E. The internationalization process of the firm: a model of knowledge development and increasing foreign market commitments. In: **Journal of International Business Studies**, v. 8, n. 1, 1977.
- KELLEY, LawGlen. Multilateral Investment Treaties: a balanced approach to multinational corporations. **Columbia Journal of Transnational Law**. Vol. 39. 2001.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans. **A Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- KINGSBURY, Benedict. Foreword: Is the proliferation of International Courts and Tribunals a systemic problem? In: **Journal of International Law and Politics**. Vol. 31. 1999, p. 679-696.
- KITAGAWA, T. Contractual Autonomy. In: SANDERS, Pieter. **International Arbitration: liber amicorum for Martin Domke**. Haia: Nijhoff, 1968.
- KLEINHEISTERKAMP, Jan. O Brasil e as disputas com investidores estrangeiros. In: CHEREM, Mônica Teresa; DI SENA JR, Roberto (org.). **Comércio Internacional e Desenvolvimento – uma perspectiva brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- KNIGHT, G.; KIM, D. International business competence and the contemporary firm. **Journal of International Business Studies**, vol. 40(2), 2009, pp. 255-273.
- KNOWLES, D.; MUGHAN, T. E LLOYD-REASON. Lloyd-Reason, L. Foreign language use among decision-makers of successfully internationalised SMEs. **Journal of Small Business and Enterprise Development**, Vol. 13, No. 4, 2006, pp 620-641.

- KOJIMA, Kiyoshi. **Japanese Direct Investment: a model of business operations**. Tokyo: Charles E. Turtle, 1989.
- KRUGMAN, Paul R.; OBSTFELD, Maurice; MELITZ, Marc J. **International Economics: theory and policy**. 9ª ed. Boston: Addison-Wesley, 2012.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988
- LALANDE, André. **Vocabulaire technique et critique de la philosophie**. Paris: PUF, Quadrige, 1994.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.
- LEE, João Bosco. A Lei 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; REIS, Murilo Gouvêa dos. **Direito Comercial Internacional: Arbitragem**. Florianópolis: OAB/SC, 2002.
- Le petit Larousse**. Paris: Larousse, 1998.
- Le petit Robert 1**. Paris: Le Robert, 1987.
- LOWENFELD, Andreas F. **International Economic Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- LUPI, André Lipp Pinto Basto. **Os métodos no Direito Internacional**. São Paulo: Lex Editora, 2007.
- MADHOK, A. Cost, Value and foreign market entry mode: The transaction and the firm. In: **Strategic Management Journal**. 1997, 39-61.
- MANKIOW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. São Paulo: Cengage Learning, 2009.
- MANN, Frederick A. The Doctrine of Jurisdiction in International Law. In: **Recueil des Cours**, vol. 111, 1964, p. 1-162.

- MANN, Francis A. *Lex facit arbitrum*. In: SANDERS, Pieter. **International Arbitration: liber amicorum for Martin Domke**. Haia: Nijhoff, 1968.
- MANN, Frederick A. The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years. In: **Recueil des Cours**, vol. 186, 1984, p. 9-116.
- MATEU, Helena Torroja. **El derecho del Estado a ejercer la protección diplomática**. Barcelona: JMB Bosch Editor, 2007.
- MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. **Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- MORGENTHAU, Hans. **A política entre as nações: a luta pelo poder e pela paz**. São Paulo: Universidade de Brasília, 2003, pp. 215-293.
- MORTENSON, Julian D. The meaning of “investment” ICSID’s travaux and the domain of International Investment Law. In: **Harvard International Law Journal**. Vol. 51-1, 2010.
- MUCHLINSKI, Peter T. **Multinational Enterprises & the Law**. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- NIBOYET, J.P. **Traité de Droit International Privé Français**. Paris: Recueil Sirey, 1950.
- NOBLES, Kimberley Chen. Emerging issues and trends in international arbitration. In: **California Western International Law Journal**. Vol. 43. San Diego: California Western School of Law, 2012, p. 77-108.
- NORTH, Douglas C. Institutions. *Journal of Economic Perspectives*. Vol. 5, nº 1, Pittsburg: AEA, 1991.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 102-121.
- LEO, Sergio. Brasil impõe perda de competitividade. **Valor Econômico**, São Paulo, 31 mar. 2014.

- LOZARDO, Ernesto. **Globalização: a certeza imprevisível das nações**. São Paulo: Editora do Autor, 2007.
- LYON, Ann. Nationality in English Common Law. In: KATZ, Stanley N. (coord.) **The Oxford International Encyclopedia of Legal History**. Vol. 4. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- MANCINI, Pasquale S., A nacionalidade como fundamento do direito das gentes. In **Direito Internacional: coletânea**, Ed. Unijui, 2003, pp. 35-86.
- MARKY, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MARSHALL, Alfred. **Principles of Economics**. 8ª ed. Londres: Macmillan and Co. Ltd, 1920. Livro IV, Capítulo X.
- MARTINS, Ives Gandra Silva. Repatriando Capitais do Exterior. In: **Carta Forense**, Junho de 2013. São Paulo: R2 Editorial, p. B2.
- MIESENBOCK, K.J. Small business and Exporting: A literature Review. **International Small Business Journal**, Vol. 6, 1988, p. 42-61.
- MOORE, Margareth. International Film Co-Production Tax and Subsidy Mechanisms. In: **Hastings Communications and Entertainment Law Journal**. Vol. 16. Los Angeles: University of California Press, 1993-1994, p. 287-310
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- NASCIMBENE, Bruno. Le droit de la nationalité et le droit des organisations d'intégration régionales. Vers de nouveaux statuts de résidents? **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**. The Hague Academy of International Law. Volume 367. 2013. p. 253-414.
- NORTH, Douglas. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University, 1990.

- NUMMELA, Niina; SAARENKETO, Sami; PUUMALAINEN, Kaisu. A global mindset: a prerequisite for successful internationalization? **Canadian Journal of Administrative Sciences**. Vol. 21
- OHMAE, Kenichi. **Triad Power: The Coming Shape of Global Competition**. New York: Free Press, 1985.
- O'NEILL, Jim. **The Growth Map: economic opportunity in the BRICs and Beyond**. New York: Penguin, 2011.
- OPPENHEIM, L. **International Law: a treatise**. 3ª ed. Londres: Longmans, Green and Co., 1920.
- PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**, São Paulo: Atlas, 2012.
- PEDREIRA, J. L. Bulhões; LAMY FILHO, Alfredo. Estrutura da Companhia. In: PEDREIRA, J. L. Bulhões; LAMY FILHO, Alfredo. **Direito das Companhias**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- PETERSON, Luke Eric. Arbitrators in Argentine bond dispute weigh in on definition of “investments” eligible for arbitration under ICSID system, and take a liberal approach to the requirements that investments be made in Argentine territory. In: **Investment Arbitration Reporter**. Vol. 4. Nº 11 & 12. Agosto, 2011.
- PIAGET, Jean. **Logique et Connaissance Scientifique**. Paris: Gallimard, 1967.
- PICCIOTTO, Sol. Linkages in international investment regulation: the antinomies of the draft multilateral agreement on investment. In: **University of Pennsylvania Journal of International Economic Law**, n. 19, 1998.
- PINTO, Cláudia Frias; GASPAR, Luís Filipe; FERREIRA, Manuel Portugal; SERRA, Fernando A. Ribeiro. **A influência de John Dunning na investigação em estratégia e negócios internacionais: um estudo bibliométrico no Strategic Management Journal**. 2010. Leiria: IPL.

- PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- PLATTNER, S. Markets and market places. In: PLATTNER, S. **Economic Anthropology**. Stanford: Stanford University Press, 1989.
- PORTER, Michael E. **A Vantagem Competitiva das Nações**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 1989.
- POSSE, Hortensia D.T. Gutiérrez. **Guía para el Conocimiento de los Elementos de Derecho Internacional Público**. Buenos Aires: La Ley, 2010.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Law and Practice of International Commercial Arbitration**. Londres: Sweet & Maxwell, 1991.
- REINALDA, Bob; ARTS, Bas; NOORTMANN, Math. **Non-State actors in International Relations: do they matter?** In: ARTS, Bas; NOORTMANN, Math; REINALDA, Bob. *Non-State Actors in International Relations*. Ashgate: Hampshire, 2001.
- REISMAN, W. Michael. **Nullity and Revision: the review and enforcement of international judgements and awards**. New Haven: Yale University, 1971
- REZEK, J.F. **Direito Internacional Público**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RODAS, João Grandino. **A nacionalidade da pessoa física**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- ROMANO, Cesare P. R. Can you hear me now? The case for extending the international judicial network. In: **Chicago Journal of International Law**. Vol. 10. 2009-2010. 233-273.
- ROSENNE, S. **Practice and Methods of International Law**. New York: Oceana Publications, 1984.

ROSENNE, Shabtai. **The World Court**. 5^a ed. Dordrecht: Martinus Nijhoof Publishers, 1995.

ROSLING, Hans. Hans Rosling's 200 countries, 200 years, 4 minutes. In: The Joy of Stats. BBC Four. 30.11.2010. Disponível em: < <http://www.bbc.co.uk/programmes/p00cgkfk> >.

SABAHI, Borzu. **The calculation of damages in International Investment Law**. In: KAHN, Philippe; WÄLDE, Thomas W. Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New aspects of International Law. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff. 2007.

SALACUSE, Jeswald W. BIT by BIT: the growth of Bilateral Investment Treaties and their impact on Foreign Investment in Developing Countries. **The international lawyer**. Vol. 24. 1990.

SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D. **Economia**. 16^a ed. Lisboa: MacGraw-Hill, 1999.

SAND, Shlomo. **A invenção do povo judeu**. São Paulo: Benvirá, 2011.

SANTAMARIA IBEAS, J.J. **Los derechos fundamentales y el tribunal constitucional. Los infraderechos de los extranjeros en España. Reflexiones sobre a la jurisprudencial constitucional**. 1994. Disponível em <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/1485/4/DL-1993-I-2-Santamaria-.pdf>.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução a uma ciência pós moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

SALACUSE, Jeswald W.; SULLIVAN, Nicholas P. Do BITs really work? An evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain. **Harvard International Law Journal**. n. 46, 2005.

SALACUSE, Jeswald W. **The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

- SCHREUER, C. H. **The ICSID Convention: A commentary.** Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- SCHREUER, Christoph H. Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims - the Vivendi I Case Considered. In WEILER T., International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law. 2005.
- SCHREUER, Christoph. **The dynamic evolution of the ICSID System.** mimeo: 2006.
- SCHREUER. Christoph H. The Relevance of Public International Law in International Commercial Arbitration: Investment Disputes. Mimeo.
- SCHULZ, A. Internationalisierung von kleinen und mittleren Unternehmen, in: Schauf, M. (ed.) **Unternehmensführung im Mittelstand.** Munich: Rainer Hampp, 2006, pp. 35-64.
- SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. **Direito Internacional Público.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- SHAPLEY, L.S.; SHUBIK, Martin. **Ownership and the Production Function.** The Quaterly Journal of Economics. Cambridge, MA: Oxford University Press, 1967.
- SHARMA, Ruchir. **Breakout nations: in pursuit of the next economic miracles.** New York: W.W.Norton & Company, 2012.
- SHAW, Malcolm N. **International Law.** 5^a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- SHELTON, Dinah. Legal norms to promote the independence and accountability of International Tribunals. In: **The Law and Practice of International Courts and Tribunals.** Vol. 2. Haia: Kluwer Law International, 2003.
- SHIHATA, Ibrahim F.I.; PARRA, Antonio R. The experience of the Internacional Centre for Settlement of Investment Disputes. **ICSID Review – Foreign**

Investment Law Journal. n. 14. Baltimore: John Hopkins University, 1.999.
p. 299-361.

SMITH, Adam. An inquiry in to the nature and causes of The Wealth of Nations.
1776.

SOMMER, Lutz; DURST, Susanne, HAUG, Manuel; KAUFMANN, Hans-Rüdiger,
**The Impact of the Identity on the Internationalization Processes in
SMEs: Does Origin Matter?** 3 de Dezembro de 2008. Acesso
<http://ssrn.com/abstract=1310560>;

SOUZA, Artur de Brito de Gueiros. **Presos estrangeiros no Brasil: Aspectos
Jurídicos e Criminológicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STALIN, Josef. **O marxismo e o problema nacional e colonial**. Editorial Vitória:
Rio de Janeiro, 1946.

SWEDBERG, Richard. Max Weber's contribution to the Economic Sociology of
Law. Paper nº 31. CSES Working Paper Series, 2006.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **O Direito Quântico**. 6ª ed. São Paulo: Max Limonad,
1985.

TIBURCIO, Carmen. **The human rights of aliens under international and
comparative law**. Dordrecht: Martines Nijhoff Publishers, 2001.

TOSICS, Nora; SZALAY, Klára. Wanted! In search of runaway productions – film
tax incentives in Europe. In: **Studia Iuridica Auctoritate Universitatis
Pecs Publicata**. Pécsi (Hungria): University of Pecs. Vol. 151. 2013, p.
217-237.

TRACHTMAN, Joel P. The International Economic Law Revolution. In: **University
of Pennsylvania Journal of International Economic Law**. Verão, 1996.
(disponível em
<http://www.wordtradelaw.net/articles/trachtmanrevolution.pdf>).

- TREBILCOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. **The Regulation of International Trade**. 2ª ed. Londres: Routledge, 1999.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **O esgotamento de recursos internos no Direito Internacional**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.
- VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Aspectos de Direito Internacional Privado na Arbitragem, *in* VALENÇA FILHO, Clávio de Melo e LEE, João Bosco. Estudos de Arbitragem.
- VANDENBERGHE, F. **Uma história filosófica da sociologia alemã: alienação e reificação**. Volume I: Marx, Simmel, Weber e Lukács. São Paulo: Annablume, 2012.
- VANDEVELDE, Kenneth J. The Bilateral Investment Treaty Program of the United States. In: **Cornell International Law Journal**. Vol. 21. 1988.
- VAN HARTEN, Gus. **The Carlisle quarry and NAFTA**. Disponível em < <http://www.thespec.com/opinion/columns/article/577718--the-carlisle-quarry-and-nafta> >, acesso em 14.08.2011.
- VAN HARTEN, Gus, Fairness and Independence in Investment Arbitration: A Critique of Susan Franck's 'Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration' (December 1, 2011). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1740031>.
- VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- VERDUZCO; WITKER. Protección diplomática. In: **Diccionario de Derecho Internacional**. México: UNAM, 2001.
- VERNON, R. International Investment and International Trade in Product Cycle. **Quarterly Journal of Economics**. Vol. 80. Oxford: Oxford University, 1966.

- WALD, Arnoldo; VIEIRA, Maira de Melo; BORJA, Ana Gerdau de. Brazil as 'belle of the ball': the Brazilian courts' pro-arbitration stance (2011-2012). *Cahiers de l'arbitrage. The Paris Journal of International Arbitration*. Vol. 2, 2013, p. 381-396.
- WALDE, Thomas. *Nouveaux horizons pour le droit des investissements*. Paris: A. Pedone. 2004.
- WEBER, Max. *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, Volume 1. Los Angeles: University of California, 1978.
- WERNERFELT, Binger. A resource-based view of the firm. In: **Strategic Management Journal**. Vol. 5-2, April-June, New York: John Wiley and Sons, 1984, 171-180.
- WILLIAMSON, O. **Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications**. New York: Free Press, 1975.
- YEUNG, Arthur; XIN, Katherine; PFOERTSCH, Waldemar; LIU, Shengjun. **The globalization of Chinese companies: strategies for conquering international markets**. Asia: John Wiley & Sons, 2011.
- YOUNG, Soogil. Political Economy of Trade Liberalization in East Asia. In: SCHOOT, Jeffrey (ed.). **The World Trading System: challenges ahead**. Washington DC: Institute for International Economics, 1996, p. 141-149.
- YU, Hong-lin. A Theoretical Overview of the Foundations of International Commercial Arbitration. In: **Contemporary Asia Arbitration Journal**. Vol. 1. Taipei: National Taiwan University, 2008, p. 255-286.
- ZIVKOVIC, Velimir. **Contractual Rights as Protected Investments in International Investment Law**. In: Oxford Student Legal Research Paper Series. Paper number 08/2011 University of Oxford. Setembro de 2011. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1929788>.
- ZUCKERMAN, Adrian. **Civil Justice in Crisis: comparative perspectives of civil procedure**. Oxford: Oxford University, 1999.