

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

O regime internacional dos investimentos – sistemas regional, multilateral, setorial e bilateral

(balanço da década de 1990, seguido do estudo de dois casos: o Mercosul e o projeto da ALCA)

Eugenia C. G. de Jesus Zerbini

Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do Título de Doutor em Direito Internacional

Orientador: Prof. Dr. Hermes Marcelo Huck

São Paulo

Janeiro 2003

FOLHA DE APROVAÇÃO

Your B.A. does not belong to you alone, just as the earth does not belong to its present tenants alone. Your education was lent to you by women of the past, and you will give some back to living women, and to your daughters seven generations from now. Naomi Wolf, **A woman's place**; discurso proferido no Scripps College, em 17 de maio de 1992 (In: **Women's speeches from around the world**. Disponível em <<http://gos.sbc.edu/w/wolf.html>>. Acesso em 25 de jan.2003).

Para as mulheres fortes da minha família e que me precederam:
Ernestina Teani Zerbini, Arminda Eugenio Godoy, avós; Therezinha Godoy Zerbini, mãe e Eunice de Jesus Zerbini Viariz, tia;

Para Eleonora, minha filha, *a luz do Senhor*

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, quero agradecer ao meu orientador, Prof. Dr. Hermes Marcelo Huck, pelo fato de ter-me aceitado no pós graduação, depois de anos de afastamento da vida acadêmica. O meu muito obrigada por seu parecer positivo a todas as propostas que apresentei durante não apenas o cumprimento dos créditos – como o fato de permitir que parte deles fossem cursados no Departamento de Ciência Política da Universidade -, mas também na elaboração deste trabalho – como a inclusão do exame da jurisprudência. Quero agradecer, da mesma forma, o apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), concretizado por meio da concessão da bolsa de pesquisa no período de nove meses em que preparei-me para o exame de qualificação, pesquisei e fichei a maior parte da jurisprudência do CIRDI.

Os meus agradecimentos especiais aos Profs. Drs. Luiz Olavo Batista e Mauro Penteadó, integrantes de minha banca de qualificação, pelas sugestões preciosas feitas durante o exame e que me levaram à reestruturação do plano originalmente concebido. Nessa reordenação das idéias, foram fundamentais os comentários de Fernando de Mello Barreto, a quem vivamente agradeço a leitura cuidadosa do material que submeti à qualificação, posteriormente àquele exame.

O meu “muito merci” ao grande amigo de sempre, Renato Sérgio de Assumpção Faria, pela acolhida em Brasília, à época de minha pesquisa nas bibliotecas do Senado e da Câmara Federal. Agradeço à Maria Angélica Carneiro Martorano, bibliotecária do Departamento Jurídico do Citibank, pelas apresentações que me fez nestas últimas bibliotecas. Obrigada ao Prof. Dr. Guido Fernando da Silva Soares, tanto pela cópia de livros indisponíveis no Brasil como pelo convite de visitá-lo em Genebra, possibilitando-me o acesso à biblioteca da OMC e do *Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales*.

Muito obrigada ao Dr. José Roberto Ópice, que na época da pesquisa dos periódicos especializados estrangeiros disponíveis em São Paulo, permitiu-me pesquisar na biblioteca do Machado, Meyer, Sendacz e Ópice.

Agradecendo à amiga Maria Lúcia Beffa, Diretora da Biblioteca da Faculdade de Direito, estou dizendo o meu muito obrigada a todos os colegas dessa biblioteca, especialmente àqueles das bibliotecas departamentais, entre eles, Margareth Augusta Bezerra da Silva, Anésia Batista de Mello e Eduardo José Mercante Aguiar. A esses agradecimentos, somam-se outros.

Um endereçado à Marli Inocência de Moraes, do Serviço de Automação e Publicações, além daquele feito a Giovani Pavão, da Secretaria do Pós Graduação. Dois outros, muito carinhosos, à Andréia Maria Lopes de Oliveira e ao Leônidas Jean Balabakis, ambos do setor de informática, pela paciência infinita que tiveram comigo no auxílio da digitação e impressão dos seminários e trabalhos exigidos para a obtenção dos créditos e no projeto de qualificação.

Faço um último agradecimento à Maria Célia C. de Barros Serra, que reacendeu em mim o velho gosto pela história. Sem saber, deu-me a idéia da parte introdutória deste trabalho.

Por fim, obrigada à minha mãe, por sua insistência em que eu retornasse ao pós-graduação; a Paulo F. C. Ruas, tanto pela amizade como pelo interesse por tudo que faço e pelo bom ouvinte que é; pela ajuda na impressão do texto, a minha *bambina*, Eleonora; e, indiretamente, a seu pai, sem o qual ela não teria existido.

SUMÁRIO

Introdução	8
1. Apresentação do trabalho	
2. Contextualização histórica e política do tema	
2.1. A proto-história do regime internacional do investimento estrangeiro (do séc.XVI ao início do século XX)	
2.2. A fase pré-moderna do regime internacional do investimento estrangeiro (do início do século XX até 1945)	
2.3. A fase moderna do regime internacional do investimento estrangeiro (de 1945 a 1989)	
2.4. A fase pós-moderna do regime internacional do investimento estrangeiro	

Parte I

Capítulo 1 – <u>O regime regional dos investimentos internacionais</u>	49
1. A União Européia, os Acordos de Lomé e o Acordo de Parceria de Cotonu	
2. O Capítulo 11 do NAFTA	
3. A área de investimentos da ASEAN	
4. Os princípios da APEC	
Capítulo 2 – <u>O regime multilateral dos investimentos internacionais</u>	84
1. As Diretivas sobre o investimento direto internacional do Banco Mundial	
2. O Projeto de Acordo Multilateral sobre Investimentos (MAI) da OCDE	
3. As TRIM's da OMC	
Capítulo 3 – <u>O regime setorial dos investimentos internacionais - O Tratado da Carta de Energia</u>	111
1. Origens e originalidades	
2. Conteúdo	
Capítulo 4 – <u>Os acordos bilaterais sobre o investimento internacional</u>	127
1. Histórico	
2. Conteúdo	
3. Bilateralidade e universalidade nesses acordos	
Conclusão	144

Parte II

Capítulo 5 – <u>O regime regional dos investimentos internacionais no MERCOSUL</u>	152
1. Introdução – Os Protocolos de Colônia de Colônia e de Buenos Aires de 1994	
2. O Protocolo de Colônia para a promoção e a proteção recíproca de investimentos no Mercosul	
3. O Protocolo de Buenos Aires sobre a promoção e proteção de investimentos provenientes de Estados não membros do Mercosul	

Capítulo 6 – <u>O regime regional dos investimentos internacionais no projeto da ALCA</u>	179
1. Origens do projeto da ALCA	
2. Estrutura das negociações – Da Cúpula de Miami à Ministerial de Quito	
3. Capítulo sobre investimentos – O texto do projeto	
Conclusão	198
Anexo 1 – lista dos casos submetidos ao CIRD e encerrados	201
Anexo 2 – lista dos casos submetidos ao CIRD e ainda pendentes	217
Bibliografia	222
Abreviações	240
Siglas	242
Resumo	245
Abstract	247
Résumé	249

PARTE I

INTRODUÇÃO

1. APRESENTAÇÃO DO TRABALHO

1. Uma das questões mais debatidas na última década foi a dos investimentos internacionais. Após o intervalo de indefinição dos anos 80 –resultado tanto da diminuição dos capitais disponíveis como das reticências causadas nos investidores pelas moratórias dos países em desenvolvimento-, os investimentos internacionais tornaram-se centro das discussões, nos últimos dez anos. Os debates foram retomados com ânimo novo e em ambiente político-econômico inteiramente diverso do anterior. A partir de novembro de 1989, com a queda do Muro de Berlim, tomada como marco da falência do sistema político-econômico comunista, as palavras de ordem passaram a ser privatização, desregulamentação, liberalização dos mercados e livre fluxo de capitais, bens e serviços.

2. Dentro dessa nova moldura, o objetivo central deste trabalho é averiguar as mudanças que se concretizaram com relação ao regime jurídico internacional dispensado aos investimentos internacionais, de 1989 até o presente. Procurar-se-á demonstrar que o direito internacional dos investimentos é, no presente, um conjunto de regras bem estabelecidas, retificando parte da opinião corrente que o qualifica como ora um agrupamento de regras difusas (SORNARAJAH, 1995a., p.15), ora uma questão em aberto no cenário jurídico internacional (VIEIRA, 1999).

a. Subsidiariamente a essa proposta, outro objetivo é demonstrar que esse regime teve seus fundamentos estabelecidos durante a década de 1980. Nesta - época de refluxo desses investimentos -, após a grande revolução teórica da Nova Ordem Econômica Internacional (NOEI), foi que ocorreu a reestruturação da doutrina, que irá frutificar nos anos 1990. Se for considerado, como tentar-se-á evidenciar, que nessa reformulação dos anos 1980 foi retomada, com poucas variantes, a linha dogmática seguida no período entre guerras, o argumento que será comprovado é o de que o regime internacional atual, em sua estrutura, tem pouco de novo, representando a continuação de uma corrente teórica muito anterior.

3. Transcendendo esses dois objetivos, outra das intenções deste trabalho, de caráter complementar, mas geral, é avaliar as conseqüências da evolução do regime

internacional dos investimentos quer no Direito Internacional Econômico, em que o capítulo relativo ao investimento internacional é de vital importância, quer no Direito Internacional Público, com relação ao qual o suposto direito internacional dos investimentos guardaria, conforme apontado por Luiz Olavo Baptista, caráter ancilar (1998, p.18). Embora a existência de um corpo de normas e princípios sob o título de Direito Internacional dos Investimentos já tenha sido identificada (DUPUY, 1995, ps.474,497 e 503), o que significa o reconhecimento de sua autonomia, não cabe aqui debatê-la.

4. É preciso estabelecer, previamente, o conteúdo do regime jurídico internacional do investimento estrangeiro. Ele é formado por regras e princípios internacionais relativos não apenas ao tratamento, à proteção e à garantia dos investimentos internacionais (CARREAU e JULLARD, 1998, P.451), mas também a sua promoção. Ainda que usualmente os três primeiros aspectos sejam os mais destacados, não há razão para que o quarto - a promoção - seja esquecido¹. Fica notado que, não obstante os diferentes sentidos apontados para o termo regime na temática dos investimentos (BAPTISTA, 1998, p.16), optou-se por seu emprego considerando sua abrangência.

5. Isso feito, cabe, por um lado, estabelecer o caminho por meio do qual será feita a análise desse regime. Essa análise, que é o objetivo primordial deste trabalho, toma por base a década de 1990 e examina cada uma das quatro tendências incidentes sobre esse regime, durante o período em tela: a) primeiramente, o aparecimento de regimes regionais, como foram os casos daqueles gerados no âmbito do *North American Free Trade Agreement* (NAFTA), da *Association of the Southeast Asian Nations* (ASEAN), do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) e da *Asia-Pacific Economic Cooperation* (APEC); b) em segundo lugar, de forma contraditória, embora paradoxalmente complementar, espelhando a ação das forças centrípetas e centrífugas da globalização (LAFER; FONSECA, 1994, p.55), o esforço em criar um regime internacional multilateral para o investimento. Aqui se enquadram, além das

¹ Do ponto de vista normativo, o texto da maioria dos cerca de dois mil acordos bilaterais celebrados atualmente (STEVENS, 2002,2) consagram a promoção e a proteção dos investimentos internacionais. Além disso, a Convenção de Seul de 1985, que deu nascimento à Agência Multilateral de Garantia para Investimentos (MIGA, conforme abreviatura adotada pelo Decreto Legislativo n.66 de 16 de setembro de 1992, publicado no Diário do Congresso Nacional do dia seguinte, seção II, p.754, e que aprovou o texto da aludida convenção), em seu artigo 2, eleger entre seus objetivos o fato de “encorajar o fluxo dos investimentos com fins produtivos entre os Estados membros, particularmente em direção aos Estados membros em desenvolvimento”. Prosseguindo, a mesma convenção dedica o artigo 23 à promoção dos investimentos (ILM. XXIV, n.6, p.1605-39, nov.1985). Por sua vez, doutrinariamente, fica claro que as normas de promoção, ainda que de caráter subsidiário às regras de proteção, são de caráter diverso.

negociações do *Multilateral Agreement on Investments* (MAI), que tiveram lugar na Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), e as medidas sob a denominação de Acordo sobre medidas relativas ao investimentos e ligadas ao comércio, ou *Trade Related Investment Measures* (TRIM'S), aprovadas pela Organização Mundial do Comércio (OMC), a publicação dos Princípios diretivos sobre o tratamento do investimento direto estrangeiro pelo Banco Mundial; c) em terceiro, o fracionamento desse regime em setores, como evidenciado pela conclusão do Tratado da Carta da Energia, de 1994; d) finalmente, um aumento expressivo - quem sabe nunca antes imaginado - dos acordos bilaterais de promoção e de proteção dos investimentos.

6. Por outro lado, para alcançar o segundo objetivo do presente trabalho - que é o de comprovar a preponderância de uma tradição de continuidade no regime jurídico internacional sobre o investimento estrangeiro - é indispensável uma abordagem histórica dessa questão. As regras atuais ficam muito mais claras quando estudadas no contexto histórico em que foram formuladas e comparadas com os períodos que as antecederam. E, em razão da imensa pressão político-econômica existente na origem do tratamento normativo internacional do investimento, ficaria incompleta qualquer análise que se abstivesse do exame das conjunturas em que esses normativos foram articulados sucessivamente no tempo. O direito internacional dos investimentos não pode ser explicado ignorando-se fatores históricos, políticos e econômicos (SORNARAJAH, 1995a, p.2 e BAPTISTA, 1998, p.40).

7. Complementando esse enfoque interdisciplinar, o recurso à jurisprudência internacional acerca de questões envolvendo investimentos vem enriquecer a contextualização que se almeja. Apesar de o Direito ser maior do que o teste dos tribunais, pois esses têm seu conhecimento restrito aos casos patológicos, é por intermédio deles que o Direito passa por sua "prova dos nove", sendo concretizado por meio de sua aplicação. No presente trabalho, a primazia será dada à jurisprudência do Centro Internacional de Solução de Controvérsias sobre Investimentos (CIRDI)², organização internacional, dotada de personalidade jurídica internacional, ligada ao Banco Mundial, do qual guarda, entretanto, autonomia. Criado pela Convenção de Washington de 1965, o CIRDI, na qualidade de

² Optou-se pela utilização da sigla em francês "CIRDI" (Centre International pour de Réglement des Différends Relatifs aux Investissements) por sua sonoridade mais simples, como já feito em outras obras sobre o assunto (cf. HELOU, 1997, p. 7).

centro administrativo³, tem por objetivo principal propiciar suporte para a instauração de processos arbitrais ou de conciliação referentes a investimentos internacionais. Note-se que, *contrario sensu*, o CIRDI não é um tribunal de conciliação ou de arbitragem em si mesmo, ainda que a referência à sua jurisdição seja feita (KURKOWSKI, 1993, p.155)⁴. A listagem de casos submetidos à apreciação do CIRDI, que até o final de outubro de 2002 era composta por 108 litígios (sendo 66 concluídos e 42 pendentes), encontra-se anexada ao final deste trabalho.

8. Tal preferência pela assim chamada jurisprudência do CIRDI deve-se a diferentes fatores. O primeiro deles, por tratar-se de um centro promotor de arbitragens especializado em investimentos. Nesse ponto difere, por exemplo, da Corte Internacional de Justiça (CIJ), o que todavia não impediu que a este último tribunal tenham sido submetidos três casos famosos relativos a investimentos: o da *Anglo Iranian Oil Company*, da *Barcelona Traction* e da *Elettronica Sicula* - ou caso ELSI, aos quais far-se-á referência no decorrer deste trabalho⁵.

a. O segundo motivo, por tratar-se de um processo institucionalizado, patrocinado por um órgão multilateral de prestígio, com a perspectiva de galvanizar as opiniões a respeito das matérias que lhe forem submetidas, contrariamente aos tribunais *ad hoc* constituídos para o julgamento das inúmeras nacionalizações nas últimas décadas. Levando-se em conta que o conjunto de sentenças internacionais envolvendo a proteção de bens e investimentos estrangeiros é muito maior do que qualquer outro relativo às demais questões do Direito Internacional (NORTON, 1991, p.504), um enfoque direcionado, ainda que limitador, se impôs.

³ Convenção de Washington, art. 1(2), conforme o texto reproduzido por STRENGER, 1996, ps. 351 a 373.

⁴ Esse fato, apesar de contrariar o rigor dos processualistas, é aceito sem maiores questões no Direito Internacional. Existe outro exemplo marcante do emprego da palavra jurisprudência nesse mesmo sentido, fornecido pelas atividades da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Paris (CCI). Essa câmara não é um tribunal arbitral nem de conciliação. Porém, promove e facilita a instauração e o funcionamento de tribunais de conciliação e de arbitragem, tendo para tanto suas próprias regras. Do mesmo modo, acumula um extenso rol de decisões proferidas pelos tribunais por ela patrocinados e que é referido como a jurisprudência da C.C.I. Essa jurisprudência é sistematicamente publicada, vide, por exemplo, os números do *JDI*, a partir do ano de 1974.

⁵ *Anglo Iranian Oil Company*, Grã Bretanha c. Irã, sentença de 22.07.1952, *CIJ Recueil* 1952, p.93; *Barcelona Traction Light and Power Company Ltd*, Bélgica c. Espanha, 2a. fase, sentença de 5.02.1970, *CIJ Recueil*, 1970, p 3; *Elettronica Sicula Spa (ELSI)*, Estados Unidos da América c. Itália, sentença de 20.07.1989, *CIJ Recueil*, 1989, p.15. Para os sumários e comentários sobre essas sentenças, consultar §§ 31, 48 e 69, respectivamente.

b. A terceira razão imputa-se à presença de cláusulas de submissão à competência do CIRDI na maioria não só dos atuais acordos bilaterais de proteção e promoção de investimentos, mas também em muito dos acordos regionais de integração. Entre estes últimos destacam-se, no quadro do presente estudo, o projeto de acordo para a formação da Alca e o Protocolo de Colônia para a promoção e a proteção recíproca de investimentos no Mercosul, de 1994⁶. E, finalmente, a quarta e última razão, não de somenos importância: o CIRDI conta com o apoio político do Banco Mundial, cujo papel de relevância na área dos investimentos internacionais e na política econômico-financeira internacional é dispensável ressaltar. Inegavelmente, a generalização do recurso à arbitragem e à conciliação do CIRDI confere progressiva uniformização do direito aplicável no tratamento internacional dos investimentos.

9. Essa introdução, portanto, será seguida de uma sistematização histórica do regime jurídico internacional dispensado ao investimento internacional, para só então passar-se à Parte I do trabalho. Essa, completamente independente da Parte II, terá por objeto cada uma das quatro tendências, acima apontadas, seguidas por esse regime, na última década. A Parte I será arrematada por uma conclusão, em que, após todas as reflexões objeto dos quatro capítulos iniciais, as propostas estabelecidas como objetivo do presente trabalho serão retomadas e reexaminadas. A Parte II, por seu turno, consistirá em dois estudos autônomos, cada um deles dedicados à análise particular de dois regimes regionais afetos de forma especial aos interesses brasileiros. O primeiro deles, o regime sobre os investimentos estabelecido no âmbito do Mercosul, conforme acordado nos Protocolos de Colônia e Buenos Aires, ambos de 1994; o segundo, o regime dos investimentos que está sendo ora negociado no âmbito da ALCA. A Parte II, também arrematada por uma conclusão, não obstante seu caráter independente do restante do trabalho, terá sua leitura enriquecida com os subsídios aportados pela Parte I, assim como pela contextualização histórico-política do tema, que se inicia a seguir.

⁶ artigo 17, item 7 do projeto da Alca e artigo 9 do Protocolo de Colônia.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E POLÍTICA DO TEMA

10. O desenvolvimento histórico do regime jurídico do investimento estrangeiro pode ser sistematizado em quatro fases⁷. A primeira delas, do século XVI até o início do século do século XX. A segunda, dos primeiros anos do século XX até o término da 2ª Guerra Mundial. A seguinte, iniciando-se em 1945 e concluída em 1990; a quarta e última delas, daí para frente até os dias atuais.

11. **Primeira fase ou a proto-história do regime internacional do investimento estrangeiro.** Na fase inaugural – ou proto-história do direito internacional dos investimentos -, são esboçadas as regras gerais com relação ao estrangeiro, abrangendo suas atividades e bens. Os investimentos europeus na Ásia, Oriente Médio e África, a partir do século XVI, suscitaram o entendimento de que aos estrangeiros deveria ser dispensado idêntico tratamento àquele dado aos nacionais. E, complementarmente, estabeleceu-se que as regras a eles aplicáveis deveriam estar de acordo com padrões externos gerais. Francisco de Vitória (1486-1546), o dominicano a quem se atribui o papel de fundador do Direito Internacional Público, defendeu que a igualdade entre estrangeiros e nacionais baseava-se no fato do comércio ser a expressão de um sentimento da comunidade, inerente ao homem. Quase duzentos anos depois, Emerich de Vattel (1714-1767), jurista-filósofo natural da Suíça, acrescentou a necessidade da conformidade com os *standards* externos de proteção (*apud* SORNARAJAH, 1995a, p.8).

12. Ainda que essas disposições sejam amplas, genéricas e mais éticas do que jurídicas (CARREAU; JUILLARD, 1998, p.392), foram a base para a teoria da proteção dos investimentos que se desenvolveu posteriormente. Nessa fase, observe-se que o comércio prevaleceu sobre o investimento propriamente dito. E que o investimento em si cedia lugar ao conceito de bem, em sua acepção estritamente material. Os bens eram protegidos em razão de sua natureza de acessório de seu senhor. Também cabe ressaltar que, até o século XX, com exceção da região das Américas – cujas independências datam do século XVIII e

⁷ embora a idéia dessa sistematização tenha ocorrido após a leitura de *The International Law on Foreign Investment*, de autoria de SORNARAJAH e citado na bibliografia, a periodização ora formulada afasta-se muito daquela por ele seguida, tanto por adotar outras balizas como por ir além dos fatos por ele considerados. Afinal, o autor publicou sua obra em 1994 e não pode levar em consideração o conjunto dos fatos da última metade daquele decênio.

XIX- os investimentos fluíam no contexto do pacto colonial. Não havia, portanto, o que falar sobre internacionalidade em sua verdadeira acepção, dada a inexistência do encontro de interesses de Estados soberanos.

13. Uma manifestação concreta da visão desse período acerca da proteção dos bens dos estrangeiros são os acordos bilaterais conhecidos como Tratados de Amizade, Comércio e Navegação. O primeiro deles teria sido assinado, ainda no século XVIII, entre a França e os Estados Unidos, em 1778 (SORNARAJAH, 1995, p.229). Fica claro, entretanto, o caráter eminentemente político desse tipo de acordo. No caso do tratado franco-americano, sua justificação parece ir além da vontade de regular as relações comerciais entre aqueles dois países. De fato, o tratado estaria não só ratificando, no cenário internacional, os termos da Declaração de Independência de 1776, como também consolidando as relações entre a jovem nação americana e seu aliado francês na guerra de independência contra a Inglaterra (1776-1781).

14. É curioso lembrar que o Brasil, após a declaração de independência, celebrou uma série de tratados desse tipo. O primeiro deles, em 1827, com a Inglaterra (CERVO; BUENO, 1992, p.34), e o segundo com os Estados Unidos - primeiro país a reconhecer a independência brasileira -, no ano seguinte. De modo geral, os Tratados de Amizade Comércio e Navegação têm em comum, até hoje⁸, a presença da conhecida cláusula da nação mais favorecida, regras sobre o tratamento não discriminatório do estrangeiro e sobre a responsabilidade do país de acolhida. Além delas, outras disposições bem mais variadas e abrangentes eram no passado incluídas, tais como cláusulas sobre cooperação militar, navegação de águas internas, tributação - principalmente imposto de importação sobre mercadorias importadas. Não obstante a generalidade de seus termos, esses tratados são os precursores dos acordos bilaterais de proteção de investimentos do pós-guerra (GUZMAN, 1998, p. 653)⁹.

15. **Segunda fase ou fase pré-moderna do regime internacional do investimento estrangeiro.** A segunda etapa histórica dessa sistematização vai do início do século XX até o final da 2ª Guerra Mundial. Tomando uma idéia emprestada, poderia ser

⁸ O Tratado de Amizade, Comércio e Navegação celebrado entre o Brasil e o Japão, em 1895, por exemplo, encontra-se em vigor atualmente.

identificada como a fase pré-moderna do direito dos investimentos (NORTON, 1991, p.475). Corresponde à cristalização de certos princípios jurídicos que passaram a pautar a matéria, quer por intermédio da jurisprudência, como refletido pelas sentenças proferidas pela Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), quer pela doutrina. Apesar de ainda recorrer-se ao uso da força na solução de litígios internacionais, há uma mobilização para justificar-se teoricamente o recurso a esse uso.

16. A doutrina desenvolvida nesse período teve como ponto de partida três sortes de situações: as discussões que se seguiram às intervenções européias no continente sul-americano com a finalidade de cobrar devedores locais, a reafirmação do expansionismo do poder dos Estados Unidos no continente americano e propagação do ideal socialista que culminou com a Revolução Russa de 1917. Nesse quadro, cabe destaque à formulação das doutrinas *Calvo* e *Drago*, esta última como alterada posteriormente pela emenda *Porter*, à confirmação do conteúdo político-ideológico subjacente nas nacionalizações, como demonstrado pelas nacionalizações soviéticas, e à articulação da fórmula *Hull* sobre o pagamento devido à título de indenização.

17. Começando pela doutrina Calvo, que deve seu nome a Carlos Calvo, jurista e chanceler argentino (1824-1906). Em *Le Droit International*, publicado na segunda metade do século XIX, sustentou que “os estrangeiros que se estabelecem em um país têm certamente os mesmos direitos de proteção que os nacionais, mas não podem exigir nenhuma medida de proteção maior do que a daqueles” (*apud* SORNARAJAH, 1995a, p.11). Em outras palavras, pregava que o estrangeiro devia submeter-se aos tribunais do país de acolhida, o que significava renunciar à proteção diplomática que o país de origem eventualmente viesse a lhe conceder. A tese de que os estrangeiros estariam inteiramente sujeitos ao tratamento nacional foi endossada, primeiramente, em 1889, na 1ª Conferência dos Estados Americanos, em Washington, e posteriormente incluída na Convenção sobre direitos e deveres dos Estados, aprovada em 1933, pela 7ª Conferência dos Estados Americanos, em Montevideu (*ibid.*). Por quase todo o século XX, discutiu-se a legalidade dessa doutrina.

18. Por duas vezes a CPJI negou-se a reconhecer a validade da cláusula Calvo: no caso *Mavrommatis*, sentença de 1924, e no caso da Usina de *Chorzow*, quatro anos depois (os

⁹em sentido contrário, vide a opinião de Sornarajah (1995a, p.230), que contudo se contradiz (SORNARAJAH, 1995b, p.113).

dois casos serão resumidos a seguir). Diante dos princípios gerais do direito internacional, carecer-lhe-ia efetividade pois a proteção diplomática é matéria sobre a qual cabe apenas ao Estado decidir (NGUYEN QUOC; DAILLIER; PELLET, 1994, p.714). Diminuindo-lhe a eficácia, a doutrina passou a classificar essa cláusula como uma regra – entenda-se regra costumeira – regional, limitando geograficamente seu campo de aplicação (Ibid., p.63)¹⁰. Para alguns, talvez tenha sido a Doutrina Calvo o porquê da reticência inicial latino-americana frente à Convenção de Washington de 1965, que criou o CIRDI, e da relutância com que esses países passaram a celebrar acordos bilaterais de proteção de investimentos (entre outros, NWOGUGU, 1976, p.243 e ASANTE, 1988, p. 592). Mas essa resistência não durou muito, como demonstra o atual apoio maciço por parte desses países a essa convenção.

19. A doutrina Drago tem como ponto de partida a doutrina Calvo (MELLO, 2000, p.497). Foi motivada pelo bloqueio, seguido por bombardeio, dos portos venezuelanos de La Guaira, Maracaibo e Porto Cabello por navios ingleses, alemães e italianos, em 1903. O motivo era o fato de que, por um lado, nacionais daqueles três países não haviam sido indenizados pelos danos sofridos em consequência de movimentos revolucionários (Ibid., ps.489 e 490). Por outro, credores de mesma origem não estavam recebendo o pagamento de dívidas contraídas por devedores privados. Parte desses devedores haviam empregado, por meio de contratos de concessões, os recursos tomados em obras públicas, como ferrovias, por exemplo. Theodore Roosevelt colocou entre parênteses, por um momento, a doutrina Monroe – “a América para os americanos”- , formulada por seu antecessor na presidência dos Estados Unidos, em 1823. Para infundir seriedade nos compromissos financeiros contraídos pelos governos latino-americanos, Roosevelt deu sinal positivo à intervenção européia (DONGHI, s/d, p.239).

a. Apesar de o fato ter sido apresentado como continuidade de um costume disseminado em séculos anteriores – qual seja, o de potências européias intervirem em território latino-americano para colocar em ordem interesses privados¹¹ - a opinião pública na América do Sul indignou-se. O chanceler argentino Luís Maria Drago proclamou, então, que

¹⁰ Jiménez de Aréchaga estaria entre aqueles que endossam sua validade (NGUYEN QUOC; DAILLIER; PELLET, 1994, p.714).

¹¹ Vide, por exemplo, as intervenções francesa e inglesa no porto de Buenos Aires, em 1845, quando da guerra entre Oribe e Rosas.

nas relações entre credores e devedores não era possível empregar forças militares, ainda que se tratassem de Estados. Drago, por intermédio de meios diplomáticos, informou Roosevelt de sua oposição à intervenção armada dos credores europeus. Em 1905, Roosevelt respondeu que, toda vez que um Estado da região se reduzisse à qualidade de devedor contumaz, caberia unicamente aos Estados Unidos intervir para promover reformas que possibilitassem a liquidação das dívidas, não importando a origem do credor em questão (Ibid., p.240). Essa afirmação é a concretização da política do *Big Stick*, como apresentada na mensagem de Roosevelt de 6 de dezembro de 1904 (MELLO, 2000, p.486).

b. Mas os debates continuaram. A questão, com efeito, ia além dos limites traçados pelos continentes das Américas. Por isso, foi levada à 2ª Conferência de Haia, em 1907, e uma solução de compromisso entre as posições norte-americana e européias, de um lado, e latino-americanas, de outro, foi alcançada. A delegação norte-americana na conferência, sob a chefia do General Horace Porter, modulou a proposta apresentada por Drago. Pela Convenção sobre a limitação ao uso da força na cobrança de dívidas contratuais de 1907 -doravante conhecida pelo nome de seus autores, Convenção *Drago-Porter* -, na exigência de seus débitos e na solução de seus litígios, os Estados deveriam abster-se do uso da força e recorrer a meios pacíficos (a parte defendida pelo primeiro). A intervenção só se justificaria nos seguintes casos: a) quando o Estado recusasse submeter o litígio à arbitragem; e b) quando do não cumprimento da decisão arbitral (como defendida pelo segundo). Celso Albuquerque Mello (2000, p.497) aponta fato curioso, envolvendo a posição brasileira nessa conferência. Representado por Rui Barbosa, o Brasil posicionou-se contra a doutrina Drago, seguindo as instruções do Barão do Rio Branco -então Ministro das Relações Exteriores-, que temia que a defesa da doutrina afastasse os capitais estrangeiros do Brasil. Atualmente, a Convenção de 1907 não está mais em vigor, tendo sido superada pelas disposições da própria Carta das Nações Unidas (MELLO, 2000, p.490), que postulam a solução pacífica de controvérsias (Capítulo VI) e regulamentam o uso da força quando isso não for possível (Capítulo VII).

20. As contribuições aportadas ao regime internacional dos investimentos nas décadas iniciais do século XX não param aí. Não ficaram a cargo, entretanto, da polêmica jurídica em torno das nacionalizações que resultaram da Revolução Russa de 1917. A doutrina não se aprofundou como era de se esperar, tendo em vista, principalmente, que os

atritos maiores foram contornados por meio de acordos políticos¹². O fato é que, além de celebrar acordos políticos que permitiram a continuidade de suas relações comerciais com os países capitalistas, a União Soviética não alegou novas regras de Direito Internacional favoráveis às nacionalizações por ela promovidas para eximir-se do pagamento das indenizações que lhe eram cobradas por investidores e credores estrangeiros. Ao invés disso, insistiu em argumentos tradicionais: por um lado, as supostas indenizações seriam retidas para compensar os danos causados à União Soviética pelos exércitos contra-revolucionários; por outro lado, o reconhecimento das obrigações contraídas pelo regime deposto seria contrário à ordem pública da nação soviética, uma vez que financiaram o governo do ex-czar e o fortalecimento de um regime militarista (SCHWARZENBERGER, 1969, p.9).

21. A grande novidade do período ficou por conta da elaboração da conhecida como fórmula *Hull*, segundo a qual as indenizações devem ser prontas, adequadas e efetivas. Ela foi concebida no quadro das nacionalizações petrolíferas mexicanas de 1938 e recobre-se de fundamental importância no regime clássico do investimento internacional. Um decreto mexicano de fevereiro de 1917 permitia a concessão a estrangeiros da exploração das riquezas minerais do país. Assim, a indústria do petróleo do país estava nas mãos de ingleses e norte-americanos. O governo arrecadava muito pouco dessa rendosa atividade, restringindo-se, na maior parte dos casos, a receber o imposto de exportação. Sob fortes pressões sociais, o presidente Cardenas nacionalizou o setor, em 18 de março de 1938, estabelecendo que as indenizações seriam pagas durante o período de dez anos e por meio de exportações do produto. Iniciaram-se pressões internacionais – principalmente norte-americanas – contra essas medidas: as compras de petróleo mexicano foram suspensas, assim como os contratos de fornecimento de equipamentos para sua exploração (VILLA, 1993, p.73). Contestando os termos adotados pelo México na indenização, o Secretário de Estado norte-americano Cordell Hull, em nota de 3 de abril de 1940, endereçada àquele governo¹³, defendeu o clássico tríptico

¹² Como foi o caso, por exemplo, do acordo Roosevelt-Litvinoff, em 1933, por meio do qual as medidas tomadas pelo governo revolucionário russo foram consideradas válidas pelos Estados Unidos. A União Soviética admitiu indenizar as pessoas físicas e jurídicas norte-americanas de alguma forma lesadas por aquelas medidas. Os soviéticos abriram mão, assim, de todos os créditos detidos em nome das antigas sociedades russas em bancos norte-americanos e com esses fundos o governo dos Estados Unidos procederam ao pagamento das indenizações (KOPELMANAS, 1975, p. 3).

¹³ “The government of the United States merely adverts to a self-evident fact when it notes that the applicable precedents and recognized authorities on international law support its declaration that, under every rule of law and equity, no government is entitled to expropriate private property, for whatever purpose, without provision for

relativo à indenização, ou seja, a necessidade de ser pronta, adequada e efetiva (BOULANGER, 1975, p.74).

22. Com relação à jurisprudência, três são os casos célebres na matéria nesse segundo período. Ocorreram na seqüência da 1^a. Guerra Mundial e, em todos os três, o acesso dos particulares à justiça internacional deu-se por intermédio do instituto da proteção diplomática: o caso das concessões *Mavrommatis* na Palestina, o outro conhecido como da proteção de certos interesses alemães na Alta Silésia e o da Usina de *Chorzow*.

23. O caso *Mavrommatis*, ou o caso das concessões *Mavrommatis* na Palestina, antepôs como partes litigantes a Grécia e a Inglaterra. Nele, discutiu-se a falta de reconhecimento, por parte da Inglaterra, das concessões de serviços públicos outorgadas pelo antigo Império Otomano (Turquia) ao grego *Mavrommatis*, na Palestina. Recordar-se que, na época, a Inglaterra havia recebido da Liga das Nações, em caráter de mandato, a administração dessa região. Em sentença de 25 de agosto de 1925, a CPJI declarou a Inglaterra responsável por desrespeitar direitos previamente adquiridos pelo concessionário, o Sr. *Mavrommatis*. A questão da indenização, todavia, ficou em aberto porque, segundo a sentença, o governo grego não conseguiu comprovar os prejuízos arcados pelo beneficiário das concessões. A ele, caberia o direito de exigir a adaptação dos atos da concessão às novas condições econômicas do pós 1^a.Guerra (GENET/1933:48).

24. Os outros dois casos situam-se no contexto da restauração do Estado polonês. Em cumprimento a um dos quatorze pontos ditados pelo Presidente norte-americano Woodrow Wilson – aquele acerca da autodeterminação dos povos –, foi posta em plebiscito a atribuição à Alemanha ou à Polônia de uma grande área conhecida como Silésia, historicamente da Polônia, mas com grande população de origem alemã. Depois da votação, foi decidido que o controle da maior parte ficaria com a Alemanha. Uma área menor, entretanto, rica em carvão e onde se localizavam dois terços das indústrias da região foi atribuída à Polônia. Isso feito, o novo governo polonês passou a contestar a propriedade que certos alemães tinham sobre áreas de terra, sob a alegação que os respectivos títulos haviam sido outorgados pelo governo anterior alemão. Em sentença de número 7, prolatada em 25 de maio

prompt, adequate, and effective payment therefor (trecho da aludida nota assinada por C. Hull, *apud* GUZMAN, 1998, p.645, grifos nossos).

de 1926, a CPIJ decidiu pelo respeito internacional aos direitos adquiridos (NGUYEN QUOC; DAILLIER; PELLET, 1994, p.517)¹⁴.

25. Em 1928, em sentença de número 17, a mesma Corte decidiu, no caso da usina de Chorzow, que a inobservância desses direitos por um país implicava a responsabilidade internacional desse Estado. Doutrina e jurisprudência passaram a devotar especial atenção para esse caso. Uma usina de produção de azoto na região da Silésia, criada pelas autoridades alemãs com o apoio de capitais da Baviera, a *Bayerische Stickstoffswerke*, foi vendida, em 1919, para a *Oberschlesische Stickstoffswerke*. Posteriormente, o tribunal polonês dessa região decretou a nulidade dessa transação, baseado na lei polonesa de 14 de julho de 1920, que declarava nulos todos os direitos adquiridos por particulares, depois de 11 de novembro de 1918. Com isso, o objetivo era a efetiva liquidação de qualquer interesse alemão na região, então recém anexada ao território polonês. A CPIJ condenou a Polônia por privar nacionais alemães da justa indenização.

a. Dois conceitos centrais foram discutidos no caso. O primeiro deles, relativo a responsabilidade internacional do Estado por atos ilegais cometidos em seu território. Estabeleceu-se uma distinção entre atos legais e atos ilegais. O segundo, decorrente desse primeiro: a confirmação de que a parte lesada por ato ilegal cometido pelo Estado tem direito a ser indenizada de tal modo que seja restaurada uma situação o mais próxima possível àquela anterior ao fato lesivo. Daí ser preconizada a restituição *in natura* (*restitutio in integrum*) ou, quando esta for impossível, o pagamento de uma soma cujo valor seja equivalente ao da devolução da coisa.¹⁵

¹⁴ “Des droits privés acquis conformément au droit en vigueur ne deviennent point caducs à la suite d’un changement de souveraineté. Même ceux qui contestent l’existence en droit international du principe de la succession d’Etat, ne vont pas jusqu’à maintenir que les droits privés, y compris ceux qui ont été acquis de l’Etat en tant que propriétaire foncier, ne peuvent être valablement opposés à celui qui succède à la souveraineté” (Opinião n.6 de 10 de setembro de 1923, série B,n.6,p.15 e 36, *apud* NGUYEN QUOC; DAILLIER; PELLET, 1994:517), com a complementação de que “le principe du respect des droits acquis fait partie du droit international commun”, na sentença de 25 de maio de 1926, série A, n.7, p. 20 a 21 (*apud* IDEM:ibidem).

¹⁵ “The essential principle contained in the actual notion of an illegal act – a principle which seem to be established by international practice and in particular by the decision of arbitral tribunals – is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear [must be made] (*apud* NORTON, 1991, p.476).

b. No tocante à responsabilidade internacional dos Estado por atos ilegais cometidos em seu território, as interpretações posteriores parecem não ter dado o devido destaque ao elemento político subjacente nas disputas envolvendo a venda da usina de *Chorzow*. A interferência direta do Estado polonês nos direitos de propriedade relacionados à fábrica estava intimamente ligada a liquidação dos interesses dos alemães, vistos naquela região não só como os vencidos na Grande Guerra, como também invasores seculares da região. A Silésia – ou Schlesien – região no Sudoeste da Polônia, havia sido anexada, no século XIV, à Boêmia e, por sua vez, mais tarde ao Império Alemão. Daí os atos poloneses discriminatórios contra os alemães, atos esses que deram origem à distinção entre nacionalizações legais ou ilegais. Seriam ilegítimas, portanto, as nacionalizações quando discriminatórias e dirigidas a estrangeiros, por exemplo, ou a certas parcelas da população (como no caso da usina de *Chorzow*).

c. Quanto aos critérios indenizatórios, o caso em tela transformou-se no mais importante antecedente no sentido de que a *restitutio in integrum* constituiria o modo de reparação privilegiado no Direito Internacional (NGUYEN QUOC; DAILLEIR; PELLET, 1994, p.767). É bem verdade que a restituição nem sempre é possível e que o pagamento de uma indenização seria a forma mais fácil de reparar-se o dano. De acordo com a decisão, atos legais, de um lado, ensejariam o pagamento apenas do valor do dano causado (*dannum emergens*). Por outro lado, nas nacionalizações ditas ilegais, na impossibilidade da devolução, a parte lesada faria jus ao pagamento não só do valor do bem (*dannum emergens*), mas também dos lucros cessantes (*lucrum cessan*) (NORTON/1991:476). Após o caso da Usina de Chorsow, a necessidade da *restitutio in integrum* passou a ser declarada em inúmeras sentenças.

d. Entre essas decisões, destacam-se três, coincidentemente todas proferidas em litígios derivados de contratos de concessão de petróleo, contra o governo da Líbia e proferidas por árbitros únicos : a primeira deu solução ao caso envolvendo a *BP Exploration Co. Libya* e foi de autoria do sueco Lagergen, em 1973. Ele concluiu que a *restitutio in integrum* é um princípio de Direito Internacional cuja aplicabilidade concreta, porém, raras vezes é possível. Diante da impossibilidade de sua aplicação, a medida é convertida em pagamento de indenização (NWOGUGU, 1976, p.222). Ao árbitro não foi solicitado calcular o montante da indenização (NORTON, 1991, p.480). O segundo caso trata-se da sentença

prolatada pelo francês René-Jean Dupuy, em 1977, no caso da *Texas Overseas Petroleum Company (Topco)* e *Califórnia Asiatic Oil Company (Calasiatic)*¹⁶. Dupuy repetiu que a *restitutio in integrum* era a forma de reparação de danos preferida pelo Direito Internacional e decidiu, de modo polêmico, pela retomada dos termos do contrato de concessão (*apud Ibid.*). Finalmente, no caso da LIAMCO¹⁷, o árbitro libanês Mahmassani, apesar de declarar o reconhecimento da validade da *restitutio in integrum*, afirmou que sua execução seria contrária à soberania da Líbia e que por isso concluía pelo pagamento de uma compensação em dinheiro (*apud Ibid.*, p.481). Não obstante o entendimento de Westberg e de Marchais de haver, atualmente, um consenso sobre a inadequação dessa forma de indenização (1992, p.455), o caso da Usina de Chorzow é até hoje citado como fonte de jurisprudência, como demonstrado, por exemplo, pelo item 122 da sentença proferida pelo CIRDI no caso Metalclad contra México, em agosto de 2000¹⁸.

26. Com o caso da Usina de Chorzow, encerra-se a fase pré-moderna do regime internacional dos investimentos. Suas linhas básicas podem ser assim resumidas: a) o emprego do uso da força na proteção dos interesses estrangeiros perde intensidade e o recurso a soluções pacíficas nos litígios referentes ao controle dos bens estrangeiros avança; o acesso à justiça internacional é possível por intermédio do instituto da proteção diplomática; b) a doutrina do Direito Internacional clássico, exclusivamente europeu até então, encara seu primeiro questionamento, corporificado na doutrina Calvo; ela é, no entanto, qualificada pelos europeus como mera construção regional; c) não se distinguem as manifestações populares pós-independência, ou os ressentimentos nacionais pós-Grande Guerra, dos atos realmente planejados pelo governo de acolhida para subtrair do controle privado certos bens ou atividades sob o controle estrangeiro; d) a jurisprudência reconhece que o Estado que comete atos ilegais em seu território deve reparar o dano ao lesado, por meio da restituição *in natura* ou, quando esta for impossível, pelo pagamento de valor equivalente àquela restituição.

27. **Terceiro período ou fase moderna do regime internacional do investimento estrangeiro.** Inicia-se com o fim da 2ª. Guerra Mundial e vai até o final da

¹⁶ O original da sentença, em francês, foi publicado pelo *JDI.*, vol. 104,n.2 (abr.,maio, jun.), 1977, p. 350 e seguintes. A versão em inglês no *ILM.*, volume 17, 1978, p.1 e seguintes.

¹⁷ Sentença publica no *ILM.*, volume 20, 1981, p.1 e seguintes.

¹⁸ A sentença está resumida no § 113 do Capítulo 1.

década de 1980. Coincide com o período da Guerra Fria e é cortado por dois eixos diretores. O primeiro deles, o ideológico, representado pelo conflito Leste-Oeste; o segundo, o eixo econômico, representado pelo conflito Norte-Sul. De uma forma geral, esse período é marcado pela ocorrência de nacionalizações de vulto¹⁹ e pelo questionamento do Direito Internacional tradicional. O regime gerado nos períodos anteriores é rejeitado tanto pelos novos Estados, frutos do processo de descolonização, como pelos países latino-americanos. Esses dois grupos de nações unem-se em torno de um ideário comum, qual seja, a política do não-alinhamento e a formação do chamado Grupo dos 77. Com certeza, será a mais conturbada e complexa de todas as fases. Para fins de facilitar sua análise, ela será subdividida em três momentos diversos: de 1945 a 1962; de 1962 a 1981 e de 1981 a 1989.

28. *1º subperíodo.* A primeira das três subfases abrange os sete anos subseqüentes ao final da 2ª. Guerra Mundial. Começa em 1945 e termina em 1962, com a aprovação da Resolução 1803 sobre a soberania permanente sobre os recursos naturais. É a transição entre o regime pré-moderno e o regime moderno dos investimentos internacionais. Como toda transição, é marcada por duas tendências antagônicas: de um lado, a apresentação de propostas revolucionárias quanto ao regime aplicável aos bens estrangeiros; de outro, a permanência do entendimento clássico da fase anterior. A introdução de novidades no diálogo internacional ficou por conta da rejeição das ex-colônias africanas e asiáticas ao capital internacional, dada a identificação desse com o poder soberano dos antigos colonizadores (SORNARAJAH, 1995a, p.12). Não será demais lembrar, inclusive, que as primeiras há muito identificavam no capital estrangeiro um escoadouro de suas riquezas, ao invés de antídoto contra a pobreza. Já nos idos de 1919, a Conferência Pan-africana de Paris alertara que os governos deveriam regular os investimentos na África com o objetivo de evitar a exploração de seu povo e de suas riquezas naturais (SEIDMAN, 1983, p.643).

29. A essa rejeição, somou-se o modo pelo qual foram processadas as indenizações pelos governos socialistas aos investidores estrangeiros nos países da Europa Central. Ele deu ensejo a argumentos no sentido de que o critério de indenização completa

¹⁹ No Irã, em 1951; Egito, em 1956; na Indonésia, em 1957; no Iraque, Ceilão e Cuba, em 1961; Argélia, de 1963 a 1970; na Síria em 1964; no Peru, em 1968; na Bolívia e em Zâmbia, em 1969; na Líbia e no Chile, em 1970 e 1971 (BOULANGER, 1975, p.13), sem mencionar as nacionalizações no Leste Europeu. Nessa lista, o autor não menciona a encampação da Cia. de Energia Elétrica Rio-Grandense, subsidiária da AMFORP, em 1959 e

("full compensation" entendida como aquela cristalizada na *Hull formula*) ou ainda o conceito da *restitutio in integrum* (quer dizer, a devolução da coisa ou o pagamento de montante equivalente à devolução) estavam ultrapassados. Isso porque os interesses estrangeiros foram parcialmente indenizados por intermédio de acordos globais pelos quais os pagamentos foram feitos por rateio (*lump sum agreements*). Essa prática foi inaugurada pelo tratado celebrado entre os Estados Unidos e a Polônia, em 27 de outubro de 1946 (BOULANGER, 1975, p.68). O grande número dessas desapropriações e a aparente aceitação generalizada do recebimento de apenas parte do valor dos bens desapropriados passaram a ser interpretados como provas de que a prática entre os Estados refletia mudanças substanciais no Direito Internacional (LAUTERPACHT, 1998, p.3). Cabe sublinhar que, até o início dos anos 60, se reconhecia que Direito Internacional aplicável à proteção dos bens – e conseqüentemente aos investimentos estrangeiros - era um direito com lacunas e às vezes contraditório. Sua base assentava-se sobre normas costumeiras e certos princípios, como o da não discriminação do estrangeiro e do direito adquirido. Esses princípios, porém, se chocavam, por exemplo, com a afirmação de que os tribunais nacionais prevaleciam sobre a proteção eventualmente oferecida pelo Direito Internacional, como visto acima, quando da menção à doutrina Calvo (LAVIEC, 1985, ps.85 e seguintes). Daí a importância da prática entre os Estados.

30. A forma clássica com que foram decididos dois grandes litígios internacionais do período, quais sejam, a nacionalização da *Anglo-Iranian Oil Company* (AIOC) pelo governo do Irã e a nacionalização do Canal de Suez pelo governo do Egito²⁰, contrastou com o modo com que as indenizações russas foram acertadas. Até essa primeira subfase, com exceção das nacionalizações mexicanas de 1938, todas as demais foram européias. Em 1951,

desapropriação dos bens da Companhia Telefônica Nacional, subsidiária da International Telephone and Telegraph (ITT), em 1963, pelo governo do Estado do Rio Grande do Sul (ABREU, 1990, p.202).

²⁰ deixou-se de lado o caso *Interhandel*, submetido pela Suíça à CIJ contra os Estados Unidos, em outubro de 1957, porque nele não houve apreciação de mérito. Em 1942, os Estados Unidos, com base no *Trading with the Enemy Act*, sequestrou as ações de uma sociedade estrangeira, registrada sob a denominação de *General Aniline and Film Corporation* (GAF). Alegou-se que a GAF era efetivamente controlada por uma empresa alemã, a *I.G.Farben*, por intermédio de ações que esta última possuía da empresa suíça *I.G. Chemie*. A explicação do governo suíço era de que, desde 1940, as ligações entre esta última e a empresa alemã tinham sido desfeitas. Naquele ano, a empresa suíça tinha mudado de denominação para *Interhandel* e seu negócio maior era o controle da GAF norte-americana. A Suíça entrou com uma solicitação de medida cautelar junto a CIJ – para que os Estados Unidos não pusessem à venda as ações da GAF – e posterior julgamento de mérito. O tribunal julgou-se incompetente porque a submissão dos Estados Unidos à CIJ passou a ter efeitos a partir de 1946, época posterior a caracterização do litígio. Como a competência da CIJ não poderia ser retroativa, declinou-se do exame do mérito e, conseqüentemente, do pedido da medida cautelar (conforme resumido pela CIJ e disponível em

essa tradição é rompida com a nacionalização da AIOC, cujos efeitos teriam grande impacto no cenário internacional. Teria ela sido, na verdade, a primeira grande crise do petróleo, e não a outra, a de 1973.

31. Em 1º de maio de 1951, entraram em vigor três diplomas legais promulgados pelo Xá, dispondo que todas as operações de prospecção, extração e exploração de petróleo ficavam sob a competência exclusiva do governo. Ocorre que a indústria petrolífera no Irã era sinônimo de interesses ingleses, de acordo com contratos de concessão inicialmente negociados entre Irã e Inglaterra, sob a supervisão da Liga das Nações, revistos em 1932 e 1933. Tratava-se do mais significativo investimento britânico no exterior. O próprio governo inglês era o acionista majoritário da AIOC (SCHWARZENBERGER, 1969, ps.66 e seguintes). Enquanto a AIOC, invocando a cláusula arbitral nos contratos de concessão celebrados com o governo persa, recorria à arbitragem, a Inglaterra, assumindo a causa da AIOC, buscava a solução do problema junto à CIJ. As pressões políticas intensificaram-se. O Presidente norte-americano Truman interveio, oferecendo mediar a situação. Diante da suspensão, pela Inglaterra, do fornecimento de produtos essenciais ao Irã –entre eles açúcar e equipamentos necessários à indústria do petróleo–, a Rússia ofereceu-se como fornecedora substituta. O governo americano colocou pressão no Banco Mundial para que esse cancelasse o empréstimo prometido ao Primeiro Ministro Mossadeg.

a. Em 1952, a CIJ declarou-se incompetente para julgar o litígio por duas razões. Primeiramente, os tratados e convenções anteriores à ratificação iraniana da aceitação da jurisdição da CIJ estariam excluídos da esfera de competência desse tribunal. Em segundo lugar, malgrado as alegações em contrário da Inglaterra, não se reconheceu o *status* jurídico de acordo internacional ao contrato de concessão celebrado entre a Pérsia e Inglaterra, em 1933 (EISMANN, 1970, p.26). Por seu turno, a cláusula arbitral no contrato de concessão foi considerada inoperante (LAUTERPACHT, 1998, p.2). Em vista disso, a Inglaterra passou a ingressar com medidas judiciais para a apreensão de exportações de petróleo iraniano em tribunais nacionais com jurisdição sobre os diferentes locais em esse petróleo aportava. Isso dificultava as exportações. Não havia dúvidas de que só se sairia do impasse por meios políticos.

b. Em 1954, traçaram-se as linhas gerais do acordo que iria colocar fim à disputa: criou-se um consórcio iraniano para a exploração do petróleo (*Iranian Oil Consortium*, entidade constituída sob as leis inglesas) e 40% de suas ações foram atribuídas a *British Petroleum Company*, na qualidade de sucessora da AIOC, e 14% a Royal Dutch Shell. As ações remanescentes (46%) foram distribuídas entre companhias dos Estados Unidos (40%) e da França (6%). À época de sua nacionalização, o pleito da AIOC era da monta de 350 milhões de dólares. Por meio do pagamento do preço de 60% das ações no *Iranian Oil Consortium*, recebeu 214 milhões de dólares das outras empresas; além disso, reteve 51 milhões de dólares de uma conta caução que garantia a assinatura de um antigo acordo de 1949 pelo Irã, o que jamais ocorreu. Após a conclusão do acordo de 1954, embora a *British Petroleum* alegasse que a área de concessão do novo consórcio era menor do que a de sua antecessora, o valor de mercado de suas ações havia se valorizado em mais de 300%. Após a ratificação do Irã ao acordo de 1954, a *British Petroleum* anunciou a distribuição de bônus, na proporção de quatro novas ações por ação já registrada. Esses valores parecem dar prova de que os investidores britânicos não saíram lesados e de que o resultado obtido até excedia aquele obtido se o conceito de indenização completa (*full compensation*) tivesse sido aplicado.

c. O regime anterior de proteção dos bens estrangeiros dava mostras de que não estava de todo ultrapassado. Foram constantes as ameaças inglesas de uso da força militar na solução do conflito, com isso marcando a continuidade do regime clássico. Mas a intervenção de organismos internacionais, como foi o caso da presença de missões do Banco Mundial em Teerã durante o conflito, reforça a busca de uma solução pacífica (ainda que tal presença também possa ser interpretada como a manifestação indireta do novo poder político-econômico nessa região. Realmente, os Estados Unidos haviam substituído o agonizante imperialismo inglês. Lembre-se que o mecanismo de deliberação do Banco Mundial não é democrático como o das Nações Unidas, onde impera o critério de um voto para cada país. No Banco Mundial, como no FMI, os votos são determinados pelo valor das cotas detidas pelo país e que corresponde ao valor de sua dotação).

d. Na ausência de decisão material por parte dos tribunais que hipoteticamente deveriam julgar a questão, mas que se julgaram impedidos por questões processuais, os novos argumentos articulados pelas nações recém-independentes e pelos países socialistas não foram

testados pelas cortes internacionais. Em 1956, a nacionalização do Canal de Suez vem confirmar a sobrevivência desse regime tradicional(SCHWARZENBERGER, 1969, p.84).

32. Mais de 50% das ações da Companhia do Canal de Suez estavam em poder de investidores franceses. Outros 44% estavam em poder do governo inglês, desde 1847, quando Disraeli adquiriu essa participação diretamente do quediva do Egito. A Companhia tinha sede social em Alexandria (Egito) e sede administrativa em Paris. A nacionalização do canal, ponto estratégico na região, levada a cabo pelo presidente Nasser, foi interpretada como um desagravo à suspensão dos financiamentos norte-americanos e ingleses à construção da barragem de Assuan (Ibid.), posteriormente construída com suporte soviético. Os dois acordos assinados em 1958, entre a República Árabe Unida, de um lado, e a Companhia do Canal de Suez e a Companhia Financeira de Suez, de outro, que puseram um ponto final nas discussões sobre as indenizações devidas, foram rapidamente concluídos, com a intervenção do Banco Mundial. Os bens daquelas companhias em território egípcio ficariam com o governo do Egito; aqueles fora de seu território, congelados em bancos estrangeiros ou representados por qualquer tipo de crédito ou direito, responderiam pela indenização. As razões aqui foram tão pragmáticas como aquelas que permitiram o acordo no litígio que envolveu a nacionalização da A.I.O.C.: era crucial tanto assegurar o direito de passagem na área do canal como impedir um conflito aberto entre Inglaterra e França. Será necessário esperar-se quatro anos para que o regime clássico do investimento estrangeiro sofra alterações.

33. A caracterização definitiva de uma cisão no regime internacional clássico do investimento só irá ocorrer com a aprovação da Resolução 1803 sobre a soberania permanente sobre os recursos naturais pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1962.

34. *2º subperíodo.* Essa fase é caracterizada pela discórdia manifesta entre os países industrializados e os países em desenvolvimento acerca do regime internacional dos investimentos. O ponto de partida, como foi afirmado, é a aprovação da Resolução das Nações Unidas sobre a soberania permanente sobre os recursos naturais. Seu término será a interrupção das negociações multilaterais sobre cooperação e desenvolvimento entre os países industrializados e os países em desenvolvimento, a partir da Conferência de Cancún, de 21 a 24 de outubro de 1981. Tem, portanto, como pano de fundo os anos em que ocorreu a conjunção dos efeitos políticos da Guerra Fria com os reflexos da luta econômica travada no chamado diálogo Norte-Sul.

35. De modo semelhante ao que ocorreu com o lançamento da doutrina Calvo, a teoria da soberania sobre os recursos naturais é de origem latino-americana (FEUER; CASSAN, 1991, p.199). O Chile articulou a tese nas Nações Unidas, em 1952, e os argumentos políticos, econômicos e jurídicos em torno da idéia germinaram e desabrocharam em terreno fértil, como prova o processo iniciado com a aprovação da Resolução 626 (VII) de 1962 pela Assembléia Geral daquela organização e que culminou com a edição da Resolução 1803 (XVII) de 14 de dezembro de 1962. De acordo com esta última, o direito de soberania permanente dos povos e das nações sobre suas riquezas e seus recursos naturais deveria, a partir de então, ser exercido no interesse nacional e no bem da população do Estado interessado. Essas disposições, aprovadas por esmagadora maioria - nela incluída a maior parte dos países exportadores de capital -, eram uma revisão do princípio anterior do direito adquirido (Ibid., p.205). O conceito de direito adquirido era tido como princípio geral de direito internacional desde o século XIX, tendo sido confirmado por um número grande de sentenças arbitrais e pelo menos por três casos célebres julgados pela CIJ e acima citados²¹: o caso *Mavrommatis*, a questão de certos interesses alemães na Alta Silésia e o caso da Usina de Chorzow. Doravante, tais disposições tornavam indiscutível o direito de nacionalizar do Estado anfitrião.

36. Se essa revisão era incontestada, a outra, relativa ao pagamento da indenização ao estrangeiro desapropriado, ficava em aberto. Se, pelo voto, as novas nações que emergiram do jugo colonial tinham obtido o reconhecimento de sua soberania sobre as riquezas de seus territórios -o que seria inadmissível pela aplicação do princípio do direito adquirido-, não tiveram força suficiente para esclarecer de forma definitiva as condições aplicáveis ao pagamento das indenizações. O artigo quarto da Resolução 1803 passou a dispor da seguinte forma:

A nacionalização, a expropriação ou a requisição deverão fundar-se em razões ou motivos de utilidade pública, de segurança ou de interesse nacionais, os quais se reconhecem como superiores ao mero interesse particular, ou privado, tanto nacional como estrangeiro. Nesses casos, pagar-se-á ao proprietário a indenização apropriada, tendo em vista as normas em vigor no Estado que adote essas medidas, no exercício de sua soberania e de conformidade com o direito internacional. Em caso da questão da indenização dar origem a um litígio, deve esgotar-se os recursos da jurisdição nacional do Estado que adote tais medidas. Entretanto, por acordo entre soberanos e outras partes interessadas, o litígio poderá dirimir-se por arbitragem ou decisão judicial internacional.

²¹ Cf. § 23.

37. O texto confirmou que, como o demônio, os atos contra os bens e investimentos estrangeiros, apesar de natureza muito parecida, têm mil nomes. Nacionalização, expropriação, requisição, sem mencionar confisco e desapropriação, referem-se *grosso modo* ao mesmo fenômeno, qual seja, a perda do controle do investidor sobre seus bens em território estrangeiro²². A diferença entre nacionalizações lícitas e ilícitas, estabelecida no passado no caso da Usina de Chorzow, também foi confirmada. Entretanto, o que passaria a ser o pomo da discórdia entre os países exportadores e os importadores de capitais era o adjetivo “apropriada”, colocado após a palavra indenização. Indenização apropriada, como no texto citado, seria o mesmo que indenização adequada? Lembre-se que a

²² “Expropriação, nacionalização, confisco, requisição, “indigenisation”, transferência – trata-se sempre da apropriação ou da liquidação pelo Estado de bens estrangeiros, ou melhor de direitos patrimoniais, os quais, aí incluídos os direitos contratuais, foram progressivamente assimilados nesse contexto à propriedade de um bem” (ABI-SAAB, 1987, p.341). Além de serem medidas que atentam contra o direito de propriedade, tratam-se as vezes de formas jurídicas definidas por direitos internos, cujas diferenças, porém, são de pouca relevância para o Direito Internacional. Uma classificação útil é de separá-las entre medidas diretas ou indiretas de perda de controle do bem, do ganho ou do direito.

De uma forma geral, tudo indica que a principal diferença entre expropriação e nacionalização é a consagração do primeiro (*expropriation*) pela língua inglesa, enquanto que a doutrina francesa prefere referir-se à nacionalização. Por isso, expropriação (*expropriation*) – e também a nacionalização, seguida essa indicação – significa “formas legais de interferência”, e conformes com o direito internacional, nos direitos referentes à propriedade privada estrangeira tomadas por uma soberania territorial ou qualquer um de seus órgãos subordinados” (SCHWARZENBERGER, 1969, p. 16).

Não obstante, há opiniões divergentes. Segundo Huck (1989, p.86), “a expropriação...visa obter para o Estado bens particulares, especialmente imóveis, objetivando dar-lhe uso social...”. Com ele, concorda Mello (1993, p.143), para quem a expropriação seria o que no Brasil se conhece como desapropriação, medida pontual e que atinge um determinado caso. Este último autor, indo mais além, endossa a definição de Petré, pela qual a nacionalização é uma medida genérica e que visa eliminar, por razões sobretudo políticas, as empresas privadas, em um ou vários setores da vida econômica do país (*Ibid.*). Em outras palavras, a nacionalização teria um finalidade econômica clara, visando o aspecto social e de política geral. Seria, nas palavras empregadas por La Pradelle, no relatório final apresentado à reunião do Instituto de Direito Internacional de 1950, “uma operação de alta política” (*apud* verbete “Nationalisation”, *Enciclopédia Dalloz de Direito Internacional*, Paris, Dalloz, p. 346, 1969). Mello recorda também que as medidas expropriatórias – ou de desapropriação – submetem-se a critérios legais pré-estabelecidos e aos crivos dos tribunais, enquanto as nacionalizações são medidas políticas, eventualmente isentas do pagamento de indenização.

Por sua vez, há divergências com relação ao teor do confisco. Schwarzenberger (1969, p.16) o limita aos casos em que essa a interferência na propriedade é feita ao arpejo das regras internacionais, dando ensejo, por isso, à ação de responsabilidade internacional. Em outras palavras: no confisco não haveria indenização. Já Mello, reconhecendo que a falta de pagamento caracterizaria o confisco, prefere incluí-lo no rol das medidas de caráter penal e pessoal. Enquanto que a requisição, por seu turno, só recairia sobre bens móveis, interferindo em seu uso, e seria ditada por necessidades públicas (verbe “Nationalisation” na enciclopédia supra mencionada), a “indigenisation”, segundo Nwogugu, seria o processo por meio do qual o investidor estrangeiro é compelido por atos normativos ditados pelo país de acolhida a se desfazer do controle sobre o investimento (1976, p.184). Assim, esta última figura estaria vizinha da “creeping expropriation” ou “constitutive taking”, que são definidas por Walde como medidas tomadas pelo governo com a intenção de solapar a propriedade de bens economicamente produtivos, levando, desta forma, a sua liquidação (1995a, p.54).

partir de 1938 os Estados Unidos passaram a defender internacionalmente o trinômio contido na fórmula Hull: a indenização deveria ser pronta, adequada e efetiva²³. Por isso, apropriada não significava o mesmo que adequada; queria dizer que, doravante, eram permitidas indenizações de valor inferior ao do valor total, ou seja, indenizações parciais (Norton, 1991, p.488).

38. Realmente, se a Resolução 1803 reconhecia que, ao nacionalizar, o Estado estava exercendo sua soberania, esse exercício não poderia ser limitado pela exigência do pagamento de uma indenização completa. Para uma minoria - mas de peso, uma vez que compreendia os países ricos exportadores de capital - as duas expressões eram idênticas. O então Conselheiro Jurídico Substituto do Departamento de Estado norte-americano, Stephen Schewebel, posteriormente Presidente do Corte Internacional de Justiça, profundamente comprometido nos trabalhos prévios à Resolução 1803, sustentava que ambas expressões diziam a mesma coisa (LAUTERPACHT,1998, p.3 e NORTON,1991, p.478). A verdade é que o debate e uma série de votos em versões alternativas foram extremamente confusos e que o texto foi o fruto precário do consenso obtido (NORTON/1991:478). Era dado, contudo, um largo passo em direção a um novo capítulo do regime internacional dos investimentos: tinha início a contestação direta do regime clássico anterior.

39. A contestação assim iniciada refletiu uma tensão mais abrangente e que passou para a história das relações internacionais como o diálogo Norte-Sul. O Direito Internacional foi tocado por uma lufada de idéias e conceitos novos, sem dúvida consequência da entrada de novos atores no cenário internacional: as nações recém-saídas do jugo colonial, de um lado, e um significativo número de organizações internacionais em cujas assembléias os novos países passaram a fazer valer suas posições, por meio do voto, de outro. Ganhou corpo a idéia de Terceiro Mundo, uma terceira opção entre a partição binária de poder que dominou a Guerra Fria ou, em outras palavras, o conflito Leste-Oeste, entre Estados Unidos e União Soviética. À luz do conflito econômico Norte-Sul, o regime internacional dos investimentos foi questionado e revisto, ao menos doutrinariamente, com muito mais vigor do que sob a lente do conflito ideológico Leste-Oeste.

40. No conflito unicamente ideológico, a exigência do pagamento da indenização completa (pronta, adequada e efetiva) nunca foi abertamente abordada, por exemplo.

²³ ou *full compensation* (NORTON, 1991,p.476), neste trabalho indenização completa

Voltando-se ao que já foi escrito, as discussões que se seguiram às nacionalizações russas, posteriores à 1917, não produziram internacionalmente o material doutrinário nem jurisprudencial que era de se esperar. Muito menos as nacionalizações em massa que tiveram lugar nos países da Europa Central que sucumbiram ao domínio soviético, após 1945. No conflito econômico entre países ricos e pobres, uma extensa gama de novos conceitos e princípios foi articulada.

41. Em primeiro lugar, os novos países, a maioria países do Sul pobre e aglutinados em torno da idéia de Terceiro Mundo, afirmavam que não se sentiam vinculados aos costumes internacionais existentes pelo fato de não terem participado de sua elaboração. Ora, as regras internacionais aplicáveis à proteção do investimento eram até então costumeiras.

42. Segundo, frente ao abismo econômico que os separava dos países do Norte rico, os países do Sul advogavam a criação de regras diferenciadas - incluindo incentivos, medidas de proteção e salvaguardas - que viabilizassem o desenvolvimento. Por iniciativa do então presidente dos Estados Unidos, John Kennedy, a Assembléia Geral das Nações Unidas havia declarado que a década de 60 seria dedicada ao desenvolvimento econômico internacional (HUCK, 1989, p.88). Daí a criação de todo um conjunto de regras e novas organizações internacionais, como a UNCTAD, em 1964, onde o primado foi dado aos interesses dos países do Sul. Por fim, chegou-se a admitir a existência de novos ramos do Direito Internacional: o Direito Internacional do Desenvolvimento, como prolongamento do Direito Internacional Econômico (FEUER;CASSAN, 1991, p.1 a 14)²⁴ e o Direito Internacional da Cooperação (HUCK, 1989, p.36).

43. Na esteira da Resolução 1803, de 1962, a Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou várias outras resoluções cujo teor cada vez mais reafirmava tanto a prevalência da ordem interna sobre a internacional como o direito dos países em desenvolvimento de receber um tratamento diferenciado e mais favorável, derogatório dos fundamentos tradicionais do Direito Internacional. Dentre elas, três merecem destaque: as Resoluções 3201 e 3202 (S VI), ambas de 1º. de maio de 1974 -a Declaração sobre a NOEI e

²⁴ A partir da criação da UNCTAD e de sua 1ª. Assembléia Geral, em 1964, a doutrina, principalmente a francesa, passou a sustentar a idéia de que um novo sistema jurídico estava em formação. Michel Virally propôs a denominação de Direito Internacional do Desenvolvimento (FEUER; CASSAN, 1991, p.15).

Programa de Ação para uma NOEI, respectivamente- e a Resolução 3281 (XXIX), de 12 de dezembro do mesmo ano, sob o título de Carta dos direitos e deveres econômicos dos Estados.

44. O conteúdo dessas resoluções chocava-se com os interesses dos países do Norte. Se a Resolução 1803 reconhecia, como já afirmado, o direito de nacionalizar do Estado, também determinava que seu exercício deveria seguir alguns parâmetros traçados pelo Direito Internacional, quais sejam, atender o interesse social e serem acompanhadas de indenização adequada. Contrariamente, a Declaração sobre a NOEI, em seu artigo 2º, estabelecia o direito de nacionalizar pondo de lado qualquer referência ao Direito Internacional (FEUER; CASSIN, 1991, p.215). O Programa de Ação para a NOEI ousava ir mais longe. Entre outras disposições, afirmava que a indenização era devida aos países do Terceiro Mundo, cujos territórios haviam sido objeto da dominação estrangeira e do regime do *apartheid* (Ibid., 223). Além de propor a inversão da obrigação de indenizar, levando em conta que as empresas multinacionais eram a mola propulsora dos investimento internacionais, o mesmo documento criou a Comissão das Sociedades Transnacionais, incumbida de criar um Código de Conduta para as Transnacionais. A iniciativa dos países não-industrializados em criar regras reguladoras da ação das multinacionais sinalizava um ponto de atrito adicional no contexto das relações Norte-Sul.

45. Com exceção da Resolução 1803, todas as outras foram aprovadas sem os votos dos países industrializados exportadores de capital (DUPUY, 1995, p.499). Nas palavras de Carreau e Juillard, elas nunca gozaram da mesma "lisonjeira reputação" ostentada pela Resolução 1803 (1998, p.422) e sua cogência internacional passou a ser questionada, por não refletirem o entendimento da comunidade internacional sobre o objeto tratado (DUPUY, 1977, p.377). Porém, aos menos teoricamente, esses documentos desestabilizavam qualquer certeza sobre o regime aplicável aos investimentos a partir de então. A instabilidade foi agravada pelo comportamento por vezes contraditórios assumidos pelos países em desenvolvimento e pela falta de parâmetros claros na jurisprudência internacional desse período.

46. Durante esse período, a atitude dos países do chamado Terceiro Mundo passou a ser paulatinamente ambígua, ou esquizofrênica, tal o grau de atração e repulsa por parte dos países em desenvolvimento com relação ao investimento estrangeiro (SIMON, 1987, p.93). Conscientes de que apenas investimentos públicos eram insuficientes para financiar seu

crescimento econômico e de que o investimento privado era uma espécie de mal necessário, esses países, ao mesmo tempo que aprovavam resoluções de texto revolucionário nas Nações Unidas, celebravam acordos bilaterais de proteção de investimentos e acordos de estabelecimento com países exportadores de capital, quando não editavam extensos códigos sobre investimentos estrangeiros, que não raro previam incentivos fiscais para atraí-los (SORNARAJAH, 1995a, p.14).

a. Com relação aos códigos de investimento, deve ser ressaltado que essa rubrica acolheu, como ainda acolhe, uma coleção relativamente vasta de documentos legais de conteúdo diverso. Na forma em que o termo atualmente é tomado, esses códigos, de modo geral, tratam-se, apesar da denominação, de leis que procuram consolidar, em um único diploma, as disposições sobre investimentos vigentes no país em que são editadas. Teoricamente, podem prever incentivos e regimes especiais de tributação²⁵ e, por isso, podem incentivar o investimento. Ademais, podem sistematizar as medidas administrativas necessárias à operacionalização deste último, simplificando a vida do investidor (PARRA, 1992, p. 428). Em outras palavras: são como mapas das estradas que devem ser seguidas pelos investidores interessados em investir no país (KAFELE-KALE, 1991, p. 821). Mas nem sempre foi assim.

b. No auge do conflito Norte-Sul acima mencionado, a aprovação do Código Andino sobre Investimentos foi não apenas saudada com entusiasmo pela maioria dos países do Terceiro Mundo –afinal, tratava-se de uma manifestação indiscutível de espírito independente e de coesão regional-, mas também interpretada como um passo expressivo no processo de consolidação da NOEI. A decisão 24 do Pacto Andino, de 31 de dezembro de 1970, criou um regime regional de investimentos estrangeiros, marcas, patentes, licenças e *royalties* a ser aplicado na Bolívia, Chile, Colômbia, Equador e Peru, os cinco países integrantes do Mercado Andino, um subgrupo da então Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC). Em sua primeira versão, pouco alterada pela Decisão 37 de junho de 1971, o Código de Investimento Andino estabeleceu um regime restritivo com relação aos investimentos internacionais. A intenção era de limitar a influência estrangeira na economia (SCHLIESSER,VOLNAY, 1972, p.559), o que era necessário para o cumprimento da política

²⁵ atualmente, em razão das TRIM's ditadas pela OMC, a existência desses incentivos foi limitada; cf. § 165, Capítulo 3.

de substituição das importações adotada pelos governos daqueles países (PATE, 1991, p.1284). A Declaração 24, que foi sempre considerada um obstáculo para o investimento estrangeiro (idem, 1988, p. 974), foi revista pela Decisão 220, em maio de 1987, época em que toda a região sul-americana amargava os efeitos da crise da dívida externa de seus países e quando alguns países latino-americanos já haviam adotado regimes internos absolutamente contrários aos princípios restritivos do Código Andino original –como foi o caso da lei sobre investimentos do Chile, de 1976 (WÄLDE, 1995a, p.71). Em 1991, o regime regional andino aplicável aos investimentos internacionais deu uma guinada no sentido de uma quase total liberalização dos fluxos de investimentos, capitais e tecnologia, como evidenciado pela Decisão 291. Efetivamente, do código de 1970 nada restou.

47. Um número significativo de nacionalizações nesse período deu margem a farto contencioso arbitral internacional. Por sua vez, essas sentenças – ainda que em muitos casos tenham sido proferidas por tribunais constituídos unilateralmente e a revelia de uma das partes, o que reduz seu valor prático (SORNARAJAH, 1995a, p.80) – foram objeto de abundantes comentários. A variedade dos argumentos adotados pelos árbitros e dos enfoques adotados pelos comentaristas aumentaram a incerteza quanto ao regime internacional dos investimentos. Isso sem mencionar que um documento das Nações Unidas já havia alertado que o consenso sobre as regras de proteção do investimento internacional estava se desfazendo²⁶. Contudo, em uma análise com mais de 30 anos de distância, talvez seja uma sentença da CIJ que tenha melhor resumido a indefinição e inadequação do Direito Internacional dessa época para regular os investimentos Trata-se da sentença prolatada no caso *Barcelona Traction*, entre Bélgica e Espanha.

48. O caso é composto de duas fases, a primeira de 1958 a 1961, encerrada com a retirada do pedido belga para negociações, e a segunda de 1962 a 1970, data em que a sentença foi proferida (texto publicado na *Révue Général*, n.3, 1970, p.759 a 807). Nesse caso, o governo da Bélgica, em nome dos interesses belgas na empresa *Barcelona Traction Light and Power Company, Limited*, entrou com uma reclamação contra a Espanha. A administração espanhola teria cometido atos contrários tanto ao Direito Internacional como aos interesses de acionistas belgas naquela companhia. A CIJ julgou sem entrar no exame do

²⁶ Nações Unidas, Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais. *The External Financing of Economic Development* (1968 –E. 68.II.D.10) Seção 84 (p.31) (apud SCHWARZENBERGER, 1969, p.7).

mérito da questão. Decidiu faltar *jus standi* à Bélgica, ou seja, não caber a ela o direito de agir, levando-se em consideração que a Barcelona Traction era uma empresa constituída no Canadá. Era indiferente o fato de seu controle estar em poder de companhias belgas²⁷.

a. Como no contencioso da A.I.O.C, em 1952, por coincidência ou não, a CIJ não chegou a entrar no mérito da questão no caso *Barcelona Traction*. No entanto, da sentença constou uma afirmação que passou, a partir de então, ser comumente citada, tanto para provar a indefinição do regime internacional dos investimentos como da ineficácia das regras tradicionais do Direito Internacional para reger as cada vez mais complexas relações do comércio internacional. O caso, que reuniu doutrinadores célebres como Fitzmaurice, Jessup (entre os membros da Corte), Simone Bastide, F. Mann, Virally, Lauterpacht (entre os representantes da Bélgica), Rodrigo Ago, P. Guggenheim, Jiménez de Aréchaga, Paul Reuter e Prosper Weil (entre os representantes da Espanha) foi encerrado por uma sentença que, em um de seus itens finais, chegava à seguinte conclusão:

considerando os importantes acontecimentos dos últimos cinquenta anos, a extensão dos investimentos estrangeiros e a amplitude tomada pelas atividades das sociedades no plano internacional, notadamente aquela das sociedades *holdings*, freqüentemente multinacionais, e levando-se também em conta a proliferação dos interesses econômicos dos Estados, pode ser à primeira vista surpreendente que a evolução do direito não tenha ido mais longe e que as regras geralmente reconhecidas não se tenham cristalizado sobre o plano internacional (*Ibid.*, p.803).

b. Essa constatação só deu maiores subsídios à polêmica criada pelo discurso inflamado dos países em desenvolvimento.

49. O clima geral desse discurso era muito semelhante àquele que dominou os movimentos revolucionários que espocaram por todo o mundo, em 1848, e que, por sua exuberância e extensão, recebeu o nome de “Primavera dos Povos”. O estilo do discurso era o mesmo, eufórico, utópico e romântico. Os franceses chegaram a criar um neologismo para essa retórica: o espírito “quarente-huitard” (HOBSBAWN, 1996, p.13). De forma idêntica, é possível identificar esse espírito nas regras sob títulos pomposos - como Declaração ou Carta -

²⁷ aparentemente, com base em comentário de F.Mann, nenhuma indenização foi paga com relação a esse caso: “After more than ten years it appears even more remarkable than earlier that the facts summarized in the text were defended by eminent Spanish lawyers instructed by the Franco regime as lawful under Spanish and international law, that no independent tribunal has ever pronounced upon them and that post-Franco Spain, which purports to adhere to democracy, participates in the Council of Europe and its human rights institutions and intends to join the EEC., has done nothing to undo a grave injustice” (Mann, 1982, p.244, nota de rodapé).

, mas de eficácia duvidosa, votadas nesse período. Como toda primavera, essa movimentação teve seus dias contados.

50. Para fazer frente às exigências dos países do Sul, os países Norte articularam-se e criaram o G-7, cuja primeira reunião ocorreu em 1975. Se as regras tocantes ao regime internacional sobre os investimentos eram pouco claras, era necessário torná-las precisas. Acordos bilaterais de proteção e promoção ao investimento passaram a ser celebrados a exaustão, entre países exportadores de capital, de um lado, e países importadores de capital, de outro. A prática da celebração desses novos acordos bilaterais, em substituição dos antigos Tratados de Amizade Comércio e Navegação, foi de iniciativa européia. O primeiro deles foi assinado entre a República Federal da Alemanha e o Paquistão, em 25 de Novembro de 1959 (DOLZER; STEVENS, 1995, p.1).

51. Não basta que a norma seja clara. É necessário zelar por sua interpretação e aplicação. Aproveitando uma idéia que havia sido cogitada mais de uma vez²⁸, medidas concretas já haviam sido tomadas para a criação de um contencioso próprio, voltado exclusivamente a questões envolvendo investimentos internacionais. Sob os auspícios do Banco Mundial, com efeito, havia sido criado, pela Convenção de Washington, em 1965, o CIRDI²⁹.

52. O golpe mais contundente na NOEI foi a crise financeira que se abateu sobre economias dos países em desenvolvimento, resultante do aumento dos juros internacionais, nos últimos anos da década de 1970 (consequência, por sua vez, do aumento dos preços do petróleo, a partir de 1973). Endividados, esses países perderam o poder de pressão. O movimento por eles promovido esvaziou-se definitivamente após a Conferência de Cancún sobre cooperação e desenvolvimento, organizada pela UNCTAD, de 21 a 24 de outubro de 1981. A partir de então, o Presidente dos Estados Unidos, Ronald Reagan, deixou claro que descartava qualquer negociação multilateral e que negociações bilaterais passariam a ser a regra (FEUER; CASSIN, 1991, p.11).

²⁸ Em 1960, no Congresso da *International Law Association* em Hamburgo, e posteriormente em 1962, em Bruxelas, o Professor Seidl Hohenfeldern – que por duas vezes ministrou o curso de Direito Internacional Público na Academia de Haia (1979 e 1986) sobre aspectos do Direito Internacional Econômico - apresentou um projeto de criação de um centro de arbitragem internacional para investimentos estrangeiros (BOULANGER, 1975, p. 22).

²⁹ Cf. § 7.

53. 3º. *subperíodo*. Com o cessar do diálogo Norte-Sul, no início da década de 80, um eixo fundamental foi suprimido do contexto que se prestava de base para o estabelecimento de um regime internacional novo para os investimentos. Da NOEI, com exceção de algumas conquistas – a mais importante delas o reconhecimento internacional do direito de nacionalizar estabelecido na Resolução 1803 de 1962³⁰ - pouca coisa efetivamente perdurou no Direito Internacional. Talvez o que ficado seja a possibilidade de abordar-se a realidade por meio de um outro conjunto de valores. No presente subperíodo, cuja duração irá se estender até final de 1989, o ponto final no conflito ideológico Leste-Oeste, a tendência será a de reconstruir os pressupostos clássicos profundamente abalados durante as duas décadas anteriores. A reconstrução ficará em grande parte a cargo da jurisprudência.

54. Efetivamente, a jurisprudência do CIRDI, criado em 1965, começou a formar-se em 1976, com a notícia do acordo firmado no primeiro caso submetido àquele centro e que contrapôs o Marrocos à empresa *Holiday Inns*³¹. E, por outro lado, nos primeiros anos da década seguinte, começam a vir a público as primeiras sentenças proferidas pelo tribunal criado pelas Declarações de Alger, de 1981 (Tribunal Irã-Estados Unidos), para julgar os litígios decorrentes das nacionalizações e do congelamento dos bens norte-americanos e iranianos, resultado da crise internacional desencadeada pela invasão da embaixada norte-americana em Teerã e pela detenção de seus funcionários, em 4 de novembro de 1979.

55. Como já afirmado, o CIRDI foi criado sob os auspícios do Banco Mundial³². Alegava-se que a intenção era despolitizar as discussões acerca dos direitos e obrigações relacionadas ao investimento internacional e facilitar a ação do investidor. Este último estaria desobrigado de buscar o patrocínio de sua causa junto a seu país (patrocínio esse instituído pela figura da proteção diplomática e que poderia ser concedida ou não, segundo critérios políticos de governo). A constituição do CIRDI, porém, pode ser interpretada sob outras óticas. Inicialmente, pode ser analisada como o golpe de misericórdia na doutrina Calvo. Uma vez que, segundo ela, os tribunais locais é que detêm, sempre, a última palavra

³⁰ Não parece ser demasiado insistir: até 1962, para todos efeitos formais, prevalecia a tese do direito adquirido, um óbice à nacionalização. Resolução 1803 promoveu sua remoção, sem resolver, todavia, o impasse da indenização.

³¹ O caso não chegou a ser publicado. O conhecimento que dele se tem é baseado no artigo de autoria de Pierre Lalive e citado na bibliografia.

³² Cf § 51.

sobre os investimentos feitos em seus respectivos territórios, criar um tribunal internacional com competência para julgá-los é colocar em cheque o cerne da doutrina.

a. Em segundo lugar, o CIRDI pode ser encarado como uma resposta aos obstáculos que se apresentaram às tentativas de solucionar judicialmente o litígio decorrente da nacionalização da AIOC e à politização – que levou à guerra – no caso da Companhia do Canal de Suez, em 1956³³. Em terceiro lugar, uma iniciativa no sentido de homogeneizar o regime internacional dos investimentos, por intermédio de suas decisões. Afinal, até a data de criação daquele centro, o direito aplicável aos investimentos era preponderantemente um direito costumeiro. Pela via jurisprudencial, novas regras poderiam ser agregadas às fontes já existentes.

b. O caso que inaugurou o CIRDI teve início em 1972 e seu término ocorreu 6 anos depois, em 1978, quando as partes – o governo do Marrocos e a rede de hotéis *Holiday Inns* – fecharam um acordo. Atribuiu-se a demora da decisão à morte de dois dos árbitros escolhidos pelas partes no decorrer do processo e à necessidade de substituí-los. A conclusão do caso, sem decisão de mérito e por meio de acordo, foi apontada como um dos pontos positivos da arbitragem. Na opinião de Pierre Lalive, doutrinador renomado e advogado da empresa *Holiday Inns*, um livro não seria suficiente para a análise de todos os numerosos problemas jurídicos envolvidos – sem mencionar os outros aspectos políticos e psicológicos também presentes (1980, p.160). Apesar de muito espaço ter sido ocupado por discussões sobre aspectos processuais da questão (*Ibid.*, p.161), é uma excelente ilustração do tipo de confusão que pode surgir no campo do investimento internacional trazido pela criação das chamadas empresas locais - subsidiárias ou filiais - na implantação de projetos complexos financiados internacionalmente (*Ibid.*, p.158), quer dizer, em um *project finance*.

c. Pierre Lalive sublinha que esse tipo de conflito, envolvendo a constituição de pessoas jurídicas locais para a implementação de contratos mais abrangentes de investimento, também surgiu no segundo caso submetido ao CIRDI, o de Adriano Gardella contra o governo da Costa do Marfim. Nesse caso, aparentemente também só conhecido por intermédio de comentários, o réu inicialmente sustentou que a existência de uma *joint venture* local tiraria o caráter internacional do investimento, impedindo, com isso, a apreciação do

³³ Cf § 31 e 32

caso pelo CIRDI (*Ibid.*, p.158). O Centro, ao considerar-se competente para julgar o litígio, acolheu a tese da unidade da operação de investimento, tida como um dos princípios gerais inspiradores da própria Convenção de Washington (*Ibid.*, p.158, confirmado por RAMBAUD, 1982, ps.478 e 482).

56. À jurisprudência do CIRDI, vieram juntar-se as decisões prolatadas pelo Tribunal Irã-Estados Unidos, em 3.839 casos (AVANESSIAN, 1993, p.310), entre 13 de janeiro de 1982, quando de sua primeira sentença (*Ibid.*, p.310), a julho de 1991. O objeto da discussão foi, por um lado, as indenizações pelas nacionalizações dos bens norte-americanos efetuadas pelo Irã e, por outro, os ativos iranianos bloqueados em bancos norte-americanos no valor agregado de 12 bilhões de dólares (*Ibid.*,p.1). Apesar de terem merecido da doutrina menos da metade das obras editadas sobre a NOEI, a divulgação integral das sentenças, o peso dos nomes dos árbitros que compuseram suas três câmaras³⁴, além do volume e valores das ações que foram julgadas, garantem-lhe um lugar de destaque no Direito Internacional Econômico e no Direito Internacional. Sua contribuição não se cinge à interpretação de questões comerciais e financeiras. Vai além e abrange normas de interpretação dos tratados, regras para a aplicação do regulamento de arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL) e respostas tanto para questões sobre a determinação de medidas cautelares como para casos intrincados de Direito Internacional Privado sobre a definição de nacionalidade de pessoas físicas e jurídicas e controle de sociedades. Não foi por menos que Charles Brower -que nesse tribunal atuou como árbitro- iniciou seu curso na Academia Internacional da Haia, afirmando que o Tribunal Irã-Estados Unidos constitui maior fonte do desenvolvimento da jurisprudência na história do Direito Internacional (1990, p.227).

57. Em linhas gerais, o Tribunal Irã-Estados Unidos retoma os princípios clássicos do regime internacional dos investimentos. A conclusão geral (BROWER, 1990, p. 350 e NORTON, 1991, p.483) é a de que o critério para a indenização é o da indenização completa (*full compensation* ou indenização pronta, adequada e efetiva, como quer a chamada fórmula

³⁴ de acordo com o regulamento, Estados Unidos e Irã tinham o direito de indicar seis árbitros que, por sua vez, indicavam outros três (AVANESSIAN, 1993, p.5). Durante os anos de funcionamento, a composição do tribunal modificou-se, mas por ele passaram nomes como Lagergen (árbitro único no caso *BP Exploration* contra o governo da Líbia, vide § 25 *d*), Michel Virally, o proponente da denominação de Direito Internacional do Desenvolvimento, e Böckstiegel, entre outros. Cada uma das três câmaras era integrada por um árbitro de cada um das partes e um terceiro árbitro neutro, apontado pelos dois primeiros.

Hull). O tribunal foi de opinião de que, não obstante os argumentos desenvolvidos em época recente pelas nações em desenvolvimento, não há dúvida de que prevalece a regra que institui o pagamento de uma indenização completa. Isso seria uma norma de Direito Internacional, não circunscrita às disposições do Tratado de amizade, relações econômicas e relações consulares selado entre as partes litigantes em 1955, da qual a *lex specialis* estabelecida por aquele tratado não difere (AVANESSIAN, 1993, p.315)³⁵.

a. Em que pesem as alegações de que a jurisprudência do Tribunal Irã-Estados Unidos tenha valor relativo como precedente (foi fruto de um acordo especial entre os Estados envolvidos, em que já se previa os mecanismos de compensação e pagamentos das indenizações) não há dúvidas quanto a seu impacto no regime internacional dos investimentos internacionais (SORNARAJAH, 1995a, p.80). Entre outros casos recentes, foi citado na sentença que resolveu o litígio entre Metalclad e México³⁶ e na sentença que encerrou o caso Amco contra Indonésia (GAILLARD, 1991, p178 e seguintes), sempre na parte concernente ao cálculo da indenização a ser paga pelo país anfitrião ao investidor.

58. Finalmente, qualquer elaboração de uma seqüência histórica do regime internacional aplicável aos investimento internacionais que não mencionasse a MIGA estaria incompleta. Juntando-se ao CIRDÍ no que se denomina grupo do Banco Mundial³⁷, foi criada a *Multilateral International Guaranty Agency* (MIGA), pela Convenção de Seul, de 1985 (posta em vigor em 1988). Essa organização internacional, a partir de então, passou a institucionalizar um sistema multilateral de garantia cobrindo riscos não-comerciais (ou políticos) incidentes sobre o investimento internacional³⁸. Cabe notar que desde 1948 – o mesmo ano em os Estados Unidos criou o primeiro programa nacional desse tipo – cogitava-se a criação de um sistema semelhante no Banco Mundial (SHIHATA, 1987, p. 107).

³⁵ Sobre a polêmica desses tratados bilaterais constituírem-se costume e, dessa forma, passarem a fazer parte do Direito Internacional, consultar o Capítulo 4.

³⁶ Cf. sumário do caso no § 121 do Capítulo 1.

³⁷ formado pelo Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), pela Sociedade Internacional Financeira (International Finance Corporation, doravante IFC), pela Associação Internacional para o Desenvolvimento (International Development Association, doravante IDA), seguidos pela MIGA e pelo próprio CIRD (SHIHATA, 1991, p.7 a 12).

³⁸ A respeito da MIGA, consultar a tese de mestrado de Christiane Costa e Silva de Castro Helou, citada na bibliografia, também escrita sob a orientação do Prof. Dr. Hermes Marcelo Huck, orientador desta examinanda.

59. O que é visto como um elemento altamente positivo no incremento do fluxo dos investimentos para os países carentes, sob outro ângulo pode ser paradoxalmente interpretado como um golpe político nos interesses desses mesmos países. Explicando: na verdade, o seguro instituído pela MIGA afastou substancial parte das tensões que envolviam, até então, as discussões sobre o pagamento de indenizações pelo país de acolhida (SIMON, 1987, 101). Daí para frente, mediante pagamento do prêmio ou comissão à MIGA (Convenção de Seul, artigo 26), o investidor pode despreocupar-se com relação aos riscos não-comerciais relacionados a seu investimento. Em caso da ocorrência de algum desses riscos, a MIGA adianta a indenização para o investidor, após o que se subroga nos direitos do investidor sobre a indenização. As discussões ficam assim transpostas de eixo, do nível Estado anfitrião (esfera pública) e investidor (esfera privada) para MIGA e Estado anfitrião (ambos na esfera pública). E, voltando ao valor do prêmio e das comissões pagas pela concessão do seguro: certamente o valor de alguma forma é repassado para o país receptor do investimento.

60. Não é fácil resumir os eventos e idéias que predominaram nesse terceiro período, em razão de sua riqueza e também de suas contradições. Seu início parece partilhar poucos traços comuns com seu fim. De comum, existe o entendimento da função econômica do investimento, entendimento esse conquistado após a 2ª. Guerra Mundial e que se aprofunda pelo período. Mas, para o regime internacional dos investimentos em si, pouco restou da dogmática e da chamada *soft law*³⁹ elaboradas durante os conturbados anos 60 e 70.

a. Primeiramente, a instituição de um sistema internacional de garantias contra riscos políticos (MIGA) parece representar um ponto final no debate sobre o direito de soberania inalienável sobre os recursos naturais e as atividades econômicas dos Estados, e a eventual desapropriação sem o pagamento de indenizações ou com o pagamento parcial de indenização (SIMON, 1987, p. 101).

b. Em segundo lugar, a celebração de acordos bilaterais para a proteção e promoção de investimentos entre países exportadores e importadores de capital e a adesão à jurisdição do CIRDI passaram a ser indícios de que tanto a doutrina Calvo estava ultrapassada, como a doutrina *Hull* ou indenização completa irrestrita e internacionalmente aceita.

³⁹ O conceito de *soft law* será elucidado com detalhes mais adiante, no Capítulo 2.

c. Por último, a confissão da CIJ, no caso *Barcelona Traction*, em 1970, da inexistência de normas claras no Direito Internacional para regular as novas realidades negociais, foi ultrapassada pelo desenvolvimento de um contencioso especializado em investimentos, conduzido pelo CIRDI, cuja jurisprudência foi se afirmando, no período compreendido entre fins de 1970 e fins de 1980. Aos precedentes criados pelo CIRDI, somaram-se muitos outros, cuja posição, em última análise, era diametralmente contrária àquela defendida pelos países em desenvolvimento, como foram os inúmeros casos julgados pelo Tribunal Irã-Estados Unidos.

61. Discretamente, no decorrer dos anos 80, o regime internacional dos investimentos dava seu giro conservador, o que seria apressado, após 1989. A Queda do Muro de Berlim, em novembro daquele ano, é aceita de forma incontestada como o marco final do conflito ideológico Leste-Oeste. É apontada, também, como o símbolo do final do século XX, século esse iniciado em 1914, com a 1ª Guerra Mundial. A partir de 1990, já século XXI, portanto, o regime internacional dos investimentos irá continuar evoluindo. Doravante não contará mais com as balizas que representaram os eixos ideológico Leste-Oeste e econômico Norte-Sul. Esse regime, já alterado nos anos 80, como visto na seção anterior, sofrerá maiores transformações na década de 90.

62. O quarto período do regime internacional dos investimentos ou período pós-moderno. Iniciou-se, como posto acima, em 1989, com a queda do Muro de Berlim e a aclamação irrestrita das forças do livre-mercado. Se, até então, o objetivo primordial do regime internacional dos investimentos havia sido a proteção do investimento, doravante o alvo passará a ser o de prover a moldura jurídica que permita sua melhor utilização (CARREAU e JUILLARD, 1998, p.392), além de sua mobilidade (JUILLARD, 1998a, p.22). Os mercados deveriam ser abertos, desregulamentados e os bens, capitais e serviços deveriam circular em liberdade, com o objetivo de racionalizar seu emprego e aumentar cada vez mais os ganhos. A promessa era de que com isso obter-se-ia o crescimento econômico, com ganhos para todos. Esse sopro liberalizante consubstanciou-se, por exemplo, por um lado, na maior abrangência e implementação definitiva do Código de liberação dos movimentos de capitais da OCDE⁴⁰ e,

⁴⁰ Esse código, que tem a natureza jurídica de resolução de organização internacional, foi aprovado em 1961. Entretanto, tendo em vista a expansão geográfica da OCDE, com a adesão de novos países-membros, foi apenas na década de 90 que seus objetivos foram plenamente alcançados (CARREAU; JUILLARD, 1998, p.431).

em sentido inverso, com o encerramento definitivo das negociações do Código de Conduta para as Empresas Transnacionais, em 1992 (Perrone-Moisés, 1998, p.11). Se as multinacionais eram anteriormente vistas como corporações de objetivos ambíguos, cujas atividades deveriam ser reguladas pelos governos, passaram a ser, a partir de então, o motor da globalização.

63. O núcleo do presente trabalho será apurar o que de fato cristalizou-se no Direito Internacional aplicável aos investimentos internacionais, de 1989 em diante. Para isso, como já anunciado, serão consideradas as quatro tendências que se manifestaram no estatuto internacional dos investimentos. Essas tendências, como adiantadas na apresentação do tema, foram a criação de regimes regionais, sérias tentativas de multilateralismo, a regulamentação setorial, e, finalmente, o crescimento das estruturas bilaterais. Cabem aqui alguns comentários gerais com relação aos fatos que lhes serviram de berço.

64. Como sempre bem colocado pelo Professor Lafer, a partir dos anos 90, o paradigma de funcionamento do sistema internacional alterou-se estruturalmente e as polaridades definidas Leste-Oeste e Norte-Sul tomaram-se caducas⁴¹. Forças indutoras da internacionalização passaram a conviver com os impulsos de regionalização. Por um lado, o mundo passou a ser interligado por eficientes redes de comunicação e informações, possibilitando que os negócios fluíssem sem mais barreiras. Por outro, passou rapidamente a aglutinar-se, levando em consideração interesses regionais.

65. A transformação da Comunidade Econômica Européia (CEE) em União Européia (UE) pelo Acordo de Maastricht, em 1992, foi a alavanca quer para a formação, quer para o relançamento de diferentes organizações de integração regional. Essas entidades passaram, a partir de então, ser entendidas como a panacéia para todos os males. O certo é que o mundo globalizado passou a demandar produção e consumo em escala.

a. Em face dos indícios de desintegração eminente do monolito socialista, em 1987, a ASEAN, criada pela Declaração de Bancoc, em 1967, como órgão de defesa regional, teve sua vocação reorientada. Afastando-se de seu propósito estratégico militar inicial, passou a prestigiar o desenvolvimento econômico e a integração dos mercados do

⁴¹ A colocação de que as polaridades indefinidas substituíram as polaridades definidas no mundo atual é feita em diferentes trabalhos do Professor Celso Lafer, mas aqui reporta-se especialmente ao prefácio de *Direito ao Desenvolvimento e Investimentos Estrangeiros* (Perrone-Moisés, 1998, p.IX).

Sudoeste asiático, colocando como meta a criação de uma zona de livre-comércio para o ano 2003⁴².

b. Em 27 de junho de 1990, o então presidente G. Bush, em discurso pronunciado na Casa Branca, lançou o programa “Iniciativa para as Américas”, visando o estabelecimento de uma nova parceria econômica entre os Estados Unidos e os países da América Latina e do Caribe. Tal programa possuía três pontos chaves: comércio, investimento e dívida externa (SIMÕES, 1999, p.26). Foi a base para o lançamento da ALCA, em dezembro de 1994 (Ibid., p.27).⁴³

c. Em 23 de março de 1991, foi assinado o tratado de Assunção, que criou o Mercosul, reunindo Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai em uma união aduaneira, tendo em vista sua posterior transformação em um mercado comum⁴⁴. Em dezembro do ano seguinte foi assinado o acordo estabelecendo o NAFTA, unindo Estados Unidos, Canadá e México em uma zona de livre-comércio. Em 1993, em Seattle, reuniram-se os países abrangidos pela Bacia do Pacífico para criar a APEC, no esforço de estabelecer uma zona de livre-comércio para 2020.⁴⁵

66. O regime internacional dos investimentos submeteu-se às influências dessas forças e impulsos. Como será analisado no Capítulo I, estabeleceram-se vários regimes regionais de investimentos, como comprovado pela presença de normas sobre investimentos internacionais no Mercosul, no NAFTA, na ASEAN e na APEC, sem mencionar aquelas que já haviam sido editadas, em momento anterior, no âmbito da CEE, sob a denominação de Acordos de Lomé, posteriormente Acordo de Cotonu, mantidas pela UE.

67. A par da criação desses regimes regionais, houve tentativas de monta para consolidar-se um regime internacional multilateral de normas aplicáveis ao investimento. Como será detalhado no Capítulo II, tendo como principal ponto de partida a bem sucedida criação da MIGA, um esforço significativo foi feito nesse sentido: o MAI, no âmbito da OCDE. Paralelamente, a posição do Banco Mundial na formulação do direito aplicável em matéria de investimentos fortaleceu-se de modo notável. De forma complementar, a OMC

⁴² cf. § 117 do Capítulo I.

⁴³ Maiores detalhes sobre a ALCA no Capítulo 6 da Parte II.

⁴⁴ Vide Capítulo 5 da Parte II.

passou a também ter competência sobre o assunto, em razão da aprovação das TRIM's, aprovadas em Marraqueche.

68. O primado do Banco Mundial na elaboração do estatuto internacional do investimento internacional evidencia-se em três momentos. O primeiro deles relaciona-se à criação da MIGA, como já mencionado na análise do período anterior.

a. O segundo momento, a aprovação, em 1992, das Diretivas sobre o tratamento do investimento direto estrangeiro (I.L.M., vol.31, n.4, p.1363 a 1384), pelo Comitê Ministerial Conjunto dos Governadores do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional para a transferência de recursos para os países em desenvolvimento, conhecido simplesmente como Comitê para o Desenvolvimento (PARRA, 1995, p.28). Essas diretivas serão objeto de exame no Capítulo II, ao tratar-se das regras multilaterais no regime internacional dos investimentos estrangeiros.

b. O terceiro passo traduz-se na consolidação do CIRDI como a grande referência no contencioso sobre o investimento internacional. Com ele está aparentemente descartada a falta de sistematização que cercou as decisões de tribunais *ad hoc* do passado, principalmente aquelas que foram proferidas na segunda fase das nacionalizações na indústria do petróleo, ou seja, nos anos 70.

69. A notável especialização do CIRDI é confirmada, inclusive, pela ausência da submissão de casos semelhantes à jurisdição da CIJ. Em quase trinta anos após a sentença no caso *Barcelona Traction*, esta última pronunciou-se uma única vez em questão sobre investimentos. Trata-se do caso *Elsi* ou *Elletronica Sicula*, entre os Estados Unidos e a Itália, cuja decisão data de 20 de julho de 1989.

a. Começando pelos fatos: a partir de 1955, a companhia norte-americana *Raytheon Company* (*Raytheon*) passou a investir em uma empresa siciliana de componentes eletrônicos, a *Eletrônica Sicula S.p.A* (*ELSI*), empresa incorporada sob as leis italianas e com sede em Palermo. Em 1967, 99,16% do capital da *ELSI* estava nas mãos da *Raytheon*, sendo que o restante (0,84%) era detido por outra empresa norte-americana, *The Machelett Laboratories Incorporated* (*Machelett*). Esta última era subsidiária integral daquela primeira. Apesar dos constantes aportes de capital norte-americano, a *ELSI* não foi bem sucedida em seus negócios. Por isso, resolveu associar-se ao capital local e procurou ajuda do governo italiano. O

⁴⁵ Cf. §§ 94 e 127 do Capítulo 1, respectivamente.

Instituto per la Reconstruzione Industriale (IRI), principal empresa pública italiana, declinou qualquer interesse, alegando não só suas políticas internas, como a má condição técnico-econômica da *ELSI*. Em 29 de março de 1968, os dois acionistas norte-americanos, após terem decidido fechar a empresa, enviaram cartas de dispensa aos empregados da *ELSI*. Teve início, então, uma série de tumultos e manifestações populares que levaram as autoridades locais a exarar uma ordem de requisição da fábrica. Em 25 de abril, não podendo fazer frente a suas dívidas, a *ELSI* entrou com seu pedido de falência. Diversas vezes levada sem sucesso a leilão, a empresa foi finalmente comprada pela *ELTEL*, uma das filiais do *IRI*. A *Raytheon* entendeu que o preço pago estava aquém do valor de mercado. Considerando que a ordem de requisição da *ELSI* havia sido posteriormente declarada ilegal pelas autoridades italianas, os Estados Unidos, com base no Tratado de Amizade, Comércio e Navegação de 1948, celebrado com a Itália, submetem o caso à solução da CIJ.

b. A sentença de 20 de julho de 1989 (CIJ, **Recueil**, 1989, p.15) foi recebida com críticas por motivos diversos. Mann, em seu derradeiro artigo, escrito para **The American Journal of International Law**, afirmou que as decisões do contencioso internacional sobre questões comerciais estavam longe de encorajar os investidores. E que as contribuições dadas pela CIJ nesse campo tinham sido particularmente assustadoras (MANN, 1992, p.92). Abi-Saab sustenta que o caso nada mais foi do que resultado de uma manobra política dos Estados Unidos para poderem voltar à CIJ depois sua criticada retirada, no caso sobre as atividades militares e para-militares da Nicarágua, cuja sentença data de 1986 (1987, p.263).

c. O certo é que, ignorando o precedente criado pela decisão no caso *Barcelona Traction*, a CIJ reconheceu o *jus standi* dos Estados Unidos, concordando com que a proteção diplomática fosse estendida aos interesses dos acionistas. Caiu, desse modo, o muro entre a sociedade e seus acionistas (STERN/1990:906). Comparando as decisões proferidas pela CIJ no caso *Barcelona Traction* e no caso ora em tela, a principal conclusão talvez seja a de que se, em 1970, aquela Corte baseou sua decisão no costume internacional, em princípios gerais de direito e na jurisprudência, no caso *ELSI* a decisão teve como base textos convencionais, ou seja, o já citado tratado bilateral de 1948, conforme complementado em 1951. Embora esta afirmação não tenha sido feita na sentença, é de se supor que o direito especial derogaria, nesse caso, as normas gerais que teriam impedido que o véu social tivesse sido levantado no caso *Barcelona Traction*. Os Estados Unidos ganharam na questão de direito e só não

receberam a indenização pleiteada porque, após 20 anos da data em que os eventos haviam ocorrido, não foram capazes de reconstruir provas e valores alegados (CARREAU; JULLARD, 1998, p. 536). A quantia que já havia sido paga à Raytheon foi considerada suficiente (STERN, 1990, p. 934).

d. Em todo caso, ao deixar para trás a tradição incorporada na sentença no caso *Barcelona Traction*, a CIJ aproximou-se da posição adotada pelo CIRDI, já apontada em parágrafo anterior (cf. § 55 b e c). Com efeito, não apenas o artigo 25 da Convenção de Washington⁴⁶, que instituiu aquele centro, mas também o artigo 13 da Convenção de Seul⁴⁷, que criou a MIGA, permitem que empresas locais, constituídas com o objetivo de serem veículos para investimentos provenientes do exterior, tenham acesso direto à jurisdição internacional e às regras do Direito Internacional.

e. E mais. Em duas sentenças proferidas pelo CIRDI, em junho de 1984 e fevereiro de 1988, ambas no caso *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels* (SOABI) contra o Senegal (ICSID Review, 1991, p.125 e seguintes), franqueou-se o acesso ao centro a uma empresa local senegalesa, cujo controle era exercido por uma pessoa jurídica incorporada de acordo com as leis do Panamá – país não signatário da convenção -, em nome da segurança dos direitos dos investidores, pessoas físicas de nacionalidade belga, suíça e francesa (ou seja, de países signatários da Convenção). Foi reconhecido formalmente pelo CIRDI que o

⁴⁶ Artigo 25: "(1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (...) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre.(...) (2) National of another Contracting State means: any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to § (3) of Article 28 or § (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and (b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention".

⁴⁷ "Article 13. Eligible Investors. (a) Any natural person and any juridical person may be eligible to receive the Agency's guarantee provided that: (i) such natural person is a national of a member other than the host country; (ii) such juridical person is incorporated and has its principal place of business in a member or the majority of its capital is owned by a member or members or nationals thereof, provided that such member is not the host country in any of the above cases." A citação está no original, em língua inglesa, considerando o erro manifesto na tradução apontado por Christiana Costa e Silva de Castro Helou, em trabalho que consta da bibliografia, p. 122. Além desse erro, compromete o espírito da Convenção a tradução dada a "national" que, estranhamente, é dado como sinônimo de cidadão. Ora, no Brasil, o critério para definir-se cidadania é o do reconhecimento de direitos políticos, o que invalida o bom entendimento da Convenção. Essa equivalência de cidadão a nacional consta, infelizmente, também do texto do Protocolo de Colônia (cf. Capítulo 4).

investidor pode valer-se tanto de empresas locais, como de outros veículos intermediários, de nacionalidade de país estranhas à Convenção de 1965. Uma mudança notável, se comparada essa sentença àquele proferida pela CIJ, no caso *Barcelona Traction*, em 1970.

70. As outras duas tendências seguidas pelo regime internacional dos investimentos a partir de 1989 serão objeto dos capítulos III e IV deste trabalho. No Capítulo III será focalizado o estabelecimento de normas internacionais aplicáveis a setores específicos da economia, como foi o caso do Tratado da Carta da Energia, celebrado entre os membros da OECD e os países ex-socialistas do Leste Europeu, incluindo-se a Rússia. A intensificação maciça do regime bilateral, herança no período moderno anterior, será objeto do Capítulo IV. A Parte I deste trabalho -que forma um todo que independe de sua Parte II- será encerrada por uma conclusão, em que irão ser resgatados e reanalisados os pontos centrais apontados como os objetivos estabelecidos para este trabalho, após todas as reflexões objeto dos quatro capítulos iniciais.

71. Dando prosseguimento ao plano inicialmente traçado e adiantada no Introdução, a parte seguinte (Parte II), embora completamente independente da Parte I terá sua leitura enriquecida com os subsídios por esta última aportados. A Parte II irá tratar do estudo de dois regimes regionais que tocam de muito perto os interesses brasileiros: o do Mercosul, como já acordado nos Protocolos de Colônia e de Buenos Aires, ambos de 1994 (Capítulo 5), e o da ALCA, em fase de negociação (Capítulo 6).

CAPÍTULO 1

O REGIME REGIONAL DOS INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS

72. Na década de 90, o encontro das forças centrípetas e centrífugas da globalização proporcionou o surgimento de várias organizações de integração regional, como foi o caso do NAFTA, MERCOSUL e APEC. Além disso, essa mesma conjunção de forças aprofundou ou relançou as bases de processos pré-existentes, como no caso da UE e da ASEAN, e colocou em pauta a discussão de novas associações, a exemplo da ALCA. Na maior parte dos acordos relativos a essas organizações, a questão do investimento foi alvo de disposições especiais, o que deu margem à formação de vários regimes regionais sobre o investimento estrangeiro. Com exceção daqueles relativos ao Mercosul e à proposta da ALCA, que serão objeto de estudo especial na Parte II deste trabalho, cada um deles será analisado a seguir.

73. A idéia de criar-se regimes regionais que regulassem e promovessem os investimento é um anterior à década em estudo. Ainda que em caráter teórico, o papel de precursor dos regimes regionais dos investimentos dos anos 90 cabe ao terceiro Acordo de Lomé, de 1984.

74. Guarda-se distância à qualquer referência ao Código Andino de Investimentos, de dezembro de 1970, produto da iniciativa dos países membros do Pacto Andino⁴⁸, uma vez que o objetivo desse código era limitar a presença do capital estrangeiro na região⁴⁹, em oposição à finalidade dos regimes supra citados, cujo alvo específico é liberalizar e incentivar os fluxos dos investimentos. De acordo com a classificação de Seidman (1983, p.637) -que divide os códigos em instrumentos que protegem o investidor contra eventuais medidas tomadas pelo Estado, instrumentos que além de protegerem-no também o incentivam e, por fim, instrumentos que restringem investimentos e ações do investidores-, o Código Andino

⁴⁸ Originalmente, quando criado pelo Acordo de Cartagena, assinado em Bogotá, em 26 de maio de 1969, reuniu Bolívia, Chile, Colômbia, Equador e Peru. A Venezuela juntou-se ao grupo em 1973 e o Chile desligou-se em 1976. Após vinte anos, o Acordo de Cartagena foi consolidado no Protocolo de Quito de 1987, em vigor desde o ano seguinte (*International Law Association, Conferência de Helsinque. Relatório do Comitê sobre o Direito Econômico Regional do Desenvolvimento*, p.21, 1996).

⁴⁹ Cf. § 46, a e b da Introdução.

seria o exemplo clássico de um instrumento de restrição e controle dos investimentos. O oposto da *open door policy*⁵⁰ (idem, p. 642) ou visão neoliberal que dominou na década de 1990.

75. O Código Andino, apesar da grande celeuma criada a seu redor, teve pouca aplicação e utilidade concretas. Desde sua primeira revisão, em 1987, a orientação adotada passou a liberalizar a participação estrangeira. Além disso, as regras do Código foram substituídas por declarações e referências a diretivas amplas, que passaram a deixar a regulamentação efetiva do assunto aos respectivos ordenamentos nacionais (PATE, 1988, p.974).

1. A UE, OS ACORDOS DE LOMÉ E O NOVO ACORDO DE PARCERIA DE COTONU.

76. Desde o Tratado de Roma de 1957, quando de sua fundação, o então Mercado Comum Europeu tinha a intenção de incentivar tanto a ajuda financeira para suas ex-colônias como as trocas comerciais entre os países membros e seus chamados territórios de além-mar. Essa intenção é comprovada não só pelas disposições da convenção de aplicação anexada ao Tratado de Roma (lembrando que, à época, por serem colônias, esses territórios careciam do poder de celebrar tratados), mas também pelos dispositivos posteriormente acordados entre os membros do Mercado Comum e os novos Estados africanos e malgaches, reunidos nas duas Convenções de Iaundé (a primeira cobrindo o período de 1963 a 1969 e a segunda o de 1969 a 1975).

a. Apesar do nível profundo de integração alcançado pela UE, não se criou um regime regional europeu sobre investimentos propriamente dito⁵¹. A UE, desde o Tratado de Roma, editou várias medidas com relação à liberação dos movimentos de capital na zona por ele abrangida. Mas o regime de investimento vai além das normas de circulação do capital – normas essas atinentes ao câmbio. Não obstante a atual liberalização do fluxo de capitais na UE, a admissão do investimento diretos –ainda que em princípio liberada- em certos casos

⁵⁰ Cf. item 120 deste mesmo capítulo.

⁵¹ Na afirmação categórica da Câmara de Comércio e Indústria de Paris “il n'existe pas, pour l'heure, de droit communautaire de l'investissement”. Disponível em <http://www.cciip.fr/etudes/dossiers/memorandum/memo7.htm>. Acesso em 3 out.2002 .

depende de autorizações a serem emitidas pelos países membros (CARREAU;JUILLARD, 1998, 448), por exemplo.

77. As Convenções de Iaundé -destinadas a regular as relações de ajuda e cooperação entre a França e suas ex-colônias- com a adesão da Inglaterra ao Mercado Comum, em 1973, foram substituídas pelos Acordos de Lomé. Esses Acordos, de números de Ia IV bis, datados de 1975, 1979, 1984, 1989 e 1995, respectivamente, foram celebrados entre os membros da já CEE e os países da região África, Caribe e Pacífico (conhecidos pela sigla A.C.P.), grupo esse formado pelo Acordo de Georgetown. De um modo geral, foram “o laboratório privilegiado em que se experimentaram as perspectivas de transformação necessárias das ligações Norte-Sul” (SIMON, 1987, p.91).

78. O cerne dos Acordos de Lomé eram as relações comerciais. Seu objetivo, de um lado, estabilizar os preço das exportação de matérias primas provenientes do grupo A.C.P., o que foi realizado por meio do mecanismo estabelecido sob a denominação de STABEX (*Stabilization des recettes d'exportation*)(CARREAU; FLORY; JUILLARD, 1990, p. 200); de outro, aumentar os volumes das exportações, uma das razões para a criação de um sistema de financiamento para o setor minerário, denominado SYSMIN(*Ibid.*, p.203). De forma complementar, dispositivos sobre ajuda financeira e empréstimos subsidiados - principalmente destinados a projetos de infra-estrutura, segurança alimentar, desenvolvimento rural integrado, saneamento financeiro e reestruturação econômica- foram somadas ao ponto central (CASELLA, 1994, p.579 e seguintes).

79. Com relação a investimentos, o primeiro Acordo de Lomé (1975) foi silente e o segundo, discreto. Isso é explicado pela conjuntura política da época, quando os novos Estados, recém liberados do jugo colonial e logo em seguida embevecidos pelo discurso da NOEI, encaravam com desconfiança o investimento estrangeiro (SIMON, 1987, p. 93 e SORNARAJAH, 1995a, p.12)⁵².

80. O segundo Acordo de Lomé (1979) limitou-se a incitar o setor privado a colaborar no desenvolvimento industrial em território dos países ACP e remeteu o tratamento de eventuais investidores às regras estabelecidas em declaração comum anexa à Convenção. Essa declaração, em primeiro lugar, sugeria a assinatura de acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos entre os países da A.C.P. e os países europeus exportadores de

⁵² Cf. § 28, Introdução.

capital. Em segundo, em nome do princípio da soberania, permitia que a obrigação de tratamento não discriminatório não fosse retroativa, incidindo unicamente sobre investimentos já existentes. Com relação aos anteriores, os países anfitriões desejavam ter seu poder resguardado. Ora, para todos os efeitos, o princípio da não retroatividade dos tratados era - como até hoje é - princípio reconhecido pelo Direito Internacional (DUPUY, 1995, p.239, entre inúmeros outros). Todavia, mediante acordo expresso entre as partes, os efeitos retroativos dos tratados podiam ser reconhecidos, o que era um ponto a favor dos investidores. Mas, em terceiro lugar, anulando essa possível vantagem, a declaração permitia, de modo estranho aos olhos dos investidores, que a regra da não-discriminação fosse revista em caso de mudança inesperada das circunstâncias. Definitivamente, o texto não contribuiu para a formação de um clima de confiança necessário para dinamizar o investimento estrangeiro na região.

81. O terceiro Acordo de Lomé (1984) teve disposições formalmente mais significativas acerca de um regime regional de investimentos do que seus dois antecessores. Tendo em vista a escassez de recursos públicos internacionais⁵³ e de capital internacional privado, absolutamente necessários para o financiamento dos projetos de crescimento, era preciso atrair mais do que nunca o investimento privado estrangeiro. Para tanto, somando-se às disposições que incitavam a celebração de acordos bilaterais para a promoção e proteção de investimentos, o terceiro Acordo de Lomé propôs a criação de um sistema conjunto de garantias. Todavia, o sistema regional de cobertura de riscos não-comerciais de que tratou o Acordo de Lomé III nunca saiu do papel.

82. Entre outras, as razões de seu insucesso foram as rivalidades entre os próprios países europeus, que se dividiram entre os que gozavam do tratamento privilegiado instituído por redes formadas de acordos bilaterais de proteção, como a Alemanha, e os países que não contavam com redes de mesmo porte, como os Países Baixos. Também foi relevante o fato de que alguns países -tomando-se a França e a Alemanha como exemplos- já contavam com o apoio de sistemas governamentais de seguro contra riscos políticos, a exemplo dos seguros oferecidos pela Coface e pelo Hermes, respectivamente. Esse projeto foi praticamente deixado

⁵³ normalmente provenientes, dentre outras fontes públicas, da IDA, IFC, do próprio Banco Mundial e dos fundos especiais das Nações Unidas.

de lado em face das negociações que originaram a MIGA, um sistema multilateral mais abrangente de garantia contra os riscos políticos do investimento internacional⁵⁴.

83. Considerando que a concepção de um sistema regional de garantias relacionados ao investimento internacional estava ultrapassada, o Acordo de Lomé IV toma outro rumo, naquilo que se refere ao estatuto do investimento internacional na região. Cinge-se, desta vez, ao estabelecimento de um modelo de acordo bilateral a ser adotado pelos países A.C.P., como estabelecido na declaração comum anexa àquele Acordo (JUILLARD, 1990, p. 671).

84. O Acordo de Lomé IV (1989) fixava seu período de vigor em dez anos, contrariamente aos três acordos anteriores, que estabeleciam um prazo de vigência de cinco anos. Porém, suas condições econômico-financeiras seriam revistas dentro de cinco anos. Ocorre que, na data aprazada para essa revisão, a UE, resultado do Acordo de Maastricht de 1991, não era mais a mesma instituição vinda à luz, em 1957; e o mundo havia mudado. Por isso, à época da revisão intermediária, começou-se a discutir uma mudança estrutural no esquema montado pelos Acordos de Lomé.

85. Com efeito, desde a queda do Muro de Berlim, a CEE, sucedida pela UE, voltava seus olhos mais para o Leste europeu, recém saído do jugo comunista, do que para o Sul, com seus problemas crônicos de miséria. Havia mais um agravante: para muitos dos países membros da UE, como Áustria e Grécia, por exemplo, questões envolvendo ex-colônias de além-mar diziam muito pouco. Afinal, não dividiam nenhum passado colonial na área dos países ACP. Outro motivo chave exigia a reformulação dos Acordos de Lomé: o sistema de preferências resultado dos Acordos de Lomé conflitava com as regras estabelecidas pela OMC. Assim, em junho de 2000, os Acordos de Lomé cederam lugar às novas regras do Acordo de Parceria de Cotonu, elaboradas dentro de espírito diverso daquele que iluminou as regras de Lomé.

86. De modo geral, as normas para a criação de parcerias acordadas em Cotonu colocam em relevo o papel do setor privado para o crescimento da região ACP e frisam a importância da adequação política dos países dessa região aos padrões liberais democráticos. A ajuda financeira estará sujeita a realização de eleições, respeito aos direitos humanos e às liberdades civis e campanhas contra a corrupção no governo. Periodicamente, representantes

⁵⁴ Vide § 58 da Introdução.

da UE e dos países ACP reunir-se-ão em fóruns de avaliação e decisão. O Acordo traça um programa de ação e as linhas mestras a serem seguidas. A implementação desse programa dependerá da assinatura de acordos de parcerias específicos.

87. O Acordo de Cotonu⁵⁵ dirige-se diretamente à questão dos investimentos em sua Parte 4 (Cooperação para o Desenvolvimento Financeiro), Capítulo 7, intitulado “Investimentos e Apoio para o Desenvolvimento do Setor Privado”, cobrindo os artigos de número 74 a 78. O eixo tradicional da promoção e proteção dos investimentos é mantido pelas disposições dos artigos 75 e 78, respectivamente. O artigo 77 retoma a questão do sistema de garantias contra riscos políticos já levantada pelo Acordo de Lomé III e descartada pelo Acordo de Lomé IV que lhe sucedeu.

88. Pelo artigo 77, os investimentos privados em campos considerados prioritários pelos governos dos países da área deverão ser estimulados, desde que obedecidas as leis e regulamentos dos países anfitriões (letra “a”). Por sua vez, estes últimos empreenderão esforços para criar um clima seguro e propício para receber esses investimentos (“b”). A criação de empresas conjuntas e de projetos de co-financiamento será facilitada (“d” e “e”). O mesmo artigo enfatiza a preferência por investimentos em obras de infra-estrutura nos países anfitriões (“f”) e frisa a importância da disseminação de informações a respeito de projetos (“h”). Os países membros e a própria UE irão cooperar para que agências e instituições nacionais promovam esses investimentos (“g”). Por fim, o artigo ressalta a importância do diálogo constante do setor privado com as instituições públicas envolvidas, quer dizer, os Estados membros, a UE e outras entidades mencionadas na Acordo -como o Banco Europeu para o Desenvolvimento (“i”).

89. O artigo 77 reporta-se às garantias para o investimento, como importantes indutores do investimento. O item 2 esclarece a natureza dos riscos a serem cobertos por essas garantias, de caráter eminentemente não comercial. O mesmo item refere-se a hipóteses de resseguro. O item 4 retoma um ponto abandonado desde o Acordo de Lomé III: estudos para o estabelecimento de uma instituição regional ACP-UE, apta para conceder e administrar garantias em projetos de investimento.

⁵⁵ Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/development/cotonou/agreement/agr34_en.htm>. Acesso em 10 dez. 2001.

90. A proteção dos investimentos é objeto das disposições do artigo 78, em que a importância da celebração, em paralelo, de acordos de promoção e proteção de investimentos é apontada. Esses acordos deveriam, da mesma forma, incluir normas sobre o estabelecimento de garantias ou seguro para os investimentos (item 1). Além disso, os países ACP. devem buscar a assinatura de acordos de cobertura restrita a investimentos específicos financiados quer pela UE, quer por investidores europeus (item 2). O artigo é encerrado com as disposições do item 3. Elas se referem expressamente aos acordos de parceria econômica que deverão ser assinados entre os países membros da UE e os da região na consecução do projeto de desenvolvimento e integração proposto pelo Acordo de Parceria de Cotonu. Esse derradeiro item deixa clara a natureza do Acordo, qual seja, um acordo quadro, cuja implementação depende da celebração de futuros instrumentos.

91. Nos 18 meses que se seguiram à assinatura, o Acordo de Cotonu foi ratificado por um Estado europeu e por apenas 27 países do conjunto ACP. (considerando-se a assinatura de 10 países europeus e outros 70 daquela região)(ECDPM, 2001a). Com vigência prevista até 2020, será revisado a cada cinco anos. Até dezembro de 2007, as regras comerciais do Acordo de Lomé IV bis estarão provisoriamente em vigor, conforme acertado entre a UE e os países ACP e aprovado na Conferência de Doha da OMC, no final de 2001.

92. É pertinente indagar o que restou dos 25 anos do sistema de cooperação de Lomé. Muito pouco, parece ser infelizmente a resposta. Nesse período de tempo, a participação dos países ACP no mercado europeu retraiu-se em mais da metade, de 8% para aproximadamente 3%, em benefício de outros países em desenvolvimento, como aqueles do Sudeste asiático (ECDPM, 2001c). A África sub-saariana, com exceção da África do Sul, não se afastou da miséria. Os Acordos de Lomé, uma vez considerados o símbolo da cooperação internacional, o único farol de um mar obscuro⁵⁶, eclipsou-se. Assim, desfez-se “a realização mais tangível da cooperação inter-regional para o desenvolvimento inspirada pelo espírito da NOEP”(LEBEN,1986, p.908).

93. A bem da verdade, esses acordos criaram mecanismos pouco importantes pelo volume e pela forma, mas significativos como um gesto da UE em direção ao Terceiro Mundo (FEUER; CASSAN, 1991, p.417). No caso dos investimentos, um regime regional não chegou

⁵⁶ Proclamação do Presidente do Conselho dos Ministros dos países ACP, em 8 de dezembro de 1984, na data da assinatura do Acordo de Lomé III (*apud* SIMON, 1987, p.91).

a ser efetivado. Nunca ocorreu a transposição do discurso formal para a regulamentação operativa e concreta. As regras dos Acordos de Lomé III e IV incorporaram obrigações de comportamento e não de resultado; foram normas programáticas que não se realizaram. Cabe aguardar o destino das regras do Acordo de Parceria de Cotonu, que, do mesmo modo que as regras de Lomé, são de natureza programática. De toda forma, dependem ainda de ratificação pendentes. Tem-se notícia que da pauta da reunião de março de 2002, da Assembléia Parlamentar Paritária da ACP-EU, na reunião da Cidade do Cabo, constou a discussão da implementação dos Acordos de Parceria de Cotonu⁵⁷

2. O CAPÍTULO 11 DO NAFTA

94. Formalmente, o NAFTA surgiu da assinatura, ao final de 1992, de um acordo entre Canadá, Estados Unidos e México. Esse acordo entrou em vigor em 1994. Porém, na verdade, o NAFTA resultou de negociações muito mais antigas relativas ao estabelecimento de uma zona de livre comércio entre os Estados Unidos e o Canadá, iniciadas em 1985 e que conduziram paulatinamente à assinatura de um acordo em 1988 (BARRETO, 1999, p.77). Em 1990, o México aderiu a esse processo de integração, mediante convite do ex-presidente George Bush. Para os Estados Unidos, tratava-se, em primeiro lugar, da tentativa de solucionar as questões da imigração ilegal e das montadoras na zona de sua fronteira. Em segundo, atrair o México para o NAFTA era um importante passo político para a consolidação da zona de livre comércio expandida proposta por aquele ex-presidente, naquele mesmo ano, objetivo da conhecida por Inicitativa das Américas (ALMEIDA, 1993, p.91). Para o Canadá, endossar a extensão do acordo bilateral ao México significava evitar que sua relação privilegiada com os Estados Unidos fosse comprometida pela concorrência de um eventual acordo bilateral entre Estados Unidos e México (BARRETO, 1999, p.81).

95. O Capítulo 11 do NAFTA⁵⁸ criou efetivamente o primeiro regime regional do investimento internacional. Ao contrário das disposições dos Acordos de Lomé e do Acordo

⁵⁷ conforme texto disponível em http://www.europarl.eu.int/mcctdocs/commitces/acp/2002_03_capctown. Acesso em 9 jul 2002.

⁵⁸ ILM, vol. 32, n.3, p 289-456 e 605-799, 1993.

de Cotonu acima analisadas, as regras contidas nos artigos 1101 a 1139 do NAFTA são normas de resultado, de natureza supra-nacional, cogentes com relação ao Canadá, Estados Unidos e México. Seu descumprimento, por parte de qualquer um desses três países, dá direito ao investidor lesado de procurar solução em juízo arbitral, conforme estipulado nesses mesmos artigos.

96. O intuito geral do Capítulo 11 foi o de estabelecer o livre fluxo de investimento dentro da área abrangida pelo NAFTA. Na realidade, essa almejada liberalização incondicional e irrestrita teve que ser um pouco relativizada porque permitiram-se reservas ao acordo⁵⁹. Com isso, certos setores econômicos mantiveram-se fechados a essa liberalização (como foi o caso do petróleo, no México, por exemplo). É de notar-se que as reservas apresentadas pelo Canadá e pelo México quase se equivalem em número; afinal, historicamente o Canadá nunca foi um país completamente aberto ao investimentos estrangeiro (SORNARAJAH, 1995b, p.106). Juntamente com os Estados Unidos, o Canadá, ainda que hoje mais aberto do que no passado⁶⁰, adota políticas seletivas com relação a investimentos provenientes do exterior. As reservas formuladas pelos Estados Unidos foram em número inferior àquele dos dois outros países. Lembre-se, todavia, que isso não equivale a afirmar que os Estados Unidos permite o acesso irrestrito dos investimentos internacionais a seu território. Contrariando sua retórica habitual, os Estados Unidos, adotam barreiras veladas, como leis *anti-trust*, como será visto a seguir, ou como aquelas incorporadas no chamado *Exon-Florio Amendment*. Este, que é um aditivo ao *U.S. Omnibus Trade and Competitiveness Act* de 1988, curiosamente confere ao presidente dos Estados Unidos, direitos discricionários para bloquear, por razões de segurança nacional, fusões, aquisições e compras de controle acionário que possam resultar na transferência de controle para as mãos de não nacionais (ALVAREZ, 1989, p.4). Cabe às próprias autoridades norte-americanas definir o que atenta à segurança nacional, o que torna o ato pouco transparente e unilateral (SORNARAJAH, 1995b, p.106)⁶¹.

⁵⁹ Cf. § 106 *infra*.

⁶⁰ Em 1982, atendendo o pedido dos Estados Unidos, o Canadá teve sua legislação sobre o capital estrangeiro submetida a um painel no GATT. Além de adotar uma política seletiva de investimentos, adotava o estabelecimento de critérios de desempenho (BARRETO, p.77 e 78).

⁶¹ Alguns comentadores (ALVAREZ, 1985, p170) chegam a observar que as normas ditadas por esse diploma norte-americano além de constituir uma barreira para novos investimentos nos Estados Unidos, colocam em risco

97. Os trinta e oito artigos do Capítulo 11 do NAFTA estão organizados em três seções: a primeira (seção A) sob o título de "Investimento"; a seguinte (seção B), intitulada "Solução de litígios entre uma das Partes e um investidor ou outra Parte" e a última (seção C), sob a rubrica "Definições". Quatro anexos somam-se a essas três seções. O primeiro contendo as reservas para medidas de tratamento especial já existentes; o segundo prevendo reservas para medidas a serem criadas (ambos anexos tratam das reservas mencionadas no parágrafo anterior); o terceiro, relativo a atividades desenvolvidas exclusivamente pelo Estado (recordando que o México, até 1994, adotou durante décadas um modelo econômico baseado na forte presença do Estado) (BARRETO, 1999, p.82) e um quarto anexo dedicado a exceções à cláusula da nação mais favorecida.

98. O objeto ora estudado conduz automaticamente ao exame dos 13 artigos da primeira seção do Capítulo 11 e, subsidiariamente, às definições estabelecidas na seção seguinte. Inicialmente, é traçado o campo de aplicação do regime previsto no tratado. Ele é aplicável a) aos investidores de qualquer uma das partes e aos investimentos por eles realizados no território de qualquer uma delas; b) com relação às exigências de desempenho e medidas de proteção ao meio-ambiente (artigos 1106 e 1114), a todos os investimentos (incluídos aqueles realizados por investidores de Estados não-membros) efetuados em território canadense, norte-americano ou mexicano. Ficam fora desse regime os investimentos tanto em campos de atividades excluídos expressamente nos anexos, como em serviços financeiros. Essa lista de áreas excluídas abrange todos os investimentos estrangeiros, sendo irrelevante sua proveniência (país membro do NAFTA ou não).

a. A definição ampla de investimentos passou a cobrir investimentos realizados por investidor legalmente estabelecido em qualquer dos países membros do NAFTA, ainda que na qualidade de filial ou subsidiária, independentemente de seu país de origem (idem, p.87).

99. Nos artigos 1102 a 1105 são elencados os princípios norteadores do regime aplicável aos investimentos adotado pelo NAFTA: a) tratamento nacional; b) tratamento da nação mais favorecida; c) padrão de tratamento e d) padrão mínimo de tratamento. Todos eles são de praxe nos acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos internacionais

a coerência do regime interno norte-americano sobre os investimentos com relação às obrigações internacionais já assumidas.

celebrados nas últimas décadas do século XX (nesse sentido, JULLARD, 1987, p.29 e seguintes; DOLZER, 1995, p.58 e seguintes, entre outros).

100. *Tratamento nacional.* A adoção desse princípio, na expressiva maioria dos casos, implica melhora nas condições oferecidas ao investidor e investimentos estrangeiros. Em princípio, ao aplicar-se o tratamento nacional, igualam-se as chamadas capacidades funcionais ou operativas (LAVIEC, 1985, p. 87) dos investidores estrangeiros àquelas dos nacionais, garantindo amplos critérios de não discriminação entre eles. Pode-se afirmar que a grande conquista da Parte A do Capítulo 11 do NAFTA foi a extensão do tratamento nacional à fase de admissão do investimento – o que equivale a dizer, a livre circulação do investimento entre os três países sob o alcance do tratado. Nos casos excepcionais em que a aplicação do regime doméstico acarrete situação aquém de padrões internacionalmente aceitos -como parece ser o caso da China (SORNARAJAH, 1995b, p.118)-, adotam-se complementarmente dois outros princípios: o princípio do padrão de tratamento e o princípio do padrão mínimo de tratamento, comentados abaixo (cf. §§ 102 e 103).

a. Há quem entenda que os pressupostos da origem do tratamento nacional do investidor estrangeiro se encontrem na doutrina Calvo (BARRETO, 1999, p.41 e seguintes), alvo de análise na Introdução do trabalho (cf. § 17). Realmente, Carlos Calvo defendeu com insistência o tratamento idêntico a nacionais e estrangeiros, mas em um contexto histórico totalmente diferente do atual. Em meados do século XIX, quando formulou sua teoria, os estrangeiros mereciam, de hábito, tratamento superior ao dispensado aos nacionais. Credores e investidores estrangeiros contavam, além dos privilégios do regime das capitulações (tribunais especiais em colônias e protetorados que aplicavam direito estrangeiro, via de regra europeu), com o recurso ao socorro armado, a exemplo do caso das intervenções inglesa e francesa na bacia do Prata, no curso da Guerra entre Oribe e Rosas, em meados do século XIX, e do bloqueio da Venezuela por forças navais da Alemanha, Inglaterra e Itália, no início do século XX. Por isso, tratamento nacional, na opinião de Calvo, era banir as vantagens concedidas para estrangeiros e, principalmente, submetê-los aos tribunais nacionais. Essa submissão dos interesses estrangeiros aos tribunais e leis nacionais era o verdadeiro núcleo duro de sua doutrina.

101. *O tratamento da nação mais favorecida.* Se o alvo do princípio anterior é evitar diferenças entre o tratamento endereçado a investidores e investimentos domésticos e

aquele dispensado aos estrangeiros, o deste é evitar discriminações entre os regimes estabelecidos entre os Estados. A intenção é eliminar privilégios eventualmente concedidos a um país e negado a outro.

a) Trata-se da extensão da clássica disposição conhecida como “cláusula da nação mais favorecida”, de uso disseminado pelos acordos relativos ao comércio internacional, cuja adoção é de tradição secular no direito dos tratados (LAVIEC, 1985, p.99). O princípio da nação mais favorecida ganhou força nos Tratados de Amizade, Comércio e Navegação do século XIX⁶² e “permitiu a unificação da economia mundial pela Inglaterra através de uma rede de acordos bilaterais, pois a cláusula que neles se continha funcionava, nas palavras de Schwarzenberger, como um mecanismo automático de auto-adaptação dos tratados para tais fins” (LAFER, 1979, p.10). Como se vê, o mecanismo foi transposto para os acordos de natureza econômico-financeira.

102. *Padrão de tratamento.* Esse princípio diz respeito aos padrões a serem seguidos pelos regimes domésticos com relação ao investimento internacional. Como é pacífico, sobre o investimento estrangeiro incidem duas ordens jurídicas distintas: a ordem internacional, de um lado, e a nacional de cada um dos países receptores, de outro (CARREAU; JULLARD, 1998, p.395, ao enumerarem fontes domésticas e internacionais do direito aplicável aos investimentos internacionais). Ao Direito Internacional cabe o respeito à soberania de cada Estado em legislar sobre os investimentos realizados em seu território, provenientes do exterior. Entre outras medidas, cabe a esse mesmo Estado estabelecer as condições de entrada, direcionar as áreas de aplicação, fixar períodos para a permanência e critério para remessa de rendimentos.

a) O artigo 1004, sob esse título “Padrão de tratamento”, confirma, de modo repetitivo⁶³, que os ordenamentos internos de cada um daqueles países irão referendar os dois princípios anteriores (tratamento nacional e tratamento da nação mais favorecida), conforme o mais alto grau que estiver sendo praticado. Aqui se infere que, com relação ao tratamento nacional, o Estado receptor irá, por exemplo, facilitar sua entrada e saída, eliminar as áreas eventualmente restritas (*open door policy*) e facilitar as remessas de pagamentos ao

⁶² Cf. § 13.

⁶³ Each Party shall accord to investors of another Party and to investments of investors of another Party the better of the treatment required by Articles 1102 and 1103.

exterior, adotando posturas que irão colocá-lo cada vez mais em pé de igualdade ao investidor e investimentos locais.

103. *Padrão mínimo de tratamento*. Também chamado de *standard minimum* internacional. O estabelecimento da ordem interna referida na seção anterior é de competência exclusiva do Estado que recebe o investimento. Porém, deve seguir os padrões mínimos reconhecidos pelo Direito Internacional. O artigo 1105, em seu primeiro item, estabelece que a legislação interna deve coadunar-se com o *standard* internacional mínimo aplicável aos investimentos estrangeiros⁶⁴. Deixando em aberto o que seria esse *standard* mínimo internacional –cujo conteúdo sempre foi pouco suscetível de se precisar, em nível abstrato (PERRY; GRANT, *Enciclopaedic Dictionary of International Law*, New York, Oceana, 1988, p.184)-, ressalva que o mesmo inclui o tratamento justo e equânime, além da proteção e segurança integrais.

a. De modo geral, o estabelecimento desse padrão mínimo de tratamento sempre foi encarado como um desafio⁶⁵. Laviee, em 1985, defendia que era fácil estabelecê-lo em questões relativas ao respeito aos Direitos Humanos (1985, p.89), mas que ainda era controvertido o estabelecimento dessa mesma medida em questão de investimentos. No ano seguinte, o terceiro *Restatement on foreign relations law* dos Estados Unidos parecia da mesma forma limitar os *standards* de direito internacional à proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana (*apud* CARREAU; JULLIARD, 1998, p.455). Entretanto, o Direito Internacional aplicável aos investimentos não é mais o conjunto lacunar de regras que existia há trinta anos.

⁶⁴ Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

⁶⁵ O Direito Internacional tradicionalmente reconheceu certos direitos do investidor e do investimento estrangeiro, desde a época em que se falava de direitos do estrangeiro e de seus bens (cf. § 11 da Introdução). Eram mencionados, de modo genérico, o tratamento igual ao dispensado aos nacionais, ou seja, o princípio da não discriminação, de um lado, e a adequação a certos padrões do Direito das Gentes, de outro. Não seria admitido, por exemplo, vedar o acesso do estrangeiro à justiça. Como já foi visto, dando continuidade à tradição jurídica do século XIX, desde o início do século XX, com os casos *Mavrommatis* e o de certos interesses alemães na Alta Silésia, a jurisprudência internacional reconheceu os direitos adquiridos dos estrangeiros vis-à-vis o Estado de acolhida. Nunca houve, entretanto, como reconhecido por Laviee (1985, p.86), consenso generalizado sobre a extensão exata desses direitos. Conforme o autor, se é certo que a capacidade civil das empresas depende da *lex societatis*, não há norma de Direito Internacional que imponha ao Estado o reconhecimento interno imediato da capacidade de uma empresa estrangeira em explorar certos setores de sua economia.

Pelo contrário, pode-se afirmar que o Direito Internacional dos investimentos é uma área em que a regulamentação internacional existe no presente até em demasia (*idem*, p. 518; JULLARD, 1994a., p.26). Em face da farta jurisprudência dos últimos 20 anos⁶⁶, da celebração de aproximadamente 2.000 acordos bilaterais de promoção, proteção e garantia de investimentos internacionais (STEVENS, 2002, 2) -mais da metade assinados na década de 90 (THORSTENSEN, 2001, p.305)-, dos quatro acordos de integração regional com disposições expressas sobre o investimento internacional (ASEAN, NAFTA, MERCOSUL e APEC), de um acordo regional regulando os investimentos no setor energético europeu, bem como diante da criação do sistema multilateral de garantias da MIGA, parece que o conteúdo do *standard minimum* internacional naquilo que se refere aos investimentos internacionais encontra-se melhor estabelecido do que no passado. Atualmente, esse padrão estaria muito próximo da compilação efetuada pelo Banco Mundial e publicada sob o título de Diretivas sobre o tratamento do investimentos direto estrangeiro, cuja análise será objeto do Capítulo 2 (§s 131 e seguintes).

b. Melhor estabelecido, em termos atuais, o padrão do direito internacional, o artigo 1105 ainda reforça que esse padrão deverá garantir i) o tratamento justo e equitativo e ii) a proteção e segurança completas. A referência ao tratamento justo e equitativo figura como uma redundância, uma vez que a aplicação dos princípios tratados nos artigos anteriores (princípio do tratamento nacional e do tratamento mais favorável) levariam a idêntico resultado. De todo modo, o tratamento equitativo está em primeiro plano quando se menciona o *standard mínimo internacional* aplicável aos investimentos estrangeiros (CARREAU;JULLARD, 1998, p.392). Ambas expressões –tratamento justo e equitativo e proteção e segurança completas- foram alvo de interpretação pelo CIRDI.

i) Na sentença proferida pelo CIRDI no caso *Metalclad*, o tribunal entendeu que o tratamento justo e equitativo compreenderia, entre outros, o dever de transparência entre as partes envolvidas no investimento. O país hóspede tem por dever informar o investidor sobre todos pré-requisitos exigidos para a realização do investimento⁶⁷.

⁶⁶ Consultar §54 e seguintes da Introdução.

⁶⁷ Cf. § 113 *infra*.

ii) Por sua vez, as referências à proteção e seguranças completas adotadas pelo texto (*full protection and security*) abre espaço à interpretação de que um novo tipo de responsabilidade foi criada para o Estado receptor do investimento. Essa responsabilidade poderia ir além daquela que o Estado teria com relação a investidores domésticos, uma vez que, pela teoria geral da responsabilidade civil do Estado, as obrigações deste último, salvo nos casos de responsabilidade objetiva legalmente estabelecidas, encontram limites nos atos de força maior. Apesar da afirmação feita, no começo dos anos 1990, de que não existia, ainda, entendimento jurisprudencial formado sobre a extensão dessa expressão comumente utilizada nos padrões dos acordos bilaterais de promoção, proteção e garantia dos investimentos internacionais (WESTBERG, MARCHAIS, 1992, p.469), a jurisprudência do CIRDI, no curso da década, posicionou-se de modo inequívoco sobre esse ponto: na hipótese de existir um acordo sobre a promoção e proteção dos investimentos entre o Estado anfitrião e o Estado do qual o investidor é nacional, os termos garantia e proteção total implicam em indenização pelas perdas incorridas pelo investidor decorrentes de atos cometidos tanto por agentes governamentais como pela população em geral.

A posição do CIRDI afasta-se daquela anteriormente expressa pela CIJ no caso *Elsi*⁶⁸, em sentença de julho de 1989. A sentença decidiu que o fato de a Itália ter assegurado aos investidores norte-americanos proteção e segurança constantes, nos termos do Tratado de Amizade, Comércio e Navegação assinado entre aqueles dois países, não representava uma garantia para os investidores contra todo e qualquer distúrbio social que causasse dano nos investimentos (Ibidem, p.470).

Contrariamente, no caso *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL)* contra a República do Sri Lanka, cuja decisão foi dada em 27 de junho de 1990⁶⁹, o CIRDI reconheceu a obrigação do Estado anfitrião de assegurar segurança para os investidores – ou, segundo o tribunal, em envidar esforços concretos (*due diligence*) para que essa segurança fosse mantida. Em 1987, durante conflitos armados entre o governo e rebeldes tâmeis no Sri Lanka, sob a alegação que insurgentes ali escondiam-se, forças governamentais atearam fogo nas instalações da empresa *Serendib Seafoods Ltd.*, onde criavam-se camarões. Não tendo sido

⁶⁸ Cf. § 69 da Introdução.

⁶⁹ ILM, vol.30, n.3, p.577 a 655, 1991. A decisão foi objeto de comentários por parte de E. Gaillard (1992, p. 216 e seguintes) e de críticas (RAMBAUD, 1992, p. 501 e seguintes).

atendida em seu pedido de indenização endereçado ao governo, a empresa *AAPL* de Hong Kong –acionista minoritária da *Serendib-* entrou com o pedido de arbitragem junto ao CIRDI. A competência deste último assentava-se nos termos de um acordo bilateral de promoção e proteção de investimentos de 1980, assinado entre a Inglaterra e o Sri Lanka, no ano seguinte estendido a Hong Kong. Esse tratado, em seu artigo 2, fazia menção à garantia de segurança e proteção totais.

A questão era saber, inicialmente, se os termos *full protection and security*, utilizados no texto convencional, referiam-se a padrões do Direito Internacional ou se significavam algo mais do que o comumente por ele oferecido. O tribunal⁷⁰ entendeu que essa menção não criava nenhuma obrigação extra para o governo do Sri Lanka e que se estava longe de uma responsabilidade objetiva. Refletia, isso sim, um padrão do direito costumeiro relativo sobre a responsabilidade civil do Estado e cabia a autora provar que os danos tinham sido causados pelo governo e não pelos rebeldes. Todavia, a sentença reconheceu os direitos do investidor, ao notar que existe um outro princípio geral admitido pelo direito internacional, segundo o qual o Estado é responsável pelos danos causados pela sua incompetência em prover a proteção requerida pelos tratados ou pelo direito costumeiro, independente da questão se esses danos foram causados por rebeldes ou forças oficiais⁷¹. De seu pedido de aproximadamente oito milhões de dólares, a *AAPL* recebeu uma indenização de aproximadamente 460 mil dólares, considerando que era uma acionista e que a indenização levava em consideração o valor de suas ações e não dos ativos do empreendimento (I.L.M., 1991, p.627). O significado dessa decisão transcende o valor da indenização outorgada: na opinião de Sornarajah, um gênio foi solto da garrafa (1995a., 263).

⁷⁰ El-Kosheri, na qualidade de Presidente; Berthold Goldman e Samuel Asante, como membros do Tribunal (Ibid., p.580). Este último, ex- presidente da Comissão das Nações Unidas sobre as Empresas Transnacionais, apresentou voto dissidente, em que não reconheceu nenhuma responsabilidade do Sri Lanka pelo ocorrido. Ressalvou, entretanto, que se ao tribunal tivesse sido dado o direito de julgar em equidade, fixaria a quantia de 300 mil dólares a ser paga pelo governo do Sri Lanka, *ex-gratia*, ao investidor (Ibid., p.655).

⁷¹ 72. It is a generally accepted rule of International Law, clearly stated in International arbitral awards and in the writings of the doctrinal authorities, that: (i) a State on whose territory an insurrection occurs is not responsible for loss or damage sustained by foreign investors unless it can be shown that the Government of that state failed to provide the standard of protection required either by treaty, or under general customary law, as the case may be; and (ii) failure to provide the standard of protection required entails the state's international responsibility for losses suffered, regardless of whether the damages occurred during an insurgent's offensive act or resulting from governmental counter-insurgency activities (Ibid., p.608 e 609).

c) A tese formulada no caso AAPL consolidou-se. Em 1997, no caso *American Manufacturing & Trading Inc.* contra o Zaire, o tribunal condenou esse Estado a indenizar o investidor pelos prejuízos causados por saques e atos de vandalismo contra seus investimentos, no curso de turbulências que assolaram o país no início daquela década. Um pouco depois, em 1999, no caso *Tradex Hellas S.A.* contra a Albânia, o tribunal decidiu ser impossível indenizar as perdas sofridas, em razão das invasões perpetradas por camponeses do Estado receptor, pela falta de vigor de um acordo bilateral entre Grécia (país do investidor) e a Albânia⁷². Por isso, atualmente, é essa a extensão que se dá aos termos proteção e garantias integrais (*full protection and guaranty*).

d) Coincidentemente, a segunda parte do artigo 1105 do NAFTA faz menção direta aos casos de indenização dos danos causados por conflitos armados⁷³. O tratamento dispensado ao investidor e ao investimento originário dos Estados membros deverá ser idêntico ao dispensado aos investidores locais, em outras palavras, repetindo a regra geral do tratamento nacional. Fica a observação de que esse dispositivo deve ser interpretado à luz dos casos acima mencionados.

104. O artigo 1106 abre espaço para as regras de direito propriamente ditas. Até agora, como foi visto, os artigos de números 1102 a 1105 supra analisados estabeleceram os princípios aplicáveis aos investimentos e investidores. A primeira regra refere-se à proibição das chamadas exigências de desempenho. Confirmando a rejeição tradicional norte-americana sobre exigências relacionadas a critérios de desempenho (SORNARAJAH, 1986, p. 86), Canadá nem México poderão condicionar a entrada de investimentos provenientes de qualquer outro país (quer um Estado parte, quer um terceiro Estado) a i) critérios de desempenho de exportação, ii) limitação das importações de insumos, iii) obrigatoriedade de aquisição local de insumos, iv) porcentagem nacional no produto final, v) restrições a vendas locais ou estabelecimento de áreas de exclusividade de vendas e vi) transferência de tecnologia..

⁷² Para as publicações sobre a sentença, consultar o Anexo 1, com a Lista dos casos submetidos ao CIRDI e concluídos.

⁷³ Without prejudice to paragraph 1 and notwithstanding Article 1108(7)(b), each Party shall accord to investors of another Party, and to investment of investors of another Party, non-discriminatory treatment with respect to measures it adopts or maintains relating to losses suffered by investments in its territory as a result of armed conflict or civil strife.

105. A segunda regra de direito é ditada pelo artigo 1107. Ele dispõe que as empresas resultantes dos investimentos provenientes dos países membros poderão ser administradas e gerenciadas por estrangeiros, que irão submeter-se aos critérios de imigração do país de acolhida. Uma exceção é aberta: permite-se a exigência de que a maioria dos diretores, ou de outro órgão de administração da empresa, seja residente ou nacional de um país, desde que isso não cause impacto na livre administração do investimento. Essa foi a forma de acomodar-se a situação do Canadá, cujas leis exigem que a maioria dos diretores das empresas constituídas no país sejam residentes no país (EKLUND, 1994, p.138).

106. O título do artigo 1108 avança o conteúdo por ele tratado: "Reservas e Exceções". Por meio de referência aos quatro anexos deste Capítulo 11, estabelecem-se os casos em que as regras referentes ao tratamento nacional, ao tratamento mais favorecido, a requisitos de desempenho e à regra de nacionalidade de membros da administração e gerenciamento do investimento (§s100, 101, 104 e 105 acima) não serão aplicadas⁷⁴. Com

⁷⁴ Essas reservas, que se estendem por muitas páginas do NAFTA, foram sistematizadas por HORLICK e MARTI (1997, p.50 e 51): sob o Anexo I (medidas já existentes e em desconformidade com o regime do Capítulo 11), o Canadá fez reservas com relação às seguintes áreas: empréstimos concedidos à agricultura pelo *Farm Credit Corporation*; exame de aquisições feitas por estrangeiros; venda de participações do governo em empresas; exigência de residência feita a diretores ou administradores das empresas federais; terras na área controlada de Alberta; limitação à participação acionária estrangeira em certas sociedades; critérios de desempenho no setor automotivo; setores de petróleo, gás, pescaria e transportes. Sob o mesmo Anexo, o México apresentou reservas quanto a: terras nas fronteiras e em áreas restritas; exame da aquisição de certas companhias por não-mexicanos; participação em cooperativas de produção; micro-empresas; propriedades destinadas à agricultura, criação e reflorestamento; indústrias de rádio e televisão, construção, educação, comunicação, filmes e televisão a cabo, petróleo, automóveis, minas, editoras, transporte e certos serviços profissionais. E os Estados Unidos apresentaram as seguintes exceções: licença para atividades relacionadas à energia atômica e material nuclear; informações sobre pesticidas; certos direitos minerários; transporte aéreo e terrestre e critérios de desempenho em serviços de saneamento.

No Anexo II são estabelecidos os campos reservados a futuras medidas restritivas. Assim, o Canadá ficará isento do regime do NAFTA com relação a serem concedidas aos índios, em detrimento dos investidores estrangeiros; poderá exigir domicílio no país nas aquisições de terras na faixa litorânea; restringir certos serviços de telecomunicação; regular a venda de títulos públicos e relativos a investimentos no setor de transporte aéreo e fluvial. O México, por sua vez, poderá adotar medidas sobre a venda de títulos públicos; sobre investimentos em telecomunicações e no campo do transporte aéreo. Os Estados Unidos reservaram-se ao direito de salvaguardar os critérios de residência para a aquisição de propriedades no litoral; investimentos no setor de telecomunicações e transporte marítimo.

No Anexo III são estabelecidas as de interesse privativo dos Estados. O México excluiu do regime do NAFTA petróleo, eletricidade, energia nuclear e materiais radioativos, comunicação via satélite, telégrafo e rádio-telégrafo, serviços de correio, ferrovias, emissão de moeda, controle e inspeção de portos marítimos e internos, aeroportos e heliportos. A aquisição das empresas estatais estará restrita a empresas controladas por nacionais. Após três anos da compra, o artigo 1102, ou seja, o tratamento idêntico entre investidores nacionais e estrangeiros, passará a ser aplicado.

Por fim, no Anexo IV estabelecem-se as exceções ao tratamento do país mais favorecido. Ficam excetuadas as áreas de aviação, pescaria, transporte, redes de telecomunicação e serviços.

relação a algumas dessas reservas, estabeleceu-se prazo para que fossem levantadas (*phase out*).

a. Além das exceções criadas por referências diretas aos anexos, acima citadas, outras são estabelecidas diretamente no texto do artigo 1108. Por exemplo, o tratamento nacional e o tratamento da nação mais favorecida não serão estendidos a assunto de propriedade intelectual (item 5). Somados aos critério de desempenho também não se aplicam às licitações promovidas pelos Estados (item 7,a). Excetua-se da aplicação do NAFTA as operações cobertas por programas especiais dos governos, envolvendo empréstimos, seguro ou garantias (item 7b).

107. O objeto do artigo 1109 é a livre transferência de recursos. Muitas vezes confundida com a própria liberdade dos fluxos do investimento, a livre transferência de recursos vem a ser o veículo de realização dessa liberdade. A transferência pelo investidor dos recursos derivados de seu investimento é garantida e assegurada de forma irrestrita. A remessa poderá ser vedada em pouquíssimos casos, sempre de caráter geral e não discriminatório (respeitando os princípios acima comentados): em caso de insolvência ou de falência, no intuito de proteger os direitos dos credores; caso a quantia tenha sido caucionada como garantia em operações de bolsa, em caso de operações suspeitas envolvendo câmbio ou moeda ou em caso em que o montante tenha sido entregue em caução judicial.

108. O artigo 1110 disciplina a desapropriação de bens entre as partes e a subsequente compensação. Serão apenas permitidas as nacionalizações que tenham por finalidade o interesse público, que não sejam discriminatórias, que estejam de acordo com a ordem interna e com o Direito Internacional e cuja indenização corresponda ao valor de mercado do investimento. Tratado-se de empreendimento que esteja em operação, serão também computados os lucros presumidos. Em qualquer hipótese, o pagamento deverá ser feito de forma líquida e imediata, em moeda de um dos países do G-7. Em outras palavras, ainda que não mencionado textualmente, deverá obedecer os três requisitos contidos na fórmula *Hull*: ser pronta, adequada e efetiva. Ao assinar o NAFTA, o México - que havia proposto, em 1938, pagar as indenizações devidas pela nacionalização de sua indústria

Uma exceção importante e que acima não foi mencionada, pois é resultado do Acordo Bilateral entre o Canadá e os Estados Unidos de 1988 (cf §94), que continua em vigor ente as duas partes, é a que recai sobre a indústria cultural (BARRETO, 1996, p.31 e 1999, p.87).

petrolífera em dez anos e mediante a entrega de petróleo – reviu por inteiro sua histórica posição.

109. O penúltimo artigo do Capítulo 11 trata da restrição geral dos direitos de livre acesso e de proteção dos investimentos. Canadá, Estados Unidos ou México podem suspender a aplicação das normas previstas no Capítulo 11 aos investimento efetuados por empresas cujo controle seja detido por investidores de países com os quais cada um desses três países não mantenham relações diplomáticas ou comerciais . No caso, o exemplo seria uma empresa mexicana, cujo controle fosse detido por uma empresa de Cuba (HORLICK; MARTI, 1997, p.48).

110. Finalmente, medidas com relação ao meio ambiente encerram o Capítulo 11. As regras do artigo 1114, do mesmo modo que as proibições das exigências de desempenho, previstas no artigo 1106, aplicam-se de forma ampla e geral, ou seja, aos investimentos provenientes tanto dos países signatários do NAFTA como aos que não são parte do tratado. As partes do NAFTA não irão relaxar suas regras de segurança, saúde e proteção ao meio ambiente com a finalidade de facilitar investimentos.

111. Levando em conta sua abrangência, comenta-se faltar pouco para que o NAFTA –na qualidade de zona de livre comércio- configure-se como um verdadeiro mercado comum (BARRETO, 1999, p.86). O fato de o México ter excluído o petróleo do regime do NAFTA foi plenamente compensado pelas demais liberalizações concedidas (idem, p.89).

112. A partir de sua entrada em vigor, em janeiro de 1994, o Capítulo 11 do NAFTA deu margem a volumoso contencioso. Três litígios foram objeto de decisão no CIRDI, por intermédio de seu Mecanismo Complementar (Additional Facilities), como detalhado no parágrafo abaixo. Todos eles movidos contra o México, respectivamente por *Metalclad Corporation*, *Waste Management, Inc.*, ambas empresas norte-americanas, e Robert Azinian e outros. Sete casos encontram-se pendentes ⁷⁵: i) *The Lowen Group, Inc and Raymond Lowen* contra os Estados Unidos, registrado em novembro de 1998, acerca de uma rede de casas de serviços funerários e de empresas seguradoras; ii) *Marvin Roy Feldman* contra o México, caso registrado em maio de 1999, em torno da discussão do pagamento, pelo governo mexicano, de um prêmio relacionado à exportação de cigarros; iii) *Mondev International Ltd* contra os Estados Unidos, caso registrado em setembro de 1999, sobre o desenvolvimento de um projeto imobiliário por um investidor ; iv) *ADF Group Inc.* também contra os Estados Unidos, registrado em agosto de 2000, sobre a

⁷⁵ Cf. lista disponível em <http://www.worldbank.org/icsid>. Acesso em 28 out. 2002.

construção de uma auto-estrada; v) Fireman's Fund Insurance Company contra o México, submetido em maio de 2002, tendo por objeto a discussão de instrumentos representativos de dívida; vi) *Técnicas Mediambientales Tecmed, S.A.* contra o México; e, finalmente, vii) a nova submissão do caso *Waste Management Inc.* contra o México, caso em que a declaração de incompetência do CIRDI foi submetido a reapreciação.

a. Considerando que nem o Canadá nem o México são partes da Convenção de Washington de 1965, demandas endereçadas contra eles por investidores dos Estados Unidos não poderiam, em princípio, ser julgadas pelo CIRDI. Contudo, desde 1978, o regulamento do CIRDI já previa uma saída para a hipóteses em que um dos países envolvidos (ou investidores nacionais desses países) não fossem parte daquela Convenção : a adoção de um mecanismo de extensão de benefícios do centro, denominado Mecanismo Complementar (*Adittional Facilities*), da mesma forma patrocinado pelo Banco Mundial. Assim, a Seção B do Capítulo 11 remete a solução de eventuais litígios entre o investidor e o Estado de acolhida à solução do Mecanismo Complementar. O texto abre como opção a convocação de um tribunal *ad hoc*, a ser criado e regido conforme as regras de arbitragem da UNCITRAL⁷⁶. Deste modo, quando os litígios envolvem unicamente, de um lado, o Canadá ou o México e, de outro, investidores de um desses países, essa é a solução obrigatória (EKLUND, 1994, p.142). No litígio que colocou a empresa norte-americana *Ethyl Corporation (Ethyl)*⁷⁷ contra o governo do Canadá e que gerou a primeira decisão no âmbito do Capítulo 11 do NAFTA, em junho de 1998, as partes optaram por um tribunal independente do CIRDI, portanto, um tribunal *ad hoc*. Apesar de sua importância –afinal, o Canadá foi condenado a pagar à empresa americana sete milhões de dólares a título de indenização- ela não será comentada, uma vez que o foco do presente trabalho restringe-se à jurisprudência do CIRDI e, conseqüentemente, dos serviços adicionais oferecidos pelo Mecanismo Complementar.

b. Com relação às particularidades do Mecanismo Complementar, é absolutamente necessário esclarecer que se trata de uma extensão dos poderes administrativos do Secretário Geral do CIRDI no sentido de supervisionar os processos submetidos a esse mecanismo. Está longe de acarretar uma extensão da jurisdição do CIRDI. Por isso, a ele não

⁷⁶ A terceira opção, que seria a submissão do litígio ao CIRDI propriamente dito, até o momento é apenas teórica, visto que o único país do NAFTA signatário da Convenção de Washington permanece sendo os Estados Unidos.

⁷⁷ As decisões sobre o caso(a primeira sobre o local de arbitragem e a segunda sobre a jurisdição) encontram-se publicadas no JIA, vol.16, n.3, p.141-186, 1999, antecedida de comentários.

são aplicáveis as normas estabelecidas na Convenção de Washington. A consequência mais importante é que os laudos emitidos pelo Mecanismo Complementar não pairam acima dos direitos nacionais, sendo que sua execução dependerá das leis do local em que a sentença tiver que ser executada (lei da execução). Tampouco as sentenças arbitrais podem ser objeto de recurso de revisão junto ao CIRDI. Isso levou, por exemplo, a revisão, por tribunais estatais, da sentença que encerrou o caso *Metalclad* contra o México, em seguida relatada. Findo o processo arbitral, no âmbito do Mecanismo Complementar, uma das partes entrou com um processo de revisão da sentença junto aos tribunais canadenses (o tribunal arbitral havia sido sediado em Vancouver, *lex fori*, portanto).

113. Passando ao exame dessa sentença, que foi a primeira decisão de mérito prolatada pelo CIRDI com relação ao Capítulo 11 do NAFTA. A autora do caso foi uma empresa californiana, a *Metalclad Corporation (Metalclad)*, que registrou, em 1997, seu pedido de arbitragem contra o México. A sentença do tribunal, presidido por Lauterpacht, foi proferida em 25 de agosto de 2000⁷⁸. O litígio girou em torno da construção e exploração de um aterro para lixo tóxico industrial no município de Guadalcazar, localizado no estado de San Luis Potosí, por uma empresa mexicana, *Ecosistemas Nacionales S.A. de C.V. (Econsa)*, inteiramente controlada pela empresa norte-americana, *Eco-Metalclad Corporation (Eco)*, por sua vez subsidiária integral da *Metalclad*. Em razão da novidade do caso, por ser a primeira sentença de mérito proferida pelo CIRDI no âmbito do regime regional de investimentos criado pelo NAFTA, o caso será mais detalhadamente resumido.

a. Em maio de 1993, a *Econsa* adquiriu a empresa mexicana *Confinamiento de Residuos Industriales S.A. de C.V. (Coterin)*, com o fim específico de assumir o projeto que esta última estava desenvolvendo: a construção e a administração de um campo para dejetos industriais tóxicos no vale *La Pedrera*, no Município de Galdacazar, na zona central do México. A *Coterin*, desde 1990, detinha as autorizações necessárias para construir e operar uma estação de tratamento nesse local. Em janeiro de 1993 recebeu a autorização para construir o depósito das mesmas substâncias. Três meses depois, assinou um contrato de opção de compra de seis meses com a *Metalclad*. Em maio, as autoridades estaduais expediram a autorização para a construção daquele aterro. Adaptações sugeridas foram acatadas pelo

⁷⁸ O texto integral da sentença está disponível em <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm#4>>. Acesso em 8 dez.2001.

investidor e as obras foram iniciadas. A *Metalclad* apresentou evidências de que as autoridades estaduais confirmavam que todas as licenças tinham sido obtidas. No caso de aterros tóxicos, a competência para aprovação seria das autoridades federais e estaduais. Ambas, conforme comprovado pela *Metalclad*, foram devidamente obtidas. Todavia, o município insistiu que uma autorização local era imprescindível, contrariando aquelas autoridades. De toda forma, em outubro de 1994, mediante a interdição da construção pelo município, a *Metalclad* foi aconselhada pelo governo estadual a entrar com o pedido de autorização no Município. As obras foram retomadas e, em 1995, uma cerimônia de inauguração foi organizada. O acesso dos convidados, porém, foi impedido por manifestantes, apoiados por tropas locais. Em novembro daquele mesmo ano, um acordo foi fechado com as autoridades ambientais federais. Nele, foram acertadas as novas condições que deveriam ser observadas para o funcionamento do aterro. Entretanto, em dezembro de 1995 – trinta meses depois do pedido formulado pela *Metalclad* -, a prefeitura local emitiu um parecer negativo à construção daquela obra. Com base nesse documento, as autoridades locais impetraram um mandado de segurança contra o ato federal que permitia o funcionamento do aterro.

b. A decisão do tribunal reconheceu os direitos da *Metalclad*, com base no artigo 1105 acima comentado. O México não dispensou ao investidor o tratamento justo e equitativo previsto nesse dispositivo. De acordo com a decisão, o princípio da transparência deve reger todas as relações nos quadros do NAFTA (item 76 da sentença). Por isso, é obrigação do Estado hóspede informar ao investidor todos os requisitos necessários para a realização do empreendimento. Os níveis federais e estaduais do governo mexicano deram a entender à *Metalclad* que todas os requisitos prévios haviam sido preenchidos (*idem*, item 85). A ausência de uma regra clara sobre a necessidade ou não da autorização estadual seria contrária a esse princípio geral (*idem*, item 88). Além disso, à luz da Convenção de Viena do Direito dos Tratados, artigos 26 e 27, é inadmissível que um Estado deixe de cumprir uma obrigação internacional alegando suas leis internas ou atos de sua administração (*idem*, item 100).

c. Considerando que, em setembro de 1997, o governo estadual decretara os domínios que abrangiam construção da *Metalclad* como área de preservação ecológica, o investidor não teria mais acesso a seu investimento, caracterizando-se, desta forma, um ato cujos efeitos seriam semelhantes a uma nacionalização de seus bens. Embora, por um lado, o tribunal reconhecesse o direito do México de editar esse diploma legal, por outro reconheceu o

direito do investidor de ser indenizado. Essa indenização, calculada basicamente em cima dos valores efetivamente investidos, foi no valor de USD16,685,000.00. Após a apresentação às cortes da British Columbia de um pedido de reexame da questão⁷⁹, foi concedido um desconto de 25% sobre o valor estipulado pelo tribunal arbitral.

114. As duas outras decisões do CIRDI acerca do regime de investimentos criado pelo NAFTA restringiram-se aos aspectos prévios de competência desse centro. A primeira delas data de novembro de 1999, no processo movido por Roberto Azinian e outros contra o México⁸⁰. O caso, que foi submetido ao CIRDI sempre por intermédio do Mecanismo Complementar já mencionado, teve por objeto a rescisão do contrato de concessão dos serviços de coleta de lixo celebrado entre o município mexicano de Naucelpan e a empresa controlada pelos autores. Estes entendiam que a quebra do contrato constituía uma desapropriação para fins do NAFTA. Ocorre que a questão já havia sido alvo de ação judicial diante dos tribunais mexicanos. O fato, em princípio, não furtaria a competência do Centro, uma vez que é reconhecido que um tribunal internacional não se vincula às decisões dos tribunais nacionais (item 86 da sentença, que se refere expressamente a outro caso julgado pelo CIRDI, Amco contra Indonésia, comentado a seguir no § 123). Todavia, os tribunais mexicanos haviam declarado nulo o contrato de concessão. Durante o processo, haviam seguido a lei mexicana de concessões aplicável e os mais estritos padrões legais, o que era suficiente para comprovar a legalidade da rescisão contratual.

115. Dentro dessa mesma moldura, qual seja, as disposições do Capítulo 11 do NAFTA, a segunda decisão do CIRDI sobre sua competência foi dada no caso *Waste Management, Inc. contra o México*⁸¹. A empresa controlada pela autora, concessionária

⁷⁹ Insiste-se no porquê da apresentação de recurso às cortes canadenses do Distrito de British Columbia (vide § 112, b): o México não faz parte da Convenção da Washington. Por isso, seu acesso ao CIRDI é feito por intermédio do Mecanismo Complementar. Este, entretanto, não estende às partes todos os benefícios daquela Convenção. Assim, as sentenças prolatadas no âmbito do Mecanismo não são automaticamente exequíveis nem pedidos de revisão podem ser apresentados ao CIRDI. Em caso de revisão, seguindo as normas gerais do Direito Internacional Privado, a parte interessada deve conduzir-se, então, ao judiciário do local em que o tribunal arbitral fixou sua sede (*lex fori*). Como, no caso, o tribunal havia eleito sua sede a cidade de Vancouver, o México, inconformado com a sentença, apresentou seu pedido de revisão junto às cortes da British Columbia.

⁸⁰ O texto integral da sentença está disponível em http://www.worldbank.org/icsid/cases/robert_award.pdf. Acesso em 8 dez.2001. Comentários à sentença em GAILLARD, 2000, p.250 e 251.

⁸¹ O texto integral da sentença está disponível em http://www.worldbank.org/icsid/cases/waste_award.pdf. Acesso em 8 dez.2001. Comentários à sentença em GAILLARD, 2001, p.150.

responsável pelo tratamento do lixo da cidade de Acapulco de Juarez, alegou a inobservância de seus direitos pelas autoridades municipais. O fato, como no caso acima relatado, seria equivalente a uma desapropriação. O tribunal, presidido por Bernardo Cremades, declinou sua competência, pelo fato de o investidor estar discutindo a mesma questão nos tribunais mexicanos. Pelo artigo 1121 do NAFTA, isso era razão suficiente para afastar a competência jurisdicional do Centro⁸². O reexame dessa sentença foi submetido ao CIRDI e encontra-se pendente.

116. Com isso, o exame do regime regional sobre investimentos instituído pelo NAFTA fica concluído. Como demonstrado pela jurisprudência citada, trata-se de um regime que, contrariamente àqueles analisados no título anterior, está realmente em funcionamento. Passa-se, com isso, para o exame de dois outros regimes regionais: inicialmente, aquele em processo de sedimentação na ASEAN e, em segundo lugar, o que está em discussão no âmbito da APEC.

3. A ÁREA DE INVESTIMENTO DA ASEAN

117. Cabem alguns comentários prévios com relação à ASEAN, sua criação e propósitos. É conveniente lembrar que a ASEAN veio à luz em 1967, fruto da Declaração de Bancoc. Era originalmente formada por 5 países -Cingapura, Filipinas, Indonésia, Malásia e Tailândia-, todos preocupados com a instabilidade política na região. Vários eram os motivos, de ordem intra-área e extra-área, entre eles, as constantes desavenças entre aqueles países, a ameaça representada pela China, a guerra no Vietnã e o comunismo campeando pela região. Portanto, em seus vinte cinco anos iniciais, a ASEAN foi, mais do que tudo, um mecanismo regional político-militar criado para solucionar conflitos de seus membros (CARRANZA, 1993, p.77). O aspecto econômico da associação passou a ser valorizado em 1987, quando da assinatura do Acordo para a promoção e proteção de investimentos por aqueles cinco países e Brunei – cuja adesão à ASEAN data de 1984. Isso

⁸² 1121. Conditions precedent to submission of a claim to arbitration- ...2. A disputing investor may submit a claim under Article 1117 to arbitration only if both the investor and the enterprise: ... (b) waive their right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party, or other dispute settlement procedures, any proceedings with respect to the measure of the disputing Party that is alleged to be a breach referred to in Article 1117, except for proceedings for injunctive, declaratory, or other extraordinary relief,

conduz à afirmação de que a importância definitiva da ASEAN como organismo de integração econômica regional é adquirida após o término da Guerra Fria, em 1989, época em que seus membros passaram a reexaminar a perda do mercado norte-americano para suas exportações (Idem, p. 87).

a. Tal importância vai sendo acentuada progressivamente. A idéia do estabelecimento de uma zona de livre comércio para a área é adotada na 4ª. Reunião de Cúpula de 1992, em Cingapura. Fixa-se sua implementação para 2008, sob a denominação de ASEAN Free Trade Área (AFTA). Pouco depois, na Cúpula de Bancoc, em 1995, esse período é abreviado para 2003. Complementando, essa mesma Cúpula delibera sobre a criação de uma área comum de investimentos, a ASEAN Investment Área (AIA), a ser concretizada em 2010. E, em 1997, os líderes da ASEAN defendem a ASEAN Partnership in Dynamic Development e decidem o estabelecimento, em 2020, da ASEAN Vision⁸³. Esta última constituir-se-á em um espaço econômico integrado em profundidade e em grande escala. Prevê-se não só a construção de um sistema integrado de transporte - abrangendo rodovias, ferrovias, transporte aéreo, marítimo e fluvial, o que resultará no redimensionamento da importância dos portos da região - mas também de sistemas integrados de fornecimento de água e energia. Um passo concreto nesse sentido foi o início da construção, em 1999, de um gasoduto entre o sul da Tailândia e a Malásia, no valor estimado de 1 bilhão de dólares, cujo custo será dividido entre esses dois países.

118. O regime regional sobre investimento internacionais no seio da ASEAN repousa sobre quatro documentos. O primeiro deles, já mencionado, o Acordo de Jacarta para a promoção e proteção de investimentos de investimentos, assinado de 1987. O segundo, o protocolo de emenda a esse acordo, assinado em 1996. Em seguida o Acordo Quadro sobre Investimentos, datado de 1998, e, em último lugar, o protocolo de emenda a esse Acordo Quadro, assinado em 2001.

119. Conforme o disposto nos parágrafos dois e três de seus "Consideranda", o Acordo de 1987 tem por objetivo aumentar o fluxo de investimentos e tecnologia na área e

not involving the payment of damages, before an administrative tribunal or court under the law of the disputing Party.

⁸³ Disponível em <<http://www.aseansec.org/inemu.asp?action=2&contents=2>>. Acesso em 13 de jan.2002.

criar condições favoráveis para os mesmos⁸⁴. As disposições do artigo 4 do Acordo garantem a proteção completa (*full protection*) dos investimentos, seu tratamento justo e equânime e a extensão das vantagens da cláusula da nação mais favorecida⁸⁵. Na hipótese de danos ao investimento, causados por conflito armado no país anfitrião, este último compromete-se a indenizá-los, em bases idênticas às dispensadas a qualquer outro investidor estrangeiro. O artigo 5 dispõe que o acordo não será aplicado à matéria tributária, o que implica a manutenção do que foi estabelecido nos acordos bilaterais celebrados para evitar a bi-tributação, restringindo a ampliação dos benefícios tributários por meio de uma eventual aplicação do princípio da nação mais favorecida. Pelo artigo 6, fica assegurado que desapropriações só irão ocorrer em caso de interesse público. Ainda assim, ficarão sujeitas ao exame do judiciário, não serão discriminatórias e irão depender de pagamento de indenização adequada. Previamente, fica acordado que a base de cálculo para qualquer indenização será o valor de mercado apurado imediatamente anterior à medida tomada pelo governo. O pagamento da indenização será efetuado ao investidor em moeda de curso internacional. Essas medidas aplicam-se tanto a investimentos propriamente ditos, como a ações -ou qualquer outro bem intangível- que seja nacionalizado. O artigo 8 debruça-se sobre a clássica questão da subrogação: se uma das Partes Contratantes, em virtude de garantia emitida, efetuar o pagamento da indenização devida pela outra Parte Contratante, aquela primeira assumirá todos os direitos detidos pelo investidor originalmente. Dando um fecho, o artigo 9 dispõe sobre os meios a serem adotados em caso de litígio. Quando as disputas tiverem por objeto as condições ou a interpretação do Acordo, na falta de solução direta entre os países envolvidos, deverão submetê-las aos Ministros Econômicos da ASEAN (*ASEAN Economic Ministers*, AEM). Os litígios que ocorrerem entre um Estado e um investidor de outro Estado devem ser submetidos quer CIRDI, quer ao Centro Regional para Arbitragem em Kuala Lumpur, ou ainda referidos a um tribunal *ad hoc*, convocado segundo as regras da UNCITRAL.

120. O Acordo de 1987 frisa que só irão gozar dos benefícios por ele instituídos aqueles investimentos que tiverem sido objeto de aprovação escrita e registro no país receptor, que estejam de acordo com as leis nele vigentes e que, assim, o país receptor considere

⁸⁴ texto disponível em <<http://www.ascansec.org/print.asp?file=/economic/agrlin87.htm>> Acesso em 13 de jan.2002.

⁸⁵ para o exame de cada um desses princípios, consultar os §§ 101 e 103 supra.

elegível à garantia representada pelas provisões do Acordo (artigo II, aplicação e escopo). Isso porque os países asiáticos, contrário a entendimento infundado, nunca mantiveram um sistema aberto para a entrada irrestrita do capital estrangeiro. Como apontado por Sornarajah (1995b, p.196), desde 1979, quando a China anunciou a abertura de sua economia, há rumores de que a política liberal -também chamada de *open-door policy*⁸⁶- tenha sido abraçada de forma indiscriminada nessa região. Com certeza, houve uma liberalização o que, todavia, não corresponde a eliminação de todo e qualquer limite. Como afirmado, em 1990, por um líder do Vietnã, “se a porta é deixada aberta, não entrará apenas o vento, mas também poeira e moscas” (ibidem). Mantiveram-se, portanto, critérios eletivos de escolha, fixando-se a preferência para os investimentos cuja entrada é considerada de efeito benéfico para a economia do país. Até o Japão, que não tem nenhuma forma de controle cambial sobre a entrada de capitais vindos de fora, tem medidas indiretas e mais sutis que servem de barreira para o fluxo dos investimentos provenientes de fora.

121. Em 1996, o Acordo de 1987 foi emendado com o objetivo primordial de acolher a adesão do Vietnã. Mas, como apontado anteriormente, em dezembro de 1995, na 5ª reunião da ASEAN, foi aprovada a criação da *ASEAN Investment Area*, a ser efetivada em janeiro de 2010. Esse fato e, principalmente, a crise financeira que abalou as economias desses países em 1997, impulsionaram a assinatura, em 1998, de novo documento, o Acordo Quadro sobre a Área de Investimentos da ASEAN (o Acordo Quadro)⁸⁷. O Laos e Mianmar assinaram esse acordo quadro na qualidade de membros recém admitidos na ASEAN.

122. Além de promover o fluxo de investimentos, tecnologia e trabalho qualificado, o Acordo Quadro enumera, entre suas finalidade, a atração de fluxos de investimentos provenientes de fora da ASEAN (artigo 3) . Alterando aparentemente a política eletiva de investimentos adotada até então, o tratamento nacional será indiscriminadamente estendido a todos os investimentos provenientes dos países membros da ASEAN, a partir de

⁸⁶ em que pese o fato de que a doutrina atual talvez ignore, a referência à *open door policy* é uma reminiscência do imperialismo que dominou o Oriente, na virada do século XIX para o XX. Quando as potências européias – Alemanha, França, Inglaterra e Rússia- discutiam a divisão da China, de acordo com as suas pretensões e conveniências, John Hay, na qualidade de Secretário de Estado norte-americano, emitiu uma série de notas endereçadas àqueles países em que veementemente defendeu a doutrina da *open door* para a região. Em outras palavras, insistiu para que se mantivessem abertos todos os portos da China, em igualdade de condições, propiciando as importações em bases igualitárias (KENNAN, 1952, p.25 e seguintes).

⁸⁷ texto disponível em <http://www.aseansec.org/poirt.asp?file=/economic/fwarg_iaa.htm>. Acesso em 13 de jan.2002.

2010 e, indo além, a todos os investidores, em 2020 (artigo 4, b.). Também em 2010, todas as empresas da região estarão abertas a investimentos provenientes de membros da ASEAN e, a partir de 2020, a todos os investimentos, não importando o país de origem (artigo 4, c.). No artigo 5, fixam-se as diretrizes a serem observadas pelos países membros na adaptação de suas legislações internas para que todos esses alvos sejam alcançados. Fica bem esclarecido que as normas do acordo quadro dependem da formulação de legislação nacional que dê corpo às diretivas por ele criadas.

a. Uma vez que alguns dos países da ASEAN vêm de sistemas econômicos pouco desenvolvidos e muito fechados, é permitido a formulação de listas de exceções temporárias, em que certos setores são mantidos provisoriamente fechados ao investimento estrangeiro. Entretanto, fixa-se o prazo certo para o término dessas exceções (artigo 7). Fica criado um conselho regional (*Asean Investment Area Council*), subordinado ao conselho de ministros econômicos da ASEAN, que irá receber todas as informações sobre a legislação relativa a investimentos de cada um dos países membros, suas alterações e tratados internacionais celebrados com terceiros. O Protocolo sobre o mecanismo de solução de litígios da ASEAN será aplicado nas eventuais questões relativas à interpretação e aplicação desse acordo quadro.

b. Em 2001 o Acordo Quadro sofreu um aditamento para receber a adesão do reino do Camboja, que aderiu à ASEAN em abril de 1999.

123. Apesar da remissão no acordo regional de promoção e proteção dos investimentos de 1987 à competência do CIRDI, contrário ao que já ocorreu no NAFTA, ainda não houve litígio dentro de seus quadros submetido àquele centro. Porém, há exemplos de casos entre investidores estrangeiros e países membro da ASEAN, fora dos limites do regime regional de integração: o primeiro deles, o caso *Amco Asia Corp (Amco Asia), Pan American Development Limited (Pan American) e P.T. Amco Indonésia (P.T. Amco)* contra a Indonésia; o outro, mais recente, *Philippe Gruslin* contra Malásia.

a. O conhecido como caso *Amco* acabou por destacar-se como uma das causas célebres submetidas e resolvidas pelo CIRDI em razão, principalmente, do número de sentenças proferidas sobre aspectos processuais e materiais, que posteriormente foram anuladas, total ou parcialmente, com o seguido reexame do caso em diversos julgamentos. Os fatos que originaram o litígio foram os seguintes: os investidores, ou seja, as três empresas autoras da ação, apresentaram ao CIRDI, em janeiro de 1981, um pedido de arbitragem,

alegando a ruptura, em 1980, do contrato que haviam assinado com a Indonésia para a construção e administração de um hotel em Jacarta. A essa quebra de contrato, seguiram-se a invasão das instalações do hotel por tropas daquele país e a assunção de sua administração pelo governo. O primeiro tribunal constituído para resolver o litígio, presidido por B. Goldman, decidiu, em 1983, a questão de competência do CIRDI. Isso porque a Indonésia alegou a impossibilidade de uma empresa nacional demandá-la perante o Centro. Ficou mais uma vez estatuído, como no caso *Holiday Inns*, que a existência de uma controlada local no país do investimento, desde que controlada por pessoa jurídica incorporada um Estado parte da Convenção de Washington de 1968, não descaracteriza a internacionalidade da operação de investimento.

i) Em novembro de 1984, a Indonésia foi condenada a indenizar os investidores em USD 3,200,000.00, acrescidos de juros a taxa de 6% ao ano, pelo período contado desde o registro do pedido de arbitragem. Dois anos depois, um comitê *ad hoc*, convocado com fundamento no artigo 52 da Convenção de Washington, decidiu pela anulação da sentença de mérito proferida anteriormente. Em maio de 1988, um novo tribunal encarregado de julgar a questão prolatou sentença em que os efeitos da sentença de anulação de maio de 1986 eram detalhados e certas questões de competência esclarecidas. As autoras insistiam que os juros deveriam ser calculados desde 1980, quando perderam, de modo definitivo, o acesso ao investimento. Por seu turno, a Indonésia defendia-se, afirmando que a autorização para a implementação do projeto, oficialmente concedida, havia sido cassada porque a *Amco* havia não apenas descumprido o cronograma dos investimentos, mas cedido o contrato de aluguel de cujos direitos era beneficiária. Tribunais indonésios haviam considerado legal o cancelamento da autorização. De forma adicional, a Indonésia argüia que a *Amco* já havia sido ressarcida, uma vez que recebera vantagens fiscais desde o início dos projetos.

ii) A sentença final foi proferida pelo tribunal presidido por Rosalyn Higgins, em 31 de maio de 1990, e condenou a Indonésia ao pagamento de USD 2,677,126.20. A cassação da autorização concedida ao investidor pela Indonésia foi considerada ilegal; o fato de que os tribunais daquele país já as haviam considerado legais não obstou que um tribunal internacional voltasse examinar o assunto; a falta de cumprimento do cronograma para investimentos pela *Amco*, não foi considerada razão que justificasse o comportamento ilegal do país de acolhida. Nos cálculos da indenização paga às empresas autoras, levaram-se em

consideração tanto os danos sofridos como os lucros cessantes, em razão do caráter ilegal da desapropriação. Essa sentença final ainda foi objeto de pedido de anulação perante um comitê *ad hoc*, que decidiu por mantê-la, em decisão definitiva de 11 de junho de 1992. O caso foi assim resolvido, após 11 anos de seu início.

b. O segundo litígio havido entre um Estado parte da ASEAN e um investidor estrangeiro foi o de *Philippe Gruslin*, nacional belga, contra Malásia. Chama a atenção o fato de o investidor tratar-se de uma pessoa física. Realmente, foi o segundo caso submetido àquele centro nessas condições (o primeiro tratou-se do caso *Ghaith R. Pharaon* contra o Egito, registrado no CIRDI em 1986, terminado após acordo entre as partes). Esse fato, contudo, passou a ser cada vez mais comum, segundo tem mostrado a experiência mais recente do CIRDI⁸⁸. Voltando à questão em tela, a mesma foi encerrada por acordo entre as partes, aprovado em 26 de abril de 1996, pelo tribunal arbitral que já havia sido constituído.

124. A crise financeira de 1997 veio desestruturar as economias dos países da ASEAN, frustrando as expectativas que durante mais de uma década -de meados dos anos oitenta até meados de 90 - o mundo depositou nessa organização. Afinal, nela estavam reunidos os chamados “Novos” e “Velhos Tigres” asiáticos⁸⁹, países de uma região do globo onde os níveis de crescimento econômico superavam os de qualquer outra. Entretanto, apesar da desaceleração das economias internas, os níveis de crescimento foram mantidos, de forma surpreendente (TRICHES, 1999, p.12) e os cronogramas de integração regional parecem não terem sido negativamente afetados. Pelo contrário, os prazos foram reduzidos, ao menos em nível teórico, como evidenciado pela assinatura do Acordo Quadro, em 1998. A questão deve ser analisada sob dois ângulos: por um lado, não devem ser menosprezados os obstáculos de ordem histórico-política para a sedimentação de qualquer organização regional nessa área

⁸⁸ desde 1994, 10 litígios foram submetidos por pessoas naturais ao CIRDI: 1) Antoine Goetz contra Burundi, em 1995, solucionado em 1999, reaberto em 2001 e arquivado em 2002; Roberto Azinian e outros contra o México (vide resumo do caso e da sentença no § 114 acima; 3) Emilio Agustin contra a Espanha, registrado em 1997 e concluído mediante sentença de 13 de novembro de 2000; 4) Joseph C. Lemire contra a Ucrânia, registrado em 1998 e concluído por acordo entre as partes, objeto de sentença em 18 de setembro de 2000; 5) Eudoro A. Olguin contra o Paraguai, registrado em 1998 e concluído por sentença de 24 de agosto de 2001; 6) Victor Pey Casado contra o Chile, também registrado em 1998 e ainda em aberto; 7) Alex Genin contra a Estônia, registrado em 1999 e concluído mediante sentença de 25 de junho de 2001, complementada em 4 de abril de 2002; 8) Marvin Roy Feldman Karpa contra o México e 9) Patrick Mitchell contra o Congo, os dois em 1999; e 10) Hussein Nuaman Soufraki contra os Emirados Árabes, em 2002.

⁸⁹ Malásia e Tailândia, como os “Novos Tigres”, em comparação aos “Velhos Tigres”, Cingapura, Coreia do Sul, Hong Kong e Taiwan) (ALMEIDA, 1993, 87).

(ALMEIDA, 1993, p.87), que ainda pode ser considerada como um “quebra-cabeça diplomático e uma incógnita geopolítica” (Ibidem). Porém, esses empecilhos não impediram que, recentemente, a ASEAN celebrasse um acordo de associação com a China e se aproximasse do Japão e da Coréia com a finalidade de aumentar os benefícios mútuos do comércio e do investimento⁹⁰. Por outro, não deve ser esquecido o poder ditatorial que emana da quase maioria dos governos dessa área nem a truculência tradicionalmente usada para a obtenção dos fins colimados. Por isso, se for entendido que a saída para o crescimento passa obrigatoriamente pela integração, não haverá forças internas capazes de impedi-lo.

4. OS PRINCÍPIOS APROVADOS PELA APEC

125. A análise do regime projetado para mais essa área regional de integração econômica irá finalizar o presente capítulo. A APEC, na qualidade de fórum de integração econômica e comercial, congrega atualmente 21 países⁹¹, cujo único ponto em comum é serem banhados pelas águas do Pacífico. Suas bases foram lançadas pelo ex-presidente George Bush, na Conferência de Black Island, em Washington, em 1989. Na primeira reunião de cúpula, em 1993, decidiu-se que a APEC, até então um foro de consultas, seria transformada em comunidade econômica. No ano seguinte, na Indonésia, foi adotada a declaração de Bogor, com o objetivo de criar uma zona de livre-comércio até o ano de 2010, prazo aplicável aos países desenvolvidos da região, e até 2020, prazo estendido para os demais.

126. Em Bogor, em novembro de 1994, além da declaração acima mencionada, foram aprovados os princípios não obrigatórios da APEC sobre investimentos. Foram elaborados por um grupo de líderes econômicos, de acordo com a idéia de que o livre fluxo de investimentos internacionais na região iria agregar dinamismo ao crescimento econômico de todos. Para atrair esses investimentos, a intrincada rede formada pelos acordos bilaterais já assinados entre os países integrantes da região não era suficiente. Ela não assegurava a proteção necessária, sobretudo em razão da falta de homogeneidade das condições negociadas

⁹⁰ O acordo com a China foi assinado em 5 de novembro de 2002. Disponível em <http://www.aseansec.org>. Acesso em 25 de janeiro de 2003.

⁹¹ Austrália, Brunei, Canadá, Chile, China, Cingapura, Coréia, Estados Unidos, Filipinas, Hong Kong (China), Indonésia, Japão, Malásia, México, Nova Zelândia, Nova Guiné, Peru, Rússia, Taipei, Tailândia e Vietnã.

entre parceiros com peso político diferentes e em momentos diversos. Porém, não foi tarefa fácil obter um acordo sobre o regime regional dos investimentos aplicável à região, que congrega visões tão heterogêneas sobre o assunto.

a. Em princípio, os países exportadores de capital gostariam de incorporar sua visão neo-liberal de mundo no regime sobre investimentos para a região. Isso equivale a afirmar que esse regime deveria prestigiar a livre entrada e saída dos investimentos, tratamento nacional do investidor e investimentos estrangeiros, a abolição de incentivos e de qualquer exigência de desempenho, regras livre de câmbio para repatriação de ganhos e do próprio capital investido, compensação em hipótese de desapropriação e acesso à arbitragem internacional em caso de litígio (relatório elaborado pelo grupo de líderes aos Ministros da APEC, Secretariado da APEC, Cingapura, outubro de 1993, *apud* SORNARAJAH, 1995b, p. 123). Mas, até entre esses países exportadores havia divergências: alguns deles, como o Canadá e os Estados Unidos, contrariando o que comumente se pensa, não adotam políticas irrestritas de livre acesso ao investimentos estrangeiro⁹². Por outro lado, os novos países industrializados (*New Industrialized Countries, NIC's*) asiáticos basearam seu crescimento no estabelecimento de incentivos ao capital estrangeiro e de critérios de performance. Um denominador comum só foi obtido mediante a aprovação de princípios não obrigatórios.

b. A adoção desse tipo de norma, ou seja, de uma *soft law*, de natureza não coercitiva, superou a impossibilidade do consenso, semelhante ao que ocorreu com a aprovação das Princípios sobre o investimento direto internacional do Banco Mundial. O estudo da estrutura dessa *soft law*, tão cara ao Direito Internacional Econômico, será objeto do capítulo seguinte, quando esses princípios do Banco Mundial – que precederam os princípios da APEC- serão analisados. O presente capítulo será encerrado com a análise dos princípios aprovados por esta última.

127. Cada um dos 12 princípios foram destacados por títulos auto-esclarecedores⁹³. O primeiro deles trata da transparência: cada um dos membros da APEC compromete-se a disponibilizar aos investidor estrangeiro leis e regulamentos que lhe forem de interesse, de forma clara e acessível. O segundo estabelece o tratamento não discriminatório entre os investidores de diferentes países, que terão garantidos igual

⁹² Vide as explicações no § 96 supra

⁹³ o texto desses princípios constam do Anexo ao artigo escrito por SORNARAJAH, 1995b, p.128.

tratamento entre si, ressalvados as obrigações internacionais já celebradas. O terceiro dispõe sobre o tratamento nacional que deverá ser dispensado ao investidor estrangeiro, ressalvando as reservas já estabelecidas pelos ordenamentos nacionais. O quarto princípio, intitulado Incentivos para os Investimentos (*Investment Incentives*), tem por objetivo assegurar que os padrões de preservação do meio ambiente, de segurança e de saúde não serão relaxados no intuito de facilitar os investimentos provenientes do exterior. A diminuição, frise-se bem -e não a eliminação-, dos critérios de desempenho, como elemento de distorção e limitação do comércio e do investimento, é aconselhada pelo princípio de número cinco. A consagração da fórmula Hull é feita pelo próximo princípio, o de número seis. Por um lado, reconhece-se o direito dos Estados membros da APEC a nacionalizar os investimentos em seus territórios; por outro, estabelece que a nacionalização deve ser feita no interesse público, independente de critérios discriminatórios, respeitada a lei interna e o direito internacional e mediante pagamento imediato de indenização adequada e efetiva (“against the prompt payment of adequate and effective compensation”, princípio sob o título “Expropriation and Compensation” *in fine*).

a. Os três princípios seguintes tratam, respectivamente, do repatriamento e da convertibilidade do investimento e de seus ganhos (sétimo princípio), da solução amigável ou do recurso à arbitragem, na solução dos eventuais litígios (oitavo princípio), da livre entrada e estada de empregados do investidor no território dos países hóspedes do investimento (nono princípio). De modo estranho -já que fora do contexto estrito da matéria, embora a ela correlata- o décimo princípio recorda que a dupla tributação deverá ser evitada. O penúltimo princípio é dirigido aos investidores, aos quais recomenda a observância das leis e regulamentos do país que os recebe, e o último aconselha a diminuição de entraves legais e regulatórios à exportação de capitais.

128. Recordando que o regime regional aprovado no âmbito do Mercosul e o que está em discussão com relação à ALCA serão objeto do estudo especial que integrará a segunda parte deste trabalho, encerra-se aqui a análise dos regimes regionais traçados na década de 1990. Como foi visto, na década de 1990, o regime regional dos Acordos de Lomé -herança de um quadro de integração regional muito anterior e que nunca foi efetivado- cedeu lugar aos Acordo de Parceria de Cotonu, de 2000. Este último está pendente de implementação, que irá ocorrer pela assinatura de futuros acordos individuais e

complementares. Por sua vez, os princípios não obrigatórios aprovados pela APEC não chegam a caracterizar um regime regional de investimentos, no sentido estrito do termo. Com isso, restam os regimes regionais da ASEAN e do NAFTA. O primeiro, apesar de ter sido criado em 1987, dá a impressão de estar ainda em estado de acomodação, levadas em consideração as alterações e redefinições freqüentes por que tem passado. Apenas o regime do NAFTA deu provas objetivas de ter sido, até hoje, o único que foi efetivamente implantado. E, se comparadas com as regras multilaterais globais atualmente em vigor –que serão objeto do próximo capítulo–, o Capítulo 11 do NAFTA pode ser considerado o conjunto de normas mais eficaz na liberalização dos fluxos de investimento e mais abrangente em sua proteção, até agora em vigor.

CAPÍTULO 2

O REGIME MULTILATERAL DOS INVESTIMENTOS

129. A forte tendência à regionalização do regime dos investimentos, vista no capítulo anterior, foi completada - de forma aparentemente contraditória, mas absolutamente familiar à dinâmica da globalização⁹⁴ - por intenso impulso à multilateralização, em seu sentido universal. Assim, a década de 1990 foi marcada por diferentes tentativas no sentido da criação de um regime multilateral mundial de promoção e de proteção dos investimentos. Sob o entusiasmo da assinatura da Convenção de Seul, que originou a MIGA, o Comitê para o Desenvolvimento -órgão misto composto pelo Banco Mundial e pelo FMI- deu início, em 1991, à elaboração das Diretivas sobre o tratamento dos investimentos diretos estrangeiros -ou simplesmente Diretivas-, aprovadas no ano seguinte. O sucesso dessa aprovação na abertura da década, todavia, não se repetiu. As negociações, no âmbito da OCDE, de um tratado multilateral sobre investimento, ou MAI, iniciadas em 1992, foram definitivamente interrompidas em 1998. Por sua vez, as disposições sobre TRIM's, aprovadas no âmbito da OMC e que passaram a vigorar em 1995, foram criticadas por sua falta de amplitude. A negociação de uma eventual extensão ou do estabelecimento de novas políticas será objeto de negociações futuras, com início previsto para 2003 .

130. Há quem afirme que o desenvolvimento dos sistemas regionais e a fecundidade com que os sistemas bilaterais se desenvolveram impediram a consolidação de um estatuto universal sobre o investimento internacional. Para Denis Simon (1987, p.92), esses foram os principais obstáculos para que discurso tão atrativo não se materializasse como regulamento operativo. Na realidade, as tentativas de criação de um estatuto mundial sobre o investimento internacional remontam ao final da 2ª. Guerra Mundial. Assinalando apenas as tentativas de maior destaque⁹⁵, chama-se a atenção para a Carta de Havana, de 1948 e para o projeto lançado pela CCI, do ano seguinte. O primeiro instrumento continha disposições -

⁹⁴ Cf. LAFER; FONSECA, 1994, p.55, já citados no § 3 da Introdução

⁹⁵ algumas outras propostas são enumeradas e comentadas por TSCHOFEN, 1992, p.385 e seguintes. As tentativas orquestradas no seio da OCDE serão individualmente analisadas no título dedicado ao MAI, a seguir.

ainda que esparsas- sobre o investimento internacional, mas nunca entrou em vigor; o segundo, sob o título de Projeto de Código Internacional para o Tratamento Justo do Investimento Estrangeiro, nunca foi adotado (TSCHOFEN, 1992, p. 388). Em vista desses antecedentes, e após a análise das Diretivas, das TRIM's atualmente em vigor e do ensaio frustrado do MAI, será possível ponderar a validade dessa afirmação.

1. AS DIRETIVAS DO BANCO MUNDIAL

131. A idéia para a elaboração de uma consolidação dos princípios aplicáveis ao investimento estrangeiro partiu da França. A proposta francesa, formulada em 1991, em uma das reuniões do Comitê para o Desenvolvimento acima citado (SHIHATA, 1993, p.37)⁹⁶, era de compilar esses princípios com base nos inúmeros acordos bilaterais de promoção e proteção dos investimentos assinados nas três últimas décadas. A redação foi delegada aos departamentos jurídicos do Banco Mundial e de outras instituições integrantes de seu grupo - IFC e MIGA.

a. Em Julho de 1992, foi organizada, em Paris, a Conferência sobre o quadro jurídico do tratamento dos investimentos estrangeiros. A essa conferência compareceram representantes de organizações internacionais das mais diversas. Já que o objetivo era um instrumento multilateral, houve o cuidado para que organizações governamentais com diferentes perfis estivessem presentes⁹⁷ Se a intenção inicial da França era tomar por base os textos de diversos acordos bilaterais existentes, os trabalhos apresentados pela comissão de redação demonstraram alcance bem mais expandido, como evidenciado pelo material distribuído. Com efeito, os seguintes itens integravam o dossiê que serviu de base para a elaboração da proposta das Diretivas: i) Relatório sobre o quadro legal para o tratamento do investimento estrangeiro; ii) Tratamento do investimento estrangeiro nos acordos bilaterais; iii) Enfoque multilateral do tratamento do investimento estrangeiro; iv) Princípios que

⁹⁶ de forma diversa, Carreau e Juillard informam que a sugestão foi feita em uma das reuniões do G-7 (1992, p.783). Deu-se preferência à informação de Shihata, levando principalmente em consideração seu envolvimento no projeto, na época Vice-Presidente e Advogado-Chefe do Banco Mundial, além de Secretário Geral do CIRDI.

⁹⁷ Compareceram, entre outros, representantes dos países ACP, OCDE, da ONU, UNCTAD, ONUDI, BID, Comitê jurídico inter-americano, bem como de organizações não governamentais, como a Câmara Internacional de Paris e da *International Bar Association* (JUILLARD, 1992, p.784).

governam o investimento estrangeiro, como refletidos nos códigos de investimento nacionais; e v) Princípios gerais regulando o investimento estrangeiro como articulado nas decisões arbitrais recentes e nas obras dos publicistas⁹⁸. Junto com esse material, distribui-se, também, cópias do relatório endereçado ao Comitê para o Desenvolvimento e da proposta final para o documento. Em 21 de Setembro de 1992, o Comitê aprovou o texto⁹⁹.

132. A ironia fica por conta de dois fatos. O primeiro deles, o de que a França – de quem partiu a idéia para a edição das Diretivas- protestou contra a falta de uma versão oficial em francês do texto definitivo (JUILLARD, 1992, p.779). O mesmo já havia ocorrido quando da aprovação da convenção que instituiu a MIGA, o que motivou a demora na ratificação da convenção pela França (ibidem). Há quem identifique nesse detalhe a confirmação da hegemonia norte-americana na atuação do Banco Mundial, onde o controlador da maioria das cotas é, afinal de contas, os Estados Unidos (SORNARAJAH, 1995a., p.213 e 216).

133. O segundo fato, a coincidência entre as datas da aprovação das Diretivas e o encerramento definitivo, em julho de 1992, das negociações do Código de Conduta para as Empresas Transnacionais, sob a égide da Comissão das Sociedades Transnacionais, criada por resolução do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC), em 1974¹⁰⁰. Os focos adotados nesses dois documentos eram completamente opostos: se o projeto do Código concentrava-se nos direitos do Estado anfitrião com relação ao investidor estrangeiro –na esmagadora maioria dos casos, uma empresa transnacional -, as Diretivas voltavam-se para as obrigações do Estado receptor do investimento com relação ao investidor estrangeiro.

134. Além dessa oposição fundamental, existiam outras divergências. Enquanto os debates sobre o Código tiveram início no auge do grande debate Norte-Sul e no momento em

⁹⁸ os cinco trabalhos encontram-se anexados ao livro **Legal Treatment of Foreign Investment: The World Bank Guideleines**, citado na bibliografia. Foram da mesma forma publicados na **ICSID Review**, vol.7, n.2, 1992, inteiramente dedicada ao assunto.

⁹⁹ texto publicado em **ILM.**, vol.31, n.4, p.1363 a 1384, acompanhado do relatório final endereçado ao Comitê para o Desenvolvimento.

¹⁰⁰ "After informal consultations held from 21 to 23 July 1992, delegations concluded that, at present, no consensus was possible on the draft Code. They favored a fresh approach, which could include the preparation of guidelines and /or other international instruments on FDI. For the time being, this bring to a formal end the most comprehensive effort to create a global and balanced framework for FDI. However, it is generally recognized that the Code negotiations, which lasted for more than 15 years involved all countries, did much to clarify the principles and standards for FDI" (UN. World Investment Report. Transnational Corporation and Integrated International Production, NY, United Nations Publications, 1993, p 33 a 34) (apud, MOISÉS, 1998, p. 11)

que as discussões acerca da instauração da NOEI estavam no clímax, a redação das Diretivas teve lugar em época dominada pelo discurso neoliberal e pelos princípios do livre-mercado. Como já apontado na introdução deste trabalho, no período de aproximadamente 20 anos que se seguiu à 2ª. Guerra Mundial, o investimento estrangeiro foi encarado pelos países em desenvolvimento sob dois prismas antagônicos: de um lado, como uma possível ingerência nos negócios internos e como ameaça à soberania política; de outro, como elemento indispensável para o desenvolvimento econômico, levando em consideração a falta de poupança interna. Daí a importância dispensada pelos países em desenvolvimento ao Código de Conduta para as Empresas Transnacionais. A ótica consolidada na década de 90 e inspiradora das Diretivas foi a de que a aceitação indiscriminada das forças de mercado era sinônimo de desenvolvimento. Isso levou ao entendimento de que eliminar entraves à liberdade dos fluxos – seja de capital, serviços ou mercadorias- era um passo decisivo para o crescimento.

135. Antes do início da análise dos cinco capítulos que integram as Diretivas, é oportuno examinar com atenção o título conferido a essa compilação. O original em inglês, “*Guidelines for the treatment of foreign direct investment*”, traduzido oficiosamente em francês para “*Principes directeurs pour le traitement de l’investissement étranger*” e em espanhol “*Diretivas relativas al tratamiento de la inversion extraniera directa*”, chama atenção para a natureza do documento. Trata-se de um guia e não de um documento que gera propriamente obrigações para as partes. Não é tratado. Os redatores deixaram claro a natureza prática do documento, ou seja, um guia -como já afirmado- distante de uma manifestação jurídica (JUILLARD, 1992, 787). Se assim não fosse, considerando as diferenças de posição tanto entre países exportadores e importadores de capital, como entre os países exportadores entre si, tudo indica que o consenso não teria sido obtido.

136. Contudo, ainda que todo o texto esteja permeado por afirmações de que as Diretivas consolidam aquilo que se considera a melhor prática (*the best practice*) com relação à matéria, cabe a indagação de se, com o tempo, não serão automaticamente convalidadas em norma internacional. Será possível que sejam integradas no corpo normativo do Direito Internacional Econômico futuramente? Na articulação de uma resposta, é obrigatório levar-se em consideração vários fatores. Para iniciar, a questão das fontes no Direito Internacional Econômico. Em segundo lugar, o peso que será concedido às Diretivas na arbitragem, tendo

em mente o papel desta última na configuração daquele direito; e, *last but not least*, o prestígio das instituições que patrocinaram a edição das Diretivas e o que isso significa para sua efetividade.

137. O debate sobre as fontes do Direito Internacional –disciplina que deu origem ao Direito Internacional Econômico e que até hoje constitui seu núcleo (CARRAEU; JUILLARD, 1998, p.12) - é complexo e se perde no tempo. Uma forma de contorná-lo é apegar-se à célebre enumeração que consta do artigo 38 de CIJ, ignorando não apenas o fato de que o dispositivo foi elaborado em um contexto de mundo que não mais existe, mas também o tom discriminatório por ele adotado.

a. A origem do artigo 38 do Estatuto da Corte está nas disposições reunidas sob artigo de idêntico número do estatuto da CPJI, datado de 16 de dezembro de 1920. Com pequenas variações iniciais, o artigo atual repete as disposições do estatuto anterior – que, como sabido, foi elaborado para reger o tribunal internacional instaurado concomitantemente à Sociedade das Nações, esta última fruto do Tratado de Versalhes, após a 1ª. Guerra Mundial. O interessante é que o artigo 38 do Estatuto de 1920, por sua vez, inspirou-se em dispositivos da 2ª. Conferência de Paz da Haia, de 1907, quando, pela primeira vez, os Estados, por um acordo multilateral, procederam a uma classificação sistemática das principais fontes do Direito Internacional (NGUYEN QUOC; DAILLIER; PELLET, 1994, p. 112). A Convenção XII de Haia, ao criar uma Corte Internacional sobre Presas de Guerra, em seu artigo 7, estabeleceu um rol das regras de direito a serem por ela aplicadas. Mencionava, em primeiro lugar, os tratados, para depois referir-se às regras de direito internacional –entendidas como o costume internacional-, seguidas pelos princípios gerais e, finalmente, complementadas pela equidade (idem, p.113). Embora essa convenção nunca tenha entrado em vigor, porque não houve acordo sobre os costumes marítimos a serem aplicados, ela serviu de base para a elaboração do regulamento da CPJI. Essas raízes antigas impediram que fontes importantes, como os atos unilaterais dos Estados e decisões de organizações internacionais, não fossem levadas em consideração.

b. Porém, o mais surpreendente não é essa lacuna, mas a sobrevivência de um padrão discriminador, denotado pela manutenção do termo “princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas”, na letra “c”, do artigo 38.¹⁰¹

138. Se o debate acerca das fontes do Direito Internacional é contornado pelo recurso à lista contida no artigo 38 do estatuto da CIJ, a mesma discussão é resolvida de forma mais fácil no Direito Internacional Econômico. É um fato aceito que o Direito Internacional Econômico tem suas fontes próprias (NGUYEN QUOC, DAILLIER, PELLET, 1994, 974). Esse entendimento contribuiu, inclusive, para o reconhecimento de sua autonomia, enquanto disciplina (CARREAU e JULLARD, 1998, p.11). Ao lado das fontes clássicas de Direito Internacional já citadas, o Direito Econômico Internacional admite a validade de outras fontes de direito. De acordo com a classificação de Carreau e Juillard, elas distribuem-se nas ordens nacionais, internacional e numa chamada “terceira ordem” (ibidem). Os atos unilaterais dos Estados, como a lei norte-americana *Helms Burton* de 1996—cujo efeitos extraterritoriais visam penalizar o investimento estrangeiro em Cuba— são fontes localizadas nas ordens nacionais. Os atos de organizações internacionais governamentais, como, por exemplo resoluções da OCDE e do Banco de Compensação Internacional, ou BIS, são fontes pertencentes à ordem internacional. E, finalmente, as decisões tomadas por organizações internacionais não governamentais com impacto de monta no cotidiano econômico internacional, como é o caso de certas decisões do G-7, a regulamentação do crédito documentário e das garantias bancárias como processada pela CCI, apenas citando dois exemplos.

139. Nesse contexto, as Diretivas enquadram-se na segunda das categorias acima citadas, aquela correspondente aos atos emanados de organizações internacionais. Esses atos, na lição de Pierre-Marie Dupuy (1994, p.52), são o “produto da diplomacia multilateral e das atividades com o finalidade normativa dessas organizações”. Segundo o mesmo autor, o critério essencial para sua consagração definitiva como fonte formal de Direito Internacional Econômico é a sua aplicação (1995, 312). O teste da prática torna-se, assim, incontornável

¹⁰¹ pouco abranda essa negatividade os comentários de que nações civilizadas passaria a ser sinônimo de Estado-soberano, como argumentado por ROSA, Luis Fernando Franceschini da. *Jurisprudência e Princípios Gerais do Direito no Direito Internacional* In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo e MAGALHÃES, José Carlos de (Coord.) *Solução e Prevenção de Litígios Internacionais*. São Paulo, NECIN, Projeto Capes, 1998, p. 166).

(*ibidem*)¹⁰². Não obstante a avalanche de resoluções produzidas nas últimas décadas, originada em diferentes organizações internacionais, a validade dessas resoluções depende de sua aplicação empírica. “Três vezes nada resulta em nada e a acumulação do não-direito ou do pré-direito não é suficiente para criar o direito”(Prosper Weil, *apud* DUPUY, 1995, p.311). Com já analisado na Introdução, pouco restou, por exemplo, do arcabouço idealizado por meio de uma dezena de resoluções das Nações Unidas a respeito da NOEI, na década de 1970. Em contraste, as resoluções aprovadas pelo BIS sobre critérios contábeis e risco bancário, os conhecidos Acordos da Basileia, são prontamente integrados nas legislações internas dos mais diferentes países.¹⁰³

140. O processo de aplicação dessas resoluções é complexo e abrange frentes diversas. Passa desde a integração de seu conteúdo pelas ordens nacionais, como por sua absorção por outros instrumentos internacionais, e por sua aplicação pelos tribunais. As disposições das Diretivas tem como alvo cada uma dessas direções. Em primeiro lugar, apontam textualmente para sua incorporação às ordens nacionais¹⁰⁴. Isso ocorreu efetivamente pouco tempo depois de sua publicação¹⁰⁵. Em seguida e em nível internacional, visam influenciar acordos e tratados, o que já foi notado com relação ao NAFTA e à Carta do Tratado da Energia (PRITCHARD, 2001, p.1). Em terceiro lugar, além de recomendarem o

¹⁰² nesta linha de reflexão, as discussões sobre uma eventual “*soft law*” em face à uma “*hard law*” é posta de lado. A *soft law* –expressão que teria sido empregado pela primeira por Lord McNair – abrangeria um direito ainda em fase de formação, enquanto principio abstrato (ABI-SAAB, 1987, p.206). Nesse sentido equivaleria ao conceito romano de *lege lata*, em contraposição ao direito concreto e operativo de *lege ferenda*, ou seja, um direito em elaboração a um direito já elaborado. Foi apenas em meados dos anos 1960 que o termo *soft law* passou a ser utilizado em seu sentido atual, de direito cuja a força de coerção é ambígua ou questionável. Em detrimento ao adjetivo *soft*, a doutrina francesa deu preferência às palavras “*mou*” ou “*assourdi*”. Cabe lembrar que para Carbonnier -o autor de **Flexible Droit**- denominar-se um direito de “*soft*”, é apenas reconhecer uma das virtudes que todo direito deveria em tese ostentar (a qualidade de adaptar-se ao fato e ajustar-se com perfeição às situações concretas). Cumpre lembrar que a doutrina sempre foi dividida com relação da “*soft law*”. O Direito é cogente ou não é (DUPUY, 1995,p.311).

¹⁰³ entre eles o Brasil, onde essa integração dá-se por meio de resoluções do Banco Central.

¹⁰⁴ I, 1. These Guidelines may be applied by members of the World Bank Group institutions to private foreign investment in their respective territories... and as a possible source on which national legislation governing the treatment of private foreign investment may be drawn.

¹⁰⁵ No ano seguinte a sua aprovação, o Presidente do Comitê de desenvolvimento enviou um questionário para acompanhar as eventuais mudanças introduzidas nos ordenamentos domésticos inspiradas nas Diretivas. Dez repostas positivas foram recebidas, no sentido de que mudanças inspiradas nas Diretivas foram introduzidas nos direitos internos. Outras três repostas afirmaram que essas mudanças estavam sendo avaliadas (SHIHATA, 1993,p.150).

recurso à arbitragem como meio de solução dos litígios internacionais sobre investimentos, intentam serem citadas como referência nesse contencioso. Essa referência só será cristalizada com o tempo. Lembre-se, todavia, que ela não estará restrita aos casos submetidos ao CIRDI. A CCI, que participou do processo de preparação das Diretivas, ofereceu-se para cooperar em sua disseminação internacional (SHIHATA, 1993, p.147).

141. Acredita-se ser desnecessário estender-se sobre o papel da arbitragem internacional -o segundo dos três fatores referidos no § 136- na criação e na fixação de certos conceitos do Direito Internacional, em geral, e do Direito Internacional Econômico, em especial. Além disso, casos passados são considerados mais do que precedentes: são levados em conta como manifestação de autoridade (GAILLARD, 1986, p. 200). Cabe notar que a sentença que julgou o caso *Companhia Del Desarrollo de Santa Helena* contra a Costa Rica, de fevereiro de 2000, reportou-se às Diretivas na solução dos critérios indenizatórios (item 78)¹⁰⁶, o que não deixa de ser um bom começo. Ora, certamente as Diretivas passarão a ser consideradas em decisões emitidas pelos árbitros, enquanto compilação da melhor prática com relação às questões por elas abrangidas.

142. O último dos fatores mencionados no § 136 que deve ser ponderado nas divagações sobre a efetividade das Diretivas relaciona-se ao poder das organizações de onde emanaram. Embora o Banco Mundial não condicione diretamente seus empréstimos à adoção das Diretivas, as condições impostas pelo Banco muitas vezes até excedem os critérios por elas estabelecidos, no sentido da liberalização dos investimentos e dos mercados internos (SHIHATA, 1993, p.148). O mesmo Banco Mundial e a MIGA emitiram pareceres favoráveis à adoção de princípios contidos nas Diretivas na legislação de países em desenvolvimento (idem,p.147). Empresas internacionais passaram a incluir referência a elas, tanto em contratos assinados com parceiros situados em países não signatários de acordos bilaterais de proteção de investimentos como em contratos sem provisões expressas sobre a proteção dos direitos do investidores (ibidem).

143. Isto posto, passa-se ao exame propriamente dito das Diretivas. O documento é constituído por um preâmbulo, seguido de cinco títulos. O primeiro deles refere-se à definição do campo de aplicação. O segundo, aos critérios de admissão e o terceiros ao

¹⁰⁶ Disponível em <http://www.worldbank.org/icsid/cases/santahelena_award.pdf> Acesso em 8 de maio 2002; resumo e comentários de GAILLARD, 2001, ps. 150 a 159.

tratamento. O título IV trata das desapropriações e medidas unilaterais de alteração ou resilição dos contratos. O título V cuida da solução dos litígios decorrentes dos investimentos.

144. Na parte introdutória, o Comitê de Desenvolvimento assinala os benefícios trazidos pelo investimento direto privado internacional, definindo as Diretivas como “a moldura que irá incorporar os princípios cunhados para promovê-lo”. Esclarece que as mesmas foram elaboradas após consultas internas e externas às organizações envolvidas em sua elaboração e que “constituem um passo adiante no processo de evolução em que diferentes esforços internacionais têm por objetivo estabelecer um clima favorável para o investimento, livre dos riscos não-comerciais em todos os países, e, com isso, desenvolver a confiança dos investidores internacionais” (Diretivas, *apud* SHIHATA, 1993, p.155). Ressalvam, contudo, que não espelham os padrões mais recentes com relação a matéria, mas sim um passo na evolução dos padrões internacionais aceitos em geral, complementares aos acordos bilaterais sobre a matéria (*idem*, p.156). Essa parte introdutória é encerrada pela reafirmação de que as Diretivas apenas condensam os parâmetros internacionais aplicáveis à admissão e ao tratamento do investimento internacional nos territórios membros, não sendo substitutos às normas jurídicas internacionais obrigatórias vigentes ao tempo em que as Diretivas foram aprovadas.

145. O segundo capítulo trata da admissão do investimento privado direto internacional. Aponta a importância de facilitar sua admissão nos territórios dos países membros e recomenda a suspensão de exigências desnecessárias e de procedimentos pouco objetivos. Embora reconheça o direito de cada Estado traçar o regime de acesso do capital estrangeiro a seus mercados -permitindo que setores da economia permaneçam sob o controle do Estado anfitrião ou do capital nacional-, posiciona-se pela supressão de exigências de desempenho e pela substituição dessas exigências por listas de áreas restritas ao investimento estrangeiro. Além disso, quase que em uma redundância, ressalva que as regras internas de cada Estado sobre ordem pública, controle do meio ambiente e políticas sanitárias, aplicáveis aos investidores nacionais, serão aplicadas de forma idêntica ao investidor internacional. O capítulo é concluído com a recomendação de que todos os Estados providenciem publicações claras e abrangentes a respeito do regime jurídico dispensado ao investimento direto estrangeiro, explicitando, sobretudo, as regras aplicáveis em caso de nacionalização ou de alterações unilaterais ou resilição de contratos e aos métodos de solução dos litígios.

146. O Capítulo 3 dirige-se às questões concernentes ao tratamento do investimento e dos empregados estrangeiros do investidor necessários a sua implementação. Iniciando, o item 1 esclarece que as Diretivas deverão ser observadas sem prejuízo de outros instrumento internacionais em vigor e com as regras de direito costumeiro que estiverem firmemente consolidadas (*"firmly established rules of customary international law"*). Ora, contrariamente, parece haver um entendimento mais ou menos consolidado de que nunca houve um consenso internacional sobre o direito costumeiro aplicável aos investimentos¹⁰⁷, o que motivou, inclusive, a celebração dos inúmeros acordos bilaterais sobre a matéria e a própria edição das Diretivas.

147. O item 2 desse capítulo dispõe que o tratamento tanto dos investimentos como daqueles funcionários empregados em sua implementação será norteado pelos princípios do tratamento igual ao dispensado aos investidores e empregados nacionais, ou seja, adota o tratamento equitativo sobre o qual já se discorreu no § 100 (item 2). O item 3 garante proteção e segurança totais aos investimento, incluindo aos direitos de propriedade intelectual envolvidos. Respeitando-se as diferenças legais previstas nos acordos de criação de áreas de livre comércio ou de uniões aduaneiras, ficam proibidas qualquer distinções entre investidores estrangeiros.

148. O item 5 trata dos compromisso dos Estados em prontamente emitir as licenças, permissões e concessões necessárias à operação ininterrupta do investimento por eles mesmos admitidos em seus territórios (a). A questão de contratação de empregados estrangeiros para a execução, operacionalização e administração desses investimentos é também tratada neste item. As Diretivas aconselham que, de uma forma geral, para o incremento de um clima favorável ao investimento, o Estado anfitrião adote critérios flexíveis quanto à admissão de empregados provenientes de fora. O Estado anfitrião, por exemplo, não colocará entraves à entrada de gerentes do empreendimento vindos do exterior. E caso não exista disponibilidade local, o investidor terá liberdade de trazer de fora funcionários para os outros níveis.

¹⁰⁷ Nesse sentido, vale lembrar tanto o célebre trecho da sentença exarada no caso *Barcelona Traction* (cf. § 48, a, da Introdução) como a abundante doutrina a respeito (entre outros, SORNARAJAH, 1986 e 1995a, ps. 81 e 74, respectivamente; ASANTE, 1988, p. 588 e 589).

149. O item 6 dispõe detalhadamente sobre o regime de remessas ao exterior dos valores de qualquer forma referentes ao investimento ou aos seus rendimentos e obrigações (em caso de pagamento de dívidas contraídas no exterior, por exemplo), neles incluídos o repatriamento, em caso de sua liquidação. As quantias deverão ser livremente conversíveis para a moeda, segundo os seguintes critérios: a) aquela em que o investimento tiver sido inicialmente aportado; b) qualquer outra moeda considerada como de livre curso pelo FMI; c) naquela livremente escolhida pelo investidor. A taxa para conversão será aquela de mercado no dia em que a transferência for efetivada. Os atrasos nessas transferências darão ensejo à cobrança de juros de mora, a taxa de mercado, da data em que esta deveria ter sido feita à data em que ela concretizar-se. Essas disposições também se aplicam tanto às remessas de salários dos empregados provenientes do exterior, seus ganhos e aplicações, como aquelas eventualmente devidas ao investidor pelo Estado receptor, em virtude de qualquer indenização (por desapropriação, nacionalização ou por atos de guerra ou insurreições) relativa ao investimento.

150. Depois disposições que exortam o reinvestimento dos lucros obtidos no investimento no próprio Estado anfitrião, e até mesmo dos valores obtidos pelo encerramento ou liquidação voluntárias do investimento original (item 7), os itens 8, 9 e 10 trazem disposições diferentes daquelas que de hábito são reunidas sob o título de "Tratamento do Investimento Estrangeiro".

a. O item 8 recomenda que cada Estado adote medidas contra práticas comerciais corruptas, crie critérios que proporcionem uma contabilidade transparente para os investidores internacionais e coopere internacionalmente nesses dois sentidos. O item 9 recomenda firmemente que os Estados abram mãos de incentivos fiscais -principalmente das isenções, supostamente sujeitas a alterações inesperadas-, que devem ser substituídos por regras tributárias claras e alíquotas razoáveis e estáveis, tidas como melhor estímulo ao capital estrangeiro. O item 10, que encerra o Capítulo III, dispõe que os Estados desenvolvidos e com excedente de capital não deverão obstruir seu fluxo para os países em desenvolvimento. Pelo contrário, irão tentar desenvolver medidas que estimulem essa circulação, como a instituição de vantagens fiscais, garantias para investimentos, assistência técnica e disponibilidade de informações

151. O Capítulo 4, ao dispor que os Estados só poderão nacionalizar, ou tomar qualquer ação cujo resultado seja semelhante à da nacionalização, desde que efetuado o pagamento da indenização e observados i) o procedimento legal necessário, ii) o espírito da boa fé e do interesse público e iii) o critério da não discricionariedade, introduz em pauta o polêmico assunto das indenizações.

“A palavra indenização”, como lembrado por Chaban-Delmas, “por seu conteúdo afetivo, e para aqueles nela interessados de modo quase que mágico, faz às vezes nascer esperanças desmedidas. A passagem do tempo e o afastamento no espaço conduzem, algumas vezes, à idealização daquilo que foi perdido ou à negligência daquilo que desde então foi recebido”¹⁰⁸.

O texto das Diretivas tenta expor de forma sistemática o entendimento presente que se tem da questão. Começa por acomodar, de forma engenhosa, em seus itens 1 e 2, o debate bizantino anterior sobre o conceito de indenização apropriada e de indenização adequada¹⁰⁹. Habilmente, define os termos “indenização apropriada” como uma indenização adequada, efetiva e pronta. Avaliza, dessa forma, o clássico tripé advogado por Cordel Hull, em 1938.

152. Os itens seguintes concentram-se nas technicalidades necessárias para disciplinar, em detalhes, os elementos a serem considerados no estabelecimento do valor de uma indenização. De modo geral, o Capítulo IV desce a minúcias, de igual modo que desceu o Capítulo III, ao tratar da transferência dos valores de qualquer forma relacionados ao investimento.

a. Começando pelo critério do que é uma indenização adequada, as Diretivas definem-na como aquela baseada no valor justo de mercado (*fair market value*) do bem nacionalizado (ou desapropriado) (item 2). Esse “valor justo de mercado” será determinado no dia imediatamente anterior à perda de posse do bem pelo investidor ou ao dia em que essa perda tornou-se pública (item 3). O item seguinte (item 4) estabelece que o valor justo de mercado poderá ser aquele acordado entre o investidor e o Estado anfitrião, ou aquele decidido por um tribunal ou por terceiros designados pelas partes. Na ausência desse acordo

¹⁰⁸ Intervenção na Assembléia Nacional francesa, *apud* BOULANGER, 1975, p.62

¹⁰⁹ Cf. Introdução, § 21, 36, 37 e 38.

ou decisão, será aceito o valor fixado pelo Estado anfitrião, desde que observado o valor que o mercado atribui ao investimento, ou seja, o valor que um comprador pagaria pelo investimento depois de avaliar sua natureza, sua operacionalidade futura e suas características específicas, aí incluídos, entre outros fatores, seu histórico operacional e a proporção que seus ativos imobilizados tem no cômputo geral do investimento (item 5).

b. Em vista disso, em cada caso concreto, na avaliação de uma indenização – sempre com base nos valores de mercado- , os critérios deverão levar em consideração a situação concreta do investimento desapropriado. O item 6 sugere que caso um empreendimento esteja funcionando com sucesso e lucro contabilizado, o critério adequado é o do fluxo de caixa antecipado (“*discounted cash flow*”). Contrariamente, naquele projeto mal sucedido, com contabilização de prejuízos, a base melhor é a do valor de liquidação. Em relação a outros ativos, seu valor de substituição ou seu valor escritural, se sua contabilização tiver sido recente.

c. Além de adequada, as Diretivas preconizam que a indenização deverá ser efetiva (item 7). A efetividade será um item atendido sempre que a indenização for paga de acordo com um dos três critério apontados no § 151 .

d. Além de efetiva, a indenização deverá ser pronta . Segundo as Diretivas (item 8), será pronta quando, em circunstâncias normais, for paga sem demora. Em casos excepcionais – como, por exemplo, caso estiver aguardando a liberação de recursos do FMI, ou estiver tendo problemas de convertibilidade de câmbio-, a indenização efetiva, observados os mesmos critérios do § 151, poderá ser paga em parcelas, dentro do prazo mais curto possível, que não deverá exceder cinco anos, em hipótese alguma. Nesse período, o valor devido estará sujeito à incidência de juros de mercado.

153. A indenização assim calculada não será devida, ou será objeto de desconto, caso o investidor tenha realizado seu investimento em desobediência às regras aplicáveis ao investimento vigentes no país de acolhida (item 9)¹¹⁰. Desde que não tenham o caráter discriminador, nos casos de nacionalização em larga escala, resultados de reformas sociais adotadas pelo Estado anfitrião, esses critérios acima descritos poderão ser descartados e

¹¹⁰ Se aplicado o item 9, no caso Amco contra a Indonésia, decidido pelo CIRDI, o investidor teria perdido a proteção porque descumpriu o cronograma de capitalização do investimento por ele acordado quando da aprovação de seu projeto (SORNARAJAH, 1995, p.215).

substituídos por outros a serem definidos por meio de negociações entre os Estados dos investidores e o Estado anfitrião ou, em caso de insucesso dessas negociações, por intermédio de arbitragem (item 10).

a. Um grande parêntese é aberto aqui para o resumo de uma sentença emitida pelo CIRDI, cujo cerne da discussão é exatamente o cálculo do valor da indenização devida.

Em junho 1995, a *Compania del Desarrollo de Santa Elena* (CDSE) -empresa incorporada sob as leis de Costa Rica e controlada por acionistas norte-americanos- entrou com pedido de arbitragem junto ao CIRDI. Alegava que uma indenização lhe era devida pelo governo daquele país, em razão da desapropriação de uma área de sua propriedade, de 30 quilômetros e às bordas do Pacífico, para fins de preservação da fauna e flora locais. A CDSE havia adquirido a área em questão em 1970, pelo preço de US\$ 395,000.00, para ali desenvolver um projeto turístico. Em 1978, data do decreto de desapropriação, a Costa Rica havia proposto uma indenização no valor de US\$1,900,000.00, que foi contestado pela desapropriada. Esta exigia o pagamento de US\$ 6,400,000.00. O direito da Costa Rica em proceder aquela desapropriação nunca foi contestado; entretanto, não se chegou a um acordo sobre o valor da indenização.

Quase 20 anos se passaram. A Costa Rica, ao solicitar ao BID um empréstimo no valor de USD 175,000,000, foi pressionada a resolver essa pendência. A edição da lei *Helms Burton*, em 1996, proibia que os Estados Unidos concedesse empréstimos - ou apoio a que empréstimos fossem concedidos por organizações de que participasse - a países que houvessem promovido nacionalizações sem pagar a devida indenização. Deste modo, assinou-se um acordo de submissão do litígio ao CIRDI.

Nesse acordo, ficou estabelecido que seria aplicado o direito costarriquenho e o Direito Internacional, prevalecendo este último, em caso de discrepância (ou seja, decidiu-se pela aplicação do Direito Internacional). O tribunal foi composto por Lauterpacht e Prosper Weil, como árbitros, e Yves Fortier, como presidente. O foco das discussões dirigiu-se ao cálculo do valor da indenização, uma vez que as partes e o tribunal não discutiram o direito soberano da Costa Rica de desapropriar a área. Na verdade, esta última chegou a alegar ter direito a pagar uma indenização menor, considerando que o seu ato tinha sido tomado com o intuito de preservar um patrimônio natural em benefício de interesse gerais. Tal alegação foi rejeitada, da mesma formada que não foi admitido no conhecido como "Caso das Pirâmides".

Nele, o governo do Egito desapropriou uma área onde se programava um projeto imobiliário, sob a alegação de preservar um sítio declarado pela UNESCO como de patrimônio da cultural da humanidade¹¹¹.

Por outro lado, deve ser esclarecido que a CDSE continuou de posse da propriedade, mesmo depois do decreto de desapropriação. Se era impossível utilizá-la para o projeto imobiliário inicial, desde que respeitados os limites de preservação, a empresa poderia, teoricamente, destinar-lhe um uso alternativo.

O tribunal decidiu que a indenização seria calculada com base no valor justo de mercado (*fair market value*). O primeiro passo foi apurar o preço do imóvel. Tomando por limite mínimo o valor avaliado pela Costa Rica e, por máximo, o pleiteado pela CDSE, o tribunal fixou-o em US\$ 4,150,000.00. Levando-se em conta que esse preço era devido à CDSE desde 1978 (da data do decreto de desapropriação), o segundo passo foi discutir o critério de atualização desse valor. Em resumo, o fulcro da discussão passou a ser o debate sobre a incidência de juros simples ou compostos. Tradicionalmente, o Direito Internacional foi favorável ao pagamento de juros simples. A situação começou a alterar-se depois das decisões do Tribunal Irã-Estados Unidos. Em uma delas, os árbitros entenderam que o réu norte-americano tinha direito a receber um valor que fosse igual àquele que ele receberia se tivesse aplicado o montante desapropriado em certificados de depósito, pelo período de seis meses, no mercado de seu país. Desta forma, admitiu-se o cálculo de juros compostos, porque assim é que são calculados os juros daqueles depósitos.

Os juros compostos não seriam, portanto, juros punitivos, mas apenas e tão somente, trariam à realidade um valor do passado. Dentre os doutrinadores citados na sentença (entre eles F.A.Mann), destaca-se o nome de Arangio-Ruiz, relator especial da Comissão das Nações Unidas sobre a responsabilidade dos Estados. Em uma moldura mais larga, ou seja, a da responsabilidade entre Estados, Arangio-Ruiz é conclusivo quanto à adoção de juros compostos no cálculo das indenizações pelos prejuízos impostos ao estado vítima.

O tribunal entendeu relativa a aplicação dos juros compostos, levando em conta a permanência da posse da área nas mãos de CDSE e possibilidade de um uso eventual. Assim,

¹¹¹ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited contra o Egito*, caso que deu entrada no CIRDI, em agosto de 1984 e finalmente resolvido por sentença de 1993 (ILM, vol.32,1993, p.933 a 986). O caso foi entremeadado de recursos aos tribunais franceses, tentativa de submissão do litígio à CCI e pedidos de revisão de sentença junto ao CIRDI (consultar a bibliografia que é indica no Anexo 1, "Lista de casos concluídos junto ao CIRDI").

em 17 de fevereiro de 2000, 22 anos após o decreto de desapropriação, a Costa Rica foi condenada a pagar US\$ 16,000,000 à desapropriada. Decidiu-se, ainda, que os custos da arbitragem seriam divididos entre as partes e que juros moratórios, a taxa de 6% ao ano seriam devidos, da data da sentença até o pagamento efetivo da autora.

Conforme os comentários de Emmanuel Gaillard sobre na sentença (2001, p.157), o fundamental nessa sentença resume-se a dois fatos, um de natureza confirmatória, outro de inovação. Ratificou-se a tese, que já se afirmava na década de 1980, de que o caráter lícito da expropriação não tem impacto no cálculo do valor da indenização. Inovou-se ao admitir a cobrança de juros compostos no cálculo da indenização. Por outro lado, é interessante notar o recurso expresso às disposições compiladas nas Diretivas, de 1992, do Banco Mundial (item 78 do laudo¹¹²).

154. O Capítulo IV é encerrado pelo item 11, cujas disposições dirigem-se, de forma especial, aos chamados contratos de Estados¹¹³. Segundo esse item, as Diretivas só serão aplicáveis às alterações contratuais de caráter soberano (ou político) causadas pelo Estado. Os inadimplementos de natureza comercial ficarão sujeitos à lei escolhida para reger o contrato assinado entre o Estado e o particular¹¹⁴. Há críticas, por parte de Somarajah (1995a, p.222), com relação à dicotomia criada, de forma desnecessária, entre os casos de inadimplemento político e comercial. Não bastasse o espinhoso debate sobre a qualificação dos atos de gestão e atos de império, uma brecha estaria sendo assim criada para um outro: aquele a respeito da qualificação da inadimplência. Além disso, de acordo com o mesmo autor, os contratos de Estado estariam doravante sujeitos a uma *dépeçage*¹¹⁵ compulsória: uma

¹¹² Indicação bibliográfica na nota de rodapé ao § 141.

¹¹³ No mesmo sentido usado pelo Professor Hermes Marcelo Huck, em obra de mesmo nome e, principalmente, com as características enumeradas nas páginas 32 em diante.

¹¹⁴ "The provisions of Section 1 of this Guideline will apply with respect to the conditions under which a State may unilaterally terminate, amend or otherwise disclaim liability under a contract with a foreign private investor for other than commercial reasons, i.e., where the state acts as a sovereign and not as a contracting party. Compensation due to the investor in such cases will be determined in the light of the provisions of Section 2 to 9 of this Guideline. Liability for repudiation of contract for commercial reasons, i.e., where the State acts as a contracting party, will be determined under the applicable law of the contract".

¹¹⁵ *Dépeçage*, *panachage*, *morcellement* ou *splitting up* são termos normalmente empregados para definir uma técnica contratual muito discutida –e discutível– de submeter um mesmo contrato a mais de uma lei nacional (por escolha voluntária das partes, um certo número de obrigações é submetido à lei do país A, outro tanto à lei do país B).

parte sujeita às Diretivas e outra à respectiva lei de regência. De modo exageradamente crítico, só esse deslize, na opinião de Sornarajah, seria o suficiente para desautorizar todo o trabalho representado pelo documento (ibidem).

155. Disposições sobre a negociação, conciliação e a arbitragem -esta última eleita como meio ideal para resolver os litígios entre investidores e Estados- finalizam as Diretivas (Capítulo V). Embora seja mencionada a possibilidade de qualquer mecanismo de arbitragem, institucional ou *ad hoc*, desde que independente, fica clara a preferência pela arbitragem do CIRDI.

156. As Diretivas foram recebidas com aplausos gerais e reconheceu-se o extenso trabalho de pesquisa que precedeu sua redação (CARREAU e JULLARD, 1998, p.427 e 428). Não obstante o fato de refletirem uma visão conservadora sobre a matéria e a posição dos países exportadores de capital, foi identificado um certo esforço no sentido de acomodar os interesses dos países menos desenvolvidos e importadores de capital (por exemplo, no caso de permitir-se o pagamento diferido, em até cinco anos, de eventuais indenizações devidas ao investidor, como previsto no item 10 do Capítulo IV). Entretanto, com relação à questão das indenizações, as Diretivas poderiam ser criticadas pelo fato de terem ignorada uma diferença básica, já levantada pela CPJI, no início do século XX, no caso da Usina de Chorsow: a indenização integral ("*restitutio in integrum*", posteriormente interpretada como o pagamento dos danos causados e do lucro cessante) seria devida apenas em caso de nacionalizações ilícitas. Em outras palavras, ignorou-se uma diferença, outrora consagrada pela jurisprudência, entre medidas lícitas e ilícitas de nacionalização. Mas não foi a primeira vez que essa diferença foi ignorada. A maioria esmagadora das sentenças proferidas no âmbito do Tribunal Irã e Estados Unidos já tinham feito isso em época anterior.

5. O PROJETO DE ACORDO MULTILATERAL SOBRE O INVESTIMENTO (MAI) DA OCDE

157. Em 1992, perseguindo o sucesso inquestionável das Diretivas e à sombra da disseminação das políticas neoliberais, a OCDE propôs a redação de uma convenção multilateral sobre o investimento internacional. Em junho daquele ano, o Conselho dessa organização convidou o Secretário Geral a preparar um estudo para explorar vantagens e possibilidades de um instrumento abrangente sobre investimentos. Esse novo instrumento

adotaria a forma de uma convenção multilateral, de caráter obrigatório, e deveria combinar e atualizar disposições de diferentes resoluções da OCDE. Entre essas resoluções destacariam-se o Código de liberalização dos movimentos de capitais, de 1961 e freqüentemente atualizado, a Declaração sobre Investimento Internacionais e Empresas Multinacionais, de 1976, a Decisão sobre o tratamento nacional de 1991.

158. Não era a primeira tentativa da OCDE editar uma convenção multilateral sobre investimentos internacionais. Na verdade, em 1962, essa organização já havia dado força a um projeto de Convenção sobre a Proteção da Propriedade Estrangeira¹¹⁶ (SCHWARZENBERGER, 1969, p.153), ao disponibilizar a seus membros e outras partes interessadas cópias de um texto originalmente desenvolvido sob o título de Convenção sobre o investimento no exterior, em 1959. Esse texto, entregue à organização quando esta ostentava o nome de Organização para a Cooperação Econômica Européia (OCEE)¹¹⁷, era o resultado dos trabalhos de um comitê dirigido pelo Dr. Abs, Diretor Geral do *Deutsche Bank*, e de Lord Schawcross – daí sua denominação de Projeto *Abs-Schawcross* (idem, p.109 e 110). O projeto de 1962 sofreu modificações e foi reapresentado por uma Resolução, aprovada em 1967, sob o título de Projeto de Convenção sobre a Proteção de Bens Estrangeiros, cuja assinatura estaria franqueada a países membros e não membros da OCDE. Mais uma vez, as discussões não lograram sucesso (TSCHOFEN, 1992, p.390). Desse modo, a OCDE deu prosseguimento a sua política de editar resoluções tanto sobre investimentos, como sobre empresas multinacionais e movimentação de capitais, entre as quais, as mais importantes já foram citadas no parágrafo acima.

159. Respeitado seu caráter regional – atualmente, completamente difuso-, a OCDE, em 1995, após estudos preliminares, deu início às negociações de um tratado

¹¹⁶ Draft Convention on the Protection of Foreign Property.

¹¹⁷ A Convenção que criou a OECE foi assinada em Paris, em abril de 1948, teve origem no Plano Marshall, lançado pelo discurso do General Marshall em Harvard, em 1947 (Claude-Albert Colliard, *Institutions des relations internationales*, Paris, Dalloz, 6ª. edição, 1974). Seu núcleo de membros iniciais era composto pelos 16 países elegíveis a receber fundos no contexto daquele plano. Em 1959, 18 Estados constituíram a organização: Alemanha Ocidental, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, França, Grécia, Holanda, Inglaterra, Irlanda, Islândia, Itália, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Suécia, Suíça e Turquia. Em 1960, acedem à organização os Estados Unidos e Canadá e, em setembro do ano seguinte, adota sua nova denominação de OCDE. O Japão torna-se membro em 1964, seguido pela Finlândia, em 1969, Austrália, em 1971, e a Nova Zelândia, em 1973 (ibidem). O 25º. membro, o México, ingressou no início da década de 1990. Atualmente conta com 30 membros; aos já citados somaram-se Hungria, Polônia, República Tcheca, Eslováquia e Coreia de Sul.

multilateral, de caráter vinculativo, obrigatório e universal. Sim, era claro o caráter mundial porque, ao final do processo, a intenção era de abrir o acesso ao tratado a terceiros países interessados. Com o intuito de não restringir o espírito do documento à visão exclusiva dos países mais desenvolvidos do globo, foram convidados a participar das discussões tanto países em vias de acesso à organização como outros que agregassem peso político, econômico ou regional significativos. A participação desses países deu-se na qualidade de observadores e foram eles Argentina, Brasil, Chile, Estônia, Hong Kong, China, Letônia, Lituânia e Eslováquia¹¹⁸, sempre ouvidos durante o período da negociação¹¹⁹, mas sem dela participar (SACERDOTTI, 1998, p. 294). Concluídos os trabalhos, o texto estaria à disposição da adesão de qualquer país não-membro interessado, caracterizando desta forma e de acordo com a classificação adotada pela OCDE, um “acordo autônomo” –ou seja, aquele acordo negociado dentro dos quadros da organização, cogente com relação a seus membros, que em seguida destaca-se dos limites estritos da organização para permitir a adesão por terceiros países (CARREAU e JULLARD, 1998, p. 440 e 441). Todavia, o MAI não foi agraciado com o mesmo êxito que tiveram as Diretivas do Banco Mundial. As negociações foram interrompidas, por iniciativa da França, em outubro de 1998, e mediante grande movimentação da opinião pública contra sua celebração.

160. A opinião pública mobilizou-se em torno do impacto de uma eventual proteção ao investidor estrangeiro - tida como excessiva- e da suspeita de que normas internacionais tivessem impacto negativo sobre relações de trabalho, saúde e meio-ambiente. Além disso, pesou um eventual efeito adverso das regras do acordo sobre indústria áudio-visual. Ficou igualmente difícil acomodar, junto ao público, o estremecimento na liberação pretendida pelo MAI resultante da barreira erigida, em 1996, pela Lei *Helms Burton*, cujos efeitos extra-territoriais tinham por alvo punir os investimentos europeus feitos em Cuba.

¹¹⁸ que atualmente acedeu à categoria de membro

¹¹⁹ Ministerial Statement on the Multilateral Agreement on Investment (MAI), Paris, 27 e 28 de abril de 1998. Disponível em <http://www.oecd.org/news_and_events/release/nw98-50a.htm>. Acesso em 24 ago. 1998.

161. Do ponto de vista doutrinário, a adoção de uma definição única e aberta de investimento¹²⁰ poderia ser criticada. Afinal, o alvo da maioria dos acordos bilaterais de investimento e mesmo o campo de aplicação das Diretivas é expressamente o investimento direto, ou seja, aquele investimento de longo termo, em que há uma relação de controle e de comando do investidor sobre o investimento, um vínculo entre este último e o país de acolhida e um risco por este assumido¹²¹. Em época anterior às negociações do MAI, já havia sido chamada a atenção para o fato de que alargar, de forma constante, a definição de investimento estaria desnaturando a natureza do mesmo. E isso, em última análise, poderia por em risco a igualdade soberana dos Estados (JUILLARD, 1987, p.24)¹²². Aos olhos da OCDE, no mundo globalizado e nas economias interligadas, entretanto, essa definição estrita de investimento direto parecia não mais fazer sentido (KODAMA, 1998, p.22 e seguintes).

162. Dois princípios foram adotados na redação do projeto do MAI: o do tratamento nacional e o da cláusula da nação mais favorecida. Pode-se afirmar que o salto quântico ensaiado durante as negociações -e frustrado- foi tentar estender o tratamento nacional, já pacificamente aceito na fase de instalação do investimento, à fase de sua admissão no país, equivalente à abertura irrestrita dos mercados. O certo é que os membros da OCDE foram relutantes em aceitar, em caráter obrigatório, a política de acesso irrestrito do capital estrangeiro às respectivas economias (a *open door policy*, cara aos Estados Unidos)¹²³ - o que seria instrumentalizado por meio da adoção de listas em que os países enumerariam os setores fechados (*negative lists*), comprometendo-se a abri-los com o tempo (*phase out*).

163. Face a essa relutância, ao não haver acordo quanto à aprovação do tratamento nacional na fase de admissão do capital estrangeiro, o documento perdeu seu interesse real. Passada a fase de ingresso, o tratamento nacional ao capital estrangeiro era há muito

¹²⁰ com base no texto do projeto do MAI, sob referência DAF/mai(98) 7/Rev. Disponibilizado em <http://www1.oecd.org/daf/mai>. Acesso em 13 de junho de 2002.

¹²¹ Para as diferentes classificações do investimento internacional consultar BAPTISTA, 1998, principalmente p. 31 em diante e CARREAU e JUILLARD, 1998, p.394 e seguintes..

¹²² "Mais il ne faut pas se leurrer: en donnant de l'investissement une définition très large -et peut-être trop large- les rédacteurs des instruments conventionnels se heurtent aux limites que leur rappelle la sagesse populaire, dont on dit parfois qu'elle est la sagesse des nations: "Qui trop embrasse mal étreint". Les Conventions sur l'encouragement des investissements, finement, n'auraient-elles pas été dénaturées en Convention sur traitement et protection des biens étrangers? Et, de ce fait, au lieu de servir un impératif de développement, ne risquent-elles pas le reproche, formulé de-ci de-là, d'atteinte à l'égalité souveraine? (JUILLARD, 1987, p.24).

¹²³ cf. § 120 do Capítulo 2.

assegurado, não só nas legislações internas da maioria esmagadora dos países industrializados membros da OCDE, mas também nos acordos bilaterais assinados entre eles e com terceiros países. Por outro, o fluxo do capital em si, enquanto veículo tradicional do investimento internacional, como movimentação de divisas através das fronteiras, era assegurado pelas disposições que existiam, desde a década de 60, integradas no Código para liberalização dos movimentos de capital (CARREAU e JUILLARD, 1998, p.442 e 443).

164. No curso das negociações o texto do MAI foi perdendo clareza e teve sua lógica interna comprometida em razão do excesso de detalhes e ressalvas introduzidos para acomodar os interesses específicos (SACERDOTTI, 1998, p.296 e 297). A partir do final de 1998, com a suspensão das negociações do MAI no âmbito da OCDE, foi cogitada a transposição das discussões sobre um eventual regime multilateral sobre o investimento internacional para os quadros da OMC (THORSTENSEN, 2001, p.319). Afinal, a Conferência Ministerial em Cingapura dessa organização, em 1997, havia estabelecido o Grupo de Trabalho sobre as Relações entre Comércio e Investimento, cujo ritmo de atividades acelerou-se após o impasse das negociações do MAI na OCDE (idem). Porém, como será visto a seguir, o que se conseguiu aprovar até o presente, na OMC, foi a proibição de certas medidas sobre investimento impeditivas da livre circulação de bens. Em outras palavras, uma parcela pequena do regime internacional do investimento estrangeiro.

3. AS TRIM'S da OMC

165. A OMC, criada pelo Acordo de Marrakech de 1994, sucedeu o GATT, enquanto centro das negociações comerciais de caráter universal. Este último, por seu turno, foi a saída de compromisso, depois institucionalizada *de fato*, que supriu o vazio resultante da ausência de entrada em vigor da Carta de Havana, de 1948, que deveria criar a Organização Internacional do Comércio (OIC). Essa Carta -que desconheceu a experiência da vigência-, em seu Capítulo III, sobre Desenvolvimento Econômico e Reconstrução, continha disposições de caráter genérico sobre o investimento internacional, como sumarizadas por Vera Thorstensen (idem, p.306 e 307). De um lado, orientava os países membros a celebrar acordos, bilaterais e multilaterais, para assegurar não só o tratamento justo e equitativo das empresas estrangeiras, do capital e da tecnologia por elas aportados, mas também o tratamento do investimento estrangeiro em geral. Por outro, assegurava que o investimento internacional não restringiria

as políticas nacionais e negócios internos dos membros, sendo que a estes últimos sempre seria garantida a faculdade de determinar a área de atuação daquele. Com a segurança e não discriminação garantidas, o investimento estrangeiro, em ação conjunta com os Estados de acolhida e empresas nacionais, deveria almejar o desenvolvimento geral.

166. Deixados para trás os antecedentes da Carta de Havana, o tema investimento entrou na pauta do GATT apenas no início da década de 1980. Em 1981, a questão dos efeitos comerciais de medidas governamentais, dirigidas a empresas multinacionais, foi formalmente introduzida na pauta do GATT pelos Estados Unidos (BARRETO, 1999, p.96). No ano seguinte, o tema ganhou nova proporção, quando estes últimos, por meio de consultas e de um painel, abriram uma discussão com o Canadá (idem, p.97). Os Estados Unidos alegavam que medidas administrativas, tomadas pelo governo canadense, com base na lei sobre investimentos de 1973, distorciam os fluxos comerciais. O investidor estrangeiro, antes de ingressar no país, era obrigado a assumir três sortes de compromissos: a) de fabricar no Canadá, b) de fazer suas compras no Canadá e c) de exportar do Canadá (ibidem). A decisão foi de que apenas o compromisso referido na letra b seria incompatíveis com as obrigações do artigo III,§ 4 do Acordo Geral, enquanto que as obrigações de fabricação e de exportação estariam livres de qualquer incompatibilidade (CARREAU e JUILLARD, 1998, p. 172 e 173). Esse caso deu argumentos para que os Estados Unidos tentassem, sem sucesso, incluir o item investimento nos trabalhos preparatórios para a Reunião Ministerial do GATT, em 1982 (BARRETO, 1999, p. 98).

167. Em 1985, em uma das reuniões preparatórias para a Rodada Ministerial do Uruguai, o delegado norte-americano propôs a inclusão dos temas serviços e investimento na agenda das negociações (idem, p. 99). Para acomodar as diferentes posições surgidas durante os debates, decidiu-se cindir o assunto em duas esferas: de um lado, só seriam admitidas a exame as medidas sobre investimentos com reflexo sobre o comércio (as TRIM's) e isso ficaria a cargo do Grupo de Negociadores de Bens, enquanto que a questão do comércio de serviços (GATS) seria negociado separadamente, no Grupo de Negociadores de Serviços (MASHAYEKHI; GIBBS, 1999, p.4), ambos sob a supervisão do Comitê de Negociações Comerciais.¹²⁴

¹²⁴ quem sabe o que causou a superposição de algumas matérias, como, por exemplo, as TRIM's os investimento no setor de serviços (GAT's) quando há a presença local, por exemplo.

168. Pelo o que foi discorrido até agora, pode-se inferir que as TRIM's, segundo a sigla em inglês -ou MIC's, se consideradas em francês, *Mesures concernant les investissements et liés au commerce*-, são aquelas medidas sobre o investimento que podem ter impacto no livre fluxo do comércio de mercadorias. Tais medidas podem revestir-se da forma de leis, regulamentos ou procedimentos administrativos. Seu objeto pode ser, por exemplo, o condicionamento da admissão do investimento no país ao cumprimento de níveis de produção, de níveis de exportação ou de limites de importação (os critérios de desempenho já mencionados no § 106 e 145). Podem ainda estar por detrás tanto da obrigatoriedade de adquirir insumos e empregar mão de obra local como do dever de transferir tecnologias. Tais medidas, eventualmente, podem agraciar o investidor estrangeiro com a concessão de vantagens de crédito ou fiscais. Na consecução de suas políticas industriais e de desenvolvimento, os países lançaram mão desses expedientes repetidas vezes. Lembrem-se dos países do Sudeste Asiático, na criação de plataformas exportadoras, do Brasil, em sua política de substituição de importações e no desenvolvimento da indústria automobilística, e do Canadá – cujas medidas, no passado, deram margem ao pedido norte-americano de painel no antigo GATT, como acima mencionado.

169. O texto do acordo sobre as TRIM'S constante do Anexo 1A , de 1994, confirma a natureza das mesmas: elas se circunscrevem às medidas de investimento relacionadas ao comércio de bens (artigo 1). No artigo 2 estabelece que não serão permitidas as TRIM's incompatíveis com o regime tratamento nacional e as restrições quantitativas, reportando-se, respectivamente, ao parágrafo 4 do artigo III e ao parágrafo 1 do artigo XI do GATT 1994 (item 1). Em seguida, em seu item 2, faz menção à lista ilustrativa dessas medidas, anexa ao acordo.

170. Em primeiro lugar, por que razão haveria o jargão da OMC optado pela amplitude do termo medida, de conotação aparentemente pouco jurídica? Exatamente pelo fato do termo medida abranger não só as medidas destinadas a produzir efeitos de direito, portanto obrigatórias, como também as medidas facultativas, ou seja, aquelas convenientes a adaptar-se em caso de desejar-se obter certa vantagem (CARREAU, JUILLARD, 1998, p.176). Uma TRIM nem sempre será contra o investidor; pelo contrário, poderá favorecê-lo, sendo unicamente nociva ao livre fluxo do mercado (idem, p.177).

171. Em seguida, o Anexo 1A limita essa amplitude do termo, restringindo-a certas medidas contrárias ao princípio do tratamento nacional e das restrições quantitativas. Na lista exemplificativa dessas medidas, relativamente ao tratamento nacional, figuram a proibição de exigir-se a compra de produtos nacionais e a limitação da participação de produtos estrangeiros (item 1, a e b). Com relação às restrições quantitativas (item 2), ficam vedadas a) a vinculação de quantias exportadas a quantias importadas; b) a vinculação do gasto de divisas com importações aos ganhos de divisas com exportações; c) restrições a exportações.

172. Excepcionalmente, os países em desenvolvimento, sob o impacto de problemas em suas balanças de pagamento, poderão adotar temporariamente TRIM's, até o reequilíbrio de suas finanças, é o que dispõe o artigo 4.

173. Pelo artigo 5, aos países que na data da entrada em vigor do acordo praticavam qualquer um desses tipos de medidas, é dado um prazo para que as notificassem. Os países desenvolvidos teriam 2 anos para suprimi-las; os em desenvolvimento, cinco e os menos desenvolvidos sete. Durante esse prazo, esses países obrigaram-se a consolidar aquelas medidas já existentes, ou sejam, não ampliar seus efeitos (*standstill*). Novas medidas, que se qualificassem entre aquelas cinco supra mencionadas, estavam proibidas a partir de 1995. Uma vez esgotados aqueles prazos, pode presumir-se que todas as TRIM's, como previstas em 1994, tenham sido eliminadas (*rollback*). Todavia, os prazos concedidos para os países em desenvolvimento ou pouco desenvolvidos poderiam ser objeto de prorrogação, mediante pedido do Estado interessado em que fosse demonstrada sua dificuldade em suprimir a medida¹²⁵.

174. No artigo 6, os Estados reafirmam seu dever de transparência e de notificação da existência das TRIM's. Em seguida (artigo 7) cria-se o Comitê sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio, aberto aos países membros, com um presidente e vice-presidente, que deverá reunir-se pelo mínimo uma vez por ano ou sob solicitação de qualquer membro. O Comitê reporta-se ao Conselho para o Comércio de Bens.

175. Pelo artigo 8 (Consultas e Soluções de Controvérsias), na hipótese de inobservância dos termos do acordo – ou seja, na continuidade da prática das TRIM's, ou

¹²⁵ Argentina, México e outros seis países obtiveram a extensão de seus regimes automotivos para dezembro de 2003 (*Gazeta Mercantil*, 5 e 6 de outubro de 2002, p. A-4.). O Brasil entrou com um pedido de revisão das TRIM's, inicialmente ao Comitê sobre Medidas de Investimentos Relacionadas ao Comércio, indeferido e reapresentado, em final de novembro de 2002, ao Conselho para o Comércio de Bens. Sobre este último não se tem notícia. (*idem*, 21 de novembro de 2002, ps. A-1 e a-7).

mesmo em caso do descumprimento do dever de informá-las à OMC -, os países membros sujeitam-se ao mecanismo geral de soluções de controvérsias previsto por aquela organização (artigos XXII e XXIII do GATT 1994). Primeiramente, tornam-se alvo de eventuais pedidos de consultas, por parte dos países que se entendam lesados pela prática da TRIM. A consulta, por sua vez, pode dar origem a um painel. Nele, o Estado em desacordo com as regras pré-estabelecidas pode ser condenado. Eventualmente, poderá haver a apelação para o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. Finalmente, a implementação da condenação poderá envolver a suspensão da prática condenada e a compensação das eventuais perdas incorridas pelo país interessado.

176. Por fim, o artigo 9 estabelece que, no mais tardar, até 2000, o Conselho para o Comércio de Bens, após exame do funcionamento deste acordo, irá propor as emendas que entender necessárias à Conferência Ministerial, bem como eventuais complementações relativas às políticas de investimento e de competição.

177. As 5 medidas constantes da lista apensa ao acordo, aprovadas ainda que em caráter ilustrativo -o que deixou aberta a porta para interpretações extensivas-, foram consideradas insuficientes para o que se propunham. As Diretivas do Banco Mundial, anteriores à finalização da Rodada do Uruguai, e o texto do próprio NAFTA já tinham ido muito mais longe.

178. Em vista disso, segundo o relato de Fernando de Mello Barreto (1999, p. 105), em 1993, antes mesmo do término da Rodada do Uruguai, empresários europeus reuniram-se para propor a criação de um GATT para investimentos. Três princípios deveriam servir-lhe de norte, quais sejam, a transparência, o direito de estabelecimento e o tratamento nacional. Quem sabe, a criação do Grupo de Trabalho sobre as Relações entre Comércio e Investimento, em 1997, por decisão da Conferência Ministerial de Cingapura, tenha sido uma resposta nesse sentido. O Grupo chegou a definir uma lista de temas para análise (THORSTENSEN, 2001, p. 316) e até o final de 2000 examinou aproximadamente 1000 contribuições elaboradas quer pelos países membros, quer pelo Secretariado da OMC (idem, p.317).

179. Após o interregno da Conferência de Seattle, em 1999, a ata final da Conferência Ministerial de Doha, de 14 de novembro de 2001, estabeleceu que a partir de 5ª Conferência, a realizar-se no México, em 2003, irão ter início negociações multilaterais com o

fim de assegurar a transparência, estabilidade e condições previsíveis para o investimento internacional a longo prazo -notadamente para o investimento internacional direto- o que irá contribuir para uma expansão ainda maior do comércio internacional ¹²⁶. O limite para as negociações foi fixado para 2005.

180. Ainda que mudanças de maior envergadura sobre investimentos não sejam aprovadas, as próprias TRIM's já existentes poderão ser revistas, em razão das disposições do artigo 9 do Acordo, como acima mencionado. A preocupação dos países em desenvolvimento é a sua extensão, com a inclusão de proibições quanto à participação mínima de capital nacional ou quanto às exigências de transferência de tecnologia.

181. Antes da conclusão desta seção, dedicada à análise das TRIM's, abre-se um parêntese importante. Ele será dedicado a algumas notas sobre as disposições relevantes ao investimento estrangeiro integrantes do Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços – GATS (Anexo 1B da Ata Final de Marraqueche). O exame das regras sobre os investimentos internacionais nos quadros da OMC estaria incompleto sem uma menção ao artigo XVI do GATS (Parte III – Compromissos Específicos; Acesso a Mercados). De forma clara, fica estabelecido que naqueles serviços em que o movimento transfronteiriço de capitais constituir parte essencial do próprio serviço, ou nos casos em que a prestação de serviço exija aquilo que se chama de presença local, os Estados irão permitir tanto o livre movimento de capitais, como as transferências a eles conexas. A regra geral é a do tratamento nacional –quer dizer, tratar o investimento estrangeiro em condições idênticas ao do investimento nacional-, e a adoção da cláusula da nação mais favorecida. A diferença, com relação às TRIM's, que não admite reservas, é que com relação ao GATS, setores podem permanecer fora de seu campo de aplicação, de acordo com as listas a serem apresentadas (artigo XX) pelos países signatários (BARRETO, 1999, 108). Pela importância do setor de serviços, as regras do GATS sobre os investimentos talvez, a longo prazo, tenham maior impacto do que as próprias TRIMs (ibidem).

182. Por tudo aquilo sobre o que se discorreu, ficou evidente que outros fatores, bem mais complexos do que a existência de acordos regionais ou a fecundidade do sistema bilateral, impediram a celebração de um acordo universal sobre o investimento internacional. Além das concepções divergentes existentes entre os países de diferentes graus de

¹²⁶ Disponível em <http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl.htm>. Acesso em 13 de

desenvolvimento, há diferentes interpretações sobre o conteúdo de um estatuto mundial entre os próprios países desenvolvidos e exportadores de capital, como nitidamente comprovado nas negociações mal-sucedidas do MAI. Há pendências importantes a serem resolvidas, por exemplo, no que toca a extensão do tratamento nacional quando da entrada do investimento estrangeiro no país e a eliminação de todo e qualquer requisito de desempenho a ser exigido do investidor estrangeiro.

183. Na impossibilidade da formalização desse estatuto mundial, a edição das Diretivas do Banco Mundial foi um fato notável. Não obstante faltar-lhe o *status* formal de tratado, ainda como resolução, sua aplicação, pelo que tudo indica, garantir-lhe-á, em futuro próximo, a cogência a que almeja. A procura de um estatuto universal sobre o investimento continua, assim, um processo em aberto.

CAPÍTULO 3

O REGIME SETORIAL DOS INVESTIMENTOS

184. Se algo novo ocorreu com relação ao estatuto internacional do investimento estrangeiro nos anos 90, foi o estabelecimento de um regime setorial para os investimentos internacionais. Como foi visto nos capítulos precedentes, tanto os movimentos de regionalização como o de universalização desse estatuto tiveram raízes em décadas passadas, tendo ganhado mais peso e forma a partir de 1990. Contudo, não há precedentes para essa iniciativa singular, brindada com êxito, em dezembro de 1994, com a assinatura do Tratado da Carta da Energia¹²⁷.

1. ORIGENS E ORIGINALIDADE

185. A celebração do Tratado da Carta da Energia -também conhecido como o Tratado de Lisboa - coroou um processo deslanchado em 1989, com a queda do Muro de Berlim, seguido pela fragmentação do império soviético. Essa cadeia de eventos, entremeada com a concorrência entre grandes empresas do campo da energia pelas fontes e mercados virgens às práticas capitalistas, deu origem ao que Toucoz chamou de "a grande corrida para o Leste" (*apud* BABADJI, 1996, p. 873).

a. Após 1989, as mudanças causadas pela liberação da economia dos países da Europa do Leste abriram uma oportunidade única de entrada maciça de capitais em países como a Polônia, Hungria e República Tcheca. Em seguida, em dezembro de 1991, com o fim da União Soviética e com o surgimento de Comunidade dos Estados Independentes (CEI)¹²⁸, essa oportunidade viu-se aumentada pela demanda de capitais para a reorganização das economias dessa região, doravante em moldes ocidentais e de mercado. Por um lado, o receio do aprofundamento de crises institucionais em pontos da extensa região abrangida pela CEI - crises essas que poderiam ser contornadas com investimentos que facilitassem a transição das economias do sistema de planejamento para o de mercado- e, de outro, a abundância de

¹²⁷ Energy Treaty Charter ou Traité sur la Charte d'Énergie. Texto em inglês publicado no ILM, vol.34, n.2, p. 360, 1995, com nota introdutória de T.W. Wälde.

recursos energéticos nela existente, fizeram com que o Conselho Europeu, na aprovação de proposta apresentada pela Holanda, propusesse, em 1990, um programa de cooperação energética entre os países da então CEE, da Europa Central e da Europa Oriental.

b. Dentro desse espírito de cooperação, os investimentos a serem realizados poderiam ser opcionalmente pagos pelo fornecimento de energia, satisfazendo o interesse dos investidores. A exploração desse manancial energético - constituído principalmente por depósitos de gás e petróleo- estaria inteiramente viabilizada pela disponibilização dos recursos financeiros e tecnológicos exigidos, atendendo as necessidades dos países da CEI. Não deve ser esquecido que, a partir dos primeiros anos da década de 1990, o potencial energético dos países da CEI ganhou uma importância ímpar. A crise no Golfo Pérsico -logo em seguida, em 1991, transformada em Guerra do Golfo-, o embargo às exportações de petróleo do Iraque, como ainda a crise política na Argélia (colocando em risco o gasoduto Argélia, Tunísia e Itália e posteriormente Argélia, Marrocos e Espanha) e a guerra civil no Afeganistão (com seus reflexos negativos nos projetos de gasodutos e oleodutos cortando a região) colocaram expostas as fragilidades dos mercados internacionais de petróleo e de gás (BABADJI, 1996, p.874).

186. Isso mobilizou os países da OCDE, inclusive os não europeus (entre eles os Estados Unidos, Canadá, Austrália e Japão), a participar da conferência em Haia, em 1991, que aprovou a Carta Européia da Energia. Esse documento, de natureza declaratória e não obrigatória, deveria ser assinado concomitantemente a um tratado. Este último, de natureza cogente, seria redigido de modo a regular as relações entre os signatários no domínio da energia, em três de seus campos fundamentais: o dos investimentos, da comercialização e da proteção do meio ambiente. A assinatura do tratado foi adiada para 1992, em razão da impossibilidade de consenso com relação às medidas de acesso aos mercados, no campo dos investimentos, e às disposições especiais solicitadas pelos países ex-socialistas, relacionadas ao período de transição a que se propunham.

187. Dando continuidade ao processo, mas com três anos de atraso, foi assinado, em 1994, o Tratado da Carta da Energia. Os Estados Unidos e o Canadá acabaram por retirar-se das negociações, mediante a impossibilidade do estabelecimento de regras que

¹²⁸ Inicialmente formada pela Rússia, Ucrânia e Bielo-Rússia, a que se juntaram os outros membros da antiga URSS (com exceção das três nações bálticas, Letônia, Estônia e Lituânia): Armênia, Azerbaijão, Casaquistão, Geórgia, Moldávia, Quirquízia, Tadjiquistão, Turcomenistão e Usbequistão.

franqueassem, de forma irrestrita, o acesso dos investimentos aos mercados. Ainda assim, o tratado foi assinado por 41 países, além da própria União Européia. Em junho de 1996, encerrado o prazo para assinaturas, o tratado contava ao todo com 50 assinaturas, relativas a 49 países e a União Européia. Entrou em vigor, em 1997 e atualmente conta com 46 ratificações. Em dois países a aplicação das regras é feita de forma provisória. Considerando que apenas os signatários da Carta da Energia poderiam ter acesso às negociações do respectivo tratado, nenhum país exportador de petróleo Oriente Médio ou das Américas figura entre os signatários.

a. Todavia, criou-se a figura de membro observador à Conferência. Esta trata-se da organização criada pelo tratado, sobre a qual irá discorrer-se mais abaixo. Desse modo, os Estados Unidos e o Canadá participam da Conferência como signatários da Carta, mas como observadores, pois não assinaram o Tratado. Outros países -como a Venezuela, Marrocos, Argélia, Arábia Saudita- não signatários da Carta nem do Tratado da Energia, participam da Conferência também no *status* de observadores. Outras organizações internacionais, como, por exemplo, o Banco Mundial, OMC e o Banco Europeu para Reconstrução e Desenvolvimento, igualmente têm assento nos trabalhos da Conferência, dentro do mesmo regime de observador¹²⁹.

2. CONTEÚDO

188. Conforme o que constou da ata final da conferência que aprovou o Tratado da Carta da Energia, seu objetivo era acelerar e catalisar as economias da Europa Central e Oriental (ILM, vol.34, n.2, p.373, mar.1995). Trata-se de um portento de 50 artigos, acompanhado de 14 anexos e de um Protocolo sobre eficiência energética e meio ambiente, em um total de aproximadamente 80 páginas. Afinal, um instrumento complexo, regulando a interseção de três campos bem desenvolvidos do Direito Internacional e do Direito Internacional Econômico -quais sejam, o meio ambiente, o comércio e o investimento-, tendo como pano de fundo um novo domínio, o da energia (BABADJI, 1996, p. 875). O documento propõe um novo método normativo ao Direito Internacional Econômico: inovando a tradição,

¹²⁹ De acordo com a informação sobre os membros atuais, disponível em <http://www.encharter.org>. Acesso em 25 de jan. 2003. No mesmo endereço eletrônico, as informações sobre o Tratado podem ser atualizadas.

que contemplava o tratamento horizontal da atividade econômica (por exemplo, até antes desse tratado, regulava-se internacionalmente o investimento direto ou o comércio de bens ou de serviços), optou-se pelo enfoque setorial da atividade econômica (focalizando, em todos os níveis, as atividades pertinentes a uma certa fonte econômica, no caso a energia)(JUILARD, 1994b, p.737).

189. O tratado é composto por cinco partes: I) Definições e objetivos; II) Comércio; III) Promoção e Proteção dos investimentos; IV) Miscelânea; V) Solução de litígios; VI) Disposições transitórias; VII) Estrutura e instituições; VIII) Disposições finais. Por essa distribuição, fica evidente que os dois grandes pilares na redação do documento foram, de fato, o comércio e o investimento no campo da energia (Partes II e III). As disposições sobre meio ambiente, por exemplo, foram cindidas, ficando uma parte coberta pela rubrica geral de "Miscelânea"(Parte IV) e outra incluída em um Protocolo. Sob o título de "Miscelânea", adotando uma técnica de redação nada exemplar, além dos dispositivos sobre meio-ambiente, foram também agrupadas as regras sobre tributação, transparência, soberania sobre os recursos naturais, empresas estatais e privilégios, aplicação às entidades partes de federações, exceções e regimes especiais resultantes de acordos de integração econômica.

a. Na parte dedicada ao comércio, como apontado por Thomas Wälde nos comentários introdutórios ao tratado (1995c, p.360), merecem destaque as disposições sobre trânsito. Elas são de muita importância porque parte significativa dos depósitos de gás e petróleo da CEI (notadamente na Sibéria, Azerbaijão, Cazaquistão e Turcomenistão) estão localizadas em áreas distantes e de acesso difícil, se consideradas as áreas de consumo.

b. Dentro desse universo, o presente capítulo estará voltado para a análise das disposições referentes aos investimentos do Tratado da Carta da Energia¹³⁰, disposições essas concentradas na Parte I (Definições, no artigo 1, e TRIM's, artigo 5), Parte III (Promoção e Proteção dos Investimentos) e na Parte V (Solução de Litígios).

190. O Tratado da Carta de Energia, em seu artigo 1,(6), adotou uma definição ampla de investimento. Investimento é qualquer tipo de bem ou direito, controlado diretamente ou de propriedade de um investidor, no campo da energia. No que toca aos bens, é

¹³⁰ As medidas comerciais, por exemplo, foram objeto de estudo detalhado de SWAAK-GOLDMAN, Olívia. The Energy Charter Treaty and Trade – a Guide do the labyrinth. JWT, Genebra, vol.30, n.5, p.115-164, out 1996.

difícil imaginar um ativo comercial ou financeiro que não esteja coberto por essa definição, que inclui não só o investimento direto, mas também o investimento de carteira –ou de *portfolio* (WÄLDE, 1995a, p.25). Por sua vez, a menção a direito abrange os direitos do investidor com relação a autorizações e concessões para a exploração dos recursos naturais incluídos no campo de aplicação do tratado.

a. Diferentemente do que consta em muitos acordos bilaterais de promoção e proteção dos investimentos e daquilo disposto pelo acordo da MIGA, não é necessária nenhuma autorização ou registro prévio para que o investimento goze da proteção do tratado (*idem*, p.27).

191. A definição de investimento está intrinsecamente ligada a de investidor. O artigo 1(7) define-o como a pessoa física, cidadã, nacional ou residente em um dos Estados contratantes ou a pessoa jurídica incorporada segundo a lei de um desses Estados. Com relação a terceiros Estados, a letra b desse artigo dispõe que estão abrangidas as pessoas físicas ou jurídicas, bem como qualquer outro tipo de organização, que preencham, *mutatis mutandis*, as condições retro mencionadas e aplicáveis aos Estados Contratantes. Isso significa que investidores de terceiros Estados, desde que demonstrem atividades negociais efetivas em um dos Estados Contratantes -a ser apurada de acordo com critérios de participação acionária e gerência-, estão incluídos no campo de aplicação do tratado. A filial de uma empresa norte-americana, constituída de acordo com as leis de um dos Estados parte do tratado, por exemplo, só poderá beneficiar-se de sua proteção se efetivamente desenvolver seus negócios nesse Estado parte e controlar diretamente o investimento em questão. Assim, hipoteticamente, um investimento realizado pela *Esso* da Inglaterra na Rússia estaria abrangido pelo tratado, mas um projeto gerenciado pela *Esso* norte-americana e simplesmente cedido à *Esso* da Inglaterra não se qualificaria à mesma proteção (WÄLDE, ANDREWS-SPEED, 1996, p. 37).

192. Uma das observações feitas, é que o tratado não garantiria o direito dos acionistas cidadãos, nacionais ou residentes nos Estados contratantes, em empresas constituídas segundo a lei de um terceiro Estado (*idem*, p.38). Essa lacuna, entretanto, estaria preenchida certamente pela jurisprudência do CIRDI – lembrando que o artigo 26, na Parte V, que regula a solução de controvérsias sobre investimentos, como será visto mais adiante, abre a possibilidade ao investidor de submeter os eventuais litígios entre ele e o Estados anfitrião àquele centro. De fato, no caso *Soabi* contra o Senegal, decidiu-se que os investidores belgas,

titulares de ações em empresa constituída segundo as leis do Panamá, tinham direito de acesso ao CIRDI, embora o Panamá não fosse signatário da Convenção de Washington de 1965¹³¹. Ademais, a própria CIJ, em sentença que decidiu o caso *Elsi*, entre os Estados Unidos e a Itália¹³², reconheceu o direito dos acionistas à proteção diplomática, revendo inteiramente a posição adotada no caso *Barcelona Traction*, de 1970.

193. Um outro tipo de investimento é ainda previsto. Ao lado do investimento, propriamente dito, existiria aquele representado pelos direitos embutidos em documentos pré-contratuais que, se aprovados pelas autoridades competentes e dotados de algum valor financeiro para o investidor, passaram a ser abrigados como investimentos dentro regime setorial estabelecido pelo Tratado¹³³. Esses documentos ou acordos pré-contratuais -que assumem à vezes denominação diversas, de cartas de intenção a protocolos ou “*head of agreements*”-, são prática comum nas negociações envolvendo países da CEI (1996, p.37).

a. Essas disposições do Tratado da Carta da Energia, aparentemente redundantes e desnecessárias, provaram-se apropriadas, em face da jurisprudência posterior do CIRDI. Isso porque esse centro, em sentença de 15 de março de 2002, no caso *Mihaly International Corporation* contra o Sri Lanka¹³⁴, declinou de sua competência em litígio decorrente de instrumentos pré-contratuais relacionados a uma operação de investimento.

194. Aos investimentos legalmente feitos em época anterior a sua celebração, o Tratado estende sua proteção, com exceção do acesso aos mecanismos de solução de litígios previstos na Parte V, para com isso evitar a discussão das nacionalizações passadas, sob o regime socialista.

195. Esses efeitos retroativos na aplicação do Tratado trazem à baila a discussão a respeito de sua entrada em vigor. Embora, de forma tradicional, sua vigência tenha sido condicionada ao recebimento de trinta ratificações (artigo 44, (1)), sua eficácia é imediata, por intermédio de sua aplicação provisória (artigo 45 (2)), mecanismo aceito pela maioria dos países signatários (*idem*, 29).

¹³¹ Cf. item 69, letra e da Introdução.

¹³² Cf. item 69, letra c da Introdução.

¹³³ (f) any right conferred by law or contract or by virtue of any license and permits granted pursuant to law to undertake any Economic Activity in the Energy Sector .

¹³⁴ Disponível em <http://www.worldbank.org/icsid/awards.htm>, itens 28 e seguintes. Acesso em 28 out.2002.

196. Se a definição de investimento adotada pelo tratado foi ousada, ao gosto dos investidores, a satisfação desses parou por aí. Houve grande discórdia na hora de estender o tratamento nacional e o princípio da cláusula da nação mais favorecida a todas as fases do investimento, inclusive à sua admissão (“*the Making of Investments*”, na definição do tratado), como advogado pela maioria dos países exportadores de capital. No artigo 10, intitulado, Promoção, Proteção e Tratamento do Investimento, a acomodação dos interesses deu-se pela instituição de duas fases no investimento: a fase pré-investimento (ou seja, entrada dos capitais no país receptor) e a fase do investimento (após a entrada). Em linhas gerais, o tratamento nacional e a cláusula da nação mais favorecida foram garantidos na segunda fase, enquanto que sua observância na primeira fase ficou restrita a promessas, declarações¹³⁵ e ao compromisso de firmar-se um novo tratado sobre o assunto, até 1º de Janeiro de 1998 (artigo 10 (4)). Esse tratado suplementar está em fase final de negociação¹³⁶. Em grande linhas, aos países da Europa capitalista, mais ao Japão (considerando a retirada das negociações do Canadá e Estados Unidos), foi negado o acesso irrestrito ao cobiçado mercado de energia dos países da Europa Central e do Leste.

197. Abrindo a Parte III do tratado, sob o título Promoção e Proteção dos Investimento, o artigo 10 (1) incita cada Estado contratante a encorajar e criar condições estáveis, equânimes, favoráveis e transparentes para os investidores de outros Estados contratantes. Fica disposto que essas condições incluem as seguintes obrigações por parte do Estado receptor: tratamento justo e equitativo dispensado a investidores e investimentos; garantia da mais constante proteção ao investimento; a proibição de medidas discriminatórias - ou fora dos critérios da razoabilidade- com relação à administração, manutenção, uso ou disponibilidade do investimento; e a obrigação de tratar o investidor dentro dos padrões

¹³⁵ Por exemplo, o item 2 do artigo 10: “Each Contracting Party shall endeavour to accord to investors of other Contracting Parties, as regards the Making of Investments in its Area, the Treatment described in paragraph (3)” ou ainda, no item (5): “Each Contracting Party shall, as regard the Making of Investments in its Area, endeavour to: a) limit to the minimum the exceptions to the Treatment described in paragraph (3); b) progressively remove existing restrictions affecting Investors of the Contracting Parties”(grifos nossos, em clara demonstração de linguagem declaratória e não obrigatória).

¹³⁶ <http://www.encharter.org> . Acesso em 25 de Janeiro de 2003.

mínimos traçados pelo direito internacional, nele incluídos as obrigações provenientes de tratados¹³⁷.

198. Em sua frase final, o mesmo artigo 10 (1) dispõe que cada Estado contratante cumprirá todas as obrigações por ele assumidas frente ao investidor e com relação ao investimento¹³⁸. Não é difícil compreender essas disposições, se for lembrado que na definição de investimento estão incluídos os direitos decorrentes dos arranjos pré-contratuais registrados pelas agências governamentais de cada Estado Contratante¹³⁹. E, mais ainda: ao ser recordado o extenso debate em torno da validade do princípio conhecido como da santidade dos contratos (HUCK, 1989, p. 105) -ou seja, o princípio da imutabilidade dos contratos de Estado e da efetividade das cláusulas de estabilização. Segundo esse princípio, quando da assinatura do contrato (notadamente contratos com Estado), o direito aplicável às obrigações contratuais ficaria congelado no tempo, na forma em que estava em vigor na data em que o contrato foi celebrado, com o objetivo de proteger o investidor do risco legislativo. Este último define-se como a mudança das leis em vigor, pelo Estado anfitrião, com efeito negativo sobre o investimento ou sobre o investidor. O princípio nunca foi aceito de forma irrestrita pelo Direito Internacional (idem, p. 106), sendo passível das mesmas dúvidas que a teoria dos direitos adquiridos suscitou no final da década de 1950¹⁴⁰. Ora, o Tratado da Carta da Energia, em um de seus artigos (artigo 18), reafirma o valor da soberania sobre os recursos energéticos. Era preciso deixar claro que o exercício dessa soberania dar-se-á dentro do respeito às obrigações contratuais

199. O artigo 11 vai tratar das questões concernentes ao pessoal empregado pelo investidor na implementação do investimento. Nem todos os empregados necessários estão abrangidos por esse artigo, cujas disposições restringem-se ao pessoal chave (*"Key Personnel"*, como consta do título do artigo). Fez-se, assim, uma divisão entre pessoal indispensável e pessoal dispensável à implementação dos projetos, em uma composição das posturas liberal e protecionista quanto ao mercado de trabalho (JULLARD, 1994, p.740).

¹³⁷ Cada uma dessas obrigações já foram objeto de análise no Capítulo 1, parágrafos 99 a 103.

¹³⁸ "Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party."

¹³⁹ Cf § 193

¹⁴⁰ Vide § 35 da Introdução.

Porém, o termo adotado pelo tratado (*key personnel*) é bem mais amplo do que quadro executivo, ou pessoal de gerência, que são o que normalmente se utiliza (*senior management*). Fica permitida, por isso, a entrada de pessoal técnico e comercial, englobados no termo pessoal-chave (WÄLDE, ANDREWS-SPEED, 1996, p.50).

a. A entrada desse pessoal estará sujeita à permissão de acesso no território de qualquer das Partes contratantes. O investidor poderá empregar pessoal-chave já admitido no país, independente de sua nacionalidade (quer dizer de Estado contratante ou não), observado os prazos e condições dessa admissão.

200. O tratamento do risco político do investimento foi desdobrado pelo Tratado da Carta da Energia em duas partes (ibidem). A primeira delas, correspondendo aos riscos políticos fora do controle direto do Estado anfitrião¹⁴¹, passou a ser objeto do artigo 12. Ele estabelece que, em caso de conflito armado ou qualquer outro distúrbio à ordem, o investidor terá direitos idênticos àqueles que o Estado dispensar ao investidor tratado de forma mais favorável, seja ele proveniente de Estado contratante ou não. Não obstante essa disposição de caráter genérico, a requisição de um investimento ou sua destruição dará margem à indenização. Esta deverá ser pronta, adequada e efetiva.

201. Os riscos políticos relacionados à ação direta do Estado anfitrião são tratados pelo artigo 13, sob o título "*Expropriation*" (desapropriação) ou nacionalização. Ao Estado anfitrião é garantido o direito de desapropriar desde que a) no interesse público; b) de modo não discriminatório; c) mediante processo em que se garanta o direito ao contraditório e d) acompanhado pelo pagamento de indenização pronta, adequada e efetiva. Os critérios a serem seguidos na apuração do valor da indenização não foram tão longe quanto as Diretivas do Banco Mundial (por exemplo, observar se o investimento era lucrativo à época da desapropriação). Mas, de qualquer forma, foi consagrada, desta vez junto à maior parte dos países ex-socialistas, a fórmula Hull¹⁴².

a. Ficou estabelecido que o valor da indenização será o valor justo de mercado do investimento no dia imediatamente anterior à sua desapropriação, ou quando ela foi tornada pública, se a notícia o afetou de forma desfavorável. A questão fica por conta das dificuldades

¹⁴¹ Como foi o caso, por exemplo, das convulsões internas no Sri Lanka, que deram origem a ação movida contra ele pelo investidor, perante o ICSID, no caso *AAPL* contra aquele país (cf. § 103, b, ii).

¹⁴² Cf. § 21 da Introdução.

de apurar-se, por exemplo, valor de mercado em mercados novos e ainda insipientes, como aqueles de muitos dos países da CEI (idem, p. 46). Outra dúvida é o critério para a avaliação de bens incorpóreos (idem), como marcas e patentes.

202. A pedido do investidor, o valor da indenização será convertido em uma das moedas definidas pelo tratado como de livre conversão, aplicando-se nessa operação a taxa de câmbio vigente no dia em que a indenização foi fixada. Define-se como moeda de livre conversão a moeda que for amplamente negociada nos mercados internacionais de moedas e largamente utilizada nas transações internacionais (artigo 1(14)). A indenização será acrescida de juros, a taxa de mercado, pelo período compreendido entre a data em que passou a ser devida e a do seu efetivo pagamento.

a. O investidor que não receber uma indenização dentro dos critérios acima descritos terá o direito de requerer, junto aos tribunais do Estado anfitrião, a revisão dos valores que lhe são devidos.

203. O artigo 13 é arrematado com o reforço de uma definição (que deveria estar, portanto, no artigo 1, sobre as Definições): para elidir qualquer dúvida, o item 3 confirma que, no rol das medidas de desapropriação, estão incluídas as situações em que o Estado anfitrião desapropria ativos de pessoa jurídica na qual o investidor possui investimentos, inclusive por meio de ações.

204. Este parece ser o local apropriado para chamar a atenção sobre um tipo curioso de desapropriação mencionado pelo tratado. Seriam aqueles casos previstos nas disposições sobre tributação dos investimentos (artigo 21 (5)) e chamados como desapropriação fiscal (*tax expropriation*). Fica vedada a tributação cujo efeito seja o de privar o investidor da rentabilidade do investimento. Haveria desapropriação fiscal nos casos em que o alvo do governo, subjacente ao ato de tributar, for a deterioração da função econômica do investimento. Deve ser lembrado, como ilustração, o caso movido pela *Alcoa Minerals of Jamaica (Alcoa)* contra o governo da Jamaica, submetido ao CIRDI, na primeira metade dos anos 70 e do qual se tem notícias unicamente por meio de comentários (SCHMIDT, 1976, p.90).

a. Esse caso foi um dos primeiros submetidos ao CIRDI. Na mesma data em que foi registrado nesse centro, ou seja, em 1974, dois outros casos, igualmente contra a Jamaica e versando sobre a mesma matéria, também o foram: o proposto pela *Kaiser Bauxite Company*

e pela *Reynolds Jamaica Mines Limited* e *Reynolds Metals Company*. Em resumo: em 1968, a *Alcoa* celebrou um contrato com a Jamaica, por um prazo de 25 anos, por meio do qual se obrigava a construir uma usina para a refinação de alumínio. Em contrapartida, o contrato a beneficiava com as vantagens de uma cláusula conhecida no mercado como de “*no further taxes*”, quer dizer, nenhum tributo adicional.

b. Posteriormente, em 1974, a Jamaica resolveu alterar os impostos incidentes na exploração e refino da bauxita. Negociações com as empresas de mineração tiveram lugar, mas não foi acertado o montante daquele aumento. Nesse mesmo ano, a Jamaica editou nova legislação fiscal sobre a extração de bauxita (*Bauxite Production Levy Act*). Ficou patente o caráter político dessa medida. No mesmo dia que a nova lei foi editada, ou seja em 8 de junho de 1974, havia se formado um cartel nos moldes da OPEP, a *International Bauxite Association*, que passava a reunir os grandes produtores daquele minério. A Assembléia Geral das Nações Unidas, por sinal, ao regular o exercício da soberania nacional sobre os recursos naturais, teria incentivado a formação desses cartéis, por intermédio da Resolução 3171, de 1973 (parágrafo 7). Contudo, havia recomendação anterior das Nações Unidas (UN Doc. ST/ECA/ 123, 64,1970, *apud* SCHMIDT, 1976, p.90)) de que novas legislações deveriam respeitar o direito adquirido incorporado em contratos anteriores. Os casos foram resolvidos por acordo entre as partes e os laudos aprovando esses acordos, proferidos em fevereiro de 1977, não receberam autorização das partes para serem publicados.

c. Todavia, sabe-se que a exceção de incompetência, levantada pela Jamaica -com base em nota enviada ao CIRDI, pouco antes de publicar a nova lei sobre a tributação da bauxita, excluindo do campo da aplicação da Convenção de Washington os litígios sobre a exploração de recursos minerais- não obteve reconhecimento do tribunal. Os efeitos da nota seriam com relação aos contratos assinados posteriormente a ela e não atingiriam aqueles celebrados em época anterior. Por outro lado, o mesmo tribunal confirmou sua jurisdição, reconhecendo que se tratava de uma discussão de direitos previstos em contratos de Estado, passados entre a Jamaica e cada uma daquelas três empresas (e não uma questão decorrente de uma lei nacional, como defendia a Jamaica) (SCHMIDT, 1976, *passim*).

205. Ora, se essa fosse realmente a fonte da preocupação dos redatores do Tratado da Carta da Energia, ela já estaria coberta pelas disposições do artigo 10¹⁴³; além disso, seria contrária aos dispositivos de tributação não discriminatória do artigo 21. Wälde, certamente o maior comentador do tratado, aponta para o fato de tratar-se de dispositivo destinado a regular o caso particular da Rússia (1995a, p. 54). Nesse país, como demonstrado pela experiência recente, os tributos criados nas diferentes esferas do governo (federal, estadual e municipal), todos recaindo sobre a indústria do petróleo, de forma proposital ou incidental, chegaram a impedir que qualquer ganho fosse auferido pelos investidores estrangeiros.

206. O artigo 14, intitulado “Transferências relativas a investimentos”, contém as disposições sobre câmbio a serem seguidas nas transferências de valores relacionados ao investimento. Não importa o sucesso de um investimento se, ao final do dia, o investidor não puder levar seu ganho para casa (idem, p.56). O artigo 14 tentou cercar, por todos os lados, o risco de câmbio, uma das facetas do risco político. Por meio de manobras do câmbio, um governo pode prejudicar o repatriação dos ganhos de um investimento (e até mesmo de sua final liquidação). Assim, estabeleceu-se que tanto o investidor terá direito de fazer as remessas relacionadas ao investimento –em caráter de ganho, pagamento de contratos, neles incluídos os de empréstimos, liquidação do investimento, indenizações do governo ou devidas por sentença-, como funcionários admitidos como pessoal-chave terão asseguradas as remessas de seus salários e de suas poupanças.

207. Excetuando os casos em que os pagamentos devidos ao investidor forem liquidados por meio de entrega de produtos (*return in kind*), todas as transferências deverão ser feitas de imediato (artigo 14(2)). A taxa de câmbio a ser adotada na conversão será a taxa de mercado praticada no dia da efetiva remessa. Levando em consideração a precariedade dos mercados em alguns dos países da CEI, como já mencionado no parágrafo 201, ressaltou-se que na inexistência de um mercado de câmbio, a taxa a ser utilizada será aquela adotada na entrada de investimento mais próxima ou a taxa mais recentemente utilizada para a conversão da moeda local em Direitos Especiais de Saques, entre as duas aquela que for mais favorável ao investidor (artigo 14 (3)).

¹⁴³ “Each Contracting party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of any Investor of any Contracting Party”.

a. O artigo 14, item 5, prevê a possibilidade de negociação, exclusivamente entre os países integrantes da CEI, que viabilizem as transferências em moeda local, apenas entre eles.

b. A observação é a de que, ao contrário da maioria dos acordos bilaterais de promoção e de proteção do investimento estrangeiro e das próprias Diretivas do Banco Mundial¹⁴⁴, as transferências devem ser imediatas. O tratado não abre exceções nem para os casos clássicos de problemas na balança de pagamentos do Estado anfitrião (Wälde, 1995a, p.56).

208. Caso o investidor seja indenizado por perdas incorridas em virtude de seguro -imaginando-se aqui, principalmente, os seguros por risco político-, ou receba o pagamento em razão de qualquer tipo de garantia da qual seja beneficiário, a quem o pagou caberá o direito de subrogar-se nos direitos originalmente concedidos a ele investidor (artigo 15).

209. O artigo 16 regula os eventuais conflitos entre o regime dos investimentos estabelecido pelo Tratado da Carta da Energia com as disposições de acordos internacionais, anteriores ou posteriores a ele, celebrados entre os Estados Contratantes. Em resumo: nessa hipótese, será aplicada a regra que for mais favorável ao investidor. Por isso, por um lado, as disposições do Tratado de Lisboa serão derogadas por aquelas contidas em acordos assinados em época anteriormente, desde que a regra particular seja mais conveniente ao investidor (item 1); por outro, essas disposições não poderão ser alteradas por disposições de acordo a ser contratado em época posterior a sua entrada em vigor, com exceção dos casos em que a regra particular futura seja mais favorável aos interesses do investidor (item 2).

210. O regime dos investimentos estabelecido pelo setor da energia é complementado pelo artigo 20, que estabelece a obrigação dos Estados contratantes respeitarem critérios de transparência no trato com os investidores e entre eles mesmos. O regime doméstico sobre o investimento estrangeiro, assim como tudo o que lhe for correlato (atos administrativos e decisões judiciais, por exemplo), deve ser franqueado ao conhecimento do público de forma sistemática. O dever de transparência é também estendido às informações acerca das TRIM's referidas no artigo V do Tratado. À época da conclusão do Tratado de Lisboa, em 1994, tal dever de informar já havia sido previsto nas Diretivas do Banco Mundial

¹⁴⁴ Item 8 do Capítulo IV das Diretivas, conforme comentado no Capítulo 2, § 145.

Mundial (Capítulo II, item 6). Também a ele se referiu a ata final de Marraqueche, no Anexo 1A, no Acordo sobre as TRIM's, daquele mesmo ano (artigo 6).

a. Em cumprimento desse dever de informar, o secretariado do Tratado da Energia publicou, sob o título de *Blue Book*, a lista das medidas adotadas pelos Estados-membros em desacordo com os fundamentos do tratado – entre eles o princípio do tratamento nacional, estendido à fase de admissão do investimento. A publicação, cujo formato assemelha-se à lista das exceções anexada ao NAFTA, é periodicamente atualizada¹⁴⁵.

b. Com relação a esse item, é interessante ainda ressaltar que no caso *Metalclad* contra o México, o tribunal entendeu que o dever de transparência está incluído no tratamento justo e equitativo que deve ser obrigatoriamente dispensado ao investidor¹⁴⁶.

211. Saindo da Parte III, relativa ao regime de investimentos, e passando para a Parte V do Tratado, sobre o mecanismo de solução dos litígios, ver-se-á que, em linhas gerais, repete-se o esquema adotado pelo NAFTA¹⁴⁷. Assim, as disputas sobre os investimentos, entre um investidor e um Estado parte, têm tratamento destacado e são reguladas pelas disposições do artigo 26, ao passo que os litígios entre os Estados contratantes são objeto do artigo seguinte (artigo 27). De forma peculiar, o texto estabelece que os eventuais litígios sobre TRIM's, ou sobre as medidas interinas sobre elas, poderão ficar excluídas de submissão à arbitragem (artigo 28).

a. O artigo 26 estabelece que os litígios entre o Investidor e o Estado anfitrião e que versem sobre matéria relacionada a investimento (ou seja, seu tratamento, proteção, indenização ou desapropriação) deverão ser resolvidos inicialmente por meio amigável. Para isso, as partes terão um prazo de três meses (1). Em caso de fracasso do acordo, são abertas três possibilidades ao investidor, a seu exclusivo critério: este último poderá recorrer ou aos tribunais locais do país anfitrião, ou ao meio previsto no contrato que formalizou o investimento, como ainda à arbitragem internacional. Nesta última hipótese, o investidor poderá escolher recorrer a uma arbitragem *ad hoc*, de acordo com as regras da UNCITRAL, ou a uma arbitragem institucionalizada. Em caso de optar por esta última, poderá escolher

¹⁴⁵ Disponível em <http://www.encharter.org>. Acesso em 25 de jan. 2003.

¹⁴⁶ Cf. § 103, b e § 113.

¹⁴⁷ Capítulo 11 do acordo de criação do NAFTA, Parte B.

entre submeter o caso ao CIRDI ou à Câmara de Comércio de Estocolmo. Esse artigo foi considerado um dos pontos mais inovadores do Tratado da Carta da Energia, em virtude da gama de opções abertas ao investidor (WÄLDE, ANDREWS-SPEED, 1996, p.46).

212. Com a afirmação do conceito de que comércio e investimento relacionam-se de forma interdependente, ocorrida na década de 1990 (THORSTENSEN, 2001, p.304), é lógico que o Tratado da Carta de Energia tenha regulado a questão das medidas relacionadas a investimentos com reflexos nas leis do livre mercado. Como visto nos itens 165 e seguintes do Capítulo 2, a Ata Final da Rodada do Uruguai, assinada em Marraqueche, em abril de 1994, dedicou espaço, no Anexo 1, à disciplina das TRIM's. O Tratado da Carta da Energia, de dezembro do mesmo ano, irá seguir orientação semelhante. Entretanto, a diferença é que as poucas exceções previstas ao cumprimento das TRIM's, conforme o Acordo de Marraqueche, são acrescidas de muitas outras no Tratado da Carta da Energia¹⁴⁸. Seu artigo 5 veda que exigências com relação ao conteúdo local sejam impostas, mas ressalva que poderão ser formuladas em caso de elegibilidade para programas de promoção à exportação, ajuda estrangeira, compras governamentais, tarifas preferenciais e programas de cotas (artigo 5, (3)). As TRIM's adotadas pelo setor da energia, na qualidade de obstáculos ao estabelecimento e à manutenção de requisitos de desempenho, foram consideradas ineficientes pelos investidores, submetidos por tradição a uma série de requisitos resultantes dos contratos de concessão, comuns na indústria da energia, do gás e petróleo (por exemplo, o uso de serviços locais ou as exigências de transferência de tecnologia) (ANDREWS-SPEED; WÄLDE, 1996, p.48).

213. Do ponto de vista da estrutura administrativa criada pelo Tratado, indispensável à consecução das medidas por ele adotadas, a atenção recai sobre a criação de um secretariado, com sede em Bruxelas. Além dele, o artigo 36 prevê a realização de conferências semestrais entre os Estados Partes, sendo possível a convocação de reuniões extraordinárias por qualquer uma deles. As decisões, dependendo do caso, serão tomadas por maioria simples ou qualificada. Não foi outorgado a essas conferências o *status* de pessoa de direito internacional público. Não é, portanto, uma organização internacional (BABADJI, 1994, p. 872), faltando-lhe, por exemplo, capacidade deliberativa.

¹⁴⁸ Desde que autorizado, um país considerado em desenvolvimento poderá temporariamente ver-se desobrigado do cumprimento das TRIM's previstas no Acordo de Marraqueche (tratamento nacional e restrição quantitativa), vide itens 171 e 172.

214. Não seria impertinente indagar se a experiência da regulamentação vertical de um setor específico do investimento repetir-se-á no futuro próximo; tampouco se o Tratado da Carta da Energia terá contribuído para o aumento do fluxo dos investimentos no setor energético para o Leste Europeu e para os países que surgiram após a queda do império socialista.

a. Quanto à primeira pergunta, a impressão geral é que a celebração do Tratado de Lisboa foi o resultado de um momento único, que dificilmente voltará a se repetir. Foi um gesto político da Europa desenvolvida para a aproximação de seus vizinhos de Leste, sob uma ameaça da configuração de um eventual vazio institucional e político. Foi também o compromisso dos países ex-comunistas de adoção do modelo capitalista, compromisso esse que serviu de passe para o recebimento dos investimentos necessários para a exploração de seus recursos naturais –para muitos, a única forma de gerar recursos para sua reorganização, enquanto países independentes.

b. É inegável que a assinatura do Tratado da Carta da Energia aumentou a confiança dos países exportadores de capital (com exceção dos Estados Unidos e do Canadá, que retiraram-se das negociações), diminuindo o risco político da região por ele abarcada. Entretanto, os investimentos no campo da energia dependem de outros fatores diversos – geológicos e comerciais, principalmente - e não da simples redução do risco político (ANDREWS-SPEED; WÄLDE, 1996, p.53).

215. O Tratado em si previa continuidade. Ele mesmo era a continuidade da Carta da Energia. Um tratado suplementar, sobre a disciplina do acesso do investimento estrangeiro aos mercados nacionais, deveria segui-lo. Antes que isso acontecesse, o Tratado foi emendado, em 1998, em sua parte relativa ao comércio. Já com relação ao tratado suplementar, noticia-se que um projeto encontra-se em fase final de negociação¹⁴⁹. Uma vez aprovado, ele será a medida mais atualizada do consenso sobre a extensão do tratamento nacional à fase da admissão, a valer para os próximos anos. Em face do insucesso do MAI, o tratado de Lisboa passou a ocupar um papel central na disciplina internacional do investimento, não apenas por traduzir, como nenhum outro documento, o estado da arte quanto à questão, mas também por ser, na opinião de Wälde (1999, p.17), o instrumento multilateral de maior expressão, no momento, sobre comércio e investimento.

¹⁴⁹ <http://www.encharter.org>. Acesso em 25 de janeiro de 2003.

CAPÍTULO 4

O REGIME BILATERAL DOS INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS

216. No capítulo anterior, o regime setorial foi apresentado como a grande novidade trazida pela década de 1990 naquilo que se refere à disciplina internacional do investimento estrangeiro. O presente capítulo será dedicado à análise da quarta e última das tendências seguidas por essa disciplina, nesse período: a bilateralidade no tratamento da matéria.

1. HISTÓRICO

217. A celebração de acordos bilaterais tendo por objeto a promoção e proteção do investimento internacional, contrariando a tendência setorial, objeto do capítulo 3, não é fenômeno novo. Ao contrário, o primeiro desses acordos foi celebrado em 1959, entre a Alemanha e o Paquistão (DOLZER, STEVENS, 1995, p.1)¹⁵⁰. Todavia, chama a atenção o aumento que esses tratados tiveram recentemente em número: mais de 700 acordos foram firmados, no período de 1990 a 2000 (THORSTENSEN, 2001, p.305), perfazendo o número atual aproximado de 2000 acordos (STEVENS, 2002, 2). Atualmente, independentemente do sistema político ou econômico, a maioria dos países do globo é signatária desses instrumentos (JUILLARD, 1995, p.604).

a. A partir de 1979, com o início da abertura gradual da China, esta passou a celebrar acordos desse gênero. Um dos primeiros foi o assinado com a Alemanha, em 1983 (DOLZER; STEVENS, 1995, p.292). Até 1995, havia celebrado 55 deles, tomando-se o líder nessa região (idem, p.5). Até início dos anos 90, alguns importantes importadores de capital latino-americanos (por exemplo, Argentina, Chile e Venezuela), que haviam permanecido refratários com relação a esses acordos —e a explicação seria a sustentação dada por esses

¹⁵⁰ Entre muitos outros, como, por exemplo SALACUSE, 1990, p. 655; Mann, 1982, p.241; HUU-TRU, 1992, p.581, SACERDOTI, 1997, p. 299, contrariando SORNARAJAH, que atribui essa precedência ao acordo de 1960, celebrado ente a mesma Alemanha e Malásia (1986, p.79).

países à doutrina Calvo¹⁵¹ -, em aproximadamente 5 anos, celebraram um total de 56 tratados (idem, ps.286, 291 e 325, respectivamente). Os países do Leste europeu, como a ex-Iugoslávia, Romênia, Hungria e Polônia aderiram à prática desses acordos e, após 1989, foram imediatamente seguidos pelas nações que resultaram da dissolução da URSS.

218. Mais de uma razão contribui para o crescimento assombroso do número desses instrumentos. O ressurgimento de várias nações acima mencionadas é certamente uma delas. Outra, o abandono da retórica terceiro-mundista pelos países em desenvolvimento, tendo em vista, inicialmente, a crise das respectivas dívidas externas que ocorreu ao longo da primeira metade da década de 1980, seguida pela necessidade absoluta de capitais externos para a retomada do crescimento. Nos dois casos, a conclusão de convenções bilaterais de promoção e proteção de investimentos recíprocos teria, segundo as palavras de Patrick Juillard, um “valor demonstrativo” (1992, p.779), pois seria prova da nova determinação desses dois grupos de países no sentido de respeitar o modelo econômico liberal. A terceira das razões seria a substituição de acordos mais antigos –de natureza unilateral e não recíproca, como eram, por exemplo, alguns dos acordos franceses¹⁵²- por outros por instrumentos bilaterais, em conformidade com padrões mais recentes (JUILLARD, 1995, p.606).

219. A matriz distante desse tipo de acordo encontra-se nos Tratados de Amizade, Comércio e Navegação que foram celebrados a partir do final do século XVIII, tornando-se praxe no século XIX¹⁵³. Apesar da palavra investimento não ser neles propriamente mencionada, a proteção dos bens do estrangeiros era sempre objeto de suas provisões. Neles, o uso da cláusula da nação mais favorecida foi consagrado. É certo que, como já apontado na introdução, continham disposições sobre assuntos diversos, como, por exemplo, navegação de águas territoriais e internas, uso dos portos e questões militares (SORNARAJAH, 1995a, p.229 e 230), o que não interfere, todavia, em seu caráter de precursor dos acordos ora em análise.

¹⁵¹ cf. item 17 da Introdução.

¹⁵² alguns acordos de proteção de investimentos eram formalizados, também, por meio de troca de cartas, tendo por objeto obrigações não recíprocas, como o caso daquele celebrado entre a Índia e a Alemanha, em 1964 (DOLZER;STEVENS, 1995, p. 303).

¹⁵³ item 13 e seguintes da Introdução.

220. O texto dos Tratados de Amizade Comércio e Navegação passou por revisões sucessivas. Após a 1ª. Guerra, aqueles celebrados pelos EUA passaram a conter, além das cláusulas de proteção, disposições sobre tratamento nacional dos bens estrangeiros e acesso a mecanismos internacionais de solução de litígios. Só após a 2ª. Guerra Mundial, os Estados Unidos lançaram-se à negociação e assinatura de vários novos instrumentos, baseados em um modelo inteiramente revisto. Nele, disposições específicas já destinavam-se à proteção do investimento norte-americano realizado sob outras soberanias.

221. Os Estados Unidos, em vinte anos -de 1946 a 1966- assinaram aproximadamente 22 acordos bilaterais, viabilizando, desta forma, uma rede para proteger e facilitar os investimentos de seus nacionais no exterior (SALACUSE, 1990, p.656). O espírito desses acordos era no sentido de exigir muitas garantias do país receptor do investimento (DOLZER; STEVENS, 1995, p.4) e, principalmente, obter o livre acesso do capital estrangeiro, seguido do estabelecimento ilimitado do mesmo (SORNARAJAH, 1995a., p.230). O fato levou vários países em desenvolvimento a relutar quanto a sua assinatura: duvidavam dos benefícios efetivos de um investimento irrestrito.

222. Foi no ano de 1959 que ocorreu algo que alterou de modo significativo o rumo histórico do regime internacional do investimento estrangeiro. Por iniciativa da Alemanha, foi assinado o primeiro acordo bilateral sobre o investimento recíproco com o Paquistão. Outros países europeus exportadores de capital seguiram-na, de forma imediata, propondo a celebração de acordos bilaterais com seus parceiros habituais e ex-colônias, entre eles Suíça, França, Inglaterra, Bélgica e Itália. Até o início dos anos 1980, foram celebrados por volta de 150 acordos (SALACUSE, 1990, p.657). Atribui-se o crescimento relativamente rápido da rede européia desses tratados ao fato de que os países desse continente eram mais flexíveis do que os Estados Unidos com relação ao seu conteúdo. Aqueles primeiros admitiam a vinculação do investimento à existência de requisitos de desempenho, cediam quanto às regras de convertibilidade e de remessa e transigiam quanto a certas garantias, em caso de nacionalização (idem).

223. A falta de regras costumeiras claras sobre o investimento estrangeiro (LAVIEC, 1985, p.1; DOLZER; STEVENS,1995, p.8; SACERDOTI,1997, p.290; SALACUSE, 1990, p.655 e 659, entre outros¹⁵⁴) foi a razão que levou os países europeus com

¹⁵⁴ Cf. citados em nota ao item 146, no Capítulo 2 .

excedente de capital a assinar essa centena e meia de acordos bilaterais sobre investimentos, em tão curto espaço de tempo. A ela, somou-se a dificuldade em firmar-se instrumentos multilaterais sobre a matéria, como já visto no capítulo 2.

2. CONTEÚDO

224. Não obstante os números sempre crescentes, o exame das disposições contidas nesses acordos torna-se possível pois são todos muito semelhantes. Foram calcados em um mesmo modelo, sugerido pela OCDE. Coincidentemente, esse modelo nada mais era do que o projeto de Convenção de Proteção de Bens Estrangeiros de 1967¹⁵⁵ que, não tendo logrado sucesso como instrumento multilateral, passou a ser recomendado por aquela instituição à guisa de modelo para os acordos bilaterais de proteção dos investimentos no exterior (DOLZER; STEVENS, 1995, p.2). Suas disposições, imaginadas para serem aplicadas multilateralmente, ganharam efetividade por intermédio de estruturas bilaterais.

225. Em 1980 -depois de uma interrupção de quase 15 anos, pois os últimos acordos celebrados com o Togo e a Tailândia datavam de 1966 -, os Estados Unidos deram notícia da adoção de um novo modelo de acordo. Assinaram o primeiro acordo bilateral sobre investimentos considerando esse novo modelo com o Egito, em 1982 (SACERDOTI, 1998, p.300). Nesse mesmo ano, por seu turno, o Comitê Legal Consultivo para a África e Ásia publicou um modelo, com duas variantes, em caráter de sugestão para países daquelas regiões (DOLZER; STEVENS, 1995, p.5).

226. Desta forma, fica evidente a tendência à padronização das regras do Direito Internacional dos Investimentos, em particular, e do Direito Internacional Econômico, em geral. Fenômeno idêntico ocorreu com os acordos bilaterais sobre bi-tributação¹⁵⁶, celebrados, a partir de 1929, inspirados em modelos pré-existentes. O fenômeno da padronização convencional, na opinião de CARREAU e JUILLARD, seria um instituto característico do Direito Internacional Econômico (1998, p.15).

¹⁵⁵ consultar item 158 do Capítulo 2 sobre o regime multilateral dos investimentos.

¹⁵⁶ DALAMIER, G. L'évolution des conventions internationales sur les doubles impositions (réflexions sur le nouveau modèle de l'OCDE). *JDI*, vol.105, 1978, p.491 a 519 e LIENARD, J.L. Présent et avenir des modèles des conventions de double imposition. *Journal de Droit des Affaires Internationales*, n.1, 1985, p.91 a 101.

227. Antes de passar à análise do conteúdo desses instrumentos, é conveniente dedicar alguma atenção a dois elementos que constam de seus títulos. Normalmente esses acordos referem-se tanto à promoção como à proteção do investimento internacional. Além disso, deixam expresso o caráter de recíproco desses investimentos.

a. Carreau e Juillard chamam a atenção para o fato de que a proteção -com a diminuição dos riscos do país receptor- serviria por si só como promoção do fluxo dos investimentos (1998, p.402). Entretanto, destacar a promoção da proteção dos investimentos, parece ser a tendência dos acordos mais recentes, tanto em nível bilateral como multilateral, como comprovado pela Convenção de Seul, que criou a MIGA¹⁵⁷

b. Por outro lado, critica-se com freqüência a reciprocidade dos direitos e obrigações estabelecida por esses mesmos instrumentos. Há quem afirme que ela seria apenas ficção (CARREAU; JUILLARD, 1998, p.424). De fato, o primeiro deles, como mencionado no início deste capítulo, foi celebrado entre a Alemanha e o Paquistão. Duvida-se -e com razão- da bilateralidade das condições por ele estabelecidas, ao considerar-se a inexistência de fluxos de investimento deste último país em direção àquele primeiro. Apesar da fina ironia de Seidman, que, ao citar Anatole France, lembra que tanto ricos como pobres podem dormir sob as pontes de Paris, a verdade é que a bilateralidade passou a ser a regra nesses instrumentos com o objetivo de preservar o princípio da igualdade soberana dos países (JUILLARD, 1979, p. 313). Houve, no passado, tratados não recíprocos (idem, p.297) que foram revistos para corrigir essa situação.

c. Abrindo-se um parêntese e saltando do plano bilateral para o multilateral, não deixa de ser interessante lembrar que, no início da década de 1990, quando das negociações iniciais do plano de investimentos a serem versados pela Europa Ocidental, Estados Unidos, Canadá e Japão no setor da energia dos países europeus ex-socialistas e naqueles que emergiram da ex-URSS, a reciprocidade foi uma das condições impostas por alguns dos países do Leste europeu (CARREAU; JUILLARD, 1998, p.438). Segundo eles, não se tratava de estabelecer um quadro de cooperação em que os países com recursos investiriam no setor, por exemplo, de petróleo russo, mas sim de prever-se a possibilidade idêntica de que capitais russos fossem aplicados em setores relacionadas à energia daqueles primeiros países (idem).

¹⁵⁷ Vide item I da Introdução.

228. Passando ao conteúdo, a praxe seguida pelos acordos bilaterais em tela é que tenham um preâmbulo introdutório. Nele, o leitor é normalmente remetido ao quadro das relações históricas e político-econômicas entre os países signatários. Embora não contenha cláusulas que criem obrigações, as manifestações e afirmações neles contidas são consideradas em sua eventual interpretação (DOLZER; STEVENS, 1995, p. 20).

229. A parte introdutória é seguida de várias definições que tem por objetivo fixar os principais conceitos necessários à delimitação do campo de aplicação do acordo. De uma forma direta, o texto é ainda descritivo, não criando obrigações para as partes. Entretanto, essas definições são vitais para o estabelecimento das obrigações entre as partes, uma vez que será por meio delas que dar-se-á a qualificação dos investimentos e investidores elegíveis à proteção ofertada pelo acordo.

230. Já se perguntou uma vez: “- Que há em um nome? O que chamamos de rosa, com outro nome, exalaria o mesmo perfume tão agradável.¹⁵⁸” Mais do que um nome, por inexistir um conceito inequívoco do que é investimento, torna-se fundamental sua definição no texto do tratado. Dela irá depender, só como um exemplo, se investimentos de carteira qualificam-se à proteção estabelecida pelo acordo.

231. No tocante ao direito positivo, as Diretivas do Banco Mundial referem-se especificamente ao investimento direto estrangeiro¹⁵⁹, como visto no Capítulo 2. Como igualmente visto, o Capítulo 11 do NAFTA adota uma definição abrangente, assim como o Tratado da Carta da Energia¹⁶⁰. No que concerne à jurisprudência do CIRDI –tribunal ao qual a esmagadora maioria dos litígios decorrentes de acordos sobre a proteção de investimentos é submetida -, a amplidão do termo investimento resulta da interpretação extensiva dada ao artigo 25 da Convenção de Washington. Esse artigo, ao traçar os limites da competência daquele centro, abraçou uma definição aberta. Dessa forma, o CIRDI considera-se competente para julgar todo litígio de ordem jurídica entre um Estado contratante e um nacional de outro Estado contratante, desde que tenham submetido, por escrito, a sua decisão.

a. Aron Broches –o advogado-chefe do Banco Mundial à época da discussão do projeto de convenção - defendia que, na prática, um investimento é reconhecido de imediato

¹⁵⁸ SHAKESPEARE, Romeu e Julieta, 2º. ato.

¹⁵⁹ Cf. item 135.

¹⁶⁰ Cf. itens 98, a) e 190, dos Capítulos 1 e 3, respectivamente.

(*apud* SCHREUER, 1996,p.357). Para o CIRDI, o conceito de investimento passou a abranger não apenas o projeto em si e os recursos iniciais necessários para sua concretização, mas também, por exemplo, os eventuais recursos financeiros levantados –quer localmente, quer fora do país- em caráter suplementar (*Holiday Inns* contra Marrocos) e as despesas incorridas pelos investidores no desenvolvimento do projeto de investimento (*Soabi* contra o Senegal). O centro insiste na unidade geral característica da operação. Por isso, o CIRDI reconheceu sua competência na discussão de questões fiscais, em casos em que o rendimento do investimento viu-se comprometido por alterações nos impostos cobrados pelo governo anfitrião (*Alcoa* contra a Jamaica e *Amco* contra Indonésia).

b. Esse tratamento não tradicional para a definição de investimento levou o CIRDI a considerar-se competente em questões envolvendo um contrato de simples prestação de serviço, como no caso *Atlantic Triton* contra Guiné, e outro de licença técnica, no caso *Colt* contra Coréia.

i) No primeiro, a Guiné celebrou com a *Atlantic Triton* um contrato de prestação de serviço tendo por objeto a supervisão da conversão, equipamento e operação de três navios noruegueses. Por eles, esse país havia pago três milhões de dólares. Concluído os trabalhos, os navios foram entregues e tiveram início as atividades pesqueiras. Não tardou para que fossem constatados os maus resultados. Uma missão da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO) emitiu um relatório admitindo que os navios eram muito grandes, dispendiosos e inadequados para a pesca em águas tropicais. A *Atlantic Triton* propôs refazer os serviços. Entretanto, ressaltou que desta vez iria adaptar as embarcações para a pesca fora das águas territoriais da Guiné, considerando que o contrato de prestação de serviços não vinculava o seu pagamento à produtividade do projeto pesqueiro encetado por aquele país. Configurado o litígio e, em consideração à cláusula de sua submissão ao CIRDI, as partes submeteram-no à arbitragem administrada por aquele centro. Para este último, foi suficiente a vontade das partes em sua eleição. Por isso, reconheceu-se competente, sem duvidar do caráter de investimento contido no contrato de prestação de serviços inicialmente assinado entre as partes litigantes.

ii) O segundo caso originou-se de um contrato de licença técnica para a produção de armas celebrado entre a Coréia do Sul e a *Colt Industries*. Esta última qualificou-se como investidor, em empreendimento que agregaria valor econômico questionável para o

desenvolvimento do país. A importância desse contrato talvez fosse explicada, primeiramente, pela fronteira estratégica, entre as duas Coreias, à época tecnicamente em guerra, desde 1950. Em segundo lugar, à vontade da Coreia do Sul, então um governo arbitrário, de garantir-se no poder, ainda que por intermédio da força e de meios dispendiosos. O caso foi selado por um acordo.

c. Entretanto, toda a flexibilidade na qualificação do que é ou deixa de ser um investimento encontrou recentemente limites. O CIRDI não reconheceu-se competente para julgar uma questão em que o objeto do litígio eram compromissos assumidos ao curso de negociações preliminares, corporificados em documentos pré-contratuais¹⁶¹.

232. A instituição de um registro no país de acolhida foi a solução prática encontrada pela maior parte dos acordos de proteção do investimento internacional para dirimir qualquer dúvida quanto à sua qualificação (MANN, 1982, 143; SORNARAJAH, 1986, p.85). Tem-se, assim, uma definição legal do que é investimento. Neste ponto, os países do Sudeste Asiático vão mais além: é necessário uma aprovação para que o investimento tenha acesso à proteção instituída pelos acordos de proteção (DOLZER; STEVENS, 1995, p.49). Uma definição de conveniência, portanto.

233. Outra definição importante é a de investidor porque nela irão se estabelecer os critérios necessários à atribuição da nacionalidade de uma das partes signatárias a quem versa o investimento e procura abrigo oferecido pela convenção. De hábito, os acordos bilaterais mencionam “pessoas físicas nacionais de um dos Estados contratantes”. Excepcionalmente, exigem que além da nacionalidade, essas pessoas também atestem o domicílio (DOLZER; STEVENS, 1995, p.32). Normalmente ignoram a possibilidade tanto da dupla nacionalidade, como a de mudança de nacionalidade em época posterior à extensão da proteção pelo acordo (idem, p.34), deixando que esses detalhes sejam resolvidos pela aplicação das regras de Direito Internacional¹⁶².

¹⁶¹ Mihaly International Corporation contra o Sri Lanka, sentença de 15 de março de 2002. Disponível em <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>. Acesso em 28 de outubro de 2002. Vide § 193, no Capítulo 3.

¹⁶² De forma subsidiária, a questão de dupla nacionalidade já foi discutida pelo CIRDI, no caso Eudoro Armando Olguín contra o Paraguai (disponível em http://www.worldbank.org/icsid/cases/paraguay_laudo.pdf). Acesso em 28 de out.2002. O autor apresentava dupla nacionalidade: peruano de nascimento, havia adquirido a nacionalidade norte-americana. Isso foi suficiente para que o primeiro árbitro apontado pelo autor, nacional dos Estados Unidos, fosse impugnado pelo Paraguai porque, de acordo com o artigo 39 do Regulamento do CIRDI, a nacionalidade dos árbitros não pode coincidir com a de qualquer das partes do litígio. Todavia, não foram aceitas as alegações do Paraguai, baseadas em legislação interna, de que o autor não teria direito de recurso ao CIRDI,

234. Mais tumultuada é a qualificação das pessoas jurídicas para fins desses acordos. Três critérios básicos são por eles empregados na fixação da nacionalidade das pessoas jurídicas: i) o critério da constituição; ii) o critério da sede social; e iii) o do controle (*idem*, 35).

a. O critério da constituição parece ser o mais tradicional, cujo formalismo nem sempre é adequado para definir-se os reais interesses atualmente. Mais uma vez, é aqui recordada a decisão no caso *Barcelona Traction*, em que a CIJ não reconheceu o *jus standi* da Bélgica na defesa dos interesses de uma companhia constituída no Canadá, ignorando que os acionistas eram de nacionalidade belga, decisão essa hoje inteiramente ultrapassada por decisões posteriores, tanto da CIJ, como do CIRDI¹⁶³.

Os Estados Unidos abraçam o critério da incorporação (*idem*, p.40). Por isso, a regra geral é que empresas incorporadas no território de qualquer uma das partes serão protegidas, ainda que seus controladores sejam de nacionalidade diversa. Em alguns casos, fazem-se ressalvas, como no caso do acordo com Equador, de 1993. Nele, as vantagens previstas podem ser negadas, caso seja provado a) o controle de terceiro país; b) fique evidente que a empresa local, coberta pelo acordo, não exerce suas atividades de modo efetivo dentro do território dos contratantes ou c) que o controle seja exercido em país com o qual qualquer das partes contratantes não mantenha relações comerciais (*ibidem*).

b. O critério da sede social é adotado geralmente pelos acordos celebrados pela Alemanha e pela Suécia. Esta, nos casos em que a sede é fora de seu território, leva em consideração o fato de existir "interesses predominantes do país" a ela relacionados para estender sua proteção (*idem* 37). Outros países, como a Bélgica e o Luxemburgo, combinam os dois critérios: o da incorporação e da sede social¹⁶⁴.

por ser domiciliado nos Estados Unidos. À questão não se aplicavam regras internas do Paraguai (que optam pelo critério do domicílio), mas os critérios do Direito Internacional. O litígio foi submetido ao CIRDI em razão de acordo bilateral sobre investimentos celebrado entre o Paraguai e o Peru; limitações à nacionalidade, se houvessem, aí deveriam ter sido estabelecidos.

¹⁶³ Caso *Barcelona Traction*, vide § 48 da Introdução; *Elektronika Sicula S.p.A* e jurisprudência do CIRDI, § 69, também da Introdução.

¹⁶⁴ O acordo Bélgica-Luxemburgo com a Bulgária, de 1988, define como investidor toda pessoa jurídica constituída de acordo com a lei do Reino da Bélgica ou do Grão Ducado de Luxemburgo e que tenha sede social sobre o território de um desses países" (*apud* DOLZER e STEVENS, 1995, p.38)

c. O controle, além de ser o elemento atualmente adotado pela jurisprudência, é aquele abraçado pelos acordos suíços e pelos acordos mais recentemente celebrados pela Holanda. A Suécia, como acima mencionada, ao estabelecer os interesses predominantes do país, elege, ao lado de existência de laços societário, a maioria -direta ou indireta- das ações ou o controle acionário (*ibidem*).

d. Em caso de dúvidas, se uma empresa qualifica-se como investidor para os efeitos do acordo, alguns deles prevêm o mecanismo de consulta entre os Estados contratantes.

235. Quanto ao campo de aplicação territorial, as disposições desses acordos seguem a regra geral. Por ela, essas convenções têm efeito sobre o território sobre o qual os Estados partes tem jurisdição e exercem sua soberania. Nos casos hoje em dia cada vez mais raros, em que um dos Estados contratantes seja o responsável pelo exercício da soberania em nome de outrem, reza a praxe que essa relação deva ser explicitada e, deste modo, deixar-se clara a aplicação do acordo a essa extensão de território (DOLZER e STEVENS, 1995, p.43). Isso ocorreu com a Inglaterra, no acordo assinado com o Sri Lanka, em 1980, como complementado por uma troca de notas, que esclarecia que o acordo seria aplicável a Hong Kong -então protetorado inglês-, englobando as empresas aí constituídas. Curiosamente, decorreu desse acordo a primeira sentença proferida pelo CIRDI em caso a ele submetido em conseqüências de uma cláusula inserida em acordo bilateral sobre investimento (e não propriamente em contrato entre as partes): AAPL, empresa constituída em Hong Kong, do Sri Lanka contra o Sri Lanka.¹⁶⁵

a. A definição de território engloba, por si só, o espaço aéreo, o mar territorial e da plataforma continental sujeitos à soberania dos Estados contratantes. Mas, em alguns casos, esse fato é expressamente reafirmado, como demonstrado pelo acordo entre Noruega (com grandes reservas marítimas de petróleo e importante indústria de pesca) e Lituânia, de 1992. Esses dois países, ambos costeiros, estabeleceram que “o termo território significará o território do Reino da Noruega e aquele da República da Lituânia incluindo o mar territorial e a plataforma continental sobre a qual cada um dos estados exercer, em conformidade com o Direito Internacional, direitos soberanos para fins de exploração e exploração de recursos naturais aí contidos”.

¹⁶⁵ cf. item 103 do Capítulo 1, subitem b, ii).

236. Quanto aos critérios de aplicação no tempo, a maior preocupação é se o acordo é aplicável a investimentos já realizados ou unicamente àqueles realizados após sua entrada em vigor. É usual estender-se a proteção do acordo aos investimentos já existentes e realizados em conformidade com a lei em vigor do país receptor.

237. Seguem-se as disposições sobre a admissão do investimento nos Estados partes do acordo. É universalmente aceito que o Estado é soberano para estabelecer as normas de admissão do investimento estrangeiro em seu território. A prática dos acordos bilaterais de proteção ao investimento estrangeiro reconhece esse fato (DOLZER; STEVENS, 1995, p.50). A grande luta dos países exportadores de capital, nos anos 1990, foi exatamente pela queda das barreiras à entrada do investimento ou, em outras palavras, pela flexibilização das regras de acesso aos mercados. A insistência nesse ponto pode ser apontada como uma das causas que influenciaram o fracasso do MAI, objeto da análise no capítulo 2 e a saída dos Estados Unidos das negociações do Tratado da Carta da Energia, analisado no capítulo 3.

238. Apesar da orientação contida nas Diretivas sobre o investimento direto estrangeiro do Banco Mundial, no sentido dos países receptores facilitarem cada vez mais o acesso do capital estrangeiro em seus territórios,¹⁶⁶ a prática demonstra, com pouquíssimas exceções, a pequena vontade política daqueles países em fazê-lo. Uma das provas cabais dessa afirmação é o cruzamento feito entre a própria definição de investimento e o critério de admissão no Estado anfitrião, tão comum nos acordos bilaterais sobre investimento (DOLZER; STEVENS, 1995, p. 51). Os países que recebem o investimento podem manter fechados certos setores de sua economia, listando expressamente os setores reservados ao controle local.

239. No que toca à proteção do investimento, os acordos em geral estabelecem suas regras norteados pelos seguintes princípios: do tratamento nacional (ou princípio da não discriminação), da cláusula da nação mais favorecida, da proteção e segurança completas e tratamento justo e equitativo. Sobre cada um deles já se discorreu no capítulo 1, itens 100 a 103, inclusive.

240. Outro conjunto de regras considerado central nos acordos bilaterais sobre investimento é aquele que tem por objeto a proteção contra os impedimentos ligados a transferências de recursos do país receptor do investimento para o país do investidor. Como

¹⁶⁶ cf. item 145 do Capítulo 2

lembrado por Dolzer e Stevens (1995, p. 85), faz parte da soberania dos Estados legislar sobre a moeda, dentro do espaço de seu território. Por outro lado, atualmente são reconhecidos certos limites para essa soberania, como demonstra o estatuto do FMI, o mais importante instrumento multilateral sobre questões monetárias. Por isso, com o objetivo de restringir o conhecido como risco de câmbio, ou de conversão, esses acordos bilaterais costumam limitar o exercício do poder do Estado anfitrião em dispor sobre as remessas em moeda estrangeira relacionadas ao investimento a serem efetuadas. De modo prático, o investidor quer a certeza da volta daquilo que foi investido, na mesma moeda que foi utilizada, acrescido dos ganhos correlatos.

241. Considerando que o direito do Estado receptor de nacionalizar, desapropriar ou expropriar é hoje inquestionável, a maioria dos acordos bilaterais procuram estabelecer as condições em que esse evento pode ocorrer e, o mais importante, em que condições a indenização devida pelo Estado deve ser paga.

a. Com relação ao primeiro aspecto, a maioria esmagadora dos acordos traça como limites à ação do Estado a existência de objetivo público para a medida e a inexistência de caráter discriminatório. Alguns exigem a medida seja fruto de processo judicial em que todos os direitos de defesa tenham sido respeitados (como no caso do acordo entre a Noruega e Lituânia de 1992), outros não admitem que resulte de descumprimento de algum contrato ou obrigação específica (como os acordos mais antigos assinados pelos Estados Unidos)(DOLZER e STEVENS, 1995, p.106 e 107).

b. Quanto ao segundo, o padrão adotado pela maioria dos acordos sobre investimento é o da indenização pronta adequada e efetiva, dando endosso à conhecida como fórmula Hull¹⁶⁷. Com algumas variações, os acordos repetem, com mais ou menos detalhes, os critérios a serem seguidos no cálculo da indenização dentro dos três parâmetros assim estabelecidos, como consolidados pelas Diretrizes sobre o investimento direto estrangeiro do Banco Mundial. Após a apuração do valor da indenização, pela aplicação das obrigações assumidas pelo Estado anfitrião quanto à livre transferência de fundos para o investidor, este último receberá seu pagamento.

¹⁶⁷ item 21 da Introdução.

242. Vários desses acordos -e exemplos são dados pelos acordos celebrados pela França (JULLARD,1975, p. 293)- contêm disposições sobre a subrogação do Estado da nacionalidade do investidor nos direitos deste último, contra o Estado anfitrião. Isso porque em muitos países com excesso de capital há programas governamentais de seguro e garantia de sua exportação. Além deles, a partir de 1988, com a criação da MIGA, esse mecanismo de garantia passou a ser oferecido por uma instituição internacional. Assim, em caso de perda de seu investimento, no todo ou em parte -ou dos ganhos a ele relacionados-, desde que essa perda seja fruto de medidas unilaterais tomadas pelo país de acolhida (entre elas nacionalização ou medidas contra a livre transferência de recursos) o investidor é indenizado pelo seu governo -ou pela MIGA, conforme o caso. Um desses últimos, conseqüentemente, passa a ser o novo credor face àquele Estado anfitrião. Chama a atenção a ausência dessa cláusula nos acordos nos quais os Estados Unidos são parte, o que é explicado pelo fato da assinatura de mais de 150 acordos de garantia em paralelo entre países e a *Overseas Private Investment Corporation* (OPIC), agência de direito interno norte-americana que emite garantias a operações comerciais e de investimento (DOLZER e STEVENS, 1995, p. 157).

243. Para a solução dos litígios a ele relativos, os acordos iniciais previam, como regra geral, a criação de um tribunal arbitral *ad hoc*. Após 1966, com a entrada em vigor da Convenção de Washington, que criou o CIRDI, uma nova opção foi aberta aos Estados, qual a seja, a da submissão de seus futuros conflitos relacionados a investimentos à jurisdição de uma instituição de caráter especializado. O primeiro acordo a conter uma cláusula arbitral fazendo referência ao CIRDI foi aquele assinado entre os Países Baixos e a Indonésia, no mesmo ano da entrada em vigor da aludida convenção.

a. A opção pelo CIRDI , em termos gerais, comporta variações de caráter específico. A primeira delas diz respeito à opção pelo serviços oferecidos pelo Mecanismo Complementar (*Adittional Facilities*)¹⁶⁸, que permite a submissão ao CIRDI de litígios em que apenas uma das partes seja parte da Convenção que lhe deu origem. A segunda se refere à adoção de protocolos complementares, assinados por países que ainda não acederam à Convenção de Washington, por intermédio dos quais as partes comprometem-se a rever a cláusula de solução dos litígios contida no acordo bilateral, tão logo ocorra a mencionada acessão, como exemplificado pelo acordo bilateral celebrado ente a China e a Suécia, em 1982

¹⁶⁸ Já mencionado no §112 do Capítulo I

(DOLZER; STEVENS, 1995, p.138). A terceira trata-se da eliminação do aludido protocolo para, diretamente no corpo do acordo, comprometerem-se as partes a sujeitar os litígios à decisão de uma arbitragem *ad hoc* e ao CIRDI, tão logo ambas tomem-se parte daquela convenção (acordos mais recentes celebrados pela Suíça, conforme DOLZER; STEVENS, 1995, p.139).

244. Os Estados que não optam pelo CIRDI –na verdade, uma minoria- em seus acordos elegem uma arbitragem a ser organizada segunda as regras da UNCITRAL (ou CNUDCI). E um número nada significativo, cuja escolha não recai sobre o CIRDI nem sobre a UNCITRAL, elege a arbitragem da CCI, de Paris.

245. A rede de acordos sobre investimentos internacionais, hoje incrivelmente extensa, foi sendo tecida, durante as décadas iniciais de 1960 e 1970, por meio da celebração de instrumentos entre países distribuídos em torno do eixo Norte-Sul. Todavia, com o passar do tempo, por volta dos anos 1980¹⁶⁹, uma segunda rede passou a ser tecida entre países fora do círculo tradicional dos exportadores de capital e outros países em desenvolvimento. Há quem imaginasse aí traços de uma cooperação Sul-Sul, o que, entretanto, não ficou comprovado. Tratou-se, isso sim, de uma reorientação dos fluxos do investimento direto, das tradicionais fontes de recursos para pontos no globo que passaram a exercer certa hegemonia regional, que assim passaram a ser novas plataformas de capital (como ilustra o caso de Cingapura, que serviu temporariamente como porta de acesso à China e de outros países do Sudeste Asiático)(SORNARAJAH, 1995b.112).

246. Apesar da disseminação incomum desses acordos, notadamente após meados da década de 1980, a opinião generalizada é a de que não contribuíram para o aumento do fluxo dos investimentos (SACERDOTI, 1998, p.281, entre outros). Ou seja, o fato de um certo país ser signatário de um acordo desse gênero não o torna mais elegível à atenção do investidor. O exemplo cabal disso é o Brasil. Não obstante o fato de terem sido assinados, a partir de 1994, catorze desses acordos (HOUGAZ; GONÇALVES, 2002, p.3)¹⁷⁰, noticiou-se

¹⁶⁹ Como ilustrado pelo acordo celebrado entre Cingapura e Indonésia, daquele ano, seguido pelo acordo daquele primeiro e a China, de 1985, sem mencionar os acordos assinados pela Coréia com a Malásia, de 1988 e China e Malásia do mesmo ano (acordos listados em DOLZER e STEVENS, 1995, p.286 em diante).

¹⁷⁰ São eles o acordo sobre promoção e proteção recíproca de investimentos celebrado com a Alemanha, em 21 de setembro de 1995, com a Bélgica, em 6 de janeiro de 1999, com o Chile, em 22 de março de 1994; com a Coréia do Sul, em 11 de setembro de 1994; com Cuba, em 26 de junho de 1997; com a Dinamarca, em 4 de maio de 1995; com a Finlândia, em 28 de março de 1995; com a França, em 20 de março de 1995; com a Holanda, em 25

que, no final de dezembro de 2002, por ordem da Presidência da República, foram os mesmos retirados do Congresso Nacional, onde aguardavam a ratificação¹⁷¹. A inexistência desses acordos -ou sua existência apenas em caráter virtual, já que lhes carecia a ratificação-, para todos os efeitos, não fez com que o país deixasse de ser um dos maiores destinatários do investimento estrangeiro na segunda metade da década de 1990. E o Brasil não é um caso isolado: outros, que no passado foram refratários a celebração desses instrumentos – entre eles, -Argélia, Argentina, Índia e México¹⁷² – foram grandes receptores de investimentos (SACERDOTI, 1998, p.291).

247. Embora tenham contribuído pouco para o incremento dos fluxos de investimento internacional, seu destaque no contexto do Direito Internacional Econômico deve muito mais àquilo que afirmam –quer dizer, às suas disposições – do que àquilo que objetivamente visam – a proteção e a promoção dos investimentos. O caráter dedutivo desses instrumentos prevaleceu sobre o aspecto indutivo dos mesmos (JULLARD, 1987, p.45). A verdade é que esses instrumentos foram determinantes para a fixação e homogeneização de princípios (da proteção e segurança completas, por exemplo) e conceitos (a indenização pronta, adequada e efetiva).

3. BILATERALIDADE E UNIVERSALIDADE DOS PRINCÍPIOS DO REGIME BILATERAL DOS INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS.

248. Assim, chega-se ao ponto alto da discussão sobre o regime bilateral dos investimento: levando-se em conta a extensão desse regime, a adesão da esmagadora maioria dos países de todos os quadrantes do globo e a homogeneidade de seu conteúdo, a pergunta é

de novembro de 1998, com a Inglaterra, em 19 de julho de 1994; com a Itália, em 3 de abril de 1995; Portugal, em 9 de fevereiro de 1994, Suíça, em 11 de novembro de 1994 e com a Venezuela , em 4 de julho de 1995. Assinado e ratificado pelo Brasil encontra-se tão somente o Acordo sobre garantia de investimentos, de 6 de janeiro de 1965, ratificado e promulgado pelo Decreto 57.943, de 10 de março de 1966.

¹⁷¹ Valor Econômico de 10 de dez.2002, p. A-3, fato confirmado pelo mesmo veículo, em 21 de jan. de 2003, p. A-3.

¹⁷² A Argélia passou a ser signatária desses acordos a partir de 1991, tendo celebrado apenas dois deles: com a Bélgica-Luxemburgo e com a Itália. Os 26 acordos dos quais s Argentina é parte foram assinados após 1990. A Índia assinou apenas 2: com a Alemanha, em 1964, na forma de troca de cartas e com a Inglaterra, em 1994. Não consta que o México tenha assinado algum (DOLZER e STEVENS, 1995, lista anexada às páginas 267 e seguintes)

se conformariam um direito costumeiro. Ou ainda, por essas mesma condições, se espelhariam princípios gerais aplicáveis a todo o investimento estrangeiro.

a. Aqueles que argumentam que não, a exemplo de Somarajah, fazem recurso às lições do Direito Internacional. Inicialmente, sublinham que acordos bilaterais, como *lex specialis*, só vinculam as partes expressamente neles envolvidas, não tendo autoridade para derogar disposições da *lex generalis* (1995 a., p.276). Acrescentam a afirmação de que esses acordos não geram normas costumeiras porque aqueles que seguem suas disposições, ao fazê-lo não têm a consciência de estar seguindo uma regra de lei (*ibidem*). Como é sabido, o artigo 38 do Estatuto da CIJ, letra b, ao dispor que será aplicado “o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito”, estabelece, de forma oblíqua, dois requisitos para sua formação: um objetivo, a repetição, atendido pela prática generalizada; e o subjetivo, que é a convicção de tratar-se de obrigação jurídica, conhecido como a *opinio juris*.

b. Por outro lado, os que defendem a universalização dos princípios e conceitos contidos nos acordos bilaterais, como Mann¹⁷³, baseiam-se no grande número de acordos celebrados e na convergência de suas disposições. Esse autor, em primeiro lugar, despreza a ressalva contida na sentença da CIJ, de 1969, sobre a plataforma continental do Mar do Norte, caso do qual participaram a República Federal da Alemanha, Dinamarca e Holanda porque nele tratava-se da discussão em torno dos efeitos de um único acordo bilateral. Em segundo, aponta para o fato de que inúmeros Estados, por meio da celebração de acordos bilaterais sobre investimentos, reviram suas posições e passaram a aceitar padrões e conceitos que contestavam na véspera. Dessa forma, as concepções abraçadas pelo regime internacional sobre investimentos tradicional passou por um processo de amplificação nunca antes assistido.

c. Dentro dessa dicotomia sim e não, a forma mais criativa para responder a essa questão parece ser aquela dada por Andrew Gusman, em artigo intitulado, de forma sugestiva, como “Why LDC’s sign treaties that hurt them...¹⁷⁴” O autor sustenta que os países importadores de capital assinam esses acordos por motivos econômicos, para ganhar vantagens na competição pelo capital estrangeiro. Nesse momento ignoram os aspectos legais, ou seja, passam ao largo da *opinio juris*, necessária à formação do costume (p.688).

¹⁷³ e isso constou de artigo publicado em 1982, quando o número de acordos estava longe dos quase 2000 instrumentos atualmente celebrados.

¹⁷⁴ Por que países menos desenvolvidos assinam tratados que os prejudicam?...

249. É possível uma abordagem diferente. É incontestável que o Direito Internacional Econômico, não obstante o fato de partilhar algumas delas com o Direito Internacional, tem suas fontes específicas (NGUYEN QUOC, DAILLIER e PELLET, 1994, p.974; CARREAU e JUILLARD, 1998, P. 11). Ora, isso facilita a aceitação de que, em se tratando dessa disciplina, pela aceitação global dos conceitos e princípios referidos nos acordos sobre investimentos, seus efeitos transcenderam os limites da bilateralidade e atingem a esfera da multilateralidade. Isso por duas razões: a primeira delas, porque passam a refletir princípios gerais aplicáveis ao Direito Internacional Econômico. A segunda, totalmente de ordem prática: a especificidade do Direito Internacional Econômico daria precedência à autoridade de fato, em detrimento da força de direito. (JUILLARD, 1998, p. 15).

250. O único argumento contrário a esse raciocínio fica por conta da manutenção do caráter bilateral nos acordos sobre dupla tributação. Estes representam uma realidade importante do Direito Internacional Econômico e apresentam alguns pontos em comum com os acordos sobre investimentos. São redigidos a partir de padrões pré-aprovados e foram celebrados em grande número nas últimas décadas. Entretanto, nunca se imaginou estender seus efeitos para além das partes celebrantes, ficando claríssima a natureza bilateral desses instrumentos.

251. O conjunto de disposições concernentes à proteção do investimento estrangeiro, que constitui o núcleo dos acordos bilaterais, da forma em que neles foi estabelecido, passou a ser, sem dúvida, a medida para os textos de outros instrumentos. Regionalmente, o capítulo 11 do NAFTA, por exemplo, reproduz as disposições desse conjunto, aprofundando-as em muitos pontos. Setorialmente, o mesmo ocorre com o Tratado da Carta da Energia, único exemplo do gênero. Os efeitos desse conjunto de normas sobre a proteção foram amplificados, multilateralmente, pelas Diretivas editadas pelo Banco Mundial. Além disso, do ponto de vista do direito interno, muitas legislações domésticas internalizaram essas mesmas regras, a partir dos últimos anos da década de 1980. Parece exíguo o espaço deixado para dúvidas sobre a generalização desses princípios.

CONCLUSÃO

252. Os fundamentos do regime dos investimentos internacionais da década de 1990 foram estabelecidas na década anterior, ou seja, nos anos 1980. Estes, considerados de um modo geral como um período de indefinição do fluxo dos investimentos internacionais, serviram de pano de fundo para a formulação, ou reformulação, em alguns casos, do novo estatuto internacional aplicável à matéria. Trata-se, portanto, de uma continuidade e não de uma ruptura.

a. Com efeito, na década de 1980, por meio de tribunais internacionais, principalmente do CIRDI e do Tribunal Irã-Estados Unidos, foram retomados os conceitos da época anterior à 2^a. Guerra Mundial, como, por exemplo, a indenização pronta, adequada e efetiva apregoada pela fórmula *Hull*.

b. Em 1985, a Convenção de Seul, que instituiu a MIGA, significou uma mudança de peso no rumo do regime internacional dos investimentos. Com sua entrada em vigor, em 1988, não apenas ficou evidenciada a possibilidade de aprovação de um instrumento convencional multilateral que regulasse uma das facetas desse regime – fato inédito até então –, mas também ficaram enfraquecidas as acaloradas discussões acerca do pagamento da indenização pelo Estado anfitrião: mediante o pagamento de uma comissão, disponibilizou-se ao investidor estrangeiro um sistema internacional de garantia dando cobertura às perdas resultantes dos atos unilaterais tomados pelo Estado de acolhida.

253. Portanto, a partir de 1990, com a transformação da bipolaridade da Guerra Fria em multipolaridade do mundo global, as regras internacionais sobre o investimento firmaram a orientação segundo a qual haviam sido geradas à sombra da década anterior. Essa orientação, ratificada pelo espírito neoliberal que dominou o cenário internacional desde então, permeou tanto as resoluções de organizações internacionais afetas à matéria como, em nível convencional, os tratados de âmbito regional, bilateral e setorial.

a. Em 1992, a publicação das Diretivas sobre o investimento direto internacional, aprovadas pelo Comitê para o Desenvolvimento – órgão integrado por representantes do Banco Mundial e do FMI-, evidencia a vitória da visão dos países exportadores de capital sobre a matéria.

b. A multipolaridade trouxe contraditoriamente a tendência à regionalização. Os instrumentos de integração econômica regional passaram a reproduzir, nessa escala, a

orientação da política global sobre investimentos. O marco exemplar desse fenômeno é o capítulo 11 do NAFTA, que acolheu, embora com exceções, o princípio do tratamento nacional aplicável à admissão do investimento no país anfitrião.

c. A regionalização das disposições sobre investimentos não impediu o crescimento inaudito de acordos bilaterais sobre o assunto. O conteúdo destes últimos, muito homogêneo, por advirem de modelos de convenção aprovados pela OCDE e pelos Estados Unidos, passou a servir de base para a elaboração de outros instrumentos, tais como as Diretrizes do Banco Mundial e o capítulo 11 do NAFTA. Assim, ficou patente a existência de um círculo regulatório abrangente, que se auto alimenta: os acordos bilaterais não apenas dispõem sobre os investimentos –ou seja, traçam as definições e os conceitos a ele aplicáveis-, mas também passam a servir de ponto de partida para a elaboração de outros instrumentos multilaterais e regionais com campo de aplicação mais extenso. Os dois últimos, por sua vez, são invocados na redação de acordos bilaterais mais recentes.

d. Do ponto de vista setorial, pela primeira vez em sua evolução, o regime internacional dos investimentos passou a ser dirigido à uma área de produção específica. Deste modo, foi instituído um regime setorial a ser aplicado ao setor da energia, que de resto irá seguir os moldes ditados pelos regimes bilaterais e regionais.

254. A tendência neoliberal seguida internacionalmente passou a se refletir nas legislações nacionais, notadamente a dos países ex-socialistas, em processo de criação ou revisão, a partir de 1990. O fato sinalizou o movimento de internacionalização dos regimes domésticos dos investimentos, amplificando, desta forma, o círculo regulatório acima mencionado.

255. A jurisprudência sobre investimentos floresceu, na década de 1990, privilegiando a competência do CIRDI na solução dos litígios na área, em detrimento da arbitragem *ad hoc*, tão comum na década de 1970, e da submissão à CIJ. De 1972, quando nele deu entrada seu primeiro caso (*Holyday Inns* contra o Marrocos) até outubro de 2002, foram registrados 104 processos. Dentre eles, 60 a partir de 1995.

a. Entre os novos casos registrados, impressionam os 45 litígios em que a eleição do CIRDI foi realizada por cláusula genérica inserida quer em acordo bilateral, quer em tratado regional, ao invés de cláusula específica acordada entre as partes. Por tradição, a arbitragem define-se como o meio extra-jurisdicional e contratual que as partes elegem para a

solução de litígios. O contencioso sobre investimentos, atualmente, está rompendo essa tradição, em vista do crescimento do aumento do número de casos em que a opção política dos Estados em cujos territórios as relações de investimentos se concretizam – opção essa expressa em tratados internacionais – passa a substituir a escolha individual das partes – escolha refletida em cláusula de contrato. Uma arbitragem de segunda geração estaria, assim, sendo confirmada, com características distintas daquelas que caracterizaram a arbitragem clássica. Essa nova arbitragem, por exemplo, estaria em franco processo de publicização, tanto pela repercussão em interesses públicos da solução dos litígios a ela submetidos, como pelo rompimento da confidencialidade, uma das características básicas da arbitragem tradicional. É permitido imaginar uma cisão futura no corpo geral da arbitragem internacional, com a separação do contencioso comercial, de um lado, e do contencioso sobre investimentos, de outro.

256. Acompanhando esse movimento dos direitos positivo internacional e nacional e da jurisprudência internacional, a ruptura doutrinária introduzida pelas teses dos países menos desenvolvidos, importadores de capital, nas décadas de 1960 e 1970, foi superada pelo entendimento conservador que passou a ganhar corpo, nos anos 1980, e produziu frutos, a partir de 1990. Exemplos dessa afirmação são fornecidos pela comparação do conteúdo das edições de duas obras da bibliografia básica para o estudo do Direito Internacional, em geral, e do Direito Internacional Econômico, em particular. Tratam-se do **Droit International Public** (NGUYEN QUOC; DAILLIER; PELLET, 1994) e **Droit International Économique** (CARREAU, JUILLARD, 1998).

a. Na quinta edição (1994) da primeira delas, o Título 2 da Parte III, sob a designação de “Direito das Relações Econômicas Internacionais”¹⁷⁵, foi reformulado. Suprimiu-se todo o Capítulo 2, que constava na segunda edição¹⁷⁶, intitulado “As relações econômicas Norte-Sul e desenvolvimento”. Assim, o novo Título 2 passou a ser constituído de três capítulos: “Características gerais”, “Direito das relações monetárias e financeiras” e “Regulamentação da circulação internacional e de bens e serviços”, respectivamente.

b. Por sua vez, os autores de **Droit International Economique**, em prefácio da quarta edição, afirmam que o conteúdo da obra não é mais o mesmo, se comparado com as

¹⁷⁵ NGUYEN QUOC; DAILLIER; PELLET, 1994, p. 961.

¹⁷⁶ **Droit International Public**, Paris, LGDJ., 1980, p. 745.

edições anteriores. Guardou-se apenas o título porque a matéria tratada é muito diferente, uma vez que “a nova ordem internacional, preconizada, sem sucesso, pelos países em desenvolvimento no curso da década de 1970 parece bem longe”(contracapa).

257. Somando à novidade representada pelo regime setorial da matéria, incorporado no Tratado da Carta da Energia, os anos 1990 trouxeram uma outra, que certamente terá maior repercussão futuramente: o cruzamento do regime dos investimentos com as regras aplicáveis ao comércio internacional. A inovação é apenas aparente, porque o investimento, na qualidade de novo tema, havia sido inserido nas agendas de discussão da Rodada do Uruguai, em 1986. Mas foi em 1994, com a aprovação do Acordo de Marraqueche e das TRIM's, que essa interdependência entre as regras de comércio e aquelas acerca do investimento formalizou-se, no âmbito da então nascente OMC.

258. O fato denota, além desse novo elo, a troca no foro de discussão e normatização do regime internacional sobre os investimentos. Se, durante o período de 1950 a 1970, a primazia foi dada à Assembleia Geral da ONU –órgão democrático daquela organização-, coadjuvada pela UNCTAD, a partir de meados de 1980, o eixo deslocou-se para o Banco Mundial e FMI. Contrariamente aos critérios de votação adotados por aquela assembleia, nestas duas últimas organizações, como é sabido, o voto é proporcional à participação no capital social. A UNCTAD, por sua vez, a partir de 1980, gradativamente teve reduzido seu papel na determinação do regime internacional dos investimentos, sobrando-lhe uma atividade subsidiária de apuração e interpretação de seus números e fluxos. A partir de 1995, a OMC, por intermédio das TRIM's, passou a ser uma autoridade extra no estabelecimento de parte expressiva do regime internacional do investimento estrangeiro.

259. Dessa forma, apagou-se a interseção entre o conjunto de regras reunidas sob o rótulo de Direito Internacional do Desenvolvimento e aquele formado pelo direito internacional dos investimentos. Salvo a indicação de que seria possível uma abordagem teórica diferente de questões muito antigas, nada restou da NOEI, dos Acordos de Lomé e do Código Andino sobre Investimento. Doravante, a preocupação nuclear passou a ser a proteção do investimento, não mais a dos interesses do país receptor, como evidenciado pela codificação das Diretrizes sobre o investimento direto internacional. As regras internacionais sobre o investimento ficaram mais técnicas, como já apontado pelo Professor Celso Lafer¹⁷⁷,

¹⁷⁷ Prefácio a MOISÉS, 1998, XI.

permanecendo contidas dentro das fronteiras do Direito Internacional Econômico. Por seu turno, o direito ao desenvolvimento foi destacado desse regime e transferido para o contexto dos Direitos Humanos, compreendido no Direito Internacional.

260. Tanto este último como o Direito Econômico Internacional mostraram-se cada vez menos lacunares e cada vez mais codificados. Entretanto, a codificação do Direito Internacional Econômico não significa sua simplificação. Aparentemente, o estabelecimento de um corpo de normas escritas liquidaria as incertezas causadas por um direito não escrito e costumeiro (ainda que parem dúvidas quanto a existência de regras costumeiras no Direito Internacional Econômico). No que toca particularmente o estatuto internacional do investimento estrangeiro – capítulo de destaque dessa matéria-, o direito convencional, que se tornou abundante, a partir de 1990, em grande parte foi resultado de negociações multilaterais. Essas negociações ocorreram dentro de molduras regionais, como no caso do NAFTA, e em grau mais aberto, a exemplo do Tratado da Carta da Energia e da OMC. Na busca do acordo final, múltiplas concessões foram feitas e saídas de compromisso adotadas, o que deixou cicatrizes na redação dos textos finais: a leitura é difícil, as disposições nem sempre claras e formuladas em linguagem para iniciados. Esses documentos, frutos de negociações políticas, terão que ser submetidos a uma leitura jurídica, em caso de eventual litígio. Nesse momento, apenas o texto convencional será insuficiente. De pouco adiantará o fato de o Direito Internacional Econômico ter se transformado em sistema pouco lacunar. A interpretação irá certamente lançar mão de princípios.

261. O foco das discussões a respeito do estatuto internacional do investimento internacional nos anos 1990 foi dirigido às regras sobre a livre admissão do investimento, com a extensão do princípio do tratamento nacional e da cláusula da nação mais favorecida à sua fase de entrada. Nesse período, os países tradicionalmente receptores de investimento mantiveram-se reticentes com relação a essa abertura indiscriminada, em sua maioria; por outro lado, não se obteve consenso sobre a livre admissão entre os países desenvolvidos, como demonstrado pelo fracasso das negociações do MAI, no âmbito da OCDE, em 1998.

262. Se um consenso não foi alcançado com relação à admissão irrestrita do capital estrangeiro, os anos 1990 marcaram a consolidação de vários entendimentos, standards ou princípios, sobre o tratamento do investimento internacional, conforme evidenciado pela convenções - bilaterais e regionais -, jurisprudência e doutrina do período.

a. Em primeiro lugar, o Estado anfitrião se obriga a dispensar tratamento nacional e não discriminatório ao investidor estrangeiro, a quem confere, igualmente, todos os benefícios decorrentes da aplicação da cláusula da nação mais favorecida. São asseguradas ao investidor estrangeiro a segurança e garantia completas.

b. Em segundo, confirmou-se a aceitação do direito a nacionalizar por parte do Estado receptor, desde que exercido no interesse público, sem caráter discriminatório e mediante o pagamento de indenização pronta, adequada e efetiva. Passaram a ser igualados a nacionalizações (“*acts tantamount to expropriation*”, nos termos utilizados no acordo do NAFTA), os atos assumidos pelo Estado anfitrião cujo efeito tenha impacto negativo na posse, administração ou ganhos do investimento, revestindo o tema de atualidade. À guisa de exemplo, as conseqüências no investimento estrangeiro, de medidas de ordem tributária ou ambiental, passaram a ser igualadas a efeitos de uma desapropriação (ou nacionalização). No cálculo das indenizações, o critério a ser observado passou a ser aquele da indenização integral, cuja apuração deverá ser efetuada mediante cada caso concreto. Conforme o caso, poderá acarretar o pagamento de danos e lucro cessantes, o que é uma mudança expressiva, se comparado com o entendimento abraçado pelo regime pré-moderno e moderno dos investimentos: desde o caso da Usina de Chorsow¹⁷⁸, o pagamento cumulativo de danos e lucros cessantes era devido apenas em caso de atos ilegais cometidos pelo Estado .

c. Como regra geral, passou-se a garantir o acesso direto do investidor a tribunais internacionais, nos quais será julgado de acordo com o direito nacional pertinente, as convenções aplicáveis e o Direito Internacional; em caso de conflito entre a regra interna e o Direito Internacional, este último prevalece. Além disso, de acordo com a CIJ e com o CIRDI, desde que não concomitantes, o fato de ter havido um julgamento nacional não impede a ação junto a um tribunal internacional. Desta maneira, o Direito Internacional Econômico passou ao largo do grande debate acerca da concessão do *status* de sujeito de Direito Internacional às pessoas de direito interno. O acesso direto dos investidores à justiça internacional, garantido pela Convenção de Washington de 1965 e como demonstrado pelo abundante contencioso do CIRDI, não deixa dúvidas de que a doutrina restritiva expressa na sentença do caso dos

¹⁷⁸ Cf. item 25 da Introdução.

empréstimos sérvios foi definitivamente ultrapassada¹⁷⁹, ao menos no que concerne o Direito Internacional Econômico.

d. A noção de investimento internacional tornou-se mais elástica, se comparada àquela adotada no passado. Se, em épocas anteriores, a existência tanto da contribuição para o desenvolvimento econômico do país receptor como do risco do investidor eram dados a serem considerados, atualmente ambos critérios tiveram sua importância diluída. À exceção das Diretivas do Banco Mundial, que se dirigem especialmente ao investimento direto, cada vez mais ignora-se a distinção entre este último e o investimentos de carteira. Naquilo que diz respeito a sua internacionalidade, as empresas locais, desde que ligadas ao investimento, são consideradas como simples veículos do investidor internacional, e como tal são tratadas. Em outras palavras, têm seu caráter internacional reconhecido.

e. O entendimento da CIJ, expresso na sentença *Barcelona Traction*, há trinta anos, no sentido de que a um país não cabe proteger os direitos de acionistas que sejam seus nacionais, foi reformulado no caso *Elsi*, entre os Estados Unidos e a Itália. Na sentença que encerrou o processo, essa corte entendeu caber *jus standi* ao primeiro ao representar o interesses de acionistas seus nacionais. Em idêntico sentido, posicionou-se a jurisprudência do CIRDI, que foi, inclusive, mais além. Com efeito, sentenciou ser irrelevante o fato de a empresa investidora ser incorporada em país não signatário da Convenção de Washington, desde que os acionistas investidores forem provenientes de países signatários (caso *Soabi* contra Senegal).

263. As perspectivas para o futuro próximo não parecem indicar mudanças com relação ao tratamento adotado na década anterior. Tudo joga em favor de um aprofundamento do regime atual, dando continuidade à ordem estabelecida nos anos 1980.

a. O restabelecimento efetivo do elo de junção entre investimentos e o desenvolvimento e a cooperação parece estar distante, como comprovou a experiência da Conferência de Monterey, convocada pelo ECOSOC e co-patrocinada pelo Banco Mundial, FMI e OMC, em março de 2002. Em princípio apresentada como a retomada das grandes negociações multilaterais sobre cooperação e desenvolvimento -interrompidas em Cancun, em

¹⁷⁹ na sentença, proferida pela CPJI, em 1929, afirmou-se que o Direito Internacional era aplicável apenas nas relações entre Estados e que as outras relações eram necessariamente regidas por um direito nacional.

1981¹⁸⁰, - teve resultados práticos pálidos e até mesmos duvidosos. Ao invés de atender, por exemplo, os pedidos de investimentos em projetos de infra-estrutura, os países ricos e as entidades co-patrocinadoras posicionaram-se a favor da ajuda monitorizada aos países menos favorecidos. De acordo com o “Consenso de Monterrey”, a concessão de recursos ficaria condicionada à observância de regras de boa governança pelos países receptores¹⁸¹. Além de representar uma interferência nas políticas internas do país de destino –interferência essa que pode ser entendida como um retrocesso aos tempos coloniais-, a idéia de ajuda é diferente e redutora do conceito de investimento.

b. A ação dos países ricos com relação às TRIM's nos quadros da OMC dá evidentes sinais de estar longe de favorecer a política dos países em crescimento. A adoção das TRIM's, como previsto por essa organização, inibe a implementação das políticas industriais por parte dos países em desenvolvimento. O recente pedido formulado pelo Brasil e pela Índia de revisão das TRIM's, após ter sido rejeitado pelos Estados Unidos, União Européia, Japão, Canadá, México e Coréia do Sul, foi quase arquivado. Por ora, gestões brasileiras conseguiram que continuassem em curso as consultas às demais delegações¹⁸².

264. Longe de uma ruptura, o regime internacional do investimento estrangeiro que se projeta para os próximos anos tende a seguir um processo de continuidade. Diante do contexto histórico que foi traçado na introdução deste trabalho, ficou clara a dificuldade da obtenção de uma visão compartilhada entre países exportadores e importadores de capital sobre o assunto. Essa dificuldade não foi equacionada pela grande contestação dos anos 1960 e 1970, que simbolizou o embate da dialética ruptura *versus* continuidade. O regime internacional do investimento estrangeiro é o resultado de um processo histórico. Seria superestimá-lo, conceder-lhe o condão de transformar a realidade.

¹⁸⁰ RICÚPERO, Rubens. Que nos baste o sonho. Folha de São Paulo, 24 de março de 2002, p.B2.

¹⁸¹ Brasil critica visão “caritativa” das instituições mundiais. O Estado de São Paulo, 24 de março de 2002, p.B-4; KUPFER, José Paulo. A timidez do novo “consenso”, Gazeta Mercantil, 20 de março de 2002, p. A-3.

¹⁸² Gazeta Mercantil, 15 de out.2002, ps. A-1 e A-4 e de 26 e 27 de outubro de 2002, os. A-1 e A-4.

PARTE II

CAPÍTULO 5

O REGIME REGIONAL DOS INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS DO MERCOSUL

1. INTRODUÇÃO – OS PROTOCOLOS DE COLÔNIA E DE BUENOS AIRES DE 1994

265. O Mercosul, criado pelo Tratado de Assunção de 26 de abril de 1991, não havia sido ainda institucionalizado. Tampouco havia recebido personalidade jurídica, o que só veio ocorrer no final de 1994, com a celebração do Protocolo de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994 (entrado em vigor em 15 de dezembro do ano seguinte). Mas, desde 1992, no âmbito do Subgrupo IV¹⁸³ do Grupo Mercado Comum (GMC), foi criada a Comissão técnica para a promoção e proteção de investimentos, que elaborou o Protocolo de Colônia para a promoção e proteção recíproca de investimentos no Mercosul. Partiu da Argentina a idéia da elaboração de um documento nos moldes desse protocolo; nesse sentido, recebeu apoio do Uruguai e do Paraguai¹⁸⁴. Esse protocolo, aprovado pela Decisão 11/93 do Conselho de Mercado Comum (CMC), foi entregue à assinatura em 17 de janeiro de 1994.

266. Em seguida ao Protocolo de Colônia, foi assinado, em 5 de agosto de 1994, o Protocolo de Buenos Aires sobre a promoção e proteção dos investimentos provenientes de Estados não partes do Mercosul¹⁸⁵. Se o primeiro tinha por objetivo a criação de um regime aplicável ao investimento estrangeiro dentro dos limites do Mercosul, o segundo tinha como alvo a criação de um regime aplicável ao investimento provenientes do lado externo da organização.

¹⁸³ Um dos dez subgrupos previstos no Anexo V do Tratado de Assunção, voltado às políticas fiscais e monetária relacionadas com o comércio. Posteriormente ao Protocolo de Ouro Preto, em 1995 esse subgrupo foi renomeado para "Assuntos Financeiros".

¹⁸⁴ Ministério das Relações Exteriores, Boletim de Integração Latino-americano, vol.4, 1992, p.31, *apud* BARRETO, 1999, p.111.

¹⁸⁵ Texto aprovado pela Decisão 11/94 do Conselho do Mercado Comum.

267. Ambos subordinam sua entrada em vigor à ratificação dos quatro países signatários (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai). Não há registro de que algum deles o tenha ratificado. Trata-se, portanto, de um documento que não se encontra em vigor. Considerando o diminuto fluxo de investimentos entre os membros do Mercosul, sua assinatura, quem sabe, não tenha passado de um gesto político desses Estados.

268. Como já mencionado na Parte I, a partir de meados dos anos 1980, a celebração de acordos internacionais sobre investimento, principalmente de alcance bilateral, passou a significar a adesão dos signatários aos preceitos da economia liberal e de mercado (JULLARD, 1992, p.779). As disposições do Protocolo de Colônia, com pouquíssimas variações, repetem o conteúdo desses acordos (VIEIRA, 1999, ps. 395 e 418). Esse protocolo poderia ser interpretado, por isso, como um sinal de que os países do Cone Sul ratificavam aqueles preceitos.

269. Apesar de fortes receptores de investimentos internacionais, os países da região eram alvos de críticas por serem não apenas tradicionalmente avessos à celebração de acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos e reticentes quanto à adesão à Convenção de Washington, que criou o CIRDI, mas também, com exceção do Brasil (MAGALHÃES, 1998, p.882), historicamente a favor da doutrina Calvo. Esta, em resumo, submetia os investimentos internacionais aos tribunais e leis do país de acolhida (o que contrariava a tendência dominante, a partir da década de 1980, de submetê-lo ao direito e tribunais internacionais).

a. A Argentina celebrou, entre 1991 e 1995, 26 acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos internacionais, vários deles ratificados e em vigor (DOLZER; STEVENS, 1995, p. 286). Não consta que antes de 1991 tenha assinado algum deles. O Brasil, a partir de 1994, teria assinado 14 desses acordos (HOUGAZ; GONÇALVEZ, 2002, p.3)¹⁸⁶. Por seu turno, o Uruguai, a partir de 1991, celebrou 11 acordos, alguns ratificados e em vigor, e o Paraguai, que havia assinado dois únicos instrumentos, um com a França e outro com a Inglaterra, em 1978 e 1981, respectivamente, a partir de 1992, assinou mais quatro deles.

b. Com relação ao reconhecimento da jurisdição do CIRDI, com exceção do Brasil, os outros três membros do Mercosul aderiram à Convenção de Washington. Com

¹⁸⁶ entretanto, em final de dezembro de 2002, voltou atrás na ratificação desses instrumentos. Para a lista dos acordos bilaterais assinados pelo Brasil, consultar o § 246, no Capítulo 4.

exceção do Paraguai, cuja adesão efetivou-se em 1983, os outros dois aderiram à jurisdição do CIRDI, na década de 90¹⁸⁷.

270. Por outro lado, em 1992, quando tiveram início os trabalhos que deram origem ao Protocolo de Colônia, estavam avançadas as discussões do NAFTA que, como visto na Parte I, contemplava seu longo capítulo 11 à temática dos investimentos. Assim, os membros do Mercosul, além de estarem adotando um símbolo, poderiam estar tentando replicar, em escala sul-americana, o que ocorria na América do Norte: criar, em escala regional, um regime para o investimento internacional, com o objetivo de dinamizar a sua entrada. Lembre-se que os anos 1990 inauguraram um novo ciclo para as economias da região – notadamente no Brasil e na Argentina. Os processos de abertura da econômica e de privatização promoveram um aumento mais do que expressivo do fluxo do capital estrangeiro para aqueles dois países.

271. O estudo desses dois Protocolos resume-se, portanto, à análise de dois instrumentos – ou, nas palavras de Vieira, dois projetos de instrumentos normativos (1999, p.392) cujo início de preparação remonta há dez anos e cuja vigência encontra-se pendente há quase nove.

2. O PROTOCOLO DE COLÔNIA PARA A PROMOÇÃO E A PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTO NO MERCOSUL

272. Em seu título, o Protocolo de Colônia¹⁸⁸ faz menção ao caráter recíproco dos investimentos por ele abrangidos. Assim, as considerações sobre a reciprocidade dos fluxos das inversões, já formuladas no Capítulo 4¹⁸⁹, são aqui rerepresentadas: apesar das assimetrias dos eventuais investimentos entre Brasil e Paraguai, por exemplo, e vice-versa, o que se objetiva é formalmente preservar a igualdade soberana dos Estados envolvidos.

¹⁸⁷ O Paraguai assinou a Convenção de Washington em 27 de julho de 1981 e tornou-se efetivamente um Estado contratante (o que depende do depósito do instrumento de ratificação) em 6 de fevereiro de 1983. A Argentina assinou em 21 de maio de 1991 e efetivou-se como membro em 18 de novembro de 1994. O Uruguai em 28 de maio de 1992, tornado efetivo em 8 de julho de 2000 (datas disponíveis em www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-cn.htm). Acesso em 28 de outubro de 2002.

¹⁸⁸ Publicado no Boletim de Integração Econômica Latino-Americana, editado pelo Ministério de Relações Exteriores, n.12, p. 217 a 211.

¹⁸⁹ § 227 (“b” e “c”).

273. Seguindo o título, surge o preâmbulo de praxe. Com relação ao valor dos preâmbulos, chama-se à lembrança as afirmações feitas com relação aos acordos bilaterais¹⁹⁰. O preâmbulo situa o documento no contexto das relações político-econômicas e institucionais que lhe deram origem, assim como o objetivo a que se destina. No caso, a finalidade é intensificar a cooperação econômica com o fito de acelerar o processo de integração; o meio para tanto é a promoção e a proteção dos investimentos entre os membros do Mercosul, como estímulo à iniciativa individual. Inference-se o caráter da iniciativa privada, no emprego dos termos “iniciativa individual”.

274. O Protocolo é constituído por 12 artigos e um anexo. É extremamente simples, como o acordo original de promoção e proteção dos investimentos da ASEAN, datado de 1987, antes de seus seguidos aditamentos, contrastando com a extensão e complexidade do capítulo 11 do NAFTA¹⁹¹.

275. O Capítulo 1 enumera as quatro definições adotadas pelo documento. A definição de investimento é ampla, seguindo a orientação dominante na década de 1990. Nela incluem-se os bens móveis e imóveis, corpóreos e incorpóreos, ações e participações acionárias, títulos de créditos, direitos creditórios e concessões. Não é feita nenhuma menção a diferenças de tratamento entre investimento direto e o de carteira. Há duas ressalvas importantes: em primeiro lugar, o investimento necessita ter sido feito de acordo com as normas do Estado receptor; em segundo, os empréstimos só serão elegíveis quando diretamente vinculados a investimento específico.

a. Com relação a investidor, objeto da segunda definição, no que tange as pessoas físicas, o protocolo privilegia os critérios de residência e domicílio do investidor. Comete, entretanto, um deslize terminológico, ao referir-se a “cidadão de uma das Parte Contratantes”. Como é notoriamente sabido, cidadão inclui o exercício dos direitos políticos do indivíduo, basicamente o de votar e ser votado. Um nacional de uma das Partes Contratantes pode ter seus direitos políticos suspenso temporariamente e não por isso deixar de ser residente e domiciliado em seu território. Infelizmente, não é a única vez que o termo cidadão é empregado de forma equivocada. Como apontado por Christiana Costa e Silva de Castro

¹⁹⁰ Capítulo 4, § 228.

¹⁹¹ Vide Capítulo 1.

Helou, em **Proteção, tratamento e garantia dos investimentos internacionais contra os riscos políticos: aspectos de direito internacional**¹⁹², na tradução da Convenção de Seul, instrumento de criação da MIGA, o termo cidadão é usado com a mesma imprecisão.

b. De forma complementar, o Protocolo exige o movimento efetivo de entrada dos recursos investidos, o que pode ser depreendido do texto da segunda parte dessa segunda definição¹⁹³.

c. Naquilo que se refere às pessoas jurídicas, o Protocolo de Colônia adotou critérios cumulativos: o da constituição, ou incorporação, e o da sede social. A pessoa jurídica necessita ser não apenas constituída no território da Parte Contratante, mas também nele ter sua sede. Isso evitaria que empresas brasileiras, por exemplo, apenas veículos de grupos multinacionais, passassem a canalizar os investimentos no território dos outros Estados Partes para que esses usufruissem da proteção do Protocolo. Com relação à questão do controle, o Protocolo dispõe que o mesmo se aplica apenas às pessoas jurídicas cujo controle seja efetivamente exercido por pessoas físicas ou jurídicas definidas como investidor, para fins desse tratado (quer dizer, pessoas físicas domiciliadas ou residentes nas Partes Contratantes ou pessoas jurídicas constituídas e com sede social nas Partes Contratantes). Mais uma vez, confirma-se o fato de que a sentença exarada no caso *Barcelona Traction*¹⁹⁴, em 1972, encontra-se ultrapassada e que o Direito Internacional atual reconhece os direitos dos acionistas e sobre eles estende sua proteção.

d. A terceira definição é a de ganho, que engloba todos os valores produzidos por um investimento, como, por exemplo, proventos, rendas, dividendos, royalties e juros, mas não a eles restrita.

e. A quarta e última das definições refere-se ao território coberto pelo Protocolo, qual seja, o território das Partes Contratantes, aí incluídos o mar territorial e todo local em que as Partes Contratantes possam exercer as respectivas soberanias.

¹⁹² 1997. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

¹⁹³ “2. O termo “investidor” designa: a) ...As disposições deste Protocolo não se aplicarão às inversões realizadas por pessoas físicas que forem cidadãos de uma das Partes Contratantes no território de outra Parte Contratante, se tais pessoas, na data do investimento, residirem de forma permanente ou se domiciliarem nessa última Parte Contratante, a menos que se prove que os recursos referidos a essas inversões provêm do exterior;”

¹⁹⁴ cf. § 48 da Introdução.

276. O artigo 2 trata da promoção e admissão dos investimentos na área compreendida pelo Mercosul. Na fase de admissão dos investimentos (item 1), a exemplo do acordo do NAFTA e consoante aos *standards* consolidados nas Diretivas sobre o tratamento do investimento direto estrangeiro do Banco Mundial, de 1992, assegura-se o tratamento nacional ao investidor estrangeiro, permitindo-se, todavia, a manutenção de setores fechados ao investimento estrangeiro. Deste modo, o Protocolo de Colônia não aderiu ao princípio da abertura ilimitada dos mercados. No anexo ao Protocolo, as partes listaram os setores que permaneceriam, em caráter transitório, fechados ao capital estrangeiro. Pouco depois de sua assinatura, esse anexo ficou em alguns pontos ultrapassado, em razão das seguidas mudanças efetuadas pelos países membros, no sentido de abrir suas economias.

a. Após a admissão, os países contratantes comprometem-se a outorgar todas as autorizações necessárias para a implementação do investimento, nelas incluído o livre acesso do pessoal necessário (item 2). Na verdade, essas disposições reportam-se ao tratamento do investimento e não à fase de admissão. Por isso, deveriam estar no artigo seguinte. Prosseguindo, nota-se o caráter pouco preciso dos termos pessoal necessário ao desenvolvimento do investimento. Serão o empregados de qual escalão, exatamente? Alto escalão, de nível gerencial, técnico ou, de modo bem amplo, pessoal envolvido no desenvolvimento e manutenção do projeto? Certamente, o Protocolo de Colônia poderia ter sido mais detalhado nesse ponto¹⁹⁵.

277. O artigo 3 trata do tratamento a ser destinado pelos Estados contratantes aos investimentos provenientes de seus parceiros de Mercosul. Refere-se expressamente ao conceito de tratamento justo e equitativo (item 1), aos princípios da plena proteção legal (item 2), do tratamento nacional e do tratamento da nação mais favorecida (também item 2), cada um deles objeto de análise no Capítulo 1 deste trabalho¹⁹⁶.

a. Fica expressamente ressalvado que o tratamento da nação mais favorecida não alcança o tratamento fiscal acordado entre as partes nem entre elas e terceiros. Semelhante ressalva é feita no acordo da ASEAN (artigo 5).

¹⁹⁵ Consultar o § 199, no Capítulo 3, com as considerações sobre essa questão no Tratado da Carta da Energia.

¹⁹⁶ § 103, b, tratamento justo e equitativo; § 100, tratamento nacional e § 101, tratamento da nação mais favorecida.

b. Complementando as disposições sobre o tratamento, o Protocolo faz menção, no item 4, à proibição de medidas sobre investimentos que afetem o livre fluxo do comércio, as conhecidas TRIM's, no contexto da OMC. Ficam vedados tanto o condicionamento da entrada de investimentos a obrigações de exportar como a obrigação de adquirir-se bens ou serviços locais. Assim dispondo, o Protocolo segue os princípios consolidados nas Diretivas do Banco Mundial, acima citadas. No anexo 1 do Protocolo de Colônia, Argentina e Brasil excepcionam seus regimes automotivos dessa restrição.

278. O próximo artigo, o de número 4, tem por objeto dispor sobre as eventuais desapropriações e a correspondente compensação. No âmbito coberto pelo Protocolo, as Partes Contratantes estão autorizadas a desapropriar¹⁹⁷, ou tomar medidas cujos efeitos se equiparem a uma desapropriação, unicamente i) por razão de utilidade pública, ii) em bases não discriminatórias, iii) de acordo com o devido processo legal e “acompanhadas de disposições para o pagamento de uma compensação prévia, adequada e efetiva”(parte final do item 1). Duas observações importantes cabem ser feitas aqui.

279. A primeira delas seria sobre alegação de que o fantasma das nacionalizações teria sido exorcizado pelas políticas liberais e de privatização. Com efeito, três nacionalizações ocorreram de 1984 a 1992 (GUZMAN, 1998, p.645), o que poderia justificar à primeira vista a afirmação de que “a antiga discussão sobre a nacionalização, expropriação e indenização perdeu atualidade, em face da nova realidade” (MAGALHÃES, 1998, p.880). Todavia, a menção no texto a outra medida que tenha o mesmo efeito que uma nacionalização dá outra dimensão ao problema, conferindo-lhe atualidade, como comprovado pelos 60 litígios registrados por investidores contra os Estados anfitriões no CIRDI, só depois de 1995.

a. No presente, normas sobre tributos, meio ambiente ou proteção do patrimônio cultural podem ter efeitos desastrosos sobre o investimento, igualáveis facilmente aos de uma nacionalização. Basta citar os casos *Kaiser Bauxite Company* e outros contra a Jamaica, *Metalclad* contra o México, *Cia Santa Helena* contra Costa Rica e *SPP* contra Egito¹⁹⁸.

b. Por outro lado, os contratos de concessão são ainda uma realidade importante; grande parte dos casos julgados pelo CIRDI tiveram origem nesse tipo de contrato. Pelo

¹⁹⁷ sobre o emprego dos termos desapropriação, nacionalização, expropriação e outros consultar o § 37 da Introdução.

¹⁹⁸ § 204, Capítulo 3, e §§ 119 e 113 do Capítulo 1.

menos quatro dos casos apresentados contra a Argentina originaram-se de concessões (*Vivendi, Lanco, Houston e Empresa Nacional de Eletricidad S.A.*).

c. As nacionalizações, dentro daquele espírito de auto-determinação dos povos, de final dos anos 1940 a 1960 pode ter terminado; da mesma forma, as grandes nacionalizações da indústria do petróleo dos anos 1970 estão distantes, sem mencionar que as nacionalizações ideológicas, advindas da Revolução Russa de 1917, diluíram-se no tempo. Mas o risco de que atos cometidos pelo Estado anfitrião venham significar perdas para seu investimento continua a assombrar o investidor. Não fosse por isso, não haveria razão, por exemplo, para o Banco Mundial instituir a MIGA, em 1985. Em 1950, durante o encontro do Instituto de Direito Internacional, em Bath, o Professor La Pradelle definiu a nacionalização como “objeto de esperança para alguns e de medo, para outros” (*apud BOULANGER, 1975, p.6*). Passado meio século, sob a lente da ideologia liberal e privatista, aquela esperança pode ter sido relativizada; mas, o receio permanece.

280. A segunda observação refere-se às disposições sobre a compensação, em caso de nacionalização (ou de medida cujos efeitos se equiparem a ela). Pode-se entender que o texto, ao afirmar que “as medidas de compensação serão **acompanhadas de disposições para o pagamento de uma compensação prévia, adequada e efetiva**” (grifos nossos), esteja dispensando que o pagamento ao investidor seja concomitante à perda do investimento. A questão divide-se em duas partes. Uma delas diz respeito à adoção da fórmula *Hull* pelas partes signatárias do Protocolo de Colônia. A outra refere-se à reticência empregada na formulação da frase, que emprega os termos “acompanhadas de disposições para o pagamento”, menos incisivos dos que os usados pela praxe.

a. As Diretivas do Banco Mundial referem-se ao poder do Estado de desapropriar um investimento privado estrangeiro em seu território “against the payment of appropriate compensation” (ou seja, contra o pagamento da compensação apropriada, artigo IV, item 1, sendo que no item posterior elas definem a compensação apropriada como sendo a compensação prévia, adequada e efetiva).

b. Dentre os modelos de acordo bilateral, o norte-americano estabelece que a nacionalização será “upon the payment of prompt, adequate and effective compensation” (DOLZER, STEVENS, 1995, p.244), enquanto o modelo alemão adota os termos “against compensation” (*idem*, p.190). Em âmbito regional, o acordo do NAFTA, artigo 1110, I, (d),

dispõe que a nacionalização será apenas feita “on payment of compensation in accordance with paragraph 2 through 6”.

c. O Brasil, nos acordos bilaterais que assinou, no período entre 1994 e 1999, e cuja ratificação foi posteriormente suspensa¹⁹⁹, adotou uma linguagem mais direta nesse ponto, se comparada com o texto do Protocolo de Colônia. No acordo com a Inglaterra e Irlanda do Norte, de 19 de julho de 1994, contratou que a desapropriação seria feita mediante indenização imediata, adequada e efetiva. Naqueles com a Finlândia, datado de 25 de março, com a Dinamarca, de 4 de maio e com a Coréia, de 1º de setembro, todos de 1995, repetiu a mesma disposição.

281. Todos os tratados e modelos de convenções citados colocam claramente que a desapropriação deverá ocorrer **contra ou mediante** o pagamento da indenização. Cabe observar que o Tratado da Carta da Energia, de dezembro de 1994²⁰⁰, ao fugir desses termos, é direto ao estabelecer que a desapropriação deverá ser “acompanhada pelo pagamento da compensação pronta, adequada e efetiva”²⁰¹ e não “acompanhado de disposições para o pagamento...”, como no caso do Protocolo.

282. O instrumento assinado em Colônia abre espaço para dúvidas com relação ao pagamento ser concomitante à medida tomada pelo governo: pelo texto, esta última será apenas acompanhada das disposições sobre o pagamento, insinuando que o mesmo ocorrerá no futuro. Essa interpretação encontra eco na posição defendida por José Carlos de Magalhães (1998, p.883), que sustenta que o pagamento de qualquer indenização no Brasil, depende da observância das regras constitucionais, nelas incluídas a avaliação prévia em procedimento com participação do expropriado, observância do princípio do contraditório, além de uma série de outros parâmetros por ele elencados. Dentre eles, talvez o mais complicado: o pagamento da indenização, de acordo com o artigo 110 da Constituição de 1988, estará sujeito à apresentação, na ordem cronológica, de precatório e será feita à conta dos créditos respectivos, vedada a designação de casos ou de favorecidos nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais para esse fim. O mesmo autor conclui que “não obstante o regime jurídico assegure

¹⁹⁹ Cf. § 246 do Capítulo 4.

²⁰⁰ Vide Capítulo 3.

²⁰¹ Artigo 13, (1), (d)

a indenização prévia nas desapropriações, a dinâmica das administrações públicas municipais, estaduais e federal, com o beneplácito – ou conivência – do Judiciário, torna-se muitas vezes abusivas” (1998, p. 884).

283. Diante dessa argumentação, é possível prever duas posições com relação à questão do pagamento de indenizações a investidores estrangeiros, no Brasil. Uma que dará prevalência às normas de direito interno e outra em que a visão do Direito Internacional dominará. E esse debate - que se resume em saber se no Brasil, por um lado, de acordo com a legislação interna, o pagamento da indenização é posterior ao da efetiva desapropriação (ou da medida cujos efeitos se equiparam a ela) ou se, por outro, seguindo os *standards* do Direito Internacional Econômico, seu pagamento deve ser imediato, transcende os quadros do Protocolo de Colônia e do regime internacional dos investimentos no Mercosul. Sua importância será indubitavelmente maior, nas negociações, e eventual aplicação, do acordo da ALCA²⁰².

284. O que poder ser trazido à pauta é o caráter conservador da visão dos tribunais brasileiros das relações entre Direito Internacional e o Direito interno brasileiro. O tratado, uma vez ratificado, tem a mesma hierarquia de lei no Brasil. Em princípio, a aceitação do pagamento da indenização pronta, adequada e efetiva, afastando-se da norma constitucional dos precatórios, não surtiria efeitos no Brasil, já que seria inconstitucional. Por outro lado, sujeitar um investidor estrangeiro à espera de décadas para receber o seu pagamento, quem sabe estipulado por meio de uma sentença arbitral, seria contra os princípios atuais do Direito Internacional Econômico.

285. O Brasil pode não ter precedentes de nacionalizações sem pagamento de indenização apurada em processo judicial regular (MAGALHÃES, 1998, p.881), mas tem antecedentes de medidas unilaterais tomadas pelo governo, sem a contrapartida de pagamento. As indenizações tiveram lugar muito depois e foram apuradas e acertadas por intermédio de acordos políticos negociados entre os governos interessados.

286. Os casos litigiosos internacionais mais recente, aparentemente pouco comentados e dos quais se obteve registro são os seguintes: i) a nacionalização das ferrovias São Paulo-Rio Grande e Vitória-Minas Gerais, por Getúlio Vargas em 1940, durante a IIª. Guerra Mundial, com a suspensão dos pagamentos de juros aos investidores que haviam

²⁰² Consultar o Capítulo 6.

financiado os projetos, por meio da compra de títulos emitidos no mercado europeu, no começo do século; ii) a nacionalização da Companhia *Fort of Pará*, também por Getúlio Vargas, e a suspensão dos pagamento debêntures emitidas para seu financiamento, detidas por uma empresa norte-americana, incorporada em Delaware (Estados Unidos), cujos acionistas eram franceses; a nacionalização, em 1959, pelo então governador do Rio Grande do Sul, Leonel Brizola, da concessionária Companhia de Energia Elétrica Rio-Grandense, subsidiária da *American & Foreign Power* (Amfor) e iv) a nacionalização da Companhia Telefônica Nacional, subsidiária da ITT, pelo mesmo governador, em 1962, um mês antes da visita oficial do presidente Jango Goulart ao presidente norte-americano, John Kennedy. Em todos esses casos houve pagamento posterior aos investidores, baseados em acordos celebrados pelo Brasil com a França e Estados Unidos, respectivamente²⁰³.

a. É interessante recordar que a encampação da ITT —empregando o termo que então se utilizava— motivou dois instrumentos importantes. O primeiro, uma lei norte-americana, conhecida como Emenda *Hickenlooper*, graças ao nome do senador que a propôs, Bourke Hickenlooper, que vedava qualquer espécie de auxílio a governos que tivessem confiscado empresas norte-americanas sem a adequada indenização (CAMPOS, 1994, 471). O segundo, foi o Acordo sobre garantia de investimentos, celebrado entre os Estados Unidos e o Brasil, em 6 de fevereiro de 1965, ratificado pelo Congresso Nacional e promulgado pelo Decreto 57.943 de 10 de março de 1966²⁰⁴, o único instrumento do gênero, ou assemelhado, em vigor no país, levando-se em consideração que a ratificação dos diversos acordos bilaterais assinados durante os últimos anos encontram-se pendentes.

b. Esse acordo é mais um marco político na chamada correção de rumos encetada pelo governo militar que se apoderou do poder, em 1964. Ficou na categoria de manifestação política entre as duas nações, levando-se em conta que não garante, de forma imediata, todos os investimentos norte-americanos no Brasil e vice-versa, mas apenas e tão somente aqueles cuja implantação tenha sido objeto de acerto particular entre os dois governos, com a emissão

²⁰³ Todos eles relatados em CAMPOS, 1994, ps. 471 a 473; 585 a 593. Há referência do cancelamento das concessões de lavra de minério de ferro da empresa norte-americana *Hanna Corporation* (ABREU, 1990, p. 202; CAMPOS, 1994, P. 594 e seguintes), sem, todavia, haver menção a caracterização formal do litígio e pagamento de uma indenização.

²⁰⁴ *Diário Oficial da União* de 16 de março de 1966; *Lex Federal*, 1966, os. 342 a 344.

de garantias específicas por eles emitidas (não se mencionam suas agências, o que permitiria entender-se o Eximbank ou a OPIC)²⁰⁵. A necessidade dessa aprovação nos quadros desse acordo também é confirmada por Fernando de Mello Barreto, que afirma que “seu objetivo foi o de criar sistema de garantia de investimento para projetos ou atividade aprovados para esse fim”(1999, p. 47). Não há evidências de que houve, na realidade, a emissão de qualquer uma dessas garantias. Com exceção da submissão de possíveis controvérsias à arbitragem, seu conteúdo é totalmente diferente dos acordos de promoção e proteção dos investimentos atuais (ibidem).

287. Além desses litígios, há o conhecido caso Lage, onde apenas o valor da indenização – e não a nacionalização em si -, em época posterior, foi discutido em juízo, por meio de arbitragem (MAGALHÃES, 1998, p.885). A Organização Lage, que reunia empresas de navegação e estaleiros, além de ser titular da concessão para a exploração de portos, teve seu patrimônio incorporado aos bens da União, com base na declaração de estado de guerra (Decreto 10.358 de 31 de agosto de 1942)²⁰⁶. Além dos argumentos sobre a defesa nacional, alegou-se à época o fato da viúva -o *mezzo soprano* de fama internacional Gabriela Besanzoni Lage - ser de nacionalidade italiana.

288. Retomando a análise do artigo 4 e passando para seu segundo parágrafo, ver-se-á que o mesmo introduz a questão do valor da compensação, ou indenização, pela nacionalização²⁰⁷. Elege o critério do valor real que o investimento desapropriado tinha imediatamente antes do momento em que a decisão de nacionalizar ou desapropriar tenha sido anunciada legalmente ou feita pública pela autoridade competente. Indiretamente, pelas

²⁰⁵ Artigos 1: Quando os nacionais de um Governo Signatário se propuserem a efetuar investimentos, cobertos por garantia em conformidade com o presente Acordo, num projeto ou atividade dentro da jurisdição territorial do outro Governo signatário, os dois Governos, a pedido de qualquer deles, consultar-se-ão com relação ao projeto ou atividade e sua contribuição ao desenvolvimento econômico e social. Artigo 2: As disposições do presente Acordo somente serão aplicáveis a investimentos, cobertos por garantia, em projetos ou atividades previamente aprovados para fins de garantia pelo Governo em cujo território o projeto ou atividade se realizar (doravante denominado “Governo do País Recipiente”). O Governo que emite garantias em conformidade com o presente Acordo (doravante denominado o Governo garantidor”), manterá o Governo do País Recipiente constantemente informado quanto aos tipos de garantias de investimento que se dispôs a conceder, quanto aos critérios utilizados para decidir sobre a concessão de garantias, bem como quanto aos tipos de montantes de garantias concedidas relativamente a projetos ou atividades aprovados pelo Governo do País Recipiente

²⁰⁶ Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vol.68, ps.382-397, maio de 1974.

²⁰⁷ os métodos para o cálculo do valor das indenizações foram detalhadamente compilados pelas Diretivas do banco Mundial e comentados no Capítulo 2, § 152.

disposições do Protocolo, que na definição de “investimento” contempla estes elementos, esse valor real incluirá ativos reais, créditos e bens imateriais de titularidade do investidor. Interpretativamente, os lucros cessantes serão incluídos se o investimento for rentável, à época da medida. No mais, são válidas aqui todas as observações feitas no Capítulo 3 (§ 201), com relação à apuração de valores em mercados de pouco volume, como são aqueles de alguns dos parceiros do Mercosul.

a. A parte final desse parágrafo dispõe que ao valor assim calculado será acrescido de juros (sem detalhar se serão simples ou compostos²⁰⁸), ou de atualização monetária, da data em que a desapropriação foi declarada até o efetivo pagamento ao investidor. Assim, se seguida a idéia de pagamento por precatórios, um círculo vicioso estaria sendo renunciado: nem bem um precatório fosse emitido e saldado, outro estaria a caminho para os juros e atualizações.

289. O item 2 do artigo 4 não traz novidade ao estabelecer que em caso de perdas do investidor, decorrentes de atos violentos e fora do controle do Estado tais como revoltas, insurreições e guerras, o mesmo será tratado de forma não menos favorável do que os investidores nacionais ou outros investidores estrangeiros. Essas disposições não deixam de ser uma variante dos princípios relativos ao tratamento nacional e do tratamento da nação mais favorecida e correspondem ao padrão seguido pelos acordos bilaterais e regionais. À luz da jurisprudência dos últimos anos, cria-se, entretanto, um impasse ao colocar essas disposições ao lado da obrigação do Estado receptor do investimento em oferecer total proteção ao investimento. Depois da decisão no caso *Asian Agricultural Products Ltd* contra o Sri Lanka, seguida pelas sentenças que puseram fim aos litígios entre a *American Manufacturing & Trading Inc.* contra o Zaire e *Tradex Hellas S/A* contra a Albânia, entende-se que em caso da existência de um acordo em que se consagre o princípio da proteção integral, o Estado anfitrião é responsável pelos atos cometidos em prejuízo dos investimentos, quer imputáveis a seus próprios agentes, em meio aos conflitos (no caso contra o Sri Lanka), quer cometidos pela população (no caso do Zaire). Apenas na ausência de acordo, a responsabilidade do Estado pode ser afastada (caso contra a Albânia)²⁰⁹.

²⁰⁸ Vide a polêmica sobre a aplicação dos juros simples e compostos no caso *Cia. Santa Helena* contra a Costa Rica, julgado pelo CIRDI e resumido no § 153, item a.

²⁰⁹ cf. § 103, do Capítulo I.

290. Em linhas gerais, pelo artigo 5, é assegurada aos investidores a livre transferência dos recursos afetos ao investimento, bem como das remunerações dos nacionais de uma Parte Contratante e que tenham sido autorizados para trabalhar em um investimento. Não desce aos detalhes do Tratado da Carta da Energia nem das disposições consolidadas pelas Diretivas, que garantem a transferência da poupança e dos rendimentos relacionados a esses salários; tampouco mencionam as exceções toleradas por muitos acordos bilaterais e ratificadas pelas Diretivas do Banco Mundial, que se referem a concessão de prazo para o Estado desapropriador, na hipótese de que este tenha que recorrer a empréstimos junto ao FMI ou que esteja passando por regime de restrições cambiais de caráter excepcional²¹⁰. Internamente, no Brasil, como apontado por Cunha (1996, p.227), o Decreto 4131, de 1962, que estrutura o regime do capital estrangeiro no Brasil, no artigo 28 prevê que

“ sempre que ocorrer desequilíbrio no balanço de pagamentos, ou houver sérias razões para prever a eminência de tal situação, poderá o Conselho de Superintendência da Moeda e do Crédito²¹¹ impor restrições, por prazo limitado, às remessas de rendimentos dos capitais estrangeiros e, para este fim, outorgar ao Banco do Brasil²¹² monopólio total ou parcial das operações de câmbio”.

291. O Protocolo foi pouco criativo quanto às regras sobre as transferências, que, em última análise, nada mais são do que regra sobre o câmbio. Os quatro Estados Contratantes, ao mesmo tempo que membros do Mercosul, participam da ALADI. Nos quadros desta última, foi celebrado, há tempos, o Convênio de Créditos Recíprocos (CCR). Este permite que as operações comerciais internacionais entre os signatários seja liquidada por meio de mecanismos de compensação entre os respectivos bancos centrais. A pergunta é por que não estender esse mecanismo aos pagamentos das indenizações eventualmente devidas aos investidores no âmbito do Mercosul. Ou ainda, criar um limite abaixo do qual o pagamento seria passível de pagamento por intermédio daquele convênio. As moedas dos signatários do Protocolo de Colônia não são propriamente moedas fortes e de curso internacional. Por isso, não haveria grande impacto em adotar-se a compensação, nos moldes do CCR, como meio de pagamento. Aliás, o Tratado da Carta da Energia –que congrega países

²¹⁰ Cf. § 152, c, do Capítulo 2.

²¹¹ SUMOC, hoje Banco Central.

²¹² Atualmente, Banco Central.

com moedas de curso internacional, ao lado de outros com moedas sem esse privilégio - permite que, entre os países ex-integrantes da URSS, as transferências sejam feitas em moedas locais (artigo 14 (5)).

292. O artigo 6 é totalmente previsível, ao tratar da subrogação, cujas disposições fazem parte de vários acordos-padrão²¹³. Se uma das Partes Contratantes vier a pagar a indenização ao investidor internacional, diretamente ou utilizando-se de uma de suas agências, em virtude de garantia emitida, esta terá o direito de subrogar-se em todos os direitos originais do investidor contra o Estado que promoveu a desapropriação. Nesse caso, dispõe o item 2, o investidor não tomará nenhuma medida contra este último, ao menos que instado por aquela Parte Contratante, ou sua agência.

293. Ao dispor sobre a aplicação de outras normas, de forma geral o artigo 7 estabelece que, caso novas normas sejam estabelecidas entre duas Partes Contratantes -o Estado receptor e o estado do investidor-, sejam elas de direito interno ou internacional, aplicar-se-á aquela que for mais favorável. Pelo princípio do tratamento da nação mais da nação mais favorecida, abraçado pelo artigo 3, item 2, esse efeito seria ampliado aos outros signatários do Protocolo. O acordo da ASEAN, de modo oposto, permite a negociação de condições mais favoráveis entre seus membros, negando a extensão que resultaria da aplicação da cláusula da nação mais favorecida aos demais membros da organização (artigo 4, 4).

294. Os artigos 8 e 9 estabelecem as regras aplicáveis à solução dos litígios decorrentes do Protocolo. Como o NAFTA, estabelece um duplo sistema para o contencioso. As controvérsias exclusivamente entre os Estados, versando sobre a interpretação do Protocolo, serão submetidas à arbitragem segundo as regras do Protocolo de Brasília de 17 de dezembro de 1991. Por sua vez, o contencioso entre o investidor estrangeiro e o Estado de acolhida do investimento é submetido à arbitragem *ad hoc*, segundo as regras da UNCITRAL, ou à arbitragem institucional do CIRDI (CISCI, de acordo com a abreviação adotada pelo texto oficial). A escolha direta do CIRDI só será possível quando tanto o Estado receptor como o investidor for nacional de um Estado participante do centro. A escolha indireta dar-se-á por intermédio de seu Mecanismo Adicional, quando apenas o Estado receptor ou o Estado relacionado ao investidor o seja.

²¹³ Cf. § 242, Capítulo 4.

295. O item 1, do artigo 8 estabelece, inicialmente, um prazo de seis meses para consultas amistosas, entre o investidor e o Estado anfitrião. Findo esse prazo ao investidor caberá escolher entre submeter o litígio aos tribunais desse Estado ou encaminhá-lo à decisão por arbitragem, segundo um dos dois caminhos retro citados. O tribunal arbitral, seja qual for o método escolhido pelo investidor, irá aplicar o Protocolo, a lei do Estado anfitrião, os acordos que instrumentalizaram o investimento e os princípios do direito internacional aplicável à matéria.

296. Ao dispor que as sentenças arbitrais serão definitivas e obrigatórias para as partes, mas que cada Parte Contratante as executará de acordo com sua legislação, o item 6 levanta uma outra polêmica importante. O Brasil não faz parte da Convenção de Washington de 1965. Alega-se que o principal motivo para essa ausência é o fato de que, uma vez proferido, o laudo passa automaticamente à execução. Torna-se desnecessária, para os signatários daquela convenção, qualquer outra formalidade, tal como, por exemplo, sua homologação, na qualidade de sentença estrangeira.

297. Após 1978, com a abertura dada pela criação do Mecanismo Complementar – que permite a submissão de litígios em que apenas uma das partes (o Estado Anfitrião ou o Estado do investidor) é signatário ou aderiu à Convenção, tomou-se possível a submissão de conflitos envolvendo, de um lado, reclamações de investidores estrangeiros nacionais de países partes da Convenção de 1965 endereçadas contra o Brasil, ou, por outro lado, reclamações de investidores brasileiros contra Estados signatários daquele instrumento. Todavia, de acordo com o artigo 3 do regulamento do Mecanismo Complementar, não se estendem todas as regras da Convenção de Washington às arbitragem admitidas sob o regime desse mecanismo. Desta forma, essas sentenças ficam sujeitas ao reconhecimento e à execução, obedecidas as disposições da lei interna aplicável.

a. No Brasil, um laudo assim exarado não seria objeto de execução imediata. E uma revisão de um laudo obtido no exterior pelo Judiciário brasileiro, não iria complicar, ainda mais, a solução definitiva do litígio? É notória a resistência e a reticência do Judiciário brasileiro com relação à arbitragem, não obstante os avanços teóricos e doutrinários que tiveram lugar após a nova lei sobre a arbitragem (Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996). Quais são as chances de que o juízo homologatório iria conter-se em apenas homologar a sentença arbitral, cumprindo estritamente suas funções na qualidade de juízo de libação?

298. Dois dos quatro signatários do Protocolo já tiveram experiências junto ao CIRDI. O Paraguai, no caso Eudoro A. Olguin contra a República do Paraguai, cujo um dos aspectos, a discussão sobre a nacionalidade do investidor, já foi mencionado no Capítulo 4. Além desse pormenor, foi discutido se o investidor teria direito à restituição do valor de seus investimentos pelo governo, após a liquidação, por ordem governamental, da empresa financeira por meio da qual os mesmos haviam sido canalizados. Essa restituição, alegava o Sr. Olguin, seria garantida pelos termos do Acordo bilateral de promoção e proteção de investimentos recíprocos assinado entre o Paraguai e o Peru, em 31 de janeiro de 1994 e pelo aval apostado pelo Banco Central do Paraguai nos títulos comprovantes do investimento, em nome do investidor.

a. No caso, o investidor sustentou que o governo havia, inclusive, avaliado os títulos que corporificavam os valores investidos, o que confirmaria a garantia de pagamento dos valores neles inscritos. Quanto a isso, provou-se tratar de mero sinal de registro, nos termos da lei paraguaia. Com relação à proteção do Acordo, o tribunal afirmou não haver nada em seu texto que obrigasse o Paraguai a garantir o pagamento do investimento mal sucedido por motivos comerciais (item 72 da sentença). Em seu apoio, invocou a afirmação constante da sentença relativa ao caso Emilio Agustín Maffezini contra a Espanha: “acordos sobre investimentos não são apólices de seguro contra as más decisões negociais”(item 73).

b. Uma indenização parcial, observe-se, já havia sido paga ao autor. Isso porque A Lei 417/73, sobre a atividade dos bancos e de outras atividades financeiras, estipulou uma indenização pelas perdas sofridas por depositantes em entidades objeto de dissolução. Porém, em 1995, a nova lei 797, sobre estabilização e reativação financeira, limitou essa compensação a 100 salários mínimos por conta. Em virtude do investidor já haver recebido a sua parcela, a sentença não lhe reconheceu nenhum direito, apesar de ter identificado um comportamento criticável por parte das autoridades paraguaias. O investidor juntou ao processo evidência escrita da indicação por funcionário do Banco Central da financeira posteriormente liquidada, bem como provas de que funcionários da mesma autoridade participaram da criação das empresas locais constituídas para a implantação do investimento. Além disso, ficou comprovada a triangulação de empréstimos entre a empresa financeira que havia captado o investimento, em uma ponta, e a empresa do investidor, em outra. Esses elementos

caracterizaram um comportamento censurável por parte das autoridades paraguaias o que, entretanto, não era o que estava colocado em julgamento.

299. A Argentina, por sua vez foi ré por quatro vezes. O primeiro caso contra a Argentina registrado no CIRDI (ARB/97/3), proposto pela *Compañia de Águas Del Aconquija* e *Vivendi Universal*, foi julgado em 21 de novembro de 2000. Atualmente, um novo tribunal analisa o pedido de anulação formulado pelo investidor, cujos interesses não foram reconhecidos pelos primeiro tribunal.

a. Em 1995, a *Compagnie Générale des Eaux* e sua filial Argentina, a *Compañia de Águas Del Aconquija S.A.* (as “Concessionárias” e “Autoras”), celebraram um contrato de concessão de serviços de água e esgoto com a Província Argentina de Tucumã. A Argentina, por sua vez, havia assinado com a França, em 1991, um Acordo bilateral para a promoção e proteção de investimentos recíprocos. Este último dispôs que os eventuais conflitos entre investidores e o Estado anfitrião seriam submetidos à arbitragem internacional segundo as regras da UNCITRAL ou ao CIRDI. Por seu turno, o contrato de concessão dispunha que todos os litígios seriam submetidos aos Tribunais Administrativos da Província de Tucumã. Não se mencionou o acordo bilateral com a França, muito menos a Convenção de Washington ou o CIRDI.

b. No ano seguinte, as Autoras deram entrada de um pedido de arbitragem junto ao CIRDI, com base no acordo bilateral existente entre a Argentina e a França. Afirmavam não apenas que uma série de decretos e atos estaduais haviam impedido o desenvolvimento do projeto, mas também o comportamento hostil das autoridades estaduais em relação ao projeto, na firme intenção de preservar as estruturas políticas locais. O Secretário Geral do CIRDI registrou o caso (notando-se que o registro não implica o reconhecimento de direitos envolvidos no pleito). Constituído o tribunal (Francisco Rezek, presidente; Thomas Buergenthal e Peter Trooboff, árbitros) e iniciado o processo, a Argentina alegou a falta de competência do CIRDI.

c. Segundo ela, tratava-se de contrato assinado entre uma de suas subdivisões políticas e o investidor estrangeiro. Embora a Convenção de Washington, no artigo 25(3), imponha um consentimento para que a subdivisão da Parte Contratante submeta-se à jurisdição do Centro (com exceção dos casos em que essa Parte Contratante notifique que isso é desnecessário ao Centro), é pacífico em Direito Internacional que, no caso de Estados

federativos, o governo central responde pelos atos de suas subdivisões (item 48 da sentença²¹⁴). O intuito do artigo 25 (3) não era de restringir a competência do CIRDI, mas, ao contrário, permitir que agências ou subdivisões de uma Parte Contratante passassem a ter acesso imediato a sua jurisdição (final do item 51). Com isso, o tribunal declarou-se competente para conhecer e julgar as alegações das Autoras contra a Argentina.

d. Ocorre que toda as reclamações das Autoras concentravam-se contra a Província de Tucumã. Nada foi alegado contra a Argentina. Por isso, as questões contra a Província deveriam ser submetidas às cortes administrativas de Tucumã. Só depois, caso ficasse evidenciado a cumplicidade ou o descaso do governo central com relação às medidas locais contra as Autoras, é que elas poderiam promover uma ação junto ao CIRDI. Nessa hipótese, se valeriam da proteção oferecida pelo do acordo bilateral Argentina-França. Não obstante o fato das Concessionárias trazerem à baila, como antecedente, o caso Lanco International, Inc., abaixo relatado, o tribunal não deu-lhes razão.

e. A sentença encontra-se em processo de anulação. Preliminarmente, uma alegação de suspeição quanto à neutralidade e independência de um dos árbitros foi formulada pela Argentina. Yves Fortier, escolhido pelos dois outros árbitros (James Crawford e José Carlos Fernández Rosas) para presidir o tribunal foi considerado suspeito por aquele país. Isso porque, em sua declaração inicial de imparcialidade, Fortier ressaltou espontaneamente que outro advogado do escritório Ogilvy Renault -do qual ele é sócio- prestou, entre 1995 e 1999, consultoria sobre questões tributárias à uma das Autoras. O parecer, na verdade encomendado por um escritório norte-americano, restringia-se a um estudo pontual da matéria, sob o aspecto das leis do Canadá (itens 15 e 16 da sentença sobre suspeição de imparcialidade do árbitro). Ademais, o pagamento por essas atividades era insignificante, comparado com o faturamento do escritório.

f. O interesse dessa sentença vem exatamente do fato de ser a primeira vez em que uma decisão dedicada ao exame da imparcialidade de um árbitro é publicada pelo CIRDI. Os outros dois árbitros (a quem foi delegada a tarefa de julgar) apoiaram-se tanto em antecedentes do CIRDI, como da CCI (itens 21 e seguintes). Com relação ao primeiro, lembraram-se do

²¹⁴ Reporta-se à afirmação de Luigi Condorelli, *L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances*, *Recueil*, vol. 189, 1984, p.66: "são atribuídos ao estado, segundo o direito internacional, os comportamentos de todos aqueles que, na ordem pública interna do Estado em tela, exercem efetivamente as prerrogativas do poder público."

caso Amco contra a Indonésia, de 1981, sentença não publicada, e do caso Zhinvali contra a República da Geórgia, ainda pendente e não publicada. Em ambos, decidiu-se que a suspeição precisa ser manifesta e que, em alguns casos, alguma relação profissional (no caso Amco) e social (no caso Zhinvali) *de minimis* pode haver –ou ter havido- entre as partes e o árbitro. O árbitro foi mantido e espera-se pelas publicações da continuação do caso.

300. O segundo litígio foi registrado pela *Lanco International, Inc.*. Nele discutiu-se a exploração de serviços portuários. Embora a autora tenha desistido de seu pleito, houve uma sentença preliminar quanto à competência do CIRDI²¹⁵, proferida pelo tribunal composto pelo Prof. Luiz Olavo Baptista, Guillermo Aguilar, como árbitros, sob a presidência de Bernardo Cremades. A autora, empresa norte-americana que havia recebido, em adjudicação, ao final de concorrência pública, o contrato de concessão para a construção e exploração de um terminal no porto de Buenos Aires, entrou com um pedido de arbitragem junto ao CIRDI. Fundamentou-se no acordo bilateral assinado entre os Estados Unidos e a Argentina, em 14 de novembro de 1991. A Argentina alegou que, ao assinar o contrato de concessão, as partes reconheceram, por meio de cláusula expressa, a competência dos tribunais administrativos de Buenos Aires para julgar quer os litígios decorrentes do contrato, quer aqueles provenientes da própria licitação. O tribunal não identificou nessa cláusula nenhuma opção do investidor com relação à competência sobre litígios acerca dos investimentos, principalmente porque a jurisdição da cortes administrativas não é fruto de opção. Declarou-se, desta forma competente para julgar a questão, mas a autora retirou seu pedido, encerrando o caso.

301. Daí em diante houve os seguintes casos: a) *Houston Industries Energy, Inc.*, sobre a concessão de distribuição e venda de energia elétrica, em que as partes não autorizaram a publicação da sentença de 26 de julho de 2001; b) *Móbil Argentina*, sobre uma empresa conjunta para a exploração de petróleo; c) *Empresa Nacional de Electricidad S.A.*, sobre um contrato de concessão para a produção de energia elétrica, estes dois últimos concluídos a pedido da autoras.

302. Fora o caso proposto pela *Vivendi*, acima resumido e em processo de anulação, encontram-se pendentes de decisão outros cinco casos contra a Argentina, todos listado no Anexo 2 deste trabalho.

²¹⁵ ILM, vol.40, 2001, p.457 e comentários de Gaillard, 2002, p.212.

303. Para concluir o exame do Protocolo de Colônia, resta comentar seus três últimos artigos. O artigo 10, intitulado "Investimentos e controvérsias compreendidos no Protocolo", dispõe que sua aplicação estende-se a todos os investimentos realizados antes e depois de sua entrada em vigor. Ressalva, todavia, o contencioso anterior a essa data: apenas os litígios configurados após sua vigência gozarão dos benefícios do mecanismo de solução de controvérsias delineado pelo Protocolo.

304. Como já mencionado de início, o artigo 11 do Protocolo de Colônia condiciona sua entrada em vigor à ratificação de seus signatários (30 dias após o depósito do quarto instrumento de ratificação), o que até o momento não aconteceu. Sua vigência seria hipoteticamente de dez anos, sendo que depois disso, permaneceria em vigor por prazo indeterminado ou até 12 meses da data em que uma das partes apresentasse, por escrito, sua decisão de denunciá-lo.

305. Nas disposições finais fica estabelecido que novos membros do Mercosul, a eventualmente aderirem ao Tratado de Assunção, automaticamente estarão aderindo ao Protocolo de Colônia.

306. Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, ao assinarem o Protocolo de Colônia, não estavam tomando nenhuma medida inovadora quanto ao regime regional do investimento estrangeiro. Antes dele, os países da ASEAN já haviam firmado, em 1987, um documento de mesma natureza. Possivelmente, o texto deste último não passou despercebido aos redatores do Protocolo de Colônia, pelas semelhanças que guardam entre si. Alguns ajustes poderiam ter sido introduzidos, como apontado na questão das transferências de recursos entre os membros do Mercosul. Mas elas carecem de razão de ser, uma vez que, como já afirmado, esse Protocolo não entrou em vigor, após quase nove anos de sua assinatura.

3. O PROTOCOLO DE BUENOS AIRES SOBRE PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS PROVENIENTES DE ESTADOS NÃO-MEMBROS DO MERCOSUL

307. O esboço do estatuto regional do investimento internacional no Mercosul foi traçado levando em conta o fluxo dos investimentos entre os Estados partes, de um lado, e entre os países não membros e os Estados partes, de outro. Ou, de outra forma colocado, levando em consideração os fluxos *inter e extra corporis* (VIERIA, 1999, p.409).

a. Se os membros do Mercosul tinham uma prática escassa de troca de investimentos entre eles, o mesmo não vale para as trocas entre eles e países mais ricos e desenvolvidos, do lado de fora da organização. E, no início dos anos 1990, os países da região, notadamente a Argentina e o Brasil, passada a década da moratória de suas dívidas externas, ressurgiram como pólos de atração do capital estrangeiro. O fato foi acompanhado pela liberalização das respectivas economias – em menor grau, no caso do Brasil, se comparado com a Argentina (CERVO 2001, p.283) e pelo desiderato de inserir-se nos padrões impostos pela globalização. Um dos elementos simbólicos nessa inserção, como já apontado, passou a ser a celebração de acordos bilaterais sobre investimentos.

b. Levando em consideração apenas o Brasil e a Argentina -que galvanizaram o processo de integração, da mesma forma que, no passado, haviam feito a França e a Alemanha, na hoje União Européia- o primeiro, em 1993, deu início à assinatura de uma série desses acordos (até hoje não ratificados), dando continuidade à iniciativa argentina, iniciada em 1991. Como visto na seção anterior, em janeiro de 1994 os quatro integrantes do Mercosul celebraram o Protocolo de Colônia, tendo por objeto a promoção e proteção dos fluxos de investimentos intra-Mercosul. Em agosto daquele ano foi assinado, de certa forma em caráter complementar ao primeiro, o Protocolo de Buenos Aires²¹⁶, com o objetivo de criar um padrão máximo para o estatuto regional do investimento internacional no área, vis a vis terceiros Estados.

308. O objetivo de criar limites para o regime de admissão e de tratamento do investimento estrangeiro no Mercosul foi estabelecer um denominador comum que impedisse

o favorecimento de uns, em decorrência de favores concedidos. Não obstante a gramática claudicante, era necessário, como bem destaca o preâmbulo do Protocolo de Buenos Aires, “harmonizar os princípios jurídicos gerais a serem aplicados por cada (sic) um dos Estados-Partes aos investimentos provenientes de Estados não-integrantes do Mercosul, visando a não criar (sic; visando impedir a criação de) condições diferenciais que distorçam o fluxo de investimentos”.

309. A estrutura do Protocolo de Buenos Aires se difere daquela do protocolo anterior. É composto de apenas quatro artigos. Entretanto, seu artigo 2, desdobra-se em diversos itens, identificados por letras. Esses itens, que estabelecem os padrões máximos de admissão e tratamento a serem concedidos aos investidores provenientes de terceiros Estados, repetem com algumas variações as disposições do Protocolo de Colônia.

310. A definição de investimento do Protocolo de Buenos Aires não é a mesma daquela adotado pelo documento de Colônia. Por um pequeno detalhe, a amplidão da definição adotado por esse último é delimitada naquele primeiro. Mantendo todos os demais detalhes da definição abraçada em Colônia, o Protocolo de Buenos Aires ressalva que

“O termo ‘investimento’ designará, em conformidade com as leis e as regulamentações do Estado Parte em cujo território o investimento for efetuado, todo tipo de ativo direto ou indireto investido por investidores de um Terceiro Estado no território do Estado-Parte, de acordo com a legislação deste. Incluirá, em particular, ainda que não exclusivamente (grifos nossos):

a. Frente à ressalva relativa à conformidade com as leis internas do Estado receptor, é indiferente o que o Direito Internacional venha a dispor. A última palavra caberá aos ordenamentos internos de cada um dos países integrantes do Mercosul.

311. As regras quanto à admissão dos investimentos provenientes dos terceiros Estados é mantida nas mãos dos direitos internos de cada um dos países do Mercosul:

“Cada Estado-Parte promoverá, em seu território, investimentos de investidores de Terceiros Estados e admitirá esses investimentos conforme sua legislação e suas regulamentações (artigo 2, B, item 1, grifos nossos)”.

²¹⁶ Publicado no Boletim de Integração Latino-Americana, editado pelo Ministério das Relações Exteriores, n. 14, p 328 a 330.

312. Com relação ao tratamento do investimento, adota-se o princípios do tratamento justo e eqüitativo e do tratamento nacional. Não faz nenhuma alusão ao estabelecimento de proteção e garantias completas. Expressamente, não garante o tratamento destinado ao Estado mais favorecido, mas implicitamente o faz, ao estabelecer que não serão estendidos os regimes especiais tributários nem os privilégios estabelecidos por regimes de integração ou associação. Poderia ser inferido que as outras vantagens o serão.

313. Afastando-se do texto de Colônia, o Protocolo de Buenos Aires, ao tratar das desapropriações, dispõe que “serão acompanhadas de disposições para o pagamento de uma **indenização justa, adequada, imediata ou oportuna**” (grifos nossos). Se a primeira parte, não grifada, repete o texto do Protocolo de Colônia, a segunda inova inteiramente, ao quebrar a fórmula Hull. Pelo texto, alternativas são propostas quanto à indenização, que poderá ser justa, adequada, imediata ou oportuna.

314. O texto, continuando, é vago quando dispõe que o montante da indenização corresponderá ao valor do investimento desapropriado. Certo é que essa indeterminação poderia ser suprida com os padrões utilizados internacionalmente para o cálculo desse valor, tal como compilados pelas Diretivas do Banco Mundial. Contudo, é estranha a adoção de uma redação diferente daquela do Protocolo de Colônia, que lhe faz par.

315. As disposições aplicáveis em caso de perda do investidor, resultante de comoções sociais, são semelhantes àquelas que constam do Protocolo de Colônia: o tratamento será não menos favorável ao tratamento dado aos investidores nacionais ou investidores de outros Estados. Só que, na ausência de cláusula que garanta a segurança completa, o resultando será diferente daquele obtido pela aplicação do regime de Colônia.

316. O item concernentes às transferências estabelece que as mesma serão efetuadas em moeda livremente conversível, sem mencionar a taxa de câmbio a ser aplicada na conversão.

317. O item dedicado à subrogação (item G) repete as linhas adotadas pelo Protocolo de Colônia. Da mesma forma aqueles voltados para a solução de controvérsias entre um Estado membro do Mercosul e um terceiro Estado (item G), bem como o outro dedicado à solução de controvérsias entre um investidor e o Estado anfitrião (item H). Após aconselhar uma decisão amistosa entre as partes estipula que, após um prazo razoável, o investidor poderá valer-se dos tribunais internos do local em que realizou o investimento ou recorrer à

arbitragem. Esta poderá ser *ad hoc* ou institucionalizada. Nesse caso, poderá ser estipulada a instituição a que será submetido o litígio.

318. Encerrando seu longo artigo 2, o Protocolo de Buenos Aires, endossando as disposições do Protocolo de Colônia, estabelece que os acordos a serem assinados entre terceiros Estados e Estados partes do Mercosul poderão ser aplicados a investimentos já existentes, mas veda sua aplicação aos litígios já existentes em data anterior a sua vigência.

319. O Artigo 3 cria o dever de informação entre os Estados do Mercosul. Deverão ser fornecidas as informações não apenas sobre as negociações com terceiros Estados de acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos em curso, mas também sobre negociações futuras. Mudanças no sistema proposto pelo artigo 2 deverão ser comunicadas à Comissão de Promoção e Proteção de Investimento, órgão que preparou os textos dos Protocolos de Colônia e Buenos Aires.

320. De forma idêntica à do Protocolo de Colônia, fica estabelecido que a adesão ao Tratado de Assunção implica a adesão ao presente Protocolo. Fixa-se a sua entrada em vigor para o 30º dia após o recebimento de sua quarta ratificação.

321. Levando-se conta os modelos praticados pelos países tradicionalmente exportadores de capital (publicados em DOLZER; STEVENS, 1995), pode-se afirmar que as condições máximas acordadas em Buenos Aires estão aquém dos parâmetros praticados internacionalmente. Pode-se esperar que acordos bilaterais celebrados entre Estados do Mercosul e terceiros Estados, posterior a sua assinatura, tenham se afastado do padrão por ele perseguido. Porém, o fato significa muito pouco, uma vez que esse Protocolo, tal qual o de Colônia, jazem em estado letárgico, aguardando a possibilidade, cada vez mais distante, das quatro ratificações.

322. Essa afirmação de uma ratificação cada vez mais remota fundamenta-se em três dados objetivos: i) a interrupção, pelo governo brasileiro, dos processos de ratificação dos acordos bilaterais sobre investimentos, em dezembro de 2002; ii) o reexame dos Protocolos do Mercosul pelo GMC 12, desde janeiro de 2000; e iii) a proximidade de um regime regional muito mais abrangente, a ser criado no âmbito da ALCA, objeto do Capítulo 6, a seguir.

a. Como já mencionado²¹⁷, por ordem do Poder Executivo, foram suspensos os pedidos de ratificação de vários acordos bilaterais sobre investimentos que tramitavam no

²¹⁷ Vide § 246 do Capítulo 4.

Congresso Nacional. Alegou-se a inconstitucionalidade tanto das disposições sobre indenização como da cláusula arbitral. De forma curiosa, uma vez que esses acordos haviam sido celebrados em época recente, no período entre 1994 e 1999, a essa alegação foi acrescentada a explicação de que os instrumentos haviam se revelados anacrônicos, não atendendo correspondendo mais aos interesses nacionais²¹⁸. Ora, esses argumentos aplicam-se também aos Protocolos de Colônia e de Buenos Aires, já que estes últimos repetem, com poucas variações, em escala regional, os mesmos moldes obedecidos, em nível bilateral. Pela lógica, o processo de ratificação dos dois protocolos deveria ser interrompido da mesma forma como ocorreu com aqueles acordos bilaterais (se é que algum dia eles foram realmente enviados ao Congresso para a ratificação).

b. Por outro lado, em abril de 2000, já estando em curso as negociações da ALCA, o GMC, por intermédio da Resolução 13/00²¹⁹, criou um novo subgrupo de trabalho. Recebendo o número 12 e o título de “Investimentos”, uma de suas funções passou a ser “analisar as dificuldades encontradas pelos Estados Partes para aprovação e implementação do Protocolo de Colônia e do Protocolo de Buenos Aires, e recomendar cursos de ação a respeito”. Esse fato poderia estar sinalizando possíveis alterações nesses documentos que se mostraram inadequados à aplicação prática.

c. Por fim, a consubstanciação do regime de investimentos mais abrangente da ALCA roubaria o interesse de qualquer tentativa de rever-se os dois protocolos do Mercosul

324. Como já visto na primeira parte deste trabalho, há um consenso sobre a pouca importância prática desse tipo de acordo na determinação de um investimento (SACERDOTI, 1998, p.281; ANDREWS-SPEED; WÄLDE, 1996, p.53;). Há países campeões na celebração desses instrumentos que, nem por isso, passaram a receber mais investimentos do que outros²²⁰; contrariamente, há outros que não os assinam e que sempre funcionaram como pólo de atração²²¹. Outros fatores são considerados na hora da escolha do local para o

²¹⁸ cf. § 246 do Capítulo 4.

²¹⁹ Disponível em <http://www.cvm.gov.br/port/inter/mercosul/res13-p.asp>. Acesso em 28 out. 2002.

²²⁰ por exemplo, até 1995, a Romênia celebrou 39 acordos, sem que se tornasse uma campeã no recebimento de investimentos externos

²²¹ o México, antes de sua entrada no NAFTA, e o próprio Brasil. Outro exemplo é a China, cujo volume de investimentos recebidos só dos Estados Unidos, no período de 1978 a 1989, sem o respaldo de nenhum acordo

investimentos. O primeiro certamente é o ganho. Depois desse, nos investimentos diretos, consideram-se outros elementos. Além do determinismo geográfico e geológico (essencial, por exemplo, nos projetos relacionados à exploração de riquezas minerais), outros elementos passam a ser ponderados, tais como existência de infra-estrutura e mão de obra local para o projeto, além da estabilidade e vigor das instituições locais. Em frente dessas essencialidades, tratados sobre a promoção e proteção desses investimentos, na realidade, não passam de detalhe.

sobre investimentos impressiona: aproximadamente 350 empresas norte-americanas investiram mais de três bilhões e meio de dólares naquele país (SALACUSE, 1990, p.673).

CAPÍTULO 6

O REGIME REGIONAL DOS INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS NO PROJETO DA ALCA

1. ORIGENS DO PROJETO DA ALCA

325. Como mencionado no Capítulo 2 -quando se analisou o regime regional sobre investimentos criado pelo NAFTA- o presidente norte-americano George Bush lançou, em discurso proferido na Casa Branca, em 27 de junho de 1990, os fundamentos para a criação de uma grande área de livre comércio, que se estenderia do Alaska à Terra do Fogo. A essa sua proposta de nova parceria econômica entre os Estados Unidos e os países da América Latina e do Caribe, deu o nome de "Iniciativa das Américas" (SIMÕES, 1999, p.26).

326. Em dezembro do ano anterior, Bush reunira-se com o então dirigente soviético Gorbatchov, na Ilha de Malta, no Mediterrâneo. Aí tiveram início as tratativas que levariam à definição dos contornos da Nova Ordem Mundial²²². Naquele mesmo mês de dezembro, os Estados Unidos invadiram o Panamá para depor Noriega, ex-chefe do serviço secreto panamenho e ex-agente da Agência Central de Inteligência dos Estados Unidos, no poder desde 1983. Justificando sua ação, os Estados Unidos alegaram as ligações de Noriega com o narcotráfico. Em junho de 1990, ao mesmo tempo em que Bush lançava seu grandioso plano para as Américas, o Pacto de Varsóvia - a contra-partida soviética à OTAN- anunciava o término de suas funções militares, significando o fim das alianças socialistas. Em 1990, enquanto a Europa avança em direção ao Tratado de Maastricht, os presidentes brasileiro e argentino -Collor e Menem- recém empossados, decidiam abreviar o processo de integração que daria origem ao Mercosul, fixando a instituição de uma união aduaneira para 1995.

327. Esses elementos são alguns dos fios que teceram a trama que serviu de pano de fundo à articulação da Iniciativa das Américas. De um lado, a demonstração pública da hegemonia militar dos Estados Unidos, ratificando seu poderio econômico incontestado. De outro, o desaparecimento dos governos socialistas e a debilitação das ideologias de esquerda,

²²² Inteiramente distinta da NOEI imaginada nos anos 1970 (cf. § 43 da Introdução) essa Nova Ordem Internacional teve por base a unipolaridade absoluta militar e ideológica, e relativa unipolaridade econômica, ambas sob a hegemonia dos Estados Unidos (LAMAZIÈRE, 1996, *passim*).

o que implicou a perda de uma voz contrastante à ideologia de mercado. Pairando sobre esses dois aspectos, a ação das forças centrífugas da globalização, aprofundando os processos de integração já existentes e deslanchando outros. Esse quadro legitimou os Estados Unidos a encetar o projeto de integração continental, contando com o apoio inicial generalizado dos países mais expressivos da região. Dando continuidade ao processo, a 1ª. Cúpula das Américas foi convocada, em dezembro de 1994.

328. Nessa primeira reunião, em Miami, os chefes de Estado das trinta e quatro democracias reunidas -o que justifica a ausência de Cuba-, aprovaram dois documentos: o Pacto para o desenvolvimento e prosperidade para as Américas e a Declaração de princípios.

a. De acordo com esta última, quatro seriam os objetivos a serem atingidos: a) a preservação e o fortalecimento da democracia nas Américas; b) a promoção da prosperidade, por meio da integração econômica e do livre comércio; c) a erradicação da pobreza e da discriminação no hemisfério d) a garantia do desenvolvimento sustentável e a conservação do meio ambiente para as gerações futuras (LAVOPA, 2001, p. 47). Por sua vez, será no plano de ação que foi projetado em torno de cada um dos quatro pontos acima assinalados que se encontrará a primeira manifestação concreta da futura ALCA (ibidem).

2. ESTRUTURA DAS NEGOCIAÇÕES – DA CÚPULA DE MIAMI À MINISTERIAL DE QUITO

329. À Cúpula de Miami, seguiram outras duas: a de Santiago do Chile (1998) e a de Quebec (2001). Até a Cúpula de Santiago, deliberou-se sobre os processos e métodos a serem adotados durante as negociações. Por isso, ao período entre 1994 e 1998, dá-se a denominação de período pré-negocial. Decidiu-se que a regra de aprovação seria o consenso, com base na apreciação em bloco do documento final (*single undertaking*). Adotou-se o princípio da transparência nas negociações, com a entrega de informações ao público e o convite a sugestões da sociedade em geral. Afirmou-se a possibilidade da coexistência do acordo hemisférico com os outros de alcance bilateral ou regional. A partir de 1998, teve início o período negocial propriamente dito.

330. Entre essas Cúpulas, os trabalhos foram sendo tocados nas reuniões chamadas de “Ministeriais”, em que Ministros do Comércio dos futuros Estados membros (ou

seu equivalente em cada um dos países) reuniram-se, pelo menos uma vez a cada 18 meses, para supervisionar e gerenciar as atividades do Comitê de Negociações Comerciais (CNC). Este, formado pelos vice-ministros do Comércio (ou seu equivalente em cada um dos países), reunindo-se ao menos duas vezes por ano, passou a coordenar a ação dos Grupos de Negociação e de outras instituições. Entre os nove Grupos de Negociação, para o propósito do presente estudo, irá interessar o fruto das discussões do Grupo direcionado aos investimentos.

331. Após a Cúpula de Quebec e da Ministerial de Buenos Aires, foi publicada a primeira versão do projeto do tratado constitutivo da ALCA, em 03 de julho de 2001. Em sua forma extensa, muito semelhante ao acordo do NAFTA, o texto do projeto confirmou que não se tratava da simples criação de uma zona de livre comércio. Seu escopo, muito mais abrangente do que a mera disciplina de tarifas, incluía medidas sobre a abertura dos mercados internos, meio ambiente, aspectos trabalhistas, propriedade intelectual e investimentos. A abrangência da Iniciativa das Américas já havia levado Felix Peña a afirmar que os conceitos clássicos empregados na classificação dos níveis de integração econômica, tais como zona de livre comércio, união alfandegária, mercado comum e união monetária são hoje irrelevantes, do ponto de vista prático (1992, p.125). Dando o devido destaque às disposições de ordem não tarifária na consecução do projeto relacionado à ALCA, esse autor qualificou-o como “uma mistura entre o artigo 24 do GATT, ‘o código de conduta macroeconômica’ e a *world standard legislation* em matéria de propriedade intelectual e de investimentos estrangeiros” (ibidem).

332. De fato, um longo capítulo, composto de 22 artigos, foi devotado à questão de investimentos no projeto da ALCA. Na reunião Ministerial de novembro de 2002, em Quito, um texto revisto substituiu o primeiro, tornado público no ano anterior. Essa revisão será a base para a presente análise²²³.

3. CAPÍTULO SOBRE INVESTIMENTOS - O TEXTO DO PROJETO

333. A minuta está toda assinalada por colchetes, o que equivale afirmar que ela está ainda em processo de negociação. Há mais pendências do que pontos fechados. Por isso, os comentários serão feitos mais em cima de possibilidades e menos amparados em certezas.

²²³ De acordo com a minuta de 1 de novembro de 2002, FTAA.TNC/w/133/Rev2. Disponível em www.ftaa-alca.org/ministerials/quito/draft_p6.doc. Acesso em 8 dez.2002.

334. O artigo 1 encarrega-se de limitar o âmbito de aplicação do capítulo. Depende intrinsecamente das definições de investidor e investimento, reunidas no artigo 16. As alternativas giram em torno dos seguintes pontos:

- a) estender a aplicação sobre os requisitos de desempenho a todos os investimentos recebidos pelos Estados-Partes, quer provenientes de outro Estado-Parte, quer de terceiro Estado não membro da ALCA;
- b) conceder a proteção aos investimentos anteriores à ALCA ou restringi-los aos que forem feitos após sua entrada em vigor;
- c) ressalvar que pendências sobre investimentos estarão excluídas do campo de aplicação do projeto, ainda que seus resultados persistam depois da entrada em vigor do projeto;
- d) fixar a necessidade de que os investimentos tenham sido admitidos legalmente no território do Estado-Parte receptor e que não sejam fruto de recursos obtidos por meio ilícito;
- e) excluir investimentos feitos em instituições financeiras (que serão objetos do capítulo sobre Serviços);
- f) ressalvar que nenhum Estado-Parte estará obrigado a conceder os benefícios garantidos no acordo à empresa investidora de outro Estado-Parte, mas que seja controlada por terceiro Estado com o qual o primeiro Estado-Parte não mantenha relações diplomáticas;
- g) ressalvar que Estados-Partes podem manter o monopólio sobre certos setores;
- h) estabelecer condições especiais para as economias menores.

a. Com exceção desta última ressalva e de outra que estabelece a necessidade de que o investimento tenha sido feito de acordo com as leis do país receptor, todas elas são muito semelhantes às que constam do acordo do NAFTA. A exigência do cumprimento dos critérios legais locais, por sua vez, consta do acordo regional da ASEAN. Inova a exceção sobre investimentos realizados com recursos de proveniência ilícita, o que se justifica pelas posturas nacionais e internacionais mais recentes sobre esquemas de lavagem de dinheiro.

335. O tratamento nacional é objeto do artigo 2. O projeto abandona a clássica divisão entre admissão e tratamento -comum aos acordos bilaterais sobre investimentos e a alguns acordos regionais, como o da ASEAN e o dos dois Protocolos do Mercosul- para ir direto ao estabelecimento de princípios que irão balizar o investimento em todas suas fases, da admissão à implantação e ao funcionamento. Nesse ponto, assemelha-se ao NAFTA e reflete a preocupação atual dos regime internacional sobre o investimento: a garantia de acesso aos mercados nacionais. A maior parte das disposições que dizem respeito à segurança do investimento depois de sua instalação perdeu a importância absoluta das décadas anteriores. Isso deve-se à criação de mecanismos de seguro e à aceitação generalizada da doutrina e jurisprudência de que perdas relativas ao investimento implicam o pagamento da indenização integral pelo Estado receptor.

a. Uma das propostas deixa expresso que o investimento poderá ocorrer por meio da aquisição ou administração de empreendimento²²⁴. Caso essa alternativa seja mantida na versão final, talvez fosse conveniente, em virtude dos desníveis da legislação *anti-trust* dos países envolvidos, uma ressalvada à observância de princípios de proteção do mercado local e do consumidor. Outra proposição prevê exceções ao tratamento nacional no caso das economias menores e na ocorrência de eventos excepcionais.

336. O princípio do tratamento nacional é completado pelo princípio da nação mais favorecida, objeto do artigo três. As propostas não apresentam nenhuma novidade, a não ser pela exceção prevista a não aplicação do princípio às economias pequenas, que poderão eximir-se de estender a outras partes benefícios já concedidos a algum Estado-Parte.

337. O artigo quarto trata das exceções a esses dois princípios. As principais exceções com relação ao tratamento nacional são aquelas ditadas por normas constitucionais de cada um dos Estados-Partes, a exemplo do já ocorrido com a NAFTA e com o Protocolo de Colômbia. As outras, relativas ao tratamento de nação mais favorecida, reportam-se, inicialmente, a não extensão de benefícios tributários, objeto de acordos específicos entre Estados-Partes. Em segundo lugar, restringem os tratamentos especiais concedidos por acordos de livre comércio, uniões aduaneiras, mercados comuns, uniões econômicas ou

²²⁴ artigo 2 [1 Cada Parte outorgará aos investidores de outra Parte, um tratamento não menos favorável do que o outorgado [em circunstâncias similares], a seus próprios investidores no referente ao estabelecimento, aquisição, expansão, administração, condução, operação, venda ou outra disposição dos investimentos [em seu território].

monetárias e instituições similares, presentes ou futuros, aos Estados-Partes que deles fizerem parte. Uma das propostas refere-se à exceção permitida a regimes especiais de tratamento criados para desenvolver as zonas fronteiriças entre alguns dos Estados-Partes.

338. O artigo quinto, intitulado “Nível de Tratamento”, reproduz um dos princípios adotados pelo NAFTA. Garante que o investidor estrangeiro receberá o tratamento nacional e o tratamento concedido à nação mais favorecida, dentro do mais alto nível praticado pelo Estado anfitrião. Há uma proposta, todavia, que abre uma exceção à possibilidade de um tratamento mais especial ainda — e não extensivo ao investidor estrangeiro — às pequenas e médias empresas nacionais.

339. O tratamento justo e equitativo é objeto do artigo seis. Há muitas alternativas a serem discutidas, derivadas das redações sugeridas. Basicamente, os Estados-Partes, quando receptores de investimentos do exterior, obrigam-se a respeitar os padrões estabelecidos pelo Direito Internacional, nele incluído o tratamento justo e equitativo, bem como a proteção e segurança plenas²²⁵.

a. A partir daí, são sugeridos os termos “proteção e segurança jurídica dentro de seu território”, como ainda “em conformidade com as normas e princípios do Direito Internacional”. Um terceira alternativa desperta uma quimera adormecida: “Cada Parte outorgará aos investimentos dos investidores de outra Parte um tratamento **de acordo com o nível de tratamento para os estrangeiros, próprio do direito internacional consuetudinário**, inclusive um tratamento justo e equitativo, bem como a proteção e segurança plenas” (grifos nossos). Em primeiro lugar, trata-se da proteção do investidor e do investimento. Foi-se a época em que os investimentos eram regulados pelo estatuto do estrangeiro e o investimento tinha caráter de seu acessório²²⁶. Além disso, não se duvida que o conteúdo do direito dos investimentos internacionais difere daquele concernente à proteção do direitos dos estrangeiros (JUILLARD, 1994a., p.24). Em segundo, pode haver direito consuetudinário com relação ao tratamento do estrangeiro, porém no atual estágio de compilação do Direito Internacional, há muito direito positivo sobre a matéria.

²²⁵ para mais detalhes sobre esse princípio, vide § 103, b, ii, Capítulo 1.

²²⁶ Cf. § 12 da Introdução.

b. Por outro lado, insistindo, trata-se de proteger o investimento estrangeiro. Atualmente, a doutrina duvida da existência de normas consuetudinárias nesse domínio²²⁷. Além disso, como no caso do tratamento do estrangeiro, trata-se de assunto muito bem regulamentado pelo Direito internacional positivo, hoje em dia (CARREAU; JUILLARD, 1998, p.89).

c. Com base nessa alternativa, foi proposta mais uma variante, na tentativa de definir-se o que é “tratamento justo e equitativo” e “proteção e segurança plenas”. De acordo com ela, “para maior certeza, os conceitos de ‘tratamento justo e equitativo’ e de ‘proteção e segurança plenas’ mencionados no primeiro parágrafo não requerem um tratamento adicional ou superior ao requerido pelo nível mínimo de tratamento para os estrangeiros, próprio do direito internacional consuetudinário”. Os mesmos comentário feitos acima aplicam-se a esta variante.

d. Outra proposta formulada por uma delegação e inserida no corpo do projeto defende que deverão “ser assumidos compromissos com vistas a garantir um tratamento justo e equitativo. Entretanto, este tema deve ser estudado em profundidade, com base no direito internacional. Deve-se prestar particular atenção à expressões: ‘justo e equitativo’, ‘segurança plena’, segurança jurídica”²²⁸.

e. No que diz respeito ao Direito Internacional, atualmente, como já mencionado no capítulo 1²²⁹, consoante a jurisprudência (*Metalclad* contra o México), no tratamento justo e equitativo estaria incluído o respeito do princípio da transparência pelo país receptor. Por seu turno, proteção e seguranças completas (*full protection and security*), para aqueles Estados-Partes que eventualmente tenham celebrado acordos bilaterais de promoção de investimentos, significam, no entendimento do CIRDI, a assunção, pelo Estado receptor, da obrigação de indenizar as perdas incorridas pelo investidor em caso de danos causados por atos de terceiros -quer agentes do governo (*AAPL* contra o Sri Lanka), quer não

²²⁷ LAVIEC, 1985, p.1; SORNARAJAH, 1986, p.81; ASANTE, 1988, p.588 e 589; SORNARAJAH, 1995 a., p.74; DOLZER; STEVENS, 1995, p.8; SACERDOTI, 1997, p. 290, além do famoso trecho da sentença exarada no caso *Barcelona Traction*, cf. § 48, a, da Introdução.

²²⁸ p.4.6.

²²⁹ § 103, b, i.

(*Manufacturing & Trading Inc. contra o Zaire e Tradex Hellas S.A. contra a Albânia*)²³⁰. De forma contrária, entendeu a CIJ, em julgamento anterior aos proferidos pelo CIRD (caso *Elsi ou Elletronica Sicula, Estados Unidos contra a Itália*)²³¹.

340. Continuando com a análise do artigo seis, uma das propostas por ele englobadas estabelece que “uma resolução no sentido de que foi violada uma outra disposição contida neste Acordo ou em outro acordo internacional não provará que se tenha violado o presente artigo”. Uma possível explicação para essas disposições, de início pouco claras: trata-se da tentativa de evitar que investidores tenham acesso direto aos tribunais internacionais, alegando que a inobservância de normas de outros capítulos acarretaram o descumprimento do princípio do tratamento equitativo. Como será visto mais além, o capítulo sobre investimentos dá a prerrogativa aos investidores, na qualidade de pessoas de direito privado, de apresentarem reclamações diretas a tribunais arbitrais internacionais, em caso de lesão, por parte dos Estados, de seus direitos. Ora, esse acesso direto inexistente com relação a outras matérias (por exemplo, patentes e serviços), cujas controvérsias só poderão ser discutidas entre Estados. Como evidenciado no caso *Metalclad* contra o México, na sentença preferida pelos tribunais estatais do Canadá²³², é tênue, às vezes, a linha que separa questões sobre o investimento em si de outras matérias. As disposições acima citadas teriam por alvo, portanto, limitar o direito de ação dos investidores às fronteiras estritas das regras sobre investimento.

341. Por fim, uma última proposta é formulada no artigo seis, no sentido de criar uma exceção para os países menores. A estes, poderá ser dispensado um tratamento mais favorável do que aos demais, sem que essa extensão seja considerada inobservância do princípio justo e equitativo.

342. O artigo sete trata dos requisitos de desempenho. Pelas propostas, uma das alternativas básicas a ser definida é a extensão da proibição desses requisitos -conhecidos como TRIM's na OMC -a terceiros Estados não membros da Alca ou circunscrevê-lo aos países membros. No NAFTA, essas proibições atingem também países não membros²³³. Outra

²³⁰ § 103, c.

²³¹ § 69.

²³² § 113.

²³³ Se a comparação fosse alargada para o Tratado da Carta da Energia, ver-se-ia que esse recepcionou muitas exceções cf. § 212.

semelhança, nesse ponto, entre o texto do NAFTA e do da Alca, é a extensão das medidas proibidas, de cuja existência depende o estabelecimento de políticas industriais nacionais. Em face das TRIM's da OMC, as do NAFTA são mais abrangentes, o que significa afirmar que o grau de exigência da proposta da ALCA é superior às da OMC. Cabe lembrar, por um lado, que o Brasil apresentou recentemente um pedido para revisão das TRIM's tal qual ora estabelecido na OMC. O pedido está em fase de negociação²³⁴. Seguindo-se a lógica, o artigo sete, em princípio, estaria contra a posição brasileira a respeito dessas restrições. Por outro, considerando que as TRIM's da OMC, conforme acertado na reunião de Doha, em final de 2001, serão objeto de revisão em 2003, com previsão para entrada em vigor em 2005, fica patente que esse assunto deverá ser analisado de forma integrada.

343. O campo de aplicação das disposições do artigo 8, sob título "Pessoal Chave" ainda precisam ter delimitadas. O fato depreende-se da quantidade de colchetes que ainda circundam as expressões alternativas ao título: "alta direção empresarial", "altos executivos", "Conselho Administrativo ou Diretorias", "Conselho de Administração", "Diretores", "Administração, Entrada de Pessoal e Pessoal Chave", "Entrada e Permanência de Pessoal Chave", "Entrada e Permanência de Pessoal Chave". Toda a questão parece gravitar entre a adoção de parâmetros liberais ou protecionistas de mercado de trabalho. O título provisório atual "Pessoal Chave" (*key personnel*) é certamente mais amplo do que quadro executivo ou pessoal de gerência.²³⁵

344. O artigo 9 ("Transferências") tem por escopo a disciplina das regras de câmbio, meio pelo qual serão feitos todos os pagamentos devidos ao investidor estrangeiros, desde juros, dividendos até o resultado final de uma eventual liquidação voluntária. Entre esses pagamentos estão incluídos os pagamentos de empréstimos, desde que diretamente relacionados ao investimento, de outros gastos assumidos externamente pelo investidor -como contratos de manutenção e de assistência técnica-, além de indenizações devidas pelo Estado (em caso da nacionalização, por exemplo), compensações (na hipótese de conflito armado) ou mesmo de pagamento em consequência de execução de sentença. Ressalte-se que os salários devidos aos empregados de um Estado-Parte que tenham sido

²³⁴ Gazeta Mercantil, 26 e 27 de outubro de 2002, p.A-1 e A-4.

²³⁵ Cf. comentário feito ao Tratado da Carta da Energia, § 199.

admitidos legalmente em outro Estado-Parte, dentro das condições que foram estabelecidas no artigo 8, de acordo com uma das propostas, gozarão da mesma garantia de transferência.

a. A transferência, que deverá ser pela regra geral imediata, será feita na moeda original do investimento²³⁶. Há uma proposta alternativa no sentido de permitir que seja dada escolha ao investidor em receber em outra moeda. Outra prevê apenas que o pagamento seja feito em moeda conversível. Há um consenso de que a taxa de câmbio a ser utilizada será aquela que prevalecer na data da transferência.

b. Há propostas de criação de exceções: um grupo de cinco delas assemelha-se àquelas preconizadas pelo NAFTA: a) em caso de falência ou proteção de direito de credores; b) em caso de buscar-se garantir a emissão, comércio ou negociação de títulos e valores; c) em caso de garantir o cumprimento de ações penais; d) em resposta a não apresentação de relatórios de transferências de divisas ou outros instrumentos monetários e) garantindo o cumprimento de decisões judiciais.

c. A esses casos, juntaram-se outras alternativas: f) em caso de garantir-se a liquidação de operações em mercados futuros ou de derivativos; g) para o pagamento de direitos sociais, imposto de renda ou obrigações trabalhistas; h) em garantia ao pagamento de qualquer tipo de ação, não apenas penal, mas também administrativa ou judicial.

d. Um outro tipo de exceção diz respeito a dificuldades excepcionais ou graves problemas na balança de pagamento. Há uma proposta de restringir essa exceção às pequenas economias. Outra alternativa é submeter as transferências relativas a investimentos às exceções estabelecidas pela regra geral do acordo da ALCA, remetendo a questão ao capítulo sobre balanço de pagamentos.

345. A artigo 10 cuida das questões relativas à expropriação e indenização. Já no título, observa-se que, entre a pluralidade de denominações adotadas para descrever as medidas que o Estado anfitrião pode tomar com relação ao investimento internacional, em detrimento do interesse do investidor estrangeiro²³⁷, o projeto da ALCA, em sua tradução oficial em português, optou pelo termo expropriação, comum na língua inglesa.

²³⁶ Aparentemente, essa determinação cria uma vantagem para as transferências de salários do pessoal chave. Nos casos em que o empregado seja nacional de um Estado Parte sem moeda forte, mas trabalhando em investimento feito por investidor de país de moeda de conversibilidade internacional, ao empregado estaria sendo concedida a vantagem de garantia de transferência na moeda do investimento, uma moeda forte.

²³⁷ Vide nota ao parágrafo 37, na Introdução.

346. Em sua análise, o artigo pode ser decomposto em quatro partes. A primeira, relativa aos casos em que o Estado anfitrião poderá nacionalizar os investimentos; a segunda, que reúne propostas sobre o valor da indenização; a terceira, que enfeixa disposições sobre a moeda de pagamento da indenização e sua transferência ao investidor. Por fim, a quarta, que se resume a uma proposta acerca dos direitos de subrogação. Salvo este último caso, em todas as outras três partes, as alternativas são muitas, indicando alto grau de polêmica quanto à matéria. Não há acordo quanto ao ponto de partida.

a. Com relação ao primeiro grupo de disposições, concernente aos casos em que é permitido ao Estado-Parte nacionalizar o investimento recebido, uma das alternativas estabelece que nenhum Estado poderá tomar essa iniciativa, de forma direta ou indiretamente, nem adotar nenhuma medida equivalente à expropriação ou nacionalização, salvo sob certas condições. Estas seriam i) por motivo de utilidade ou ordem públicas, ii) bases não discriminatórias, iii) obediência aos princípios da legalidade, ou do devido processo legal, ou ainda iv) na observância do princípio do tratamento justo e equitativo.

Outra proposta acrescenta à essas condições a necessidade do pagamento de uma indenização pronta, adequada e efetiva. À primeira vista, seria a adoção da fórmula *Hull*; entretanto, em seguida, essa proposta é moderada, ao definir que o montante dessa indenização “será determinado por meio de negociações entre a Parte em questão e o investidor afetado e buscará proporcionar uma compensação pela ação tomada”²³⁸, descartando o célebre trinômio, pelo menos pelo momento.

Uma terceira proposta é apresentada no sentido de submeter o direito de nacionalizar às disposições das respectivas constituições nacionais. Nesse caso, complementarmente, seriam observados, ainda, o caráter não discriminatório e o pagamento de indenização pronta, adequada e efetiva, sem outras qualificações.

b. O segundo grupo de propostas se aglutina em torno da problemática do valor da indenização. Elas são em número de três. Pela primeira, a mais complexa, a indenização deverá ser equivalente ao valor justo de mercado do investimento expropriado, no momento imediatamente anterior ao da tomada da medida expropriatória. Qualquer diminuição de valor no investimento, resultante do conhecimento prévio dessa medida, será desconsiderado. Os critérios de avaliação serão amplos e poderão incluir o valor do negócio em curso, o valor

²³⁸ p. 4.14.

fiscal dos bens tangíveis, bem como qualquer outros critérios apropriados para determinar o justo valor de mercado (o que poderá incluir lucros cessantes e fundo de comércio). Pela segunda proposta, a indenização será calculada pelo valor de mercado do investimento, considerando-se a data em que foi tornada pública sua desapropriação, acrescido de juros até a data do efetivo pagamento. É silente quanto à taxa de referência a ser aplicada.

c. O terceiro grupo de proposições concentra-se em assunto já examinado pelo projeto, em seu artigo 9, intitulado "Transferências". Cria-se, dessa forma, uma repetição desnecessária. Em uma das opções, insiste-se que o pagamento da indenização deverá ser feito sem demora e de forma líquida. Outra opção estabelece que, caso a indenização seja paga em uma moeda do G7, ela incluirá juros a uma taxa comercialmente razoável para a moeda desde a data da expropriação até a data do efetivo pagamento. Diferentemente da proposta anterior, estabelece um parâmetro para a taxa de juros, sem explicitar, todavia, a forma pela qual os mesmos serão calculados²³⁹.

d. A quarta parte resume-se a uma proposta sobre os direitos de subrogação. Caso um Estado Parte -ou uma de suas agências-, adiante o pagamento da indenização ao investidor, o Estado que motivou esse pagamento reconhecerá automaticamente a subrogação daquele primeiro em todos os direitos do investidor com relação a este último. A subrogação, nesses casos, é assunto pacífico. Disposições idênticas constam do artigo 6 do Protocolo de Colônia, e dos acordos bilaterais sobre investimentos²⁴⁰.

347. Esses quatro grupos de propostas são seguidos por um conjunto de ressalvas. Uma no sentido de remeter o regime das indenizações relativas a direitos de propriedade intelectual ao acordo que lhes é pertinente - Acordo TRIP's -, nos quadros da OMC. Outra que permite que o Estado expropriador, tendo em vista o interesse público e o cumprimento de leis internas, estabeleça a necessidade de alocar previamente os recursos necessários à liquidação da indenização²⁴¹. Uma última que estabelece um regime especial destinado às economias pequenas. No caso de uma expropriação em momento de crise

²³⁹ sobre a discussão de juros simples e compostos, vide § 153, a.

²⁴⁰ § 292, Capítulo 5, § 242, Capítulo 4.

²⁴¹ possivelmente, no sentido estabelecido nas desapropriações de direito interno, de acordo com o artigo 100 da Constituição brasileira.

eminente de câmbio, poderá ser outorgada às economias menores tanto flexibilidade no pagamento de uma indenização pronta, adequada e efetiva como a dispensa da liquidação à vista, com eventual liberação de pagamento de juros

348. Ao artigo 11 caberá disciplinar a questão da compensação a ser paga pelos Estados-Partes por prejuízos incorridos pelos investidores em caso de atos de terceiros ou de força maior. As propostas em discussão, em seus detalhes, são de conteúdo variável. Todas deixam claro, nas entrelinhas, que o receio é a criação de um estatuto mais vantajoso para o investimento estrangeiro. Entretanto, esse artigo não deveria ser encarado de forma isolada, como aparentemente tem sido feito, como apontam o texto das propostas apresentadas. Deveria ser examinado à luz do que for estabelecido no artigo seis (“Tratamento justo e equitativo”), em que os conceitos de proteção e garantia totais (*full protection and guaranty*) são trabalhados. Deverá ser ponderado que, a partir da década de 1990, de acordo com a jurisprudência do CIRDI, entende-se que, na hipótese de existir um acordo bilateral sobre investimentos entre o Estado anfitrião e o Estado do qual o investidor é nacional, no qual garantia e proteção totais sejam asseguradas, aquele primeiro responde perante o investidor estrangeiro pelos danos incorridos, em caso de atos de terceiros que afetem o investimento²⁴². Nas negociações da ALCA isso deveria ser levado em consideração, cruzando-se as disposições do artigo 11 com as do artigo 6. Afinal, é necessário decidir se esse acordo quer ou não confirmar, em escala regional, o entendimento que hoje prevalece e que é derivado da interpretação dos conceitos de *full protection and guaranty* nos instrumento bilaterais sobre a matéria.

349. Exceções gerais e reservas é o título do artigo 12. Inicialmente, as propostas colocam uma série de exceções amplas e gerais à aplicação do acordo ora negociado. Este, uma vez em vigor, não seria aplicável, na hipótese, por exemplo, de atentar contra os interesses essenciais de segurança de um dos Estados Partes. Outras exceções, ou reservas, poderão ser feitas de forma restrita e específica, por meio da ressalva de setores ou de medidas já existentes e que serão mantidas ou medidas futuras, que desde já necessitam estar previstas. Listas em anexo ao texto final irão especificar esses setores ou essas medidas, em relação a cada um dos países membros.

²⁴² Cf. § 103, b, ii e c.

a. Relativamente às primeiras, fica assinalado o risco ocultado pelas expressões de cunho abrangente, que podem dar margem a surpresas nas aplicações aos casos concretos. Remete-se a questão ao que já foi comentado na seção em que se analisou o NAFTA (vide § 96 do Capítulo 1): como cabe às autoridades de cada governo definir o que atenta contra a segurança nacional, as regras podem ficar comprometidas em face de uma inesperada decisão unilateral. Quanto às segundas, seguem o sistema de exceções, como estabelecido no artigo 1008 do NAFTA²⁴³. As reservas de natureza estrita, poderão ser formuladas com relação ao tratamento nacional, tratamento de nação mais favorecida, requisitos de desempenho e regime destinado ao “pessoal chave” (ou nomenclatura que vier a ser adotada no texto definitivo). As linhas gerais do projeto indicam que os Estados-Partes deverão listar as exceções existentes e as exceções que serão estabelecidas futuramente. Após a entrada em vigor do tratado, nenhuma outra poderá ser criada ou ampliada, para tornar as existentes –ou futuras-, mais restritas.

350. Os artigos de número 13 a 15 tratam do mecanismo de solução de controvérsias sobre investimentos eventualmente geradas no âmbito da ALCA. Em termos gerais, o texto em discussão não inova. Obedece os moldes já adotados pelo NAFTA, ASEAN e pelo próprio Mercosul, ao estabelecer regras para a solução de litígios entre os Estados, de um lado, e regras de solução de litígios entre investidores provenientes de um Estado-Parte e o Estado-Parte receptor do investimento, de outro. Engana-se, porém, quem vê nessa divisão uma separação entre interesses públicos, de um lado, e interesses privados, de outro.²⁴⁴

351. A verdade é que a arbitragem entre investidores privados e o Estado anfitrião está tornando-se cada vez mais de interesse público, como demonstrado pelos casos decididos pelo CIRDI nos últimos dez anos. Essa mudança profunda trazida pela cristalização de um contencioso sobre investimentos seja talvez um dos fenômenos mais interessantes ocorridos recentemente no campo da arbitragem internacional. A repercussão das soluções de alguns dos casos submetidos à arbitragem considerada como privada, notadamente aqueles ocorridos no

²⁴³ Cf §106 do Capítulo 1.

²⁴⁴ “Outro ponto foi a determinação clara de arbitragem entre estados e entre empresas. Ou seja, o Brasil quer que a arbitragem ocorra somente entre países ou entre empresas. ‘O objetivo foi dividir o público do privado’, disse Lohbauer (Christian Lohbauer, gerente de relações internacionais da Fiesp e âncora do tema “solução de controvérsias”). *Gazeta Mercantil*, 14, 15, 16 e 17 de novembro de 2002, p.A-6.

âmbito do NAFTA, foi muito além do interesse individual dos investidores de que dele participaram. Os exemplos típicos dessa afirmação podem ser dados, na jurisprudência do CIRDI, pela referências aos casos *Metalclad* e *Waste Management*, ambos contra o México, em que questões de direito ambiental foram debatidas.

352. O contencioso internacional sobre investimento passa por um processo de publicização, termo esse entendido em dois sentidos: o primeiro, no sentido de que as matérias discutidas, bem como as decisões exaradas, passam a ter um alcance que vai além do interesse restrito das partes imediatamente envolvidas; o segundo, que o processo arbitral em si mesmo, vai perdendo o caráter confidencial que desde sempre lhe foi peculiar.

a. Certamente, uma das pedras angulares da arbitragem sempre foi a confidencialidade. Como manter confidencial as discussões que, embora iniciadas por um investidor privado, questionam matérias de interesse público? O sigilo nesses casos é alvo, inclusive, de severas críticas, por parte do público e das organizações não governamentais. Os debates no processo de recurso da *Metalclad* foram, por autorização judicial, filmados pela televisão canadense (GAILLARD, 2002, p. 195). Anteriormente, no mesmo caso *Metalclad*, o CIRDI já havia permitido que dois Estados membros do NAFTA que não eram parte do processo -Estados Unidos e Canadá-, pudessem submeter comentários com relação às questões de interpretação do tratado (*ibidem*), em cumprimento às disposições do artigo 1128 daquele acordo. Por sinal, uma das propostas em discussão no projeto da ALCA, repetindo as disposições daquele artigo do NAFTA, prevê a participação de Estados-Partes interessados no processo arbitral²⁴⁵.

b. Na opinião de Emmanuel Gaillard (*ibidem*), as exigências de transparência e disponibilidade de informações antes e durante os procedimentos (e não apenas *a posteriori*, com a publicação da sentença), em breve levará a adoção, pelo contencioso de investimentos, do instituto do *amicus curiae* —já adotado pelo contencioso internacional em geral, como demonstrado pela prática da CIJ.

²⁴⁵ “ [16. Participação de uma Parte: Prévia notificação escrita às partes litigantes, uma Parte poderá [apresentar comunicações a qualquer Tribunal estabelecido nos termos desta seção, sobre sua interpretação referente às disposições deste Capítulo que estejam sendo discutidas perante o referido Tribunal.][apresentar a um Tribunal seus pontos de vista sobre uma questão de interpretação desta Acordo.][apresentar documentos a um tribunal estabelecido segundo esta seção sobre questões de interpretação deste tratado, que estejam sendo discutidas perante o referido tribunal.]] “, p. 4.30.

c. As regras do Estado democrático acarretam obrigatoriamente a publicização do contencioso internacional sobre investimentos. Trata-se, por isso, de uma mudança de paradigmas que levará, certamente, a uma cisão entre a arbitragem comercial clássica e o contencioso sobre investimentos.

353. Esperando ter ficado esclarecido que a arbitragem entre investidores privados e respectivos Estados anfitriões é apenas aparentemente de caráter privado, retorna-se ao exame da organização do mecanismo de solução de conflitos adotada pelo projeto da ALCA. Trata-se de um sistema duplo, assentado em um eixo horizontal e em outro vertical. O primeiro diz respeito aos conflitos entre os Estados Partes; o segundo, àqueles entre investidores provenientes de um Estado Parte e o Estado Parte receptor do investimento.

354. Enquanto que o artigo 14, que se refere ao mecanismo de solução de controvérsias entre os Estados-Partes, é constituído por duas propostas simples e diretas – instituem a arbitragem como meio de solucionar esse tipo de questão e criam um fundo para cobrir as despesas, no caso do litígio envolver uma economia menor-, os artigos 15 e 16, que irão estabelecer as regras para o sistema vertical, consomem 16 páginas.

355. As propostas são muitas e de caráter diverso. Da mesma forma que foi estabelecido no caso do NAFTA, há três sugestões no sentido de estabelecer um prazo de prescrição de três anos para a apresentação da reclamação do investidor²⁴⁶. Essa limitação nunca existiu no CIRDI, que aceitou um pedido formulado pelo investidor, após dez anos da data em que a medida que lhe lesou foi tomado pelo Estado anfitrião²⁴⁷, nem na CIJ. Esta acatou a reclamação dos Estados Unidos, em nome da *Elsi*, 21 anos depois da data em que as medidas consideradas como expropriatórias foram tomadas pelo governo italiano²⁴⁸. Entretanto, limitar-se um prazo para o início do processo arbitral parece ser um elemento positivo, pois limitaria o uso político da arbitragem, como parece ter ocorrido nos dois casos citados.

356. Foram apresentadas propostas no sentido de conceder-se um período de consultas entre investidor e Estado, um prazo de seis meses para negociações e de 90 dias para

²⁴⁶ Ps. 4.20 e 4.21.

²⁴⁷ Para o resumo do caso, vide § 153, a., Capítulo 2.

²⁴⁸ Para o resumo do caso, vide § 69, a., da Introdução.

que aquele primeiro notifique este último de sua intenção a submeter a questão à arbitragem. Idênticas disposições, constam do acordo do NAFTA.

357. Também como no NAFTA, o texto ainda aponta várias opções para o regime de arbitragem a ser adotado: institucionalizado, como o CIRDI e seu Mecanismo Adicional, ou *ad hoc*. Neste último caso, as regras a serem seguidas seriam a da UNCITRAL. Ao mesmo tempo, há indicações no projeto da intenção de criar-se regras procedimentais próprias. As propostas ressaltam que os regulamentos acima citados serão aplicáveis desde que não estejam em conflito com as normas reunidas sob a rubrica "Condições de Procedimento". Estas estabelecem regras específicas sobre uma gama larga de pontos: prazos, notificações, lista de árbitros, escolha de árbitro à revelia de uma das partes, interpretação de anexos, relatório de peritos, medidas provisórias e cautelares a serem dadas por tribunais nacionais, laudo definitivo e execução da sentença arbitral. Caso essas condições forem aceitas no texto final, o mecanismo de solução de controvérsias da ALCA, à semelhança do NAFTA, será um mecanismo personalizado. Mesmo que contemple a remissão a normas padronizadas - como é o caso do regulamento do CIRDI ou da UNCITRAL - a aprovação dessas condições torna compulsório um processo de adaptação dos regulamentos padrão às condições exclusivas da ALCA.

358. Reiterando a marcante influência do capítulo 11, parte B, do acordo do NAFTA no projeto negociado para a ALCA, propõe-se que as decisões soberanas de um Estado, no sentido de restringir certo investimento em seu território, sob a alegação de motivos de segurança nacional, não estará sujeita ao mecanismo de solução ora em análise (artigo 1138 do NAFTA, item 28, p. 4.36 do projeto da ALCA). Por outro lado, o projeto da ALCA difere-se daquele, invocando o velho espírito da proteção diplomática, quando estabelece que, até a sentença final que encerre o processo arbitral, os Estados-Partes diretamente nele envolvidos irão se abster de utilizar canais diplomáticos para discutir assuntos a ele relacionados. Em contrário, há uma proposta no sentido de que, em caso da não execução da sentença, será permitido o recurso aos meios diplomáticos.

359. O círculo iniciado no artigo 1 - em que se frisou a importância das definições para a caracterização do campo de aplicação do regime regional sobre investimentos a ser estabelecido pela ALCA -, é encerrado pelo artigo 16. Sob o título de "Definições básicas",

além das definições de investidor e investimento, já abordadas, contempla outros termos necessários ao estabelecimento daquele regime.

360. Em seguida, diferentemente do que dispõe o NAFTA, o projeto da ALCA inclui, por meio do artigo 17, o dever da transparência a ser seguido pelos Estados. Tudo leva a crer que o motivo para isso pode ter sido a decisão final no caso *Metalclad* contra o México²⁴⁹. Nesta, em nível de recurso, os tribunais canadenses reduziram o valor da indenização a ser paga pelo México ao investidor norte-americano, aceitando a alegação de que o dever de transparência não havia sido estabelecido pelo capítulo 11, específico sobre investimentos. Por isso, o investidor não poderia ter tido acesso direto à justiça internacional, como de fato teve. Esse dever de transparência do Estado com relação ao investidor já foi anteriormente reconhecido no capítulo 2 das Diretivas do Banco Mundial²⁵⁰. De qualquer forma, por esta ou por outra razão, o dever de transparência, se aceita esta proposta, será incluído no estatuto sobre os investimentos da ALCA.

361. Os artigos 18 e 19 introduzem a vedação de que os países, no afã de atrair investimentos, relaxem seus padrões trabalhistas ou suas posturas internas a respeito da preservação do meio ambiente. Uma regra que impede que as normas ambientais sejam abrandadas com a finalidade de promover o investimentos foi incluída no acordo do NAFTA (artigo 1114). Com relação a manutenção dos padrões trabalhistas, com o objetivo de proteger as economias menores, uma das propostas cria um Fundo Regional de Integração para a formação profissional com vistas a aumentar a produtividade dos trabalhadores e a competitividade das empresas associadas.

362. O artigo 20, sobre a relação do capítulo de investimentos com outros capítulos, repete as disposições do artigo 1112 do NAFTA: caso houver incompatibilidade entre o capítulo sobre investimentos e outro capítulo, irá prevalecer o disposto neste último.

363. A proposta para o artigo seguinte, sob o título de "Aplicação extraterritorial de leis em matéria de investimentos", irá revestir-se de importância nas negociações. Isso porque será um freio na tradição norte-americana de promulgar leis domésticas cujo alcance, em virtude do poder econômico dos Estados Unidos, ultrapassa suas fronteiras. Em matéria de

²⁴⁹ Para resumo do caso, vide § 113, Capítulo 1.

²⁵⁰ Cf. § 145

investimentos, como já visto neste trabalho, tiveram efeitos extraterritoriais a Emenda *Hickenlooper*²⁵¹, o ato que congelou os bens iranianos fora do Irã, depositados em bancos norte-americanos, em represália à invasão da embaixada norte-americana em Teerã – origem do Tribunal Irã-Estados Unidos²⁵² - e a Emenda *Helms Burton*²⁵³.

364. Encerrando o capítulo, o artigo 22 repete o que já constou do artigo 1111 do NAFTA. Sob o título “Formalidade especiais e requisitos de informação”, o artigo referenda o poder do Estado de legislar sobre as condições que norteiem o investimento em seu território, desde que sem prejuízo da proteção por ele oferecida ao investidor ou ao investimento de outro Estado-Parte e dentro das condições estabelecidas por este capítulo do tratado da ALCA. Além disso, sem prejuízo das disposições estabelecidas pelos princípios do tratamento nacional e aquele da nação mais favorecida, o Estado sempre poderá solicitar ao investidor estrangeiro informações sobre os investimentos feitos em seu território. Essas informações serão guardadas em caráter confidencial e poderão ser utilizadas para fins de estudos e de estatística.

365. Como já foi alertado no início, as propostas aqui analisadas trataram-se mais de possibilidades do que dados já concretizados. Ou, no dizer de Vieira, já citado quando da análise dos Protocolos de Colônia e de Buenos Aires, de um projeto de um instrumento normativo (1999, p. 392). A análise indicou que, por ora, o capítulo sobre investimentos do projeto da ALCA aproxima-se do capítulo 11 do NAFTA, passando ao largo daqueles dois Protocolos, celebrados no âmbito do Mercosul. Agora, se isso será mantido nos próximos dois anos de negociação, será uma outra história, que fica para uma outra vez.

²⁵¹ Cf. § 286, a, do Capítulo 5.

²⁵² Cf. § 56, da Introdução.

²⁵³ Cf. § 160 do Capítulo 2.

CONCLUSÃO

363. É cedo para tirar-se conclusões acerca do regime de investimentos analisados nesta segunda parte do trabalho. Tanto os Protocolos do Mercosul como o texto do projeto da ALCA são instrumentos de uma certa forma inacabados. Foram incluídos neste trabalho pois seria impossível imaginar um estudo feito no Brasil sobre a matéria em tela que ignorasse esses três projetos normativos, envolvendo diretamente interesses nacionais..

364. Embora tenha sido saudado, inclusive pela doutrina internacional, como uma importante manifestação regional do regime internacional aplicável aos investimentos²⁵⁴, o estatuto esboçado pelos Protocolos de Colônia e de Buenos Aires nunca saiu do papel. Ambos, além de estar à espera das devidas ratificações, há três anos estão sob o crivo de novas análises por parte do GMC 12²⁵⁵.

365. Se o Tratado da Carta de Energia, como já visto no Capítulo 3, inovou ao estabelecer sua eficácia imediata, independente das ratificações²⁵⁶, os Protocolos do Mercosul ativeram-se às regras tradicionais do direito dos tratados, vinculando sua entrada em vigor à ratificação dos Estados signatários. Portanto, não surtem qualquer efeito até que aqueles os tenham ratificado.

366. Por outro lado, as análises do GMC 12 poderão eventualmente sofrer a influência da retirada, pelo Executivo brasileiro, dos acordos bilaterais sobre investimentos do Congresso Nacional, onde aguardavam a ratificação²⁵⁷. Isso por que os instrumentos de Colônia e de Buenos Aires contêm disposições muito semelhantes às daqueles acordos bilaterais, inclusive no que diz respeito à indenização e ao acesso do investidor à arbitragem internacional. Estas foram apontadas pelas autoridades brasileiras como o motivo que justificou o rompimento de atos já assinados internacionalmente, em nível bilateral

367. De todo modo, o futuro do regime regional dos investimentos no Mercosul passa obrigatoriamente por um duplo desafio: o da recuperação das economias abrangidas por

²⁵⁴ por exemplo, SACERDOTI, 1998, p.334 e 335; WÄLDE, 1999, p.4.

²⁵⁵ cf. § 322, do Capítulo 5.

²⁵⁶ cf § 195 do Capítulo 3 .

²⁵⁷ cf § 246 do Capítulo 4.

ele e o do resgate da credibilidade da própria organização. A ASEAN²⁵⁸ -outra organização de integração econômica regional que pode servir de ponto de comparação para o Mercosul-, apesar dos abalos econômicos sofridos na segunda metade da década de 1990, aprofundou seu estatuto regional sobre os investimentos. Além disso, no decorrer de um processo crescente de adesões -que culminou com a assinatura de um acordo de associação com a China e de sua aproximação do Japão e da Coreia, no final de 2002²⁵⁹ -, a área de abrangência da ASEAN expandiu-se, no decorrer da última década.

368. Na ALCA, por sua vez, o regime de investimentos está em caráter embrionário. Com relação à questão dos investimentos, pelas manifestações recentes de dois de seus mais significantes parceiros – Estados Unidos e Brasil – é difícil prever qual será o texto final. A título de ilustração, tome-se o caso das TRIM's: o Brasil propôs uma revisão dessas medidas junto à OMC²⁶⁰. Ora, muitas das propostas no texto da ALCA vão além das TRIM's desta última organização. Por seu turno, as TRIM's no NAFTA seguem um nível mais elevado de exigência do que as da OMC. Os Estados Unidos, certamente, não aceitariam uma mudança no acordo com a ALCA para a adoção de níveis inferiores.

369. A revisão dos acordos bilaterais sobre investimentos já celebrados pelo Brasil, acima mencionada, além de criar uma dúvida com relação à manutenção das obrigações contratadas no âmbito dos dois protocolos do Mercosul, se obedecida a lógica, deverá criar um impasse com relação às cláusulas a serem acordadas no capítulo de investimentos da ALCA. É válido presumir-se que, no entender dos Estados Unidos, o acordo da ALCA deveria, no mínimo, repetir os princípios gerais incorporados não apenas nos instrumentos bilaterais sobre investimentos já em vigor, mas também no NAFTA e em outros acordos de livre comércio, quer aqueles assinados pelos Estados Unidos -como o acordo com o Chile, de 8 de dezembro de 2002 -, quer aqueles em processo de negociação, como é o caso

²⁵⁸ Vide § 117 e seguintes do Capítulo 2.

²⁵⁹ O acordo de associação Asean e China foi celebrado em 5 de novembro de 2002. Na mesma data, organizaram-se conferências nas quais se discorreram sobre planos conjuntos denominados Asean + 3 (Asean mais China, Japão e Coreia). Disponível em <<http://www.aseansec.org/13188.htm>>. Acesso em 25 de jan. de 2003.

²⁶⁰ *Gazeta Mercantil*, 15 de out. 2002, os. A-1 e A-4; reapresentação do pedido noticiada na mesma publicação, em 21 de novembro de 2002, p. A-1 e A-7.

do instrumento em fase de discussão com os países da América Central ²⁶¹. Entre esses princípios encontram-se consagrados o acesso direto do investidor à arbitragem internacional e o pagamento imediato da indenização devida. Novamente, o pomo da discórdia alegado pelo governo brasileiro.

370. Respeitada toda a precariedade que envolve o texto objeto das negociações atuais sobre a ALCA e comparando-o com os dois protocolos do Mercosul, de um modo geral pode-se afirmar que estes últimos estão próximos dos modelos de acordos bilaterais firmados nas décadas de 1980 e 1990. Por isso, seu foco primordial é a questão da segurança e proteção dos investimentos. O projeto da ALCA, por sua vez, já refletindo a tônica adotada pelos regimes multilaterais sobre os investimentos – tal como espelhada na tentativa frustrada do MAI e no sucesso relativo das TRIM's da OMC – embora confira espaço à questão da segurança, amplia seu foco de interesse e dirige-o para a temática da mobilidade dos investimentos, ou seja, o livre acesso aos mercados e a livre circulação dos investimentos. Daí a importância dada, por exemplo, à extensão do tratamento nacional desde o instante da admissão do investimento estrangeiro no país receptor e à proibição de medidas que distorçam a liberdade dos fluxos comerciais (obrigações de desempenho ou conteúdo local), proibição essa que implica na adoção das TRIM's.

371. Fora essas reflexões de caráter genérico, em razão da transitoriedade assumida por esses dois regimes, no momento, torna-se difícil qualquer afirmação mais conclusiva. Sob o signo do provisório, conclusões cedem lugar a adivinhações. E estas, na maior parte das vezes, não se confirmam.

²⁶¹ Foi muito comentada a assinatura, em 11 de dezembro de 2002, do acordo de livre comércio entre os Estados Unidos e o Chile. Até então, os Estados Unidos mantinham acordos de livre comércio com 4 países: Canadá e México, nos quadros do NAFTA, Israel e Jordânia. O acordo com o Chile já é apresentado como o primeiro passo para a efetivação da ALCA. O segundo, será a conclusão, em dezembro próximo, de um acordo semelhante com os países da América Central, cuja negociação teve início em janeiro de 2003. Embora não se tenha localizado o texto completo do acordo com o Chile, um sumário foi publicado em <http://www.ustr.gov> (Acesso em 25 de jan. de 2003). Esse documento -que segue o esquema amplo adotado pelo NAFTA - incorpora, além das disposições clássicas sobre comércio de bens e serviços, cláusulas sobre regime de propriedade intelectual, direitos autorais, políticas contra corrupção, normas sobre a transparência e regras sobre investimentos.

**ANEXO1 – LISTA DOS CASOS SUBMETIDOS AO CIRDI E
CONCLUÍDOS, EM ORDEM CRONOLÓGICA DE REGISTRO DO
CASO¹.**

1. **Holyday Inns S.A e outros contra Marrocos (Caso ARB/72/1)** – assunto: empresa conjunta visando a construção de um hotel. Concluído mediante acordo entre as partes, aprovado pelo tribunal, em 17 de outubro de 1978.²

2. **Adriano Gardella S.p.A. contra Costa do Marfim (Caso ARB/74/1)** – assunto: produção de fibras e produtos têxteis. Sentença de 29 de agosto de 1977.
Publicação: trechos da versão inglesa do original em francês da sentença no **ICSID Rep.**, vol.1, 1993, p.283.

3. **Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. contra Jamaica (Caso ARB/74/2)** – assunto: mineração de bauxita. Concluído mediante acordo entre as partes, aprovado pelo tribunal em 27 de fevereiro de 1977.
Publicação: da decisão sobre jurisdição do CIRDI, em 6 de julho de 1975, no **Y.B.Com.Arb.**, vol.4, 1979, p.206 (trechos).

4. **Kaiser Bauxite Company contra Jamaica (Caso ARB/74/3)** – assunto: mineração de bauxita. Concluído mediante acordo entre as partes, aprovado pelo tribunal em 27 de fevereiro de 1977.
Publicações: da decisão sobre a jurisdição do CIRDI, em 6 de julho de 1975, no **ICSID Review**, vol. 1, 1993, p.296; **ILR**, vol.114, 1999, p.144.

5. **Reynolds Jamaica Mines Limited e Reynolds Metals Company contra Jamaica (Caso ARB/74/4)** – assunto: mineração de bauxita. Concluído mediante pedido da autora, aprovado pelo tribunal, em 12 de outubro de 1977 .

¹ Com base na lista de casos disponível em www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm. Acesso em 28 de outubro de 2002.

² Comentários e trechos da sentença em **LALIVE**, 1980, p.123 e seguintes.

6. **Gabão contra Société Serete S.A. (Caso ARB/76/1)** – assunto: constru  o de uma ala para maternidade em hospital. Concluído mediante acordo entre as partes, aprovado pelo tribunal, em 27 de fevereiro de 1978.

7. **AGIP S.p.A. contra República do Congo (Caso ARB/77/1)** – assunto: sociedade para a distribui  o de petróleo. Sentença de 30 de novembro de 1979.

Publica  o es: sentença publicada na **Rivista di diritto internazionale**, vol.64, 1981, p.863; do resumo da sentença, com comentários de Batifol, em **RCDIP.**, vol. 71, 1982, p.92; versão inglesa do original em francês no **ILM.**, vol.21 e **ICSID Rep.**, vol.1, 1993, p.306.

8. **S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant contra a República do Congo (Caso ARB/77/2)** – assunto: produ  o de garrafas de plástico. Sentença de 8 de agosto de 1980.

Publica  o es: da versão inglesa da sentença original em francês em **ILM.**, vol.21, 1982, p.740, com as retifica  o es publicadas no mesmo número, p.1478; **Y.B.Com.Arb.**, vol.8, 1983, p.144; **ILR**, vol. 67, 1984, p.345; **ICSID Rep.**, vol.1, 1993, p.330.

Tribunais nacionais: Tribunal de Grande Instância, Paris, sentença de 23 de dezembro de 1980, **Revue de l'arbitrage**, 1982, p.205. Tribunal de Grande Instância, Paris, sentença de 13 de janeiro de 1981, **JDI**, vol.108, 1981, p.365; **Revue de l'arbitrage**, 1982, p.206; versão inglesa do original em francês no **ILR**, vol.65, 1984, p.91 e **ICSID Rep.**, vol. 1, p.369, 1993. Corte de Apela  o de Paris, decisão de 26 de junho de 1981, **JDI**, vol.108, 1981, p.843; **Revue de l'arbitrage**, 1982, p.207, **RCDIP**, vol.71, 1982, p.379; versão inglesa do original em francês no **ILM**, vol.20, 1981, p.878; **Y.B.Com.Arb.**, vol 7, 1982, p.159 (trechos); **ILR**, vol.65, 1984, p.88; **ICSID Rep.**, vol1, 1993, p.369.

9. **Guadalupe Gás Products Corporation contra Nigéria (Caso ARB/78/1)** – assunto: produ  o e venda de gás liquefeito natural. Concluído mediante acordo entre as partes, aprovado pelo Tribunal em 22 de julho de 1980.

10. **Amco Ásia Corporation e outros contra a República da Indonésia (Caso ARB/81/1)** – assunto: constru  o e administra  o de um hotel.

1.^a fase – (encerrada pela sentença de 20 de novembro de 1984): sentença sobre a jurisdi  o do CIRDI, de 25 de setembro de 1983: **ILM**, vol.23, 1984, p.351; **Y.B.Com.Arb.**, vol. 10, 1985, p.61 (trechos); **ILR.**, vol. 89, 1992, p.379; **ICSID Rep.**,

vol.1, 1993, 389; versão em francês do original inglês na *Revue de l'arbitrage*, 1985, p.259 (trechos) e *JDI*, vol.113, 1986, p.202.

Decisão de 9 de dezembro de 1983 sobre o pedido de medidas cautelares: *ILM*, vol.24, 1985, p.365; *Y.B.Com.Arb.*, vol.11, 1986, p.159 (trechos); *ILR*, vol.89, 1992, p.402; *ICSID Rep.*, vol.1, 1993, p.410.

Sentença de 20 de novembro de 1984: *ILM*, vol.24, 1985, p.1022(trechos); *Int'l Arb.Rep*, vol.1, 1986, p.601; *ILR*, vol.89, 1992, p.405; *ICSID Rep.*, vol.1, 1993, p.413; versão em francês do original em inglês no *JDI*, vol.114, 1987, p.145 (trechos).

2ª. fase: Processo de anulação da sentença proferida em 20 de novembro de 1984. Anulação concedida por sentença em 16 de maio de 1986, publicada no *ILM*, vol.25, 1986, p.1439; *Int'l Arb. Rep.*, vol.1, 1986, p.649; *Y.B.Com.Arb*, vol.12, 1987, p.129; *ILR*, vol. 89, 1992, p.514, *ICSID Rep.*, vol.1, 1993, p.509; versão em francês do original em inglês no *JDI*, vol.114, 1987, p.175 (trechos).

3ª. fase: Reapresentação do caso ao CIRDI – decisão sobre a competência do CIRDI, em 10 de maio de 1988: *ICSID Rev*, vol.3, p.166, 1988; *ILM*, vol.27, p.1281, 1988; *Int'l Arb. Rep*, vol.3, n.6, Sec. A, junho de 1988; *Y.B.Com.Arb*, vol.14, p.92, 1989 (trechos); *ILR*, vol.89, p.552, 1992; *ICSID Rep.*, p.543, 1993; versão francesa do original em inglês em *JDI*, vol. 116, p.143, 1989 (trechos).

Sentença final sobre o mérito em 5 de junho de 1990 e decisão complementar e de ratificação de 17 de outubro do mesmo ano: *Int'l Arb. Rep.*, vol.5, n.11, Sec. D, novembro de 1990; *Y.B.Com.Arb.*, vol.17, p.73, 1992 (trechos); *ILR*, vol. 89, p.580, 1992; *ICSID Rep* , vol.1, p.569, 1993; tradução francesa do original em inglês em *JDI*, vol.118, p.172, 1991 (trechos).

4ª. fase: Segundo processo de anulação – foi rejeitado pelo tribunal o pedido de anulação da sentença, em 17 de dezembro de 1992

11. Klöckner Industrie-Anlagen GmbH e outros contra a República dos Camarões (Caso ARB/81/2) – assunto: construção e operação de uma fábrica de fertilizantes.

1ª. fase: encerrada com sentença proferida em 21 de outubro de 1983, acompanhada de voto dissidente de um dos árbitros.

Publicações: da sentença, em *Revue de l'arbitrage*, 1984, p.19 (trechos); *JDI*, vol.111, 1984, p.409; versão em inglês de trechos do original em francês no *JIA*, vol.1, 1984, p.145; *Y.B.Com.Arb.*, vol.10, 1985, p.71. *ICSID Rep.*, vol.2, 1994, p.9 (trechos); *ILR*, vol.114, 1999, p.157 (trechos). Do voto dissidente: *JDI*, vol.111, 1984, p.441 (trechos); versão em inglês de trechos do original em francês no *J.Int'l Arb*, vol.1, 1984, p.332; *ICSID Rep.*, vol.2, 1994, p.77 (trechos). Do voto dissidente: *JDI*, vol.111, 1984, p.441; versão em inglês do original em francês no *JIA*, vol.1, 1984, p.332 (trechos) e no *ICSID Rep.*, vol.2, 1994, p.77 (trechos).

2ª. fase – Processo de anulação da sentença anterior: sentença anulatória de 3 de maio de 1985, publicada no *JDI*, vol. 114, 1983, p.163 (trechos); versão em inglês do original em francês na *ICSID Review*, vol.1, 1986, p.89; *Y.B.Com.Arb.*, vol.11, 1986, p.162 (trechos); *ICSID Rep.*, vol.2, 1994, p.95; *ILR*, vol.114, 1999, p.243.

3ª. fase – Reapresentação do caso: decisão rejeitando o pedido de anulação das partes de 17 de maio de 1990.

12. Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (Soabi) contra Senegal (Caso ARB/82/1) – assunto: construção de casas populares.

1ª. fase: encerradas com a sentença proferida em 25 de fevereiro de 1988, acompanhada de voto dissidente.

Publicação: *JDI*, vol. 117, 1990, p.192 (trechos). *ICSID Review*, vol. 6, 1991, p.125; versão em inglês de trechos do original em francês no *Y.B.Com.Arb*, vol 17, 1992, p.42; *ICSID Rep.*, vol.2, 1994, p.164.

Tribunais nacionais: Corte de apelação de Paris, sentença de 5 de dezembro de 1989, *JDI*, vol.117, 1990, p.141; *Revue de l'arbitrage*, 1990, p.164; *RCDIP*, vol.80, 1991, p.121; versão em inglês do original em francês, *ICSID Review*, vol.5, 1990, p.135; *ILM*, vol. 29, 1990, p.1341; *ICSID Rep.*, vol.2, 1994, p.337; *ILR*, vol. 113, 1999, p.440. Corte de Cassação, França, sentença de 11 de junho de 1991, publicada no *ICSID Rev.*, vol.6, 1991, p.598; *JDI*, vol 188, 1991, p.1005; *Revue de l'arbitrage*, 1991, p.637; *RCDIP.*, vol.81, 1992, p.331; versão em inglês do original em francês no *ILM*, vol.30, 1991, p.1169; *ISID Rep.*, vol.2, 1994, p.341; *ILR*, vol.113, 1999, p.444 (trechos).

13. SEDITEX Engineering Beratungsgesellschaft für die Textilindustrie m.b.H. contra a República de Madagascar (Caso CONC/82/1) – assunto: empresas têxtil.

Concluído por acordo entre as partes, em 20 de junho de 1983, antes da constituição do Tribunal.

14. Swiss Aluminium Limited e Icelandic Aluminium Company Limited contra a Islândia (caso ARB/83/1) – assunto: fundição de alumínio. Concluída mediante acordo entre as partes, conforme nota do Secretário Geral do CIRDI, emitida em 6 de março de 1985.

15. Liberian Eastern Timber Corporation contra a República da Libéria (Caso ARB/83/2) – assunto: concessão florestal.

1ª. fase: sentença proferida em 31 de março de 1986, retificada por sentença de 10 de junho de 1986.

Publicações (da sentença e de sua retificação): *ILM*, vol.26, 1987, p.647; *Y.B.Com.Arb.*, vol.13, 1988, p.35 (trechos); *ILR*, vol. 89, 1992, p.313; *ICSID Rep.*, vol.2, 1992, p.346; versão em francês de trechos do original em inglês no *JDI*, vol.115, 1988, p.167.

Tribunais nacionais: United States District Court, Southern District of New York, decisão de 5 de setembro de 1986, *ICSID Review*, vol.2, 1987, p.187; *ICSID Rep.*, vol.2, 1994, p.384.

United States District Court, Southern District of New York, decisão de 12 de dezembro de 1986, *Federal Supplement (F.Supp.)*, vol. 650, 1986, p.73; *ICSID Review*, vol.2, 1987, p.188; *ILM*, vol.26, 1988, p.695; *Int'l Arb. Rep.*, vol.2, 1987, p.45; *ILR*, vol.89, 1992, p.355; *ICSID Rep.*, vol.2, 1994, p.385.

United States District Court, District of Columbia, decisão de 16 de abril de 1987, *F.Supp.*, vol.659, 1987, p.606; *ICSID Review*, vol. 3, 1988, p.161; *ILR.*, vol.89, 1992, p.360; *ICSID Rep.*, vol.2, 1994, p.391.

16. Tesoro Petroleum Corporation contra Trinidad e Tobago (caso CONC/83/1) – assunto: pesquisa e exploração de petróleo. Concluído mediante decisão de conciliação acatada pelas partes, em 27 de novembro de 1985.

17. Atlantic Triton Limited contra República de Guiné (caso ARB/84/1) – assunto: contrato de conversão, equipamento e operação de navios pesqueiros. Concluído perante o CIRDI por sentença de 21 de abril de 1986. O caso, no entanto, foi objeto de discussões

nos tribunais franceses, que foram concluídas pela sentença da Corte de Cassação de 18 de novembro de 1986.

Publicações: da sentença de 21 de abril de 1986, **JDI**, 115, 1988, p.181 (trechos); da versão em inglês do original em francês no **ICSID Rep.**, vol.3, 1995, p.13.

Das decisões dos tribunais nacionais: a) Corte de apelação de Rennes, decisão de 26 de outubro de 1984, em **JDI**, vol.112, 1985, p.925; **Révue d'arbitrage**, 1985, p.439; da versão em inglês do original em francês, no **ILM**, vol.24, 1985, p.340; **News from ICSID**, n.2, 1985, p.7 (trechos); **Y.B.Com.Arb.**, vol.11, p.215; **ILR**, vol.82, 1990, p.77 (trechos); **ICSID Rep.**, vol.3, 1995, p.4 (trechos); b) Corte de Cassação, França, decisão de 18 de novembro de 1986, **ICSID Review**, vol.2, 1987, p.182; **JDI**, vol.114, 1987, p.125; **RCDIP**, vol.76, 1987, p.760; **Int'l Arb. Rep.**, vol.2, 1987, p.21; **Swiss Arb.A.Bull**, 1987, p.162 (trechos); **DPCI**, vol.14, 1988, p.487; versão em inglês do original em francês, **Y.B.Com.Arb.**, vol.12, 1987, p.103; **Int'l Arb. Rep.**, vol.2, 1987, p.25; **ILM**, vol.26, 1987, p.373; **ILR**, vol.82, 1990, p.83; **ICSID Rep.**, vol.3, 1995, p.10.

18. **Colt Industries Operating Corporation contra a República da Coreia (Caso ARB/84/2)** – assunto: acordos técnicos e de licenciamento para a produção de armas. Concluído mediante acordo entre as partes, aprovado pelo Tribunal, em 3 de agosto de 1990.

19. **Southern Pacific Properties (Middle East) contra a República Árabe do Egito (caso ARB/84/3)** – assunto: desenvolvimento de projeto turístico.

1ª. fase do processo: encerrada pela sentença proferida em 20 de maio de 1992, acompanhada do voto dissidente.

Publicações: sentença sobre a jurisdição do CIRDI, de 27 de novembro de 1985, **Y.B.Com.Arb.**, vol.16, 1991, p.19 (trechos); **ICSID Rep.**, vol.3, 1995, p.112; tradução em francês de trechos do original em inglês, **JDI**, vol.121, 1994, p.219.

Decisão sobre a competência do CIRDI e voto dissidente de 14 de abril de 1988: **Y.B.Com.Arb.**, vol. 16, 1991, p.28 (trechos); **ICSID Rep.**, vol.3, 1995, p.131; tradução em francês de trechos do original em inglês no **JDI**, vol. 121, 1994, p. 220.

Sentença e voto dissidente de 20 de maio de 1992: **ICSID Review**, vol.8, 1993; **ILM**, vol.32, 1993, p.933, retificada pela **ILM**, vol.32, 1993, p.1470; **Int'l Arb.Rep.**, vol.8,n.8, Sec. A (agosto de 1993); **Y.B.Com.Arb.**, vol.19, 1994, p.51 (trechos); **ICSID Rep.**, vol.3,

1995, p.189; tradução em francês de trechos do original em inglês no **JDI**, vol. 121, 1994, p.229.

2ª. fase – Processo de anulação: encerrado mediante acordo assinado entre as partes, em 9 de março de 1993, conforme nota emitida pelo Comitê *ad hoc* constituído para julgar o pedido de anulação, de acordo com o artigo 43 (1) do Regulamento de Arbitragem.

20. Maritime International Nominees Establishment contra a República da Guiné (Caso ARB/84/4) – assunto: empresa conjunta de transporte de bauxita.

1ª. fase: encerrada com a sentença proferida em 6 de janeiro de 1988.

Publicações: **Int'l Arb. Rep.**, vol. 3, n.1, Séc. A (Jan.1988); **Y.B.Com.Arb.**, vol.14 (1989), p.82 (trechos); **ICSID Rep.**, vol.4 p. 61, 1997.

2a. fase (questionamento levado junto às cortes nacionais) United States District Court, Distrito de Columbia, decisão de 12 de janeiro de 1981, **F.Supp.**, vol. 505, 1981, p.141; **ILM.**, vol.20, 1981, p. 666; **ILR.**, vol.63, 1982, p.535; **ICSID Rep.**, vol.4, 1997, p.3.

United States Court of Appeals, Distrito de Circuito de Columbia, decisão de 12 de novembro de 1982, **Federal Reporter Second Series (F.2d)**, vol. 693, 1982, p.1094; **ILM**, vol.121, 1982, p.1355; **ILR**, vol.72, 1987, p.152; apelo negado, Supreme Court Reporter (S.Ct.) vol.104, 1983. vol.71; **ICSID Rep.**, vol.4, 1997, p.8.

Tribunal de 1ª. Instância da Antuérpia, sentença de 27 de setembro de 1985, tradução em inglês dos originais em holandês, **ILM.**, vol ,24, 1985, p.1639; **ICSID Review**, vol.1, 1986, 380; **News from ICSID**, vol.3, n.2, 1986, p.5 (trechos); **Y.B. Com.Arb.**, vol.12, 1987, p.181 (trechos); **ICSID Rep.**, vol. 4, 1997, 32 (trechos).

Tribunal federal suíço, decisão de 14 de dezembro de 1985, **Swiss Arb. A.Bull.**,1987, p.26 (trechos); **Annuaire suisse de droit international**, vol. 41, 1986, p.69 (trechos); versão inglesa do original em francês no **Int'l Arb. Rep.**, vol.1, 1986, p.257; **ICSID Rep.**, vol. 4, 1997, p. 39 (trechos).

Tribunal de 1a. instância, Genebra, decisão de 13 de março de 1986, **Swiss Arb. A.Bull.**, 1987, p.28 (trechos); versão inglesa do original em francês, **ICSID Rev.**, vol.1, 1986, p. 383; **News from ICSID**, vol.3, n. 2, 1986, p.5 (trechos); **ICSID Rep.**, vol.4, 1997, p.41 (trechos).

Autorité de surveillance des offices de poursuite pour dettes e de faillite, Genebra, decisão de 7 de outubro de 1986, **ICSID Review**, vol.2, 1987, p.170; **Swiss Arb. A.Bull.**, 1987, p. 33 (trechos). **ICISD Rep.**, vol.4, 1997, p.45 (trechos); versão inglesa dos originais em francês, **ILM**, vol.26, 1987, p.383, 1987.

3ª. fase – Processo de anulação: sentença de 22 de dezembro de 1989, anulando parcialmente a sentença anteriormente proferida.

Publicações: decisão de 22 de dezembro de 1989 do comitê *ad hoc* em **ICSID Review**, vol.5, 190, p.95; **Int'l Arb. Rep.**, vol. 5, n.2, at Sec.E (fev.1990); **Y.B.Com.Arb.**, vol.16, 1991, p.40 (trechos); **ICSID Rep.**, vol 4, 1997, p.79; tradução para o francês de trechos do original em inglês, **JDI**, vol. 118, 1991, p.116 (trechos).

4ª. fase – Reapresentação do caso: encerrado mediante acordo entre as partes, conforme nota emitida pelo Secretário Geral, em 20 de novembro de 1990.

21. **Ghaith R.Pharaon contra a República da Tunisia (Caso ARB/86/1)** – assunto: projetos de turismo e de criação de um *resort*. Concluído mediante acordo entre as partes, aprovado pelo Tribunal, em 21 de novembro de 1988.

22. **Société d'Etudes de Travaux et de Gestion SETIMEG S.A. contra a República do Gabão (Caso ARB/ 87/1)** – assunto: reestruturação de um complexo residencial e administrativo. Concluído mediante acordo entre as partes, aprovado pelo tribunal em 21 de janeiro de 1993.

23. **Mobil Oil Corporation e outros contra a Nova Zelândia (Caso ARB/87/2)** – assunto: projeto para a produção de combustíveis sintéticos. Caso resolvido mediante acordo entre as partes, conforme nota emitida pelo tribunal em 26 de novembro de 1990. Publicações: decisão de 4 de maio de 1989 sobre as responsabilidades envolvidas e a interpretação de outras questões: **ICSID Rep.**, vol. 4, 1997, p.140. Tribunais nacionais: decisão da Alta Corte da Nova Zelândia, **ICSID Review**, 1987, p.497; **ICSID Rep.**, vol.4, 1997, p.117; **ILR**, vol. 118, 2001, 622.

24. **Asian Agricultural Products Limited contra a República Social Democrática do Sri Lanka (Caso ARB/97/3)** – assunto: fazenda conjunta para a criação de camarões. Concluído por sentença de 27 de junho de 1990, acompanhada de voto dissidente de um dos árbitros.

Publicações (da sentença e do voto dissidente): **ICSID Review**, vol.6, p.526; **ILM**, vol.30, 1991, p.577; **Int'l Arb. Rep.**, vol 6, n.5, Sec. A (maio 1991); **Y.B.Com.Arb.**, vol. 17,

1992, p.106, (trechos); **ICSID Rep.**, vol.4, 1997, p.246; versão em francês do original em inglês no **JDI**, vol.119, 1992, p.217.

25. **Occidental of Pakistan, Inc. contra República Islâmica do Paquistão (caso ARB/87/4)** – assunto: contrato de concessão de petróleo. Concluído mediante acordo entre as partes e pedido formulado pela autora, aprovado pelo tribunal em 27 de janeiro de 1989.

26. **Manufacturers Hanover Trust Company contra a República Árabe do Egito e a Autoridade Geral para Investimentos e Zonas Livres (Caso ARB/89/1)** – assunto: operação de filial bancária. Concluído mediante acordo entre a autora e um dos réus, aprovado pelo tribunal em 24 de junho de 1993.

27. **Vaccum Salt Products Ltd. contra República de Gaba (Caso ARB/92/1)** – assunto: exploração de uma mina de sal. Encerrado pela sentença de 16 de fevereiro de 1994, em que a competência do CIRDI para julgar o litígio foi declinada (anterior a essa sentença, foi preferida uma outra, em 14 de junho de 1993, sobre o pedido de medidas cautelares). Publicações: decisão de 14 de junho de 1993, sobre o pedido de medidas cautelares, **ICSID Rep.**, vol.4, 1997, p.323. Da sentença de 16 de fevereiro de 1994, **ICSID Review**, vol.9, 1994, p.72; **Int'l Arb. Rep.**, vol.9, n.4, Sec.B (abril 1994); **Y.B.Com.Arb.**, vol.20, 1995, p.11 (trechos); **ICSID Rep.**, vol.4, 1997, p. 329; tradução para o francês de trechos do original em inglês, **JDI**, vol.122, 1995, p.162 (trechos).

28. **Scimitar Exploration Limited contra Bangladesh e Bangladesh Oil, Gás e Mineral Corporation (Caso ARB/92/2)** – assunto exploração de petróleo e desenvolvimento. Sentença declinando a competência do CIRDI em 4 de maio de 1994.

29. **American Manufacturing & Trading Inc. contra a República do Congo (Caso ARB/93/1)** – assunto: empresa de *trading* e manufatura.

1ª. fase – Encerrada com a sentença de 21 de fevereiro de 1997. ✓

Publicações: original em inglês na **ILM**, vol. 36, 1997, p.1534; **Int'l Arb. Rep.**, vol. 12, n.4, Sec. A (abril de 1997); **Y.B.Com. Arb.**, vol. 22, 1997, p.60 (trechos); original em francês, **JDI** Vol. 125, 1998, p.243.

2ª. fase – Processo de revisão da sentença: encerrado mediante acordo entre as partes, conforme nota emitida, em 26 de julho de 2000, pelo tribunal.

30. **Philippe Gruslin contra a Malásia (Caso ARB/94/1)** – assunto: empresa de construção. Concluído mediante acordo entre as partes, aprovado pelo tribunal, em 24 de abril de 1996.
31. **SEDITEX Engineering Beratungsgellschaft für die Textelindustrie m.b.H. contra Madagascar (Caso CONC/94/1)** – assunto: empresa do ramo têxtil. Caso encerrado na fase de conciliação das partes, conforme relatório da comissão de conciliação datado de 19 de julho de 1996.
32. **Tradex Hellas S.A. contra a República da Albânia (Caso ARB/94/2)** – assunto: empresa agro-industrial. Concluído mediante sentença do tribunal de 29 de abril de 1999. Publicações: da sentença sobre a competência do CIRDI, disponível em www.worldbank.org/icsid/cases/tradex_decision.pdf; ICSID Review, vol.14, 1999, p.161; versão em francês de trechos do original em inglês no JDI, vol.127, 2000, p.151. Da sentença final de 29 de abril de 1999, disponível em www.worldbank.org/icsid/cases/tradex_award.pdf
33. **Leaf Tobacco A. Michaelides S.A. e Greek-Albanian Leaf Tobacco & Co. S.A. contra a República da Albânia (Caso ARB/95/1)** – assunto: manufatura e depósito de tabaco. Concluído mediante acordo entre as partes e pedido de retirada do caso formulado pelas autoras e aceito pelo Secretário-Geral do CIRDI, em 30 de janeiro de 1997.
34. **Cable Television of Nevis Ltd. E Cable Television of Nevis Holdings, Ltd. Contra a Federação de São Cristóvão e Névis (Caso ARB/95/2)** – assunto: contrato de franquia de serviços de televisão a cabo. Concluído mediante sentença do Tribunal de 13 de janeiro de 1997, em que o mesmo declarou-se incompetente para conhecer o litígio. Publicação: ICSID Review, vol.13, 1998, p.328.
35. **Antoine Goetz e outros contra a República de Burundi (Caso ARB/95/3)** – assunto: empresa minerária. Concluído por acordo entre as partes, em 10 de fevereiro de 1999, acordo esse publicado em forma de sentença. Publicação: sentença contendo o acordo das partes supra mencionado disponível em

www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm#award4 . **ICSID Review**, vol.15, 2000, p. 457.

36. Companhia des Desarrollo de Santa Elena S.A. contra a República de Costa Rica (Caso ARB/96/1) – assunto: avaliação de bens imobiliários. Concluído mediante sentença de 17 de fevereiro de 2000, ratificada em 8 de junho do mesmo ano. Publicação: sentença disponível em http://www.worldbank.org/icsid/santaelena_award_pdf. Acesso em 8 de maio de 2002; **ICSID Review**, vol. 15, 2000, p.169; **ILM**, vol. 37, 2000, p.137; **Mealy's Int'l Rep. C-1**, julho de 2000; **World Trade and Arbitration Materials**, vol.13, 2001, p.83.

37. Misima Mines Pty. Ltd. contra o Estado de Papua Nova Guiné (Caso ARB/96/2) – assunto: contrato de concessão para a exploração minerária. Concluído mediante a desistência de uma das partes, conforme nota assinada em 14 de maio de 20001, pelo tribunal formado por árbitro único.

38. Fedax N.V. contra a República da Venezuela (Caso ARB/96/3) – assunto: instrumentos representativos de dívida. Concluído mediante sentença de 9 de março de 1998.

Publicações: da sentença de 11 de julho de 1997, sobre a competência do CIRDI, **ILM**, vol.37, 1998, p.1378; **Y.B.Com. Arb.** vol.24a., 1999, p.24 (trechos); versão em francês do original em inglês no **JDI**, vol. 126, 1999, p.276. Sobre a sentença final supra mencionada, **ILM**, vol.37, 1998, p.1391, **Y.B.Com.Arb.** 24a., 1999, p.39 (trechos); versão em francês de trechos do original em inglês no **JDI**, vol.126, p.294.

39. Metalclad Corporation contra o México (Caso ARB(AF)/97/1) – assunto: empresa administradora de aterro receptor de resíduos tóxicos. Concluído pela sentença de 30 de agosto de 2000.

Publicação: sentença disponível em www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm#award8; **ILM**, vol.4, 2002, p.36; **World Trade and Arbitration Materials**, vol.13, 2001, p.47.

Tribunais nacionais: Supreme Court of British Columbia, sentença (reasons for judgment) de 2 de maio de 2001, The United Mexican States contra Metalclad Corporation, 2001, **BCSC** 664, disponível em www.worldbank.org/icsid/cases/metalclad_reasons_for_judgment_pdf .

Supreme Court of British Columbia, sentença (supplementary reasons for judgment de 31 de outubro de 2001, *The United States Mexican States contra Matalclad Corporation*, 2001, BCSC, 1529, disponível em www.courts.gov.bc.ca/jdb%2Dtxt/sc/01/15/2001bcsc1529.htm

40. **Société d'Investigation de Recherche et d'Exploitation Minière contra a República do Burkina Fasso (Caso ARB/97/1)** – assunto: exploração de mina de ouro. Concluído mediante sentença do tribunal em 19 de janeiro de 2000.

41. **Société Kufpec (Congo) Limited contra a República do Congo (Caso ARB/97/2)** – assunto: contratos de pesquisa e exploração de petróleo. Concluído mediante pedido da autora, acatado pelo Secretário-Geral do CIRDI, em 8 de setembro de 1997.

42. **Robert Azinian e outros contra o México (Caso ARB (AF)/97/2)** – assunto: empresa coletora de lixo. Concluído mediante sentença de 1 de novembro de 1999.

Publicações: disponível em www.worldbank.org/icsid/cases/robert_award.pdf; **ICSID Review**, vol. 14, 1999, p. 538; **ILM**, vol. 39, 2000, p. 537.

43. **WRB Enterprises e Grenada Private Power contra Granada (Caso ARB/97/5)** – assunto: empresa de eletricidade. Concluído mediante acordo entre as partes, cujo conteúdo foi agregado à sentença proferida pelo Tribunal em 21 de dezembro de 1998.

44. **Lanco International, Inc. contra Argentina (Caso ARB/97/6)** – assunto: contrato de concessão de exploração de serviços portuários. Concluído mediante a desistência da autora, conforme nota acatada pelo tribunal, em 17 de outubro de 2000. Publicação: da sentença sobre a competência do CIRDI, **ILM**, vol. 40, março de 2001, p. 457.

45. **Emilio Agustín Maffezini contra Espanha (Caso ARB/97/7)** – assunto: empresa de produtos químicos. Concluído mediante sentença de 13 de novembro de 2000, retificada em 31 de janeiro de 2001.

Publicações: da sentença de 28 de outubro de 1999, sobre as medidas cautelares, disponível em www.worldbank/icsid/cases/awards.htm#award10; sentença de 15 de janeiro de 2000 sobre a competência.

46. **Compagnie Française pour le Développement des Fibres Textiles contra a Costa do Marfim (Caso ARB/97/8)** – assunto: empresa têxtil. Concluído por sentença proferida pelo tribunal em 4 de abril de 2000.

47. **Joseph C. Lemire contra a Ucrânia (Caso ARB(AF)/98/1)** – assunto: empresa de radiodifusão. Concluído mediante acordo entre as partes, incorporado à sentença proferida pelo tribunal, em 18 de setembro de 2000

Publicações: sentença contendo o acordo entre as partes disponível em www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm#award17 ; **ICSID Review**, vol.15, 200, p.530.

48. **Houston Industries Energy, Inc. e outros contra a Argentina (Caso ARB/98/1)** – assunto: contrato de concessão de distribuição e venda de energia elétrica. Concluído mediante sentença proferida pelo tribunal em 24 de agosto de 2001.

49. **Eudoro A. Olguin contra a República do Paraguai (Caso ARB/98/5)** – assunto: empresa de produção de alimentos. Concluído mediante a sentença do tribunal de 26 de julho de 2001.

Publicações: da sentença sobre a competência do CIRDI, disponível em www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm#award11; da sentença final supra mencionada (*idem*).

50. **Compagnie Minière Internationale Or S.A. contra o Peru (Caso ARB/98/6)** – assunto: projeto envolvendo a exploração de uma mina de ouro. Concluído mediante acordo entre as partes, acatado pelo Secretário-Geral do CIRDI, em 23 de fevereiro de 2001.

51. **Banro American Resources Inc. e Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. contra a República do Congo (Caso ARB/98/7)** – assunto: contratos de concessão da exploração de minas de ouro. Concluído mediante sentença de 1º de setembro de 2001, em que o tribunal declinou da competência de conhecer o caso.

52. **Tanzania Electric Supply Company Limited contra Independent Power Tanzania Limited (Caso ARB/98/8)** – assunto: contrato de compra de energia elétrica. Concluído mediante sentença do tribunal, em 12 de julho de 2001.

53. **Waste Management, Inc. contra o México (Caso ARB (AF)/98/2)** – assunto: empresa coletora de lixo. Originalmente concluído por sentença de 2 de junho de 2000, acompanhada de voto dissidente, o tribunal declarou-se incompetente para julgar o litígio. O caso foi reapresentado ao CIRDI.

Publicações: sentença e o voto dissidente disponíveis em www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm#award4 . **ICSID Review**, vol.15, 2000, p.214; **ILM**, vol.40, 2001, p.56.

54. **Wena Hotels Limited contra a República Árabe do Egito (Caso ARB/98/4)** – assunto: leasing de um hotel e contratos correlatos. Concluído , de forma definitiva, por decisão de 5 de fevereiro de 2002.

55. **Mobil Argentina S.A.contra a Argentina (Caso ARB/99/1)** – assunto: empresa conjunta para a pesquisa e exploração de petróleo. Concluído mediante pedido da autora, acatado pelo Secretário-Geral do CIRDI, em 21 de julho de 1999.

56. **Alex Genin e outros contra a República da Estônia (Caso ARB/99/2)** – assunto: instituição financeira para a prestação de serviços bancários. Concluído por sentença proferida em 25 de junho de 2001, complementada e retificada em 4 de abril de 2002, disponíveis em www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm#award17 .

57. **Philippe Gruslin contra a Malásia (Caso ARB/99/3)** – assunto: ações em uma empresa. Concluído pela sentença de 28 de novembro de 200, em que o tribunal declinou de sua competência. Pedido de anulação formulado por uma das partes, encerrado de forma definitiva, em 2 de abril de 2002, por falta de pagamento, de acordo com o regulamento interno administrativo e financeiro do CIRDI.

58. **Empresa Nacional de Electricidad S.A. contra República da Argentina (Caso ARB/99/4)** – assunto: concessão para a produção de energia hidrelétrica. Concluído

mediante o pedido de desistência da autora, ratificado pelo tribunal em 8 de fevereiro de 2001.

59. Middles East Cement Shipping and Handling Co. S.A. contra a República Árabe do Egito (Caso ARB/99/6) – assunto: empresa de distribuição de cimento. Concluído mediante sentença de 12 de abril de 2002.

60. Alimenta S.A. contra República da Gâmbia (Caso ARB/99/5) – assunto: indústria para aproveitamento do amendoim. Concluído mediante pedido das partes e ratificada pelo tribunal em 3 de maio de 2001.

61. Astaldi S.p.A. & Columbus Latinoamericana de Construcciones S.A. contra República de Honduras (Caso ARB/99/8) – assunto: contrato para a reforma de uma auto-estrada. Concluído mediante sentença de 19 de outubro de 2000.

62. Mihaly International Corporation contra República Social Democrática do Sri Lanka (Caso ARB/00/2) – assunto: projeto para geração de energia. Concluído mediante sentença de 15 de março de 2002, disponível em www.worldbank.org/icsid/cases/mihaly-award.pdf, acompanhado pelo voto dissidente disponível em www.worldbank.org/icsid/cases/mihaly-op.pdf.

63. Grad Associates, P.A. contra Venezuela (Caso ARB/00/3) – assunto: contrato para a construção e modernização de penitenciárias. Concluído em 5 de fevereiro de 2002, mediante a ausência dos pagamentos das custas, conforme estabelecido pelo regulamento interno do CIRDI.

64. Impregilo S.p.A. e Rizzani De Eccher S.p.A. contra os Emirados Árabe Unidos (Caso ARB/01/1) – assunto: construção de uma mesquita. Concluído mediante pedido das autoras, ratificado pelo tribunal em 2 de agosto de 2001.

65. AES Summit Generation Limited contra a República da Hungria (Caso ARB/01/4) – assunto: contrato de compra e venda de energia. Concluído mediante acordo entre as partes, ratificado pelo tribunal em 3 de janeiro de 2002.

66. **Impregilo S.p.A. contra a República Islâmica do Paquistão (Caso ARB/02/2)** – assunto: projeto de construção. Concluído mediante pedido das partes.

**ANEXO 2- LISTA DOS CASOS SUBMETIDOS AO CIRDI E
PENDENTES DE SENTENÇA, EM ORDEM CRONOLÓGICA DE
REGISTRO DO CASO¹**

1. Companhia de Aguas Del Aconquija S.A. e Vivendi Universal contra Argentina (Caso ARB/97/3) – assunto: contrato de concessão de serviços de água e saneamento.

Primeira fase: concluída pela sentença de 21 de novembro de 2000.

Publicações: ILM, vol.40, 2001, p.457.

Segunda fase – Processo de anulação da sentença anterior: data de registro do pedido de anulação, 23 de março de 2001. Estágio: em 3 de julho de 2002, o tribunal decidiu sobre a anulação e um mês depois, em 3 de agosto de 2002, teve início um novo processo suplementar.

2. Ceskoslovenska obchodni banka, a.s. contra República Eslovaca (Caso ARB/97/4)

– assunto: instrumentos de dívida. Data de registro: 25 de abril de 1997. Estágio: desde 27 de fevereiro de 2002, o réu manifestou-se no processo.

3. Victor Pey Casado e Fundação Presidente Allende contra o Chile (Caso ARB/98/2)

– assunto: empresa do ramo de publicações. Data do registro: 20 de abril de 1998. Estágio: após a substituição de dois árbitros integrantes do tribunal original, em 26 de setembro de 2001 foi prolatada uma sentença cuidando de medidas cautelares e da competência do CIRDI para julgar a matéria. Em 4 de junho de 2002, o autor manifestou-se sobre o pedido do réu.

4. International Trust Company of Liberia contra a Libéria (Caso ARB/98/3) –

assunto: registro marítimo. Data de registro: 27 de fevereiro de 1989. Estágio: suspenso após a notificação de falta de pagamento das custas, enviada à partes em 19 de outubro de 2001; o tribunal está em vias de declarar o caso encerrado.

¹ Com base na lista de casos disponível em <http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm> . Acesso em 28 out.2002.

5. **The Loewen Group, Inc. e Raymond L. Lowen contra os Estados Unidos da América** (Caso ARB(AF)²/98/3) – assunto: casa funerária e companhia de seguro. Data de registro: 19 de novembro de 1998. Estágio: em 6 de junho de 2002, ocorreu uma audiência adicional sobre questões de competência do CIRDI.

6. **Marvin Roy Feldman Karpa contra México** (Caso ARB(AF/99/1) – assunto: empresa ligada ao comércio exterior. Data de registro: 27 de maio de 1999. Estágio: em 8 de maio de 2002, mediante solicitação do tribunal, as partes apresentaram informações adicionais.

7. **Mondev International Ltd. contra Estados Unidos da América** (Caso ARB/99/2) – assunto: desenvolvimento de projeto imobiliário. Data de registro: 20 de setembro de 1999. Estágio: no período de 20 a 24 de maio de 2002, o tribunal esteve em sessão e discutiu a competência do CIRDI e responsabilidade das partes.

8. **Patrick Mitchell contra a República Democrática do Congo** (Caso ARB/99/71) – assunto: um escritório de advogados. Data de registro: 10 de dezembro de 1999. Estágio: em 29 de maio de 2002, o autor suas alegações sobre a competência do CIRDI.

9. **Zhinvali Development Ltd. contra a República da Georgia** (Caso ARB/00/1) – assunto: restauração de uma usina hidrelétrica. Data de registro: 9 de junho de 2000. Estágio: em 26 de março de 2002, as partes manifestaram-se pela última vez.

10. **Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. contra Marrocos** (Caso ARB/00/4) – assunto: construção de trecho de uma auto-estrada. Data de registro: 13 de junho de 2000. Estágio: em 6 de maio de 2002, o réu apresentou suas contra-razões.

11. **Autopista Concesionada da Venezuela, C.A. contra a Venezuela** (Caso ARB/00/5) – assunto: contrato para a construção de um sistema de auto-estrada. Data de registro: 23 de junho de 2000. Estágio: em 21 de dezembro de 2001, o autor apresentou suas razões sobre o mérito da questão.

² Considerando que o Canadá nem o México são signatários da Convenção de Washington de 1965, que deu origem ao CIRDI, demandas endereçadas contra eles por investidores dos Estados Unidos, dentro da moldura

12. **Consortium R.F.C.C. contra o Marrocos (Caso ARB/00/6)** – assunto: construção de trecho de uma auto-estrada. Data de registro: 28 de junho de 2000. Estágio: em 18 de junho de 2002, o réu apresentou suas contra-razões sobre o mérito.

13. **World Duty Free Company Limited contra a República do Quênia** – assunto: concessão de serviços relacionados à lojas na área de “duty free”. Data de registro: em 17 de janeiro de 2002, a autora apresentou suas alegações preliminares, em resposta às objeções do réu.

14. **Ridgepointe Overseas Development, LTD contra a República Democrática do Congo (Caso ARB/00/8)** – assunto: concessões de mina de cobre e cobalto. Data de registro 27 de julho de 2000. Estágio: em 22 de abril de 2002, o tribunal suspendeu o processo por um período de quatro meses, a pedido das partes.

15. **ADF Group Inc. contra Estados Unidos da América (Caso ARB(AF)00/1)** – assunto: construção de auto-estrada. Data do registro: 25 de agosto de 2000. Estágio: em 21 de outubro de 2001, após a substituição de um dos árbitros, o réu apresentou suas objeções preliminares. No período entre 15 e 18 de abril de 2002, o tribunal esteve em sessão, examinando a questão de competência do CIRDI.

16. **Técnicas Medioambientales Tecmed,S.A. contra México (Caso ARB(AF)/00/2)** – Assunto: companhia de serviços relacionados ao lixo. Data de registro: 28 de agosto de 2000. Estágio: no período entre 20 e 24 de maio de 2002, o tribunal esteve em sessão, examinando provas relativas ao processo.

17. **Waste Management, Inc. contra o México (Caso ARB(AF)/00/3)** – assunto: empresa coletora de lixo.

1ª. fase: concluída por sentença de 2 de junho de 2000, em que o tribunal declarou-se incompetente; essa sentença foi acompanhada de voto dissidente de um dos árbitros.

Publicações: sentença disponível em www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm#award4; **ICSID Review**, vol.15,2000, p.214; **ILM**, vol.40, 20001, p.56. **ILM**, vol.40, 2001, p.56.

criada pelo NAFTA, são encaminhadas à Adittional Facilities (AF), conforme a Seção B do Capítulo B de seu acordo de criação; vide § 112, Capítulo 1.

2ª. fase: Reapresentação do caso. Data do registro: 27 de setembro de 2000. Estágio: em 28 de junho de 2002, o tribunal pronunciou-se sobre as objeções preliminares do México a respeito do processo anterior.

18. **Generation Ukraine Inc. contra Ucrânia** (Caso ARB/00/9) – assunto: construção de um prédio de escritórios. Data de registro: 20 de outubro de 2000. Estágio: em 6 de maio de 2002, o autor manifestou-se junto ao tribunal.

19. **Antoine Goetz e outros contra a República de Burundi** (Caso ARB/01/2) assunto: empresas de mineração, de serviços bancários e outros. Data de registro 27 de março de 2001. Estágio: pendente, sem maiores detalhes.

20. **Enron Corporation e Ponderosa Assets, L.P. contra Argentina** (Caso ARB/01/3) – assunto: companhia de transporte de gás natural. Data de registro: 11 de abril de 2001. Estágio: em 28 de maio de 2002, o tribunal retomou o processo.

21. **Société d'Exploitation des Mines d'Or de Sadiola (SEMOS) contra a República do Mali** (Caso ARB/01/5) – assunto: concessão de uma mina de ouro. Estágio: em 16 de abril de 2002, o réu manifestou-se.

22. **AIG. Capital Partners e CJSC Real Estate Company contra a República do Kazakhstan** (Caso ARB/01/6) – assunto: construção de um complexo de casas residenciais. Data de registro: 4 de junho de 2001. Estágio: em 2 de junho de 2002, o tribunal reuniu-se pela segunda vez.

23. **MTD Equity Sdn Bhd. e MTD Chile S.A. contra Chile** (Caso ARB/01/7) – assunto: projeto de construção. Data de registro: 6 de agosto de 2001. Estágio: em 29 de maio de 2002, o tribunal reuniu-se pela primeira vez com as partes.

24. **CMS Gás Transmission Company contra Argentina** (Caso ARB/01/8) – assunto: companhia de transporte de gás. Data de registro: 24 de agosto de 2001. Estágio: em 3 de julho de 2002, o autor apresentou seu memorial.

25. **Booker Plc. contra República da Guyana** (Caso ARB/01/9) – assuntos: documentos de débito. Data de registro: 18 de setembro de 2001. Estágio: em 2 de maio de 2002, o único árbitro (Brigitte Stern), manteve sua primeira audiência com a partes.

26. **Repsol YPF Ecuador S.A. contra Empresa Estatal Petroleos del Ecuador (Petroecuador)** (Caso ARB/01/10) – assunto: contrato de exploração de petróleo. Data de registro: 5 de outubro de 2001. Estágio: pendente, sem maiores detalhes.

27. **Noble Ventures, Inc. contra a Romênia** (Caso ARB/01/11) – assunto: contrato de compra de ações. Data de registro: 17 de outubro de 2001. Estágio: tribunal ainda não constituído.

28. **Azurix Corp. contra Argentina** (Caso ARB/01/12) – assunto: contrato de concessão. Data de registro: 23 de outubro de 2001. Estágio: em 16 de setembro de 2002, o tribunal reuniu-se com as partes pela primeira vez.

29. **Société Générale de Surveillance S.A. contra Paquistão** (Caso ARB/01/13) – assunto: contrato de serviço. Data de registro: 21 de novembro de 2001. Estágio: em 7 de maio de 2002, o autor apresentou seu pedido de medidas cautelares.

30. **F-W Oil Interests, Inc. contra República de Trinidad e Tobago** (Caso ARB/01/14) – assunto: contrato de desenvolvimento de projeto relacionado a gás e petróleo. Data de registro: 29 de novembro de 2001. Estágio: pendente, sem maiores detalhes.

BIBLIOGRAFIA

Livros

AGUINIS, Ana Maria de. **Empresas e Inversiones en el Mercosur**. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, reimpressão, s/data.

AL-KHATIB. **La part du droit dans l'organisation économique internationale contemporaine. Essai d'évolution**. Bruxelles, Bruylant/Editions de l'Université de Bruxelles, 1994.

ANDRADE JUNIOR, Attila de Souza Leão. **O capital estrangeiro no sistema jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro, Forense, 2ª edição, 2001.

AVANESSIAN, Aida. **Iran-United States claims tribunal in action**. Londres/Dordrecht/Boston, Graham & Trotman/ Martinus Nijhoff, 1993.

BARRETO, Fernando P. de Mello. **O tratamento nacional de investimentos estrangeiros**. Brasília, Instituto Rio Branco, Funag (Coleção Curso de Altos Estudos do Instituto Rio Branco), Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Os investimentos internacionais no direito comparado e brasileiro**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1998.

BOULANGER, François. **Les nationalisations en Droit International Privé Comparé**. Paris, Economica, 1975

BOYE, A.K. **L' acte de nationalisation**. Dakar-Abdjan-Lomé, Berger-Levrault, 1979.

CARREAU, Dominique, FLORY, Thiébaud e JUILLARD, Patrick. **Droit International Economique**. Paris, LGDJ, 3a. edição, 1990.

CARREAU, Dominique e JULLIARD, Patrick. **Droit International Economique**. Paris, LGDJ, 4a. edição, 1998.

CASELLA, Paulo Borba. **Comunidade europeia e seu ordenamento jurídico**. S. Paulo, Ltr, 1994.

_____. **Mercosul: exigências e perspectivas - integração e consolidação de espaço econômico integrado (1995-2001-2006)**. São Paulo, LTr, 1996.

COSTA, Ligia Maura. **OMC: manual prático da Rodada do Uruguai**. São Paulo, Saraiva, 1996.

DOLZER, Rudolf e STEVENS Margrete. **Bilateral Investment Treaties**. Haia, Boston e Londres, Martius Nihoff Publishers/ International Centre for Settlement of Investment Disputes, 1995.

DUPUY, Pierre-Marie. **Droit international public**. Paris, Dalloz, 3a. edição, 1995.

EISMAN, Pierre et ali. **Petit manuel de la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice**. Paris, Pedone, 1970.

FEUER, Guy e CASSAN, Hervé. **Droit International du Développement**. Paris, Dalloz, 1991.

GENET, Raoul. **Précis de jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale**. Paris, Sirey, 1933.

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

LAFER, Celso. **O Convênio do Café de 1976**. São Paulo, Perspectiva, 1979.

LAVIEC, Jean-Pierre. **Protection et Promotion des Investissements - étude de Droit International Economique**. Paris, Presses Universitaires de France/ Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales de Genebra, 1985.

MAGALHÃES, José Carlos de. **Do Estado na arbitragem privada**. São Paulo, Max Limonad, 1988.

MARZORATI, Osvaldo. **Derecho de los negocios internacionales**. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1993.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro/São Paulo, Renovar, volume 1, 12ª. edição (revista e aumentada), 2000.

_____. **Direito Internacional Econômico**. Rio de Janeiro, Renovar, 1993.

MOISÉS, Cláudia Perrone. **Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros**. São Paulo, Oliveira Mendes, 1998.

NGUYEN QUOC, Dinh., DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain. **Droit International Public**, Paris, L.G.D.J., 5a. edição, 1994.

SCHWARZENBERGER, Georg. **Foreign Investments and International Law**. Londres, Stevens & Sons, 1969.

STRENGER, Irineu. **Arbitragem Comercial Internacional**. São Paulo, Ltr, 1996.

SORNARAJAH, M.(a) **International Law on Foreign Investments**. Cambridge, Cambridge University Press, 1ª edição, 1ª reimpressão, 1995.

THORSTENSEN, Vera. **Organização Mundial do Comércio. As regras do comércio internacional e a nova rodada de negociação multilaterais**. São Paulo, Aduaneiras, 2001.

Artigos, cursos, enciclopédias, resenhas e teses

- ABI-SAAB, Georges. Cours général de droit international public. **Recueil**, Haia, vol.207, n.3, p.9-464, 1987.
- AGOSIAN, Manuel R. e PRIETO, Francisco J. Trade and foreign direct investment policies: pieces of a new strategic approach to development? **Transnational Corporations**. Genebra, vol.2, n.2, p.63-86, ago.1993.
- ALMEIDA, Paulo Roberto de. O Mercosul no contexto regional e internacional. **Política Externa**, São Paulo, vol. 2, n.2, p.86-193, set.1993.
- ALVAREZ, José E. Political Protectionism and United States International Investment Obligations in Conflict: the Hazards of Exon-Florio. **Virginia Journal of International Law**, Charlottesville, vol. 30, n. 1, p.1-187, 1989.
- ALVES, Lauro Eduardo Soutello. O México e o regime de investimentos do NAFTA. **Política Externa**, São Paulo, vol.3, n.4, p.42-62, mar.1995.
- ASANTE, Samuel. International law and foreign investment: a reappraisal. **ICLQ**, Londres, vol.37,n.3, p 588-628, julho 1988.
- BABADJI, Ramdane. Le traité sur la Charte Européenne de l'Énergie. **AFDI**, Paris, p.872-893, 1996.
- BARRETO, Fernando P. de Mello. Regras multilaterais para investimentos. **Política Externa**, São Paulo, vol.5, n.1, p. 20-35, jun,jul, ago.1996.
- BERLIN, Dominique. Les contrats d'Etats ("State contracts") et la protection des investissements internationaux. **D.P.C.I.**, Paris, tomo 13, n.2, p.197-271, 1987.

BEYGO, Okan. Nationality of corporations in international claims arising out of foreign investment disputes. **Revue Hellénique de Droit International**, Atenas, vol 46, p 33-75, 1993.

CARRANZA, Mário E. Segurança regional e interação econômica na América Latina e no Sudoeste Asiático: um estudo comparado”. **Contexto Internacional**, Rio de Janeiro, vol. 15, n.1, p.57-95, jan., jun. 1993.

CHARPENTIER, J. Cour Internationale de Justice. Affaire de la Barcelona Traction. Arrêt du 5 Février 1970. **A.F.D.I.**, Paris, p.307- 328, 1970.

CUNHA, Ricardo Thomazinho da. Proteção e promoção de investimentos no Mercosul. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.) **Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul**. São Paulo, LTr, 1996.

DUPUY, Pierre-Marie. Theorie des sources et coutume en Droit International Contemporain. In: RAMA-MONTALDO, Manuel (Ed.), **Le Droit International dans un monde en mutation – Liber Amicorum en Hommage au Professor Eduardo Jiménez de Aréchaga**. 1994. p. 51 a 68.

DOLZER, Rudolf. New foundations of the law of expropriation of alien property. **A.J.I.L.**, Washington, vol. 75, p 553-589, 1985.

EUROPEAN CENTRE FOR DEVELOPMENT POLICY MANAGEMENT (ECDPM). a) Putting Politics First? Cotonou Newsletter, n.3, 2001. Disponível em <http://www.oneworld.org/ecdpm/en/cotonou/cn3_gb.htm>. Acesso em 26 dez. 2001.

_____ b) The Cotonou Agreement at a Glance. Cotonou Infokit, Maastricht, 2001. Disponível em <http://www.oneworld.org/ecdpm/en/cotonou/02_gb.htm>. Acesso em 26 dez. 2001.

_____ c) De Lomé à Cotonou. Cotonou Infokit, Maastricht, 2001. Disponível em http://www.oneworld.org/ecdpm/fr/cotonou/13_fr.htm. Acesso em 26 dez. 2001.

EASTMAN, Zachary M. Nafta's chapter 11: for whose benefit? *JIA*, Genebra, vol.16, n.3, p.105-118, 1999.

EKLUND, Cheri. A primer on the arbitration of NAFTA Chapter eleven investor-State disputes. *JIA*, Genebra, vol.11, n.4, p.135-171.

EL-KOCHERI, Ahmed Sadeck. Les nationalisations dans les pays du Tiers monde devant le juge occidental. *RCDIP*, Paris, vol.56, n.2, p 249 - 275, abr.-jun.967.

Enciclopédie Dalloz de Droit International. Paris, Dalloz, 1969.

FATOUROS, A.A. Towards an international agreement on foreign direct investment? *ICSID Review*, vol 10, n.2. p.181-207, 1995.

GAILLARD, Emmanuel. a)Thirty years of lex mercatoria: towards the selective application of transnational rules. *ICSID Review*, vol.10, n.2, p.208-231, 1995.

GUZMAN, Andrew T. Why LDCs sign treaties that hurt them: explaining the popularity of bilateral investment treaties. *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville,v.38, n.4, p.639-688.1998.

HEE Moon Jo. **O Investimento Estrangeiro e o Novo Papel do Direito Internacional.**1991. 328 f. São Paulo,1991. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito , Universidade de São Paulo.

HELOU, Christiane Costa e Silva de Castro. **Proteção, tratamento e garantia dos investimentos internacionais contra os riscos políticos: aspectos de direito internacional.**1997.178f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

HORLICK, Gary e MARTI, Alicia. A private right of action to enforce market access through investments. *JIA*, Genebra, vol.14, n.1, p. 43-54, mar.1997.

HOUGAZ, Samia B. e GONÇALVEZ, Eduardo D. Os tratados de promoção e proteção recíproca de investimentos e a arbitragem intrnacional no Brasil. In: **1º. Encontro Itamaraty – Escritórios de Advocacia**, BNDES, Rio de Janeiro, 26 de agosto de 2002.

HUU-TRU, Nguyen. Le reseau suisse d'accords bilateraux d'encouragement et protection des investissements. **Révue Generale de Droit International Public**, Paris, vol 92, n.3, p 577-671. 1988.

JUILLARD, Patrick. Les conventions bilatérales d'investissement conclus par la France. **JDI**, Paris, vol.106,n.2, p.274-323, abr.,maio,jun.1979.

_____. Investissements – Chronique de Droit International Economique. **AFDI**, Paris, p. 760 a 763, 1982.

_____. Investissements - Chronique de Droit International Economique. **AFDI**, Paris, p.773-792, 1984.

_____. Investissement - Chronique de Droit International Economique. **AFDI**, Paris, p. 626-645, 1986.

_____. Le réseau français des conventions bilaterales d'investissement: à la recherche d'un droit perdu? **DPCI**, Paris, vol.13, v.1, p.9-61,1987.

_____. Investissements (Lome IV et l'investissement international: trop peu, trop tard?). Chronique de Droit International Economique, **AFDI**, Paris, p.667-673, 1990.

_____. Investissement - Chronique de Droit International Economique. **AFDI**, Paris, p.778-807, 1992.

_____. a) L'évolution des sources du droit des investissements. **Recueil**, Haia, vol. 250 (vi), p. 9-215, 1994.

_____ . b) Investissement - Chronique de Droit International Economique. **AFDI**, Paris, p.730-747, 1994.

_____ . Investissement – Chronique de Droit International Economique. **AFDI**, Paris, p. 804-609, 1995.

KODAMA, Yoshi. The Multilateral Agreement on Investment and its legal implications for newly industrialising economies. **JWT**, Genebra, vol. 32, n.4, p.21-40, 1998.

KOFELE KALE, N. Investment codes as instruments of economic policy: a Cameroon case study. **The International Lawyer**, Chicago, vol.25, n.4, p.821-858, 1991.

KOPELMANAS, Lazare. La protection des investissements privés à l'étranger. **DPCI**, Paris, vol. 2, n.1, p.3 e s. , 1975.

LAMAZIÈRE, Georges. A nova ordem mundial. **Política Externa**, vol.4, p.63-82, mar., abr., mai., 1996.

LAUTERPACHT, Elihu. International law and private foreign investment – the inaugural Earl Snyder lecture in International law. **International Journal of Global Legal Studies**. Indiana, vol.4, n.2, 1997. Disponível em <http://www.ijgls.indiana.edu/archive/04/02/lauterpacht.shtml> Acesso em 12 de janeiro de 2002.

LAVOPA, Jorge Horacio. Informe ALCA (Area de Libre Comercio de las Américas). **Revista de Direito do Mercosul**, Buenos Aires, ano 5, n.1, p.45-87, fev.2001.

LEBEN, Charles. Les modes de coopération entre pays en développement et entreprises multinationales dans le secteur de la production des matières premières minérales. **JDI**, Paris, vol.107, n.4, p.539-694, out.-nov.-dez, 1980.

_____ . Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement: réflexions sur la décennie écoulée (1976-1986). **JDI**, Paris, vol.113, n.4, p.895-957, out., nov., dez.1986.

MAGALHÃES, José Carlos de. Os acordos de promoção e proteção de investimentos. In: BAPTISTA, Luiz O. e FONSECA, José R. Franco da (Coord.). **O Direito Internacional no terceiro milênio – estudos em homenagem a Vicente Marotta Rangel**. São Paulo, LTr, 1998, p.877-886.

MANN, F.A. British Treaties for the promotion and protection of investments. **BYIL**, Cambridge, vol. 52, p241-254, 1982.

_____. Foreign investments in the International Court of Justice: the Elsi Case. **AJIL**, Washington, vol. 86, p 93-102, 1992.

MASHAYEKHI, Mina e GIBBS, Murray. Lessons from the Uruguay Round negotiations on investment. **JWT**, Genebra, vol.33, n.6, p.1-26, 1999.

MEYER, Arthur, V. Correa. A região da Ásia-Pacífico no limiar do séc. XXI. **Política Externa**, São Paulo, vol.5, n. 1, p.103-114, jun., jul., ago.1996.

MCKINNIS, George C. The Argentine Foreign Investment Law of 1976. **Columbia Journal of Transnational Law**, Nova York, vol.17, n.3, p.357-392, 1978.

NORTON, Patrick. A law of the future or a law of the past? Modern tribunals and the international law of expropriation. **AJIL**, Washington, vol. 5, p.474-505, 1991.

NUSDEO, Fábio. Aspectos do investimento estrangeiro no Brasil e as restrições legais: perspectivas futuras. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, vol 84/85, p.344-349, 1989/1990.

_____. O regime do investimento estrangeiro no Brasil. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais e da arbitragem**. São Paulo, v. 3, n.9, p.26 a 32, jul/set 2000.

NWOGUGU, E.I. Legal problems of foreign investments. **Recueil**, Haia, vol 153, n 5, p 167-262, 1976.

PARRA, Antonio R. Principles governing foreign investment, as reflected in national investment codes. **ICSID Review**, Washington, vol.7, n.2, p.428-452, 1992.

_____. The scope of new investment laws and international instruments. **Transnational Corporations**, Genebra, vol. 4, n.3, p.27-48, dez.1995.

PATE, John R. Introductory Note to Decision 220 of the Andean Group– Andean Code on the treatment of foreign capital and on trademarks, patents, licenses and royalties. **ILM**, vol.27, p.974-976, 1988.

_____. Introductory Note to Decision 291 of the Andean Group – Common Code for the treatment of foreign capital and on trademarks, patents, licenses and royalties. **ILM**, vol. 30, p. 1283-1286.

PEÑA, Felix. Pré-requisitos políticos e econômicos da integração. **Política Externa**, vol.1, n.2, setembro, p. 122 a 137, 1992.

PERRY e GRANT. **Enciclopaedic Dictionary of International Law**. Nova York, Oceana, 1988.

PRITCHARD, R. Resenha de 2001, sobre a obra **NAFTA and Energy Charter Treaty**, de Miriam Kene Omolu, Kluwer Intenational, The Hague, 1999. Disponível em <<http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/review50.html>>. Acesso em 8 maio 2002.

SACERDOTTI, Giorgio. Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection. **Recueil**, Haia, v.269, p.251-460, 1998.

SALACUSE, Jeswald W. BIT by BIT: the growth of bilateral invesment treaties and their impact on foreign investment in developing countries. **The International Lawyer**, Chicago, vol. 24, n.3, p.655-674, 1990.

SALEM, Mahmoud. Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers. **JDI.**, Paris, vol.113,no.3, p. 579- 626, jul.ago.set 1986.

SAUVE, Pierre. Qs and As. On trade, investment and the WTO. **JWT.**, Genebra, vol.31, n.4, p.55-79, ago.1997.

SCHLIESSER, Peter e VOLNAY, Sylvie. Régime des investissements étrangers à l'intérieur du Marché commun andin. **JDI.**, Paris, vol. 99, n.3,p. 558-571, jul.ago.set.1972.

SEIDL HOHENVELDERN. International economic soft law. **Recueil**, Haia, vol. 163, n II, p 165-246, 1979.

_____. International economic law. **Recueil**, Haia, vol. 198,III, p. 9 - 264, 1986.

SEIDMAN, Robert. Foreign private investors and the host country. **JWTL.**, Genebra, no. 6, p.637-665, 1983.

SHIHATA, I. The Multilateral Investment Guarantee Agency (M.I.G.A.) and the legal treatment of foreign investment. **Recueil**, Paris, vol.203, no.III, p.95-320, 1987.

SIMÕES, Antonio José Ferreira. O Brasil e a ALCA no limiar do novo milênio. **Política Externa**, São Paulo, vol.8, n.2, set.out.nov., p.24-39, 1999.

SIMON, Denys. Le système conjoint de garantie des investissements CEE/ ACP de la convention de Lomé III. **DPCI.**, Paris, vol.13, n 1, p.91-110, 1987.

SORNARAJAH, M. State responsibility and bilateral investment treaties. **J.W.T.L.**, Genebra, vol. 20, n.1, p 79- 98, jan.fev. 1986.

_____. (b). Protection of foreign investment in the Asia-Pacific Economic Co-operation region. **JWT**, Genebra, vol. 29, n.2, p 105-129, 1995.

STERN, Brigitte. La protection diplomatique des investissements internationaux . De Barcelona Traction à Elettonica Siculo ou les glissements progressifs de l'analyse. **J.D.I.**, Paris, vol.117, n.4, p.897- 947, out.nov.dez. 1990.

_____. Some new trends in the protection of foreign investments: the example of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID). **International Center for Comparative Law & Politics Review**, Tokyo, v.4, n.1, p.23-32, mar.2001.

TOUCOZ, Jean. Les opérations de garantie de l'agence multilatérale de garantie des investissements (A.M.G.I.). **JDI**, Paris, vol.114, no. 4, p.901- 925, out.nov.dez.1987.

TRICHES, Divanildo. A nova ordem internacional e a crise asiática. **Política Externa**, São Paulo, vol.7, n.4, p.4-18, mar.,abr.maio 1999.

TSCHOFEN, Franziska. Multilateral approaches to the treatment of foreign investment. **ICSID Review**, vol.7, n.2, p. 384-427, 1992.

VIEIRA, José Luiz Conrado. **As bases conceituais da integração econômica e do investimento internacional no Mercosul: fundamentos para revisão**. 1999. 447 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

VOSS, Jurgen. The protection and promotion of foreign direct investment in developing countries: interests, interdependencies, intricacies. **ICLQ**, Londres, vol.31,p. 686-708, 1982.

WÄLDE, Thomas. a) International investment under the 1994 Energy Charter Treaty. **JWT**, Geneva, vol. 29, n 5, p.5-72, outubro 1995.

_____. b) A requiem for the "New International Economic Order"- the rise and fall of paradigms in International Economic Law". In: AL-NAUIMI, Najeeb e MEESE, Richard (Ed.) **International legal issues arising under the United Nations decade of International Law, Proceedings of the Qatar International Law Conference'94**. The Hague, London, Boston, Martinus Nijhof Publishers, 1995, 1301-1338.

_____. c) Highlights of the Energy Charter Treaty. **ILM**, vol. 34, n.2, 360-367, março 1995.

_____ e ANDREWS, C.P. Will the Energy Charter Treaty help international energy investments? **Transnational Corporations**, Genebra, vol.5, n.3, p.31-59, dezembro 1996.

_____. Treaties and regulatory risk in infrastructure investment. **JTW.**, Genebra, vol. 34, n.2, p.1-61, 2000.

WERNER, Jacques. Arbitration of investment disputes: the first NAFTA award; Introductory comments on the Ethyl Corporation case. **JIA**, Genebra, vol.16, n.3, p 139-140, 1999.

WESTBERG, John A. e MARCHAIS, Bertrand P. General principles governing foreign investment as articulated in recent international tribunal awards and writings of publicists. **ICSID Review**, Washington, vol.7, n.2, p.453-496,1992.

WESTON, Burns H. The charter of economic rights and duties of States and the deprivation of foreign-owned wealth. **AJIL.**, Washington, vol. 75, p 437-475, 1981.

Bibliografia sobre o CIRDI

BROCHES, Aron. Denying ICSID's jurisdiction - the ICSID award in Vacuum Salt Products Limited. **JIA**, Genebra, vol.13, n3, p 21-30, set.1996.

CIRDI - Regulamento de acesso e regulamento de arbitragem. **JDI**, Paris, vol. 113, n.1, p.253-278, jan.fev.mar. 1986,.

DELAUME, Georges. Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States. **The International Lawyer**, Chicago, vol.1,n 1, p.64-80, 1966.

_____. ICSID and the transnational financial community. **ICSID Rev.**, Washington, n.1, p.237-256, 1986.

GAILLARD, Emmanuel. CIRDI - Chronique des sentences arbitrales. **J.D.I.**, Paris, vol.113, n.1,p. 197-200, jan.fev.mar.1986.

_____.CIRDI - Chronique des sentences arbitrales. **J.D.I.**, Paris, vol.114,n.1, p135-191, jan.fev.mar.1987.

_____.CIRDI - Chronique des sentences arbitrales. **J.D.I.**, Paris, vol.115, n.1, p.165-188, jan.fev.mar.1988.

_____.CIRDI - Chronique des sentences arbitrales. **J.D.I.**, Paris, vol. 116,n.1, p.141-158, jan.fev.mar.1989.

_____.CIRDI - Chronique des sentences arbitrales. **J.D.I.**, Paris, vol.117,n.1, p.191-218, jan.fev.mar.1990.

_____.CIRDI - Chronique des sentences arbitrales. **J.D.I.**, Paris, vol.118, n.1, p.165-188, jan.fev.mar.1991.

_____.CIRDI - Chronique des sentences arbitrales. **J.D.I.**, Paris, vol.119, n.1,p. 215-232, jan.fev.mar.1992.

_____.CIRDI - Chronique des sentences arbitrales. **J.D.I.**, Paris, vol.120, n.1,p.205-206, jan.fev.mar.1993.

_____.CIRDI - Chronique des sentences arbitrales. **J.D.I.**, Paris, vol.121, n.1, p.217-247, jan.fev.mar.1994.

_____.b)CIRDI - Chronique des sentences arbitrales. **J.D.I.**, Paris, vol.122, n.1, p.161-182, jan.fev.mar.1995.

_____.CIRDI - Chronique des sentences arbitrales. **J.D.I.**, Paris, vol.123, n.1, p.273-274, jan.fev.mar.1996.

_____. CIRDI - Chronique des sentences arbitrales. **J.D.I.**, Paris, vol. 124, n.1, p.277-279, jan.fev.mar.1997.

_____. CIRDI - Chronique des sentences arbitrales. **J.D.I.**, Paris, vol. 125, n.1, p.241-268, jan.fev.mar.1998.

_____. CIRDI - Chronique des sentences arbitrales. **J.D.I.**, Paris, vol. 126, n.1, p.273-279, jan.fev.mar.1999.

_____. CIRDI - Chronique des sentences arbitrales. **J.D.I.**, Paris, vol.127, n.1, p.149-175, jan.fev.mar.2000.

_____. CIRDI - Chronique des sentences arbitrales. **J.D.I.**, Paris, vol.128, n.1, p.149-159, jan.fev.mar.2001.

_____. CIRDI - Chronique des sentences arbitrales. **J.D.I.**, Paris, vol. 129, n.1, p.189-242, jan.fev.mar.2002.

ICSID Rev. ICSID Tribunals and provisional measures - introductory note to decisions of the Tribunals of Antwerp and Geneva in *Mine v. Guinea*. **ICSID Review**, Washington, n.1, p 372-395, 1986.

KURKOWSKI, Elzbieta. Role and jurisprudence of the International Centre for Settlement of Investment Disputes. **Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques**, Genebra, p.151-194, julho-setembro, 1993.

LALIVE, Pierre. The first World Bank arbitration (*Holiday Inns v. Morocco*) - some legal problems. **BYIL.**, Cambridge, vol. 51, p.123-161, 1980.

NATHAN, Kathigamar V.S.K. Submission to the International Centre for Settlement of Investment Disputes in breach of the Convention. **JIA**, Genebra, vol.12, n 1, p 27 -52, mar.1995.

NURICK, Lester e SCHNABLY, Stephen J. The first ICSID Conciliation: Tesoro Petroleum Corporation v. Trinidad and Tobago. **ICSID Review**, Washington, n.2, p. 340-353, 1986.

RAMBAUD, Patrick. Premiers enseignements des arbitrages du C.I.R.D.I. **AFDI**, Paris, p.471-491, 1982.

RAMBAUD, Patrick. Des obligations de l'Etat vis-a-vis de l'investisseur étranger (sentence AAPL c. Sri Lanka). **AFDI**, Paris, p.501-510, 1992.

SCHMIDT, John T. Arbitration under the auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): implications of the decision on jurisdiction in Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. v. Government of Jamaica. **Harvard International Law Journal**, Cambridge, vol. 17, no. 1, p 90 - 109, 1976.

SCHREUER, Christoph. Commentary on the ICSID Convention: article 25. **ICSID Review**, Washington, vol.11, n.2, p.318-492, 1996.

SHIHATA, I. Towards a greater depoliticization of investment disputes: the roles of ICSID and MIGA. **ICSID**, 1992.

_____ e PARRA, Antonio R. The experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes. **ICSID Review**, Washington, vol.14, n.2, p.299-361, 1999.

STEVENS, Margrete. Arbitration and Investment Disputes – are we heading in the right direction? **ICSID NEWS**, vol.19, n.1, 2002. Disponível em <http://www.worldbank.org/icsid/news/n.19.1.4.htm> . Acesso em 3 out.2002.

Bibliografia sobre os aspectos históricos

ABREU, Marcelo de Paiva. Inflação , estagnação e ruptura: 1961-1964. In: ABREU, Marcelo de Paiva (Org.). **A ordem do progresso: cem anos de política econômica republicana, 1889-1989**. Rio de Janeiro, Campus, 13ª. tiragem, 1990, p.197-231.

DONGHI, Túlio Halperin . **História da América Latina**. São Paulo, Círculo do Livro, s/ data.

CERVO, Amado Luiz. **Relações Internacionais da América Latina: velhos e novos paradigmas**. Brasília, Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 2001.

_____ e BUENO, Clodoaldo. **História da Política Exterior do Brasil**. São Paulo, Ática, 1992.

CAMPOS, Roberto. **A lanterna na popa**. Rio de Janeiro, Topboks, 1994.

HOBBSAWM, Eric. **The age of capital (1848-1875)**. Nova York, Vintage Books, 1996.

KENNAN, George F. **American Diplomacy**. Nova York, The New American Library, 1a. edição, 1952.

VILLA, Marco Antonio. **A Revolução Mexicana**. São Paulo, Ática, 1993.

Bibliografia sobre metodologia

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas. **Resumos**. NBR 6028, maio 1990.

_____. **Informação e documentação – referências e elaboração**. NBR 6023, ago. 2000.

_____. **Informação e documentação – trabalhos acadêmicos; apresentação.** NBR 14724, jul.2001.

_____. **Informação e documentação – apresentação de citações em documentos.** NBR 10520, jul.2001.

COMISSÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO DA FADUSP. Resolução 01/2002 de 10 de setembro de 2002.

DREYFUS, Simone. **La thèse et le mémoire de doctorat en Droit.** Paris, Armand Colin, 1971.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese.** São Paulo, Perspectiva, 11a. ed., 1994.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica.** Porto Alegre, S.A. Fabris, 2a. ed., 1987.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. **Guia de Metodologia Jurídica.** Lecce, Edizione del Grifo, 2001.

SEVERINO, Antonio J. **Metodologia do Trabalho Científico.** São Paulo, Cortez Editora, 20ª ed., 1996.

ABREVIACÕES

AFDI.	Annuaire Français de Droit International
AJIL.	American Journal of International Law
BYIL.	British Yearbook of International Law
DALLOZ	Enciclopdie de Droit International
DPCI.	Droit et Pratique du Commerce International
ICLQ.	International and Comparative Law Quaterly
ICSID Rep.	ICSID Reports
ICSID Review	ICSID Review - Foreign Investment Law Journal
ILM.	International Legal Materials
ILR	International Law Reports
JDI.	Journal de Droit International
JIA	Journal of International Arbitration
JWT.	Journal of World Trade
J.W.T.L.	Journal of World Trade Law
Recueil	Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de l'Haye

RCDIP	Révue Critique de Droit International Privé
SWISS ARB.A.BULL.	Swiss Arbitration Association Bulletin
Y.B.Com.Arb.	Year Book of Commercial Arbitration

SIGLAS

ACP	países da África, Caribe e Pacífico
AIOC	Anglo Iranian Oil Company
ALADI	Associação Latino-Americana de Integração, sucessora da ALALC
ALALC	Associação Latino-Americana de Livre-Comércio
ALCA	Área de Livre Comércio das Américas (ou FTAA, Free Trade American Area)
APEC	Cooperação Econômica da Ásia e Pacífico (Ásia Pacific Economic Cooperation)
ASEAN	Associação das Nações do Sudeste Asiático (Association of the Southeast Asian Nations)
BIRD	Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (o mesmo que Banco Mundial)
BIS	Bank of International Settlement (Banco de Compensações Internacionais)
CCI	Câmara de Comércio Internacional
CEE	Comunidade Econômica Européia
CEI	Comunidade dos Estados Independentes

CIJ	Corte Internacional de Justiça
CIRDI*	Centro Internacional de Solução de Controvérsias sobre Investimentos (Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements)
CMC	Conselho de Mercado Comum
CNUDCI	vide UNCITRAL
CPJI	Corte Permanente de Justiça Internacional
ECOSOC	Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (Economic and Social Council)
FMI	Fundo Monetário Internacional
ICSID	International Center for Settlement of Investment Disputes (vide CIRDI)
IDA	Associação Internacional para o Desenvolvimento (International Development Association)
IFC	Sociedade Internacional Financeira (International Finance Corporation)
GATT	General Agreement on Trade and Tariffs
GATS	General Agreement on Trade Services
GMC	Grupo do Mercado Comum

* embora a sigla adotada nos documentos oficiais relativos ao Mercosul e à ALCA seja CИСCI

MAI	Acordo Multilateral sobre Investimentos (Multilateral Agreement on Investments)
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
MIGA	Agência Multilateral de Garantias para Investimentos (Multilateral Investment Guaranty Agency)
NOEI	Nova Ordem Econômica Internacional (ou NEIO, New Economic International Order)
OCDE	Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
ONUDI	Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Internacional
OPEP	Organização dos Países Exportadores de Petróleo
TRIM's	Trade Related Investment Measures (Medidas relativas a investimentos e ligadas ao comércio)
UE	União Européia (ex- CEE)
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional – CNUDCI, em sua sigla latinizada (United Nations Conference on International Trade Law)
UNCTAD	Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (United Nations Conference on Trade and Development)

RESUMO

O objeto do presente trabalho é a análise das mudanças no regime jurídico do investimento estrangeiro ocorridas na última década. Após o estudo histórico sobre o desenvolvimento desse regime, as quatro tendências que conduziram a elaboração das regras daquele período são examinadas.

A primeira delas foi a criação de regimes regionais, como as regras sobre o investimento internacional do NAFTA, ASEAN, APEC e Mercosul. A segunda, as tentativas de estabelecimento de um regime multilateral, como comprovam não só as negociações do MAI e das TRIM's, nos quadros da OCDE e OMC, como a consolidação pelo Banco Mundial das Diretivas sobre o investimento direto estrangeiro. Em terceiro lugar, o surgimento de normas internacionais setoriais, a exemplo do Tratado da Carta da Energia. E, por último, o crescimento extraordinário do número de acordos bilaterais sobre a matéria. O estudo leva em consideração a jurisprudência internacional, principalmente as sentenças proferidas pelo CIRDI.

O exame dessas quatro tendências é seguido pelo estudo de dois regimes regionais que dizem respeito aos interesses brasileiros: o do Mercosul e o da ALCA.

Se comparado com os regimes anteriores, aquele dos anos 90 se distingue por privilegiar a flexibilização das regras sobre o fluxo de capitais e o incremento de seu ganho. Preocupações com regras concernentes à proteção do investimento estrangeiro parecem estar ultrapassadas em razão de dois motivos. Inicialmente, pela implementação de seguros e garantias contra riscos políticos que, além de contornar o risco decorrente das interferências governamentais nos investimentos, também minimizou as discussões sobre as indenizações. Em segundo lugar, pelo endosso dado pela maioria dos países em desenvolvimento às políticas neoliberais -o que inibiu a ação governamental no regime doméstico do investimento internacional- e pela concorrência entre esses países em atrair esse investimento.

O direito internacional dos investimentos passou a contar com poucas lacunas, a basear-se menos no costume e a formalizar-se em instrumentos. Questões vitais em décadas anteriores, como aquelas relativas à cláusula Calvo e aos critérios indenizatórios, foram resolvidas por tratados ou pela jurisprudência. Esta tornou-se abundante, consolidando um entendimento conservador. Objetivamente, pouco restou do discurso inflamado dos anos 60 e

70 sobre a NOEI. Desmontou-se o binômio investimento e desenvolvimento, desarticulando-se um sistema anterior chamado de Direito Internacional do Desenvolvimento.

Essa desarticulação deu-se por caminhos diversos. O direito internacional dos investimentos, antes objeto de Resolução da ONU, teve seus debates transpostos para outras organizações, como o Banco Mundial. A preocupação com o desenvolvimento foi realocada de capítulo do Direito Econômico Internacional para o campo dos Direitos Humanos.

Das quatro tendências acima, uma delas parece que não terá continuidade: o tratamento setorial da matéria. Todavia, nos próximos anos, as outras três continuarão a ser seguidas: não há indicação de refluxo nos acordos bilaterais; a busca por um regime multilateral irá continuar, como aponta o compromisso assumido na reunião da OMC, em Doha de assinatura das TRIM'S em 2005; e, finalmente, as negociações da ALCA, que incluem disposições sobre investimentos, indicam continuidade na tendência regional.

ABSTRACT

The purpose of this work is to analyze the changes introduced in the international legal regime applicable to foreign investment in the last decade. After an historical study on the development of this regime, the four trends that shaped the elaboration of these rules during this period are examined.

Firstly, the tendency to the creation of international regional regimes -like NAFTA, Mercosur, ASEAN and APEC's special rules on investment- is analyzed. Secondly, the several attempts to establish a multilateral regime on foreign investment -as evidenced by the negotiation of the MAI, in the OECD, and of the TRIM's, in the WTO, as well as the edition of the Guidelines on Foreign Direct Investment by the World Bank- are reviewed. In the third place, the international rules applicable to investments in special sectors, as is the case of the Energy Charter Treaty, are focused. Finally, the increase in number of the bilateral treaties is examined. This study takes into account the international jurisprudence, mainly the awards rendered by the ICSID.

This exam is followed by the study of two regional regimes that affect Brazilian interests: the Mercosur and the FTAA.

If compared with the previous regimes, the one that prevailed in the nineties appears to be more concerned with both the flexibility of the rules on the flow of capitals and the increase of earnings. Concerns about rules on the investment protection have vanished for two main reasons. Initially, the availability of insurance and guaranties against political risks besides minimizing the risks presented by any governmental interference on the investor's control over its investment, also contributes to make issues on the value of indemnities irrelevant. In the second place, the majority of the developing countries not just endorsed neo-liberal policies, which made governmental restrictive postures on foreign investment difficult, but have started to compete against each other to attract foreign capitals.

The International Law on Investments turned into a system with few gaps, based rather on written treaties than on customary law. Crucial issues of the past few decades, like these related to the Calvo doctrine or to indemnities criteria, were solved by treaties and arbitral decisions. Not only did the jurisprudence become abundant, but also consolidated conservative views on the matter. Objectively, very little remained of the fiery speech on the NEIO. The

dual investment and development was undone and the previous system of the International Law of Development collapsed.

This collapse was caused by different reasons. The most determining, however, is the fact that the International Law on Investment, based before on customary rules and precariously settled by UN's resolutions, were relocated to different fora, like the World Bank. The concern with development switched from an important chapter of the International Economic Law to Human Rights' domain.

Amidst the four trends pointed out in this work, apparently just one will be discontinued in the near future: the sectorial treatment of foreign investment. Nonetheless, the others will continue to be present: there is no evidence of reflux in the signing of bilateral treaties; the search for a multilateral regime will continue, as shown in the commitment made in the WTO Conference of Doha, in 2001, fixing for 2005 the signing of the agreement on TRIM's; and finally, the negotiation of FTAA, including dispositions on investments, indicates that the regional tendency will remain.

Résumé

Le présent travail a pour but d'analyser les altérations du régime juridique dans l'investissement privé depuis 1990. Après une étude historique sur le développement de ce régime, seront examinées les quatre tendances qui ont dirigé l'élaboration des règles de cette période.

La première de ces tendances fut la création des régimes régionaux, comme les normes sur les investissements internationaux de l'ALENA (Association de Libre-échange Nord Américaine), ANASE (Association des Nations du Sud-Est Asiatique), APEC et Mercosur. La deuxième, les tentatives d'établir un régime multilatéral -comme nous montrent non seulement les négociations du Projet de l'AMI (Accord Multilatéral sur l'investissement) et les accords désignés comme TRIM's (Trade Related Investment Measures) dans le cadre de l'OCDE et de l'OMC, respectivement – mais aussi la consolidation par la Banque Mondiale des Principes Directeurs sur le traitement des investissements étrangers. Ensuite, la naissance des règles internationales sectoriales, comme celles de la Charte de l'Energie. Finalement, la croissance extraordinaire du nombre des accords bilatéraux sur ce sujet. En outre, l'analyse prend en considération la jurisprudence internationale, notamment les sentences rendues par le CIRDI. L'étude de ces quatre tendances est suivie d'une analyse des deux régimes concernant les intérêts brésiliens, à savoir: le Mercosur et la ZLEA (Zone de libre échange des Amériques).

Si l'on compare le régime des deux époques, celui de la dernière décennie se différencie des autres pour avoir privilégié la flexibilisation des règles sur les flots de capitaux et sur l'augmentation des gains. Les préoccupations par rapport aux règles de protection de l'investissement étranger semblent être surpassées pour deux raisons. Tout d'abord, l'implémentation des systèmes d'assurance et de garantie contre les risques politiques qui, outre le fait de contourner les risques découlant des ingérences du gouvernement dans les investissements, ont minimisé les discussions sur les indemnités. Deuxièmement, le soutien donné par la majorité des pays en voies de développement aux politiques néolibérales – ce qui a inhibé l'action gouvernementale dans les régimes internes applicables à l'investissement international – et la concurrence entre ces pays pour attirer ces investissements.

Le droit international est devenu peu lacunaire, ayant ses fondements d'autant moins dans la coutume que dans les documents formels. Des questions vitales dans les décennies précédentes, comme, par exemple, celle sur la légalité de la doctrine Calvo et d'autres critères d'indemnisation, ont été résolues par des traités ou par la jurisprudence. Cette dernière est devenue très abondante et a consolidé une approche conservatrice de la matière. Quant au Nouvel Ordre Economique International (NOEI), objectivement, il reste très peu de ce discours inflammé des années 60 et 70. Le binôme investissement/développement s'est écoulé en démontant le système antérieur intitulé le Droit International du Développement.

Cette désarticulation a été entraînée par différents aspects. Le droit international des investissements, avant objet des résolutions de l'ONU, a vu migrer ces débats aux seins d'autres organisations, comme la Banque Mondiale. D'un autre côté, le souci concernant le développement a été transféré du Droit Economique International au domaine des Droits de l'Homme.

Parmi ces quatre tendances mentionnées, une seule semble ne pas avoir de continuité: le traitement sectoriel de la matière. Cependant, il paraît que les autres, au contraire, auront une suite dans les prochaines années: il n'y a pas d'indication de reflux dans les accords bilatéraux; la quête d'un régime multilatéral continuera, comme indiqué par le compromis assumé à la réunion de l'OMC au Qatar, envisageant la signature des accords sur les TRIM's en 2005; et, finalement, les négociations de la ZLEA, contenant les dispositions sur l'investissement démontrent la continuité de cette tendance régionale.