

Introdução

Il n'ont pas l'idée que c'est un autre monde où ils pénètrent et comme un milieu baigné d'une autre lumière, et que, s'ils y entraînent avec eux leur atmosphère, tout ce qu'ils essayeront de voir se trouvera déformé par une réfraction vicieuse. [...] [II] convient de nous dégager de nos habitudes intellectuelles, de renoncer à nos cadres tout faits, de nous laisser pénétrer lentement par les choses elles-mêmes et de démêler leur logique propre, au lieu de les plier à une méthode qui n'a pas été faite pour elles.

Émile Boutmy

No trecho em destaque, Boutmy¹ adverte, com rara precisão e sutileza quase poética, acerca dos perigos a serem evitados pelo comparatista ao apreender o direito estrangeiro: automaticamente levados a traduzir o outro segundo nossa própria lógica, invariavelmente acabamos subtraindo-lhe a essência. Na época em que concebeu essa passagem (século XIX), provavelmente não lhe ocorreu que suas observações fossem igualmente válidas a outras áreas do conhecimento que tivessem no método comparativo sua principal ferramenta, tampouco que algum dia pudessem se aplicar ao direito internacional, disciplina não vinculada a um sistema jurídico determinado, mas particularmente sensível à ação do tempo.

Logo nas primeiras linhas de seu clássico *Mudança na Estrutura do Direito Internacional*, Friedmann oportunamente destaca que “a finalidade da lei é ordenação das relações sociais, todo o sistema jurídico deve refletir os princípios da ordem social que procura regulamentar”². Muito mais que fixar um princípio elementar não raramente ignorado pelos juristas ao analisar os particularismos dos sistemas jurídicos, Friedmann conecta de maneira inexorável o direito, a sociedade e a história. A partir disso, somos levados a crer que o estudo do direito, particularmente do direito internacional, não

¹ BOUTMY, E. *Études de droit constitutionnel*. Paris: Plon, 1888. p.84-85. Disponível em: <http://archive.org/stream/tudesdedroitcon01boutgoog#page/n105/mode/2up>. Último acesso em : 13 de janeiro de 2013.

² FRIEDMANN, W. *Mudança da estrutura do direito internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. p. 7.

pode prescindir do elemento histórico³. Parece-nos, portanto, inconcebível que um trabalho cujo cenário seja a evolução do direito internacional não tenha na análise histórica um de seus sustentáculos.

Daí a pertinência do alerta inicial feito por Boutmy. Ainda que se sinta tentado a automaticamente transpor conceitos que nos são familiares, ao analisar o direito a partir da perspectiva histórica é fundamental estar atento às naturais transformações que determinados institutos possam sofrer ao longo do tempo. Conquanto essencial à compreensão do fenômeno jurídico, há que se lembrar que a história permite uma visão instantânea de determinado instituto jurídico em determinada época, não se prestando, ao menos não de forma isolada, a descrever as suas feições atuais. Portanto, tentar retorcer os fatos a fim de encaixá-los em conceitos preconcebidos apenas confere uma ideia parcial da realidade: “*tout ce qu’ils essayeront de voir se trouvera déformé par une réfraction vicieuse*”⁴. É exatamente esse o perigo que se deve evitar ao se confrontar com uma análise histórica: deixar-se seduzir pelo que é familiar. Nesse mesmo sentido, Castells, ao reconhecer que períodos de transição tão intensa como o que vivemos podem revelar-se especialmente confusos, adverte que “as categorias intelectuais que usamos para compreender o que acontece à nossa volta foram cunhadas em circunstâncias diferentes e dificilmente podem dar conta do que é novo referindo-se ao passado”⁵.

Pois bem, no último século, o mundo, tal como o conhecíamos, passou por transformações extraordinárias. A despeito da ausência do necessário recuo histórico, fator que dificulta sobremaneira a apreensão da real extensão dessas mudanças, pode-se caracterizar este período pela fragmentação dos paradigmas locais e temporais⁶. Bauman, ao apontar a liquefação dos conceitos e ideias até então consolidados, sustenta que

³ “At present, in very many cases, if we want to know why a rule of law has taken its particular shape, and more or less if we want to know why it exists at all, we go to tradition. We follow it into the Year Books, and perhaps beyond them to the customs of the Salian Franks, and somewhere in the past, in the German forests, in the needs of Norman kings, in the assumptions of a dominant class, in the absence of generalized ideas, we find out the practical motive for what now best is justified by the mere fact of its acceptance and that men are accustomed to it. The rational study of law is still to a large extent the study of history. History must be a part of the study, because without it we cannot know the precise scope of rules which it is our business to know.” HOLMES, O. W. *The Path of the Law*. (in 10 Harvard Law Review 457, 1897). Disponível em: <http://www.gutenberg.org/files/2373/2373-h/2373-h.htm>. Último acesso em 13 de janeiro de 2013.

⁴ BOUTMY, E., *Études de droit constitutionnel*. Cit., p.83.

⁵ CASTELLS, M. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2011. p. i (prefácio à edição 2010).

⁶ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 11-12.

aquela sociedade, alvo das críticas da teoria crítica clássica, não mais existe: a modernidade pesada, sólida, condensada, sistêmica deu lugar a uma “nova modernidade”, leve, fluida, capilar e em forma de rede⁷. Nessa nova configuração, não há mais porque se preocupar com a colonização do privado pelo público. Muito pelo contrário, houve mesmo uma nítida inversão da tarefa da teoria crítica:

A mesa foi virada, por assim dizer: a tarefa da teoria crítica foi invertida. Essa tarefa costumava ser a defesa da autonomia privada contra as tropas avançadas da “esfera pública”, soçobrando sob o domínio opressivo do Estado onipotente e impessoal e de seus muitos tentáculos burocráticos ou réplicas em escala menor. Hoje a tarefa é defender o evanescente domínio público, ou, antes, reequipar e repovoar o espaço público que se esvazia rapidamente devido à deserção de ambos os lados: a retirada do “cidadão interessado” e a fuga do poder real para um território que, por tudo que as instituições democráticas existentes são capazes de realizar, só pode ser descrito como “espaço cósmico”. Não é mais verdade que o “público” tente colonizar o “privado”. O que se dá é o contrário: é o privado que coloniza o espaço público [...]⁸.

Mas a sublimação do individualismo não se concretizou sem os correlativos efeitos sobre o coletivo. Se como já em Tocqueville se suspeitava que o indivíduo fosse o pior inimigo do cidadão, a emergência do indivíduo causou um esvaziamento das questões públicas, convenientemente transformadas em fórum de afirmação dos interesses individuais⁹.

O individualismo não é, contudo, um elemento novo na sociedade ocidental. Suas raízes já eram claramente perceptíveis entre os valores que orientaram as revoluções do século XVIII. Contudo, por trás desse falso ar

⁷ “O tipo de modernidade que era alvo, mas também o quadro cognitivo, da teoria crítica clássica, numa análise retrospectiva, parece muito diferente daquele que enquadra a vida das gerações de hoje. Ela parece ‘pesada’ (contra a ‘leve’ modernidade contemporânea); ou melhor ainda, ‘sólida’ (e não ‘fluida’, ‘líquida’ ou ‘liquefeita’), condensada (contra difusa ou ‘capilar’); e, finalmente, ‘sistêmica’ (por oposição a ‘em forma de rede’).” BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 33.

⁸ Idem, *ibidem*, p. 49.

⁹ “E assim há outro obstáculo: como de Tocqueville há muito suspeitava, libertar as pessoas pode torná-las *indiferentes*. O indivíduo é o pior inimigo do cidadão. O ‘cidadão’ é uma pessoa que tende a buscar seu próprio bem-estar através do bem-estar da cidade – enquanto o indivíduo tende a ser morno, cético ou prudente em relação à ‘causa comum’, ao ‘bem comum’, à ‘boa sociedade’ ou à ‘sociedade justa’. Qual é o sentido de ‘interesses comuns’ senão permitir que cada indivíduo satisfaça seus próprios interesses? [...] Se o indivíduo é o pior inimigo do cidadão, e se a individualização anuncia problemas para a cidadania e para a política fundada na cidadania, é porque os cuidados e preocupações dos indivíduos enquanto indivíduos enchem o espaço público até o topo, afirmando-se como seus únicos ocupantes legítimos e expulsando tudo mais do discurso público.” Idem, *ibidem*, p. 45-46.

de normalidade, uma revolução silenciosa segue seu curso. A novidade dessa nova era parece residir no fim das grandes dicotomias que caracterizavam a era moderna, contendo o individualismo dentro de uma esfera de ação delimitada. Libertado dessas amarras, sua penetração no interior da máquina estatal promoveu a apropriação do espaço público pelo indivíduo, expurgando do cenário político qualquer referência estranha à satisfação econômica¹⁰. Impulsionado pelo processo de globalização, o desenvolvimento do capitalismo – internacionalista por natureza – atravessou as fronteiras nacionais, solapando lentamente outros sistemas sociais; condicionando, aos poucos, a política. Na passagem, a tradicional separação entre economia (privado) e política (público) foi paulatinamente superada à medida que se desfazia a associação entre interesses privados e interesses nacionais.

Não obstante sua grande popularidade, o termo globalização, usado para veicular uma grande quantidade de ideias, pode ser uma noção extremamente opaca. Trata-se, com efeito, de “uma palavra da moda que se transforma rapidamente em um lema, uma encantação mágica, uma senha capaz de abrir portas de todos os mistérios presentes e futuros”¹¹. Muitas vezes, como no processo acima descrito, é assimilada a seus efeitos; outras, a propósitos políticos muito bem definidos. Identifica-se um desacordo muito grande quanto à definição de suas feições. Contudo, alguns pontos de consenso, ou quase, podem ser indicados.

Inúmero teóricos da globalização concordam precisamente na definição de seus traços essenciais. O elemento comum a qualquer análise acerca da globalização parece ser a informação: “a revolução tecnológica da informação e tudo o que ela conota em termos de comunicação instantânea e de compressão de tempo e espaço”¹². Numa acepção mais ampla, o fenômeno da globalização caracteriza-se pela intensificação da interconectividade

¹⁰ “Lembremos, no entanto, que tudo isso seria feito não para acabar de uma vez por todas com os sólidos e construir um admirável mundo novo livre deles para sempre, mas para limpar a área para *novos e aperfeiçoados sólidos*.” Idem, *ibidem*, p. 9.

¹¹ BAUMAN, Z. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 7.

¹² KUMAR, K. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006. p. 23.

mundial em todos os aspectos da vida social¹³, podendo ser mais precisamente conceituada como

“um processo (ou conjunto de processos) que corporificam uma transformação da organização espacial das relações e transações – avaliadas em termos de extensão, intensidade, velocidade e impacto –, gerando fluxos e redes transnacionais e inter-regionais de atividade, interação e exercício do poder (Held et al., 1999:1)”¹⁴.

Numa abordagem pautada nos efeitos políticos, a globalização significa “*os processos*, em cujo andamento os Estados nacionais veem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada de atores transnacionais”¹⁵. Em termos práticos, a compressão do espaço/tempo corrói as fronteiras nacionais, solapando a outrora sólida fidelidade nacional e substituindo-a por outros elementos, não necessariamente internacionais. Se, como aponta Bauman, o poder tornou-se extraterritorial, “Não importa mais onde está quem dá a ordem – a diferença entre próximo e distante, ou entre o espaço selvagem e o civilizado e ordenado, está a ponto de desaparecer”¹⁶. A partir dessas observações, algumas feições desse fenômeno não devem ser perdidas de vista.

Ao analisar especificamente o âmbito cultural, Lotman¹⁷ indica a não sincronicidade das transformações ao longo do tecido social. Em constatação similar, Kumar destaca a não linearidade da globalização¹⁸,

¹³ “Globalization may be thought of initially as the widening, deepening and speeding up of the worldwide interconnectedness in all aspects of contemporary social life, from the cultural to the criminal, the financial to the spiritual.” HELD, D. et al. *Global transformations: politics, economics and culture*. Stanford: Stanford University Press, 1999. p. 2.

¹⁴ KUMAR, K. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. Cit., p. 26.

¹⁵ BECK, U. *O que é Globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 30.

¹⁶ BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*. Cit., p. 18.

¹⁷ “Esto no significa que cuando describamos la historia aislada de un arte dado nos toparemos aquí com una interrupción: éste, al ser estudiado inmanentemente, parecerá ininterrumpido. Pero basta com que nos planteemos el objetivo de describir el conjunto de lãs artes em los marcos de tal o cual época, para que descubramos claramente la expansión de unas y ‘como interrupciones’ em la historia de otras. [...] Pero em el tejido real de la cultura la no sincronicidad no interviene como una desviación casual, sino como una ley regular. El arte transmisor que se halla em el apogeo de su actividad, al mismo manifiesta tiempo rasgos de espíritu innovador y de dinamismo. Los destinatários, por regra general, todavia están viviendo la etapa cultural precedente. Suele haber también otras relaciones, más complejas, pero la irregularidad tiene um carácter de regularidad universal.” LOTMAN, Y. *La Semiosfera*. Vol. I: Semiótica de la cultura y del texto. Madrid: Ediciones Cátedra, série Frónesis, 1996. p. 33-34.

¹⁸ “Claramente, a globalização não é um ramo de negócios direto. Ela não é necessariamente linear nem progressiva. Seu desenvolvimento é ao mesmo tempo inconstante, desigual, e gerou enormes disparidades de

atingindo com velocidade e intensidade distintas diferentes fatores sociais. Isso se aplica, guardadas as devidas peculiaridades, tanto às relações sociais no âmbito de um estado como às relações internacionais; tanto ao direito como a outros fatores sociais.

No que concerne às atividades do Banco Mundial¹⁹, trata-se de tema de extrema riqueza, suscetível às mais diversas abordagens. Numa dimensão mais ampla, são expressões concretas do processo de globalização. Com efeito, muito se critica a ação das Instituições Financeiras Internacionais²⁰ (IFIs) como agentes do processo de globalização econômica, esquecendo-se, no entanto, que sua criação objetivava exatamente a realização dessa tarefa. Sob essa perspectiva, essa experiência pode ser considerada como tendo sido muito bem-sucedida.

No âmbito jurídico, o advento das organizações de Bretton Woods constituiu-se numa nova etapa do processo de institucionalização da cooperação internacional. Apesar das críticas que podem ser feitas a algumas escolhas efetuadas em sua concepção, estruturalmente se tratou de entidades inovadoras. Além de seu sistema de voto peculiar (voto ponderado), seus instrumentos operacionais permitiram-lhes exercer influência dificilmente contrastável por outras entidades.

Segundo Saunier, *“En droit international, les banques multilatérales ne constituent pas une catégorie juridique aux frontières très sûres. Hormis l’exigence d’un traité à la base de la personnalité juridique internationale de ces organisations, la banque*

riqueza e poder, estimulando amplos movimentos de resistência [...] Criou uma cunha entre as ‘elites extraterritoriais’, a parte da população que tem o poder e a liberdade de movimentar-se e agir através do globo, e a maioria territorializada, ‘localizada’, deixada para trás em comunidades cada vez mais enfraquecidas, esvaziadas de significado e de recursos (Bauman, 1998) [...] Para alguns, a globalização é o nome ofuscante de uma nova forma de império – o império anônimo de um capitalismo totalmente abrangente, agora mais poderoso e penetrante do que nunca foi no tempo em que os Estados-nações eram os veículos do capitalismo ou quando os Estados europeus dividiam o mundo entre si.” KUMAR, K. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. Cit., p. 26-27.

¹⁹ Ao longo desse trabalho usar-se-á o termo Banco Mundial ou, simplesmente Banco, para se referir ao Grupo Banco Mundial. Tendo em vista que as demais afiliadas foram criadas apenas num segundo momento, em determinadas circunstâncias, facilmente identificáveis pelo contexto, haverá identidade entre o Banco e o BIRD.

²⁰ Popularizou-se o emprego da expressão Instituições Financeiras Internacionais (doravante, IFIs) para referir-se às organizações internacionais criadas na Conferência de Bretton Woods: o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento (BIRD), também conhecido como Banco Mundial.

*est avant tout une activité*²¹. Disso, extraem-se ao menos duas conclusões: (a) muito embora o direito seja elemento essencial na composição da estrutura dos bancos multilaterais de desenvolvimento, não se trata do único, tampouco do mais importante elemento de sua composição, fator que não impede, no entanto, que abordemos tais entidades segundo a perspectiva jurídica; (b) se esses bancos são, como se propõe, acima de tudo uma atividade, parece impossível reduzir-se o relacionamento entre o banco e o membro à simples relação contratual. Nesse caso, para entendê-lo, deve-se obrigatoriamente retornar a seus propósitos. Apesar de alternativas possíveis, acreditamos que somente uma abordagem de tal amplitude possa revelar a complexidade de suas operações. Para tanto, tentaremos explorar o Banco Mundial em diferentes níveis.

As organizações internacionais são produto do desenvolvimento da cooperação internacional. Dessa forma, para se compreender o processo histórico e as forças que motivaram a sua criação, além das implicações de sua contínua evolução funcional, parece-nos indispensável tratá-las, o que será feito no capítulo 1, como uma etapa do processo de transformação do direito internacional.

Outra faceta do impacto da globalização na sociedade foi a demanda de respostas mais rápidas e eficazes a problemas urgentes. Frente à habitual rigidez das formas tradicionais de formação do direito internacional, novos instrumentos de natureza um tanto duvidosa foram criados. O transplante da noção de regulação da economia para o direito interno e desse para o direito internacional, abordado no capítulo 2, faz parte desse processo.

A regulação internacional do *project finance*, focalizada no capítulo 3, consiste, por seu turno, num exemplo bem acabado desse fenômeno. Analisando-o, penetramos num ambiente livre das dicotomias tradicionais (público/privado, interno/internacional), em que entidades das mais diversas naturezas relacionam-se impulsionadas por uma causa comum: a realização do projeto. Nesse ambiente, regulado por ações e normas provenientes de diferentes agentes, o Banco Mundial intervém de maneiras distintas seja como participante, mas como agente regulador.

²¹ SAUNIER, P. Le système financier et monétaire international. In : HAQUIANI, Z.; SAUNIER, P. *Droit international de l'économie*. Cit., p. 72.

Diferentemente da parte 1, voltada para o domínio externo, a parte 2 dedica-se ao ambiente interno do Banco. Concebidas ainda durante a guerra, as IFIs logo se revelaram superadas pela velocidade dos acontecimentos. Diante disso, a necessidade de adaptar-se à nova realidade surgiu como um imperativo em vista da ameaça de obsolescência. Como resposta, o Banco evoluiu, seja funcionalmente (capítulo 4), seja estruturalmente (capítulo 5), tornando-se um grupo por meio da agregação de outras entidades.

Finalmente, o capítulo 6 será dedicado aos principais instrumentos empregados pelo Banco em suas atividades. Nele, observaremos como a concatenação desses vários elementos conferiu ao Banco poder regulador a princípio inexistente em seu mandato.

Parte I

A regulação internacional: aspectos gerais

O derretimento dos sólidos levou à progressiva libertação da economia de seus tradicionais embaraços políticos, éticos e culturais. Sedimentou uma nova ordem, definida principalmente em termos econômicos. Essa nova ordem deveria ser mais “sólida” que as ordens que substituíra, porque, diferentemente delas, era imune a desafios por qualquer ação que não fosse econômica.

Zygmunt Bauman

Bauman, em seu *Modernidade líquida*²², consolida em palavras o sentimento de todos aqueles que vivenciaram (e têm vivenciado) as transformações sociais ocorridas ao longo do último século. A penetração da economia em outros fatores da vida social efetivamente alterou-lhes a racionalidade natural. Seduzidos pelas promessas (mas sobretudo temerosos das ameaças) abertamente veiculadas pelos partidários da ideologia não mais liberal, mas neoliberal, passamos gradualmente a acreditar que não há alternativas a essa situação, que as democracias capitalistas liberais talvez sejam de fato o “fim da história”: a última etapa do longo processo de evolução da sociedade²³. Resignados diante deste inescapável destino, adaptamos nossos ideais e valores à lógica capitalista, estratégica e indevidamente travestida em lógica econômica *tout court*. Logo, convencemo-nos de que os critérios que orientam a ordem econômica – por natureza, técnica – podem também orientar de forma satisfatória outras ordens. A partir disso, que Comte-Sponville identifica como um “*ridicule pascalien*”, acabamos atribuindo à racionalidade econômica funções que lhe são absolutamente estranhas²⁴. Não poupando setor algum da sociedade, este fenômeno pode ser detectado com nitidez no âmbito jurídico e, com ênfase especial, no direito internacional.

Inicialmente empregada na esfera nacional, a noção de regulação internacionalizou-se, não obstante sua inadequação ao novo ambiente.

²² BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. p. 10.

²³ FUKUYAMA, F. *The end of history and the last man*. New York: Perennial (HarperCollins Publishers), 2002.

²⁴ COMTE-SPONVILLE, A. *Le capitalisme est-il moral?* Paris: PUF, Coleção Droit, Éthique, Société, 2000. p. 92 et seq.

Conquanto especialmente identificável em algumas subáreas do direito, esse fenômeno não se limitou setorialmente: a paulatina substituição do direito pela regulação materializa um processo de transformação muito mais amplo. Na esfera internacional, por exemplo, inter-relacionam-se temas fundamentais como a composição da sociedade/comunidade internacional²⁵, a redefinição dos fundamentos e das fontes do direito e a delimitação da própria noção de juridicidade: nada mais que uma série de “inconvenientes sólidos” derretidos nesse processo de libertação da economia.

A fim de responder às demandas por regras mais adaptadas ao dinamismo da nova realidade social, não restou ao direito outra alternativa senão render-se à inevitabilidade das mudanças. O que não se imaginava, porém, eram a profundidade e a extensão dessas transformações. Doravante, a racionalidade sistêmica herdada do passado não mais parece ser capaz de resolver de maneira satisfatória todas as antinomias de um direito em contínua fragmentação (ou especialização) em subsistemas vocacionalmente independentes.

O tema financiamento de projetos insere-se nesse processo de maneira bem característica. De origem remota²⁶, a sua versão atual, reconfigurada pelo extraordinário advento do mercado financeiro internacional, revela-se incomparavelmente mais complexa. No âmbito internacional, sua regulação evidencia de maneira inequívoca as

²⁵ Celso D. de A. Mello diferencia comunidade internacional da sociedade internacional: “A comunidade apresentaria as seguintes características: formação natural; vontade orgânica (energia própria ao organismo, manifestando-se no prazer, no hábito e na memória); e os indivíduos participam de maneira mais profunda da vida em comum. A comunidade é criação de cooperação natural ‘anterior a uma escolha consciente de seus membros’ (Harry Liebersohn – *Fate and Utopian in German Sociology*, 1870.1923’, 1988). A sociedade já possuiria caracteres diferentes: formação voluntária, vontade refletida (seria produto do pensamento, dominada pela ideia de finalidade e tendo como fim supremo a felicidade); e os indivíduos participariam de maneira menos profunda na vida em comum. A comunidade estaria regida pelo direito natural, enquanto a sociedade se encontraria sob o contrato”. MELLO, C. D. de A. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. vol. 1, p. 55. Não obstante reconheçamos a existência de diferenças essenciais entre ambas, este tema, cuja profundidade extrapola os limites do nosso trabalho, não receberá tratamento individualizado em nossa narrativa; consequentemente, a adoção de uma ou outra terminologia não significa alinhamento filosófico algum com qualquer uma dessas teorias.

²⁶ “Por exemplo, em 1299 – há quase 700 anos – a Coroa Britânica negociou um empréstimo, junto ao Frescobaldi (um dos principais bancos de investimento italianos da época), para desenvolver as minas de prata da região de Devon. O contrato de empréstimo previa que o credor teria direito a controlar as operações das minas pelo período de um ano. O credor poderia retirar quanto minério não refinado quisesse, durante aquele ano, mas teria que assumir, integralmente, custo de operação das minas.” FINNERTY, J. D. *Project Finance*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1999. p. 4.

mencionadas transformações do direito internacional e o papel proeminente das organizações internacionais num setor significativo da regulação internacional econômica.

Capítulo 1

Do direito à regulação internacional

Transformações no direito internacional foram recorrentes ao longo de sua história. Foi assim, por exemplo, que o perfil cristão do direito internacional em suas origens adquiriu, com o passar do tempo, contornos particulares, dando origem a um direito internacional baseado em elementos europeus. Recentemente, muito se tem falado sobre os impactos da globalização no direito internacional. Contudo, qual seria (se há alguma) a genuinidade desse fenômeno? Ou melhor, quais elementos da globalização a diferenciam de outras mutações ocorridas na sociedade internacional a ponto de conferir tal singularidade a seus efeitos sobre o direito internacional?

Embora de forma um tanto incipiente, muito já se falou sobre o fenômeno da globalização, sobre sua vertente financeira, a intensificação das trocas internacionais, a interpenetração cultural, o avanço da ciência, etc.; já foram discutidas consequências positivas e negativas desse inexorável processo de dimensões ainda incertas. No entanto, não devemos perder de vista que, não importa quão profundamente impacte tanto o direito como outros fatores da vida social, a globalização não é um fenômeno de natureza jurídica, mas um processo histórico paralelo, caracterizado basicamente pelo movimento de aproximação entre as sociedades através da compressão do espaço/tempo.

O primeiro obstáculo que se ergue à análise de qualquer questão ainda que reflexamente relacionada à globalização é a determinação de seu marco inicial. Isto porque, tendo em vista seu caráter não científico e sua fluidez conceitual, o sentido deste termo pode variar consideravelmente²⁷.

²⁷ “La mondialisation, ce mouvement d’appropriation de la terre par l’homme, s’amorce probablement il y a quelques millions d’années, dans ces temps obscurs où, en Afrique orientale, notre ancêtre – Lucy – émerge de l’animalité et, privé de la protection de la forêt, jeté dans la savane, se dresse sur ses pattes et apprend à regarder au loin.” DEFARGES, P. M. *La mondialisation*. Paris : PUF, 2002. p. 9. “Podemos situar o seu momento inicial no século XV, caso não queiramos remontar ao descobrimento da ‘Rota da seda’. Desde aí – e após a tomada de Constantinopla pelos turcos, em 1453 – ela se desenrola, como que levando tudo de roldão.” GRAU, E. R. *Direito posto e direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 270. “A globalização, em sentido amplo, remonta aos fluxos migratórios dos primeiros grupos humanos, que buscavam outras regiões para fugir dos rigores do clima. Acredita-se que os primeiros contingentes populacionais deixaram a África e chegaram à América entre 30.000 e 13.000 anos atrás. Surtos de

Em retrospectiva, as grandes descobertas marítimas e a intensificação das relações internacionais entre o ocidente e o oriente não deixam de ser etapas desse longo processo. Ambas também impactaram o direito internacional, até então eminentemente europeu: a princípio transformando-o num direito internacional que se pode chamar de ocidental, logo após dando-lhe contornos universais²⁸. Ainda que tais eventos tenham operado mudanças significativas, sobretudo no conteúdo material do direito internacional, a estrutura de um direito eminentemente estatal, elaborado a partir de uma base marcadamente territorial e caracterizado por um conceito mais ou menos estreito de soberania, permaneceu constante. Por mais que se hesite em atribuir a denominação de sistema, muito menos de ordem, a esse conjunto apenas parcialmente estruturado de regras jurídicas²⁹, deve-se reconhecer, senão a presença de uma racionalidade sistêmica, ao menos o desejo de orientá-las segundo uma racionalidade específica.

A passagem de um direito orientado segundo uma lógica sistêmica a um modelo fragmentado que exhibe claros contornos de rede faz parte de um processo muito mais recente, que tem na institucionalização da cooperação internacional uma de suas forças motrizes. Embora consistam em processos diversos, o amadurecimento da cooperação internacional e o processo de globalização exibem claro paralelismo, catalisando-se mutuamente. Assim como ocorre com a globalização, determinar o marco inicial do processo de emergência da cooperação internacional não é tarefa das mais simples. Neste caso, a busca por suas raízes pode nos levar aos cantos mais longínquos da história, ainda assim, nem sempre com resultados concretos satisfatórios.

globalização, de origens diferentes, percorrem a história e conformam as relações sociais em todas as épocas.” AMARAL JUNIOR, A. do. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008. p 22.

²⁸ TRUYOL Y SERRA, A. *L'expansion de la société internationale aux XIX^e et XX^e siècles*. (RCADI-1965, volume 116 , issue III , pp. 89-179)

²⁹ “O que já, controvertidamente, se denomina ‘sistema internacional’, tanto mais se reluta em chamar de ‘ordem’ internacional, pois esta pressuporia concepção inicial segundo a qual fosse o todo ordenado. Em considerável medida, o contexto internacional conserva as características de ordem primitiva, parcialmente estruturada em relação de força, e, parcialmente, em relação de direitos e obrigações [...]” CASELLA, P. B. *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 30. Incabíveis, no âmbito deste trabalho, maiores considerações acerca das controvérsias envolvendo a existência ou não de uma “ordem jurídica internacional”. Sobre o tema, indicamos: DUPUY, P-M. *L'unité de l'ordre juridique international*. (RCADI, 2002. T. 297, p. 9-489), cuja análise, notadamente p. 59 et seq., traz farta bibliografia sobre a matéria.

A delimitação de marcos temporais de qualquer análise histórica pode até ser uma atividade arbitrária, contudo, não se trata de forma alguma de uma atividade aleatória³⁰. Tais recortes são normalmente feitos a partir de eventos representativos de mudanças marcantes na evolução da sociedade. Isto não implica, porém, num inevitável determinismo fático: na maioria das vezes, tais eventos assinalam apenas a última etapa de um longo processo de maturação. Assim, mesmo que acontecimentos pontuais possam causar eventuais alterações estruturais na sociedade, essas se consolidam, na maioria dos casos, pela ação do tempo³¹. Por exemplo, no que concerne aos fatos que marcaram a evolução do direito internacional moderno, destacam-se os Tratados de Vestfália, que pontuam o final da Guerra dos Trinta Anos; o Congresso de Viena, cujos princípios regeram a ordem internacional até o final da primeira guerra mundial; o Tratado de Versalhes e seus tratados correlatos, que deram vida à Sociedade das Nações e à Corte Permanente de Justiça Internacional; e, finalmente, a criação da Organização das Nações Unidas, evento que consolidou o final da segunda guerra mundial³² e, em certa medida, redesenhou a estrutura do direito internacional. Todos esses acontecimentos são extremamente relevantes para entendermos as diferentes etapas que nos conduziram ao direito internacional atual. Entretanto, se alguns deles representaram nítidas mudanças de orientação, outros apenas consolidaram evoluções amadurecidas lentamente ao longo dos anos.

A vantagem de se apreender a cooperação internacional como um processo (a nosso ver, ainda em desenvolvimento) reside exatamente na desobrigação da tarefa de fixar marcos históricos categóricos. Na verdade, essa longa marcha evolutiva foi pontuada por uma série de eventos

³⁰ ACCIOLY, H.; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, P. B.. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 44.

³¹ A este respeito, Boughton, um dos historiadores oficiais do Fundo Monetário Internacional, foi extremamente feliz ao recuperar a expressão *silent revolution*, cunhada por Michel Camdessus em 1989. Aponta que, contrariamente à noção emocional que se pode atribuir ao termo revolução, grande parte das revoluções é silenciosa, desenvolvendo-se lentamente ao longo do tempo: “No single event gave definition to a silent revolution: no storming of the Bastille, no Declaration of Independence, no Satyagraha campaign, no Long March. The Fund as an institution underwent surprisingly little structural change as it responded to the challenges of this decade. But in some dimensions, the world economy changed diametrically from the beginning of the decade to the end, and that drift ultimately wore a revolutionary cloak.”. BOUGHTON, J. M. *Silent revolution: the International Monetary Funds, 1979 – 1989*. Washington: FMI, 2001.

³² ACCIOLY; NASCIMENTO E SILVA; CASELLA, op. cit., p. 34.

significativos, cada um deles nuançando um aspecto particular desse fenômeno sem, contudo, marcar uma mudança de orientação. Um desses marcos, a revolução industrial, foi um extraordinário catalisador de seu desenvolvimento. Em matéria monetária, por exemplo, a conjugação da supremacia econômico-financeira inglesa e a adoção generalizada do padrão ouro (*gold standard*) como base do sistema monetário da época conferiu à Grã-Bretanha um incontestável poder que lhe permitiu, por um bom período, coordenar as políticas monetárias no âmbito nível internacional. Com alguns ajustes, este modelo fundado no ouro, numa moeda dominante e na livre conversibilidade tornar-se-ia a base sobre a qual o sistema de Bretton Woods seria futuramente edificado.

Esse exemplo evidencia uma nítida conexão entre três ordens paralelas, conquanto consistam em processos de natureza diversa. No campo científico, a revolução industrial possibilitara um formidável avanço técnico que influenciou decisivamente em outros fatores sociais. A intensificação da cooperação, neste caso, foi uma resposta natural à crescente complexidade inerente às novas ou renovadas relações oriundas desse avanço. Nesse âmbito, o desenvolvimento do direito surgiu como consequência lógica à maior demanda por normas, regulando-as.

Antes de adentrarmos mais especificamente no tema relativo à evolução do direito internacional, cumpre esclarecer que não se pretende, nesse trabalho, traçar um quadro histórico exaustivo dessa evolução. Dentro do possível, o que tentaremos fazer, sobretudo ao longo dos itens que seguem, é precisamente contrapô-la à evolução da cooperação internacional e de alguns fatos históricos que a impulsionaram. Isto porque acreditamos na importância da adequação do direito aos valores³³ sobre os quais se apoia a sociedade que procura regular. Afinal, como muito bem

³³ “O valor, portanto, não é projeção da consciência individual, empírica e isolada, mas do espírito mesmo, em sua universalidade, enquanto se realiza e se projeta para fora, como consciência histórica, no *processo dialógico da história* que traduz a interação das consciências individuais, em um todo de superações sucessivas. [...] Os valores não são, por conseguinte, objetos ideais, modelos estáticos segundo os quais iriam se desenvolvendo, de maneira reflexa, nossas valorações, mas se inserem antes em nossa experiência histórica, irmanando-se com ela. Entre valor e realidade não há, por conseguinte, um abismo; e isto porque entre ambos existe um nexo de *polaridade* e de *implicação*, de tal modo que a História não teria sentido sem o valor: um ‘dado’ ao qual não fosse atribuído nenhum valor, seria como inexistente; um ‘valor’ que jamais se convertesse em momento da realidade, seria algo de abstrato ou de quimérico.” REALE, M. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 206-207.

observa Zemanek, “*The interaction of the community’s members should be governed by rules which are rooted in values and interests shared by them*”³⁴.

Para tanto, convém que tenhamos em mente que se tratam de fato de processos de natureza diversa, contudo comunicantes. Conseqüentemente, por mais definitiva que entendamos seja a importância de eventos precedentes, do que decorre que outras digressões históricas possam ocasionalmente nos conduzir a épocas mais longínquas, sobretudo nos itens iniciais de nosso trabalho, identificamos como período focal de nossa investigação o pós-guerra. Por meio da análise de alguns fatos ocorridos durante este período, tentaremos compreender os valores que a partir de então passaram a animar a sociedade internacional.

1.1 Direito internacional: racionalidade sistêmica

A fim de compreendermos as mudanças sofridas pelo direito internacional ao longo do último século, mais especificamente a emergência da cooperação internacional como elemento essencial desse direito, não é necessário que nos lancemos numa análise exaustiva de seu desenvolvimento histórico. Basta lembrar de forma bastante breve que os Tratados de Münster e de Osnabrück (1648), que selaram a Paz de Vestfália, pondo fim à Guerra dos Trinta Anos (1618-1648), consolidaram o direito internacional estruturado a partir da figura do Estado³⁵. Neste sentido, ao estabelecer o princípio do equilíbrio de poderes sobre o qual a precária paz europeia repousou por um século, o Congresso de Viena representou, em certa medida, a sua continuidade³⁶. Fundada no binômio soberania/voluntarismo, a ordem vestfaliana, não obstante o elemento

³⁴ ZEMANEK, K. *The legal foundations of the international system*. (RCADI-1997, T. 266) p. 29.

³⁵ “*Le droit public de l’Europe ou jus publicum Europaeum*, appelé aussi, notamment par les publicistes germaniques, ‘droit des gens de l’Europe’ (*europäisches Völkerrecht*), a été la base du droit international ‘classique’, qui est resté en vigueur pratiquement jusqu’à la première guerre mondiale. Ses assises furent posées par la Paix de Westphalie (1648), non seulement parce que les traités de Munster et d’Osnabrück convertirent la constitution de l’Empire en affaire européenne, mais encore parce qu’ils furent le point de départ de toute une série de traités ultérieurs qui s’y rattachent et s’enchaînent expressément les uns aux autres, formant un véritable *corpus iuris gentium* européen.” TRUYOL Y SERRA, A. *L’expansion de la société internationale aux XIXe et XXe siècles*. Cit., p. 105.

³⁶ GROSS, L. *The Peace of Westphalia: 1648-1948*. (in *The American Journal of International Law*, Vol. 42, n° 1, Janeiro/1948, pp. 20-41). Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2193560>. Acesso em: 03/11/2010. p. 2.

disruptivo da Revolução Francesa, vigorou por séculos, edificando um direito internacional de coexistência caracterizado pela justaposição de poder³⁷. Este sistema não logrou êxito em evitar o primeiro grande conflito de proporções mundiais. Nem parecia ser essa, aliás, a sua pretensão: num modelo baseado quase unicamente na soberania dos Estados, a guerra era considerada uma solução legítima quando meios pacíficos de solução de controvérsias tivessem falhado³⁸.

A partir disso e a despeito das críticas que se possa fazer às teorias de conteúdo voluntarista quanto ao fundamento do direito internacional³⁹, não é de se estranhar a propagação de definições bastante restritas quanto a seus elementos estruturais. Ao analisar detalhadamente os critérios orientadores da conceituação de direito internacional, Verdross confirma que as primeiras definições efetivamente caracterizavam-se pelo que hoje consideramos conservadorismo. Nelas predominavam concepções mais ou menos estreitas de um direito internacional limitado exclusivamente à regulação das relações entre Estados⁴⁰. Já encontradas em teóricos clássicos como Grocio e Vattel, tais proposições estavam ainda presentes em

³⁷ “Esses Tratados acolheram muitos dos ensinamentos de Hugo GROCIO, surgindo daí o direito internacional tal qual o conhecemos hoje em dia, quando triunfa o princípio da igualdade jurídica dos estados, estabelecem-se as bases do princípio do equilíbrio europeu e surgem ensaios de regulamentação internacional positiva. Podem ser apontados não somente o conceito de neutralidade na guerra em relação aos estados beligerantes, como também fazer paralelo, entre o princípio então adotado da determinação da religião do estado pelo governante, o que seria o ponto de partida do princípio contemporâneo da não ingerência nos assuntos internos dos estados. Desde então, o desenvolvimento do direito internacional marchou rapidamente. Reflexões e precedentes terão de levar em conta o estado como meio e ferramenta operacional do direito internacional. A presença e a influência dos estados são incontornáveis no direito internacional, no sentido de que estarão sempre presentes e atuantes os estados, na formação e aplicação do direito de regência das relações entre estes.” ACCIOLY, H.; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, P. B. *Manual de direito internacional público*. Cit., , p. 64-65.

³⁸ “War was, indeed, on the horizon. A few idealists tried not to see it coming; but the great majority of the delegates were realists. War was the accepted procedure between nations when pacific procedures failed, as they were expected to fail.” FENWICK, C. G. *The progress of International law during the past forty years*. (RCADI, 1951. t. 79) p. 6.

³⁹ MELLO, C. D. de A. *Curso de direito internacional público*. Cit., vol. 1, p. 147 et seq.

⁴⁰ “But generally, this definition is immediately expanded by defining international law as that legal order which governs relations between independent states and *certain* other sovereign communities (the Catholic Church, recognized belligerents). Brandweiner uses an even wider definition. He considers that international Law includes also the legal rules governing the relations between states and other ecclesiastical communities as well as the relations of the different Churches *inter se*. The second and third definitions constitute, step by step, an extension of the first definition. Hence, international law is finally defined as that legal order which regulates the relations between *all the sovereign legal communities*. In addition all these three definitions tacitly imply that the legal norms in question stem from a supra-statal source.” VERDROSS, A. V. *On the Concept of International Law*. in *The American Journal of International Law*, Vol. 43, No. 3 – Julho de 1949, pp. 435-440. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2193637>. Acesso em: 12/08/2009. p. x.

trabalhos de autores proeminentes, como Oppenheim, Hall, Brierly⁴¹, entre outros⁴². São paradigmáticas, a este respeito, as decisões da Corte Permanente de Justiça Internacional nos casos *Vapeur “Wimbledon”* e *Lótus*⁴³. Em ambos, reforça-se a concepção de uma sociedade internacional definida a partir de um único critério determinante: a soberania.

Não obstante seu anacronismo, tal conceito estava em plena sintonia com os valores sobre os quais se fundava a sociedade da época. Lembremos que a longínqua consolidação dos Estados e da figura do soberano no crepúsculo do sistema feudal foi ocasionada por uma conjugação de fatores, cujos efeitos mais representativos foram o crescimento das cidades e a delimitação física do território submetido ao soberano, eventos acompanhados da gradativa centralização do poder⁴⁴.

⁴¹ Brierly, por exemplo, logo nas primeiras linhas de seu *Direito Internacional*, define Direito Internacional ou Direito das Nações como “o conjunto de regras e princípios de ação que vinculam os Estados civilizados nas suas relações uns com os outros”. BRIERLY, J. L. *Direito Internacional*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1979. 4. ed., p. 1. Isto não obstante sua visão abrangente do fenômeno jurídico, e seu esforço, como primeiro relator especial nomeado pela Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas, incumbida do projeto de codificação do direito dos tratados, de incluir expressamente, em sua definição de Tratado, as organizações internacionais como parte (YILC, Doc. A/CN.4/23).

⁴² JENKS, C. W. *El derecho comun de la humanidad*. Madrid: Editorial Tecnos, 1968. p. 22 et seq.

⁴³ “La Cour se refuse à voir dans la conclusion d’un traité quelconque, par lequel un Etat s’engage à faire ou ne pas faire quelque chose, un abandon de sa souveraineté. Sans doute, toute convention engendrant une obligation de ce genre, apporte une restriction à l’exercice des droits souverains de l’Etat, en ce sens qu’elle impime à cet exercice une direction déterminée. Mais la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l’Etat.” Corte Permanente de Justiça Internacional, Caso *Vapeur “Wimbledon”*. Decisão de 17 de agosto de 1923, p. 25. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_01/03_Wimbledon_Arret_08_1923.pdf>. Acesso em: 16 set. 2012. Com ênfase ainda maior, a decisão da CPJI, no paradigmático caso *Lótus*, dispõe que “Le droit international régit les rapports entre des Etats indépendants. Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. Les limitations de l’indépendance des Etats ne se présumant donc pas”. CPIJ, Caso *Lotus*. Decisão de 7 de setembro de 1927, série A, n° 10, p. 18. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf>. Acesso em: 16 set. 2012.

⁴⁴ “Uma assembleia feudal nunca deixou de ser, em princípio, de pessoas que eram individualmente *potentes* e que, em conjunto, para usar de novo a expressão de Theodor Mayer, constituíam ‘o Estado como associação de pessoas’. Os órgãos corporativos constituídos, por outro lado, tinham uma referência *territorial* mais ou menos explícita; eram, como indicamos acima, reuniões dos estados de um território – quer se tratasse de províncias, *pays*, condado, principado, *Land* ou reino – entendido como unidade com fronteiras físicas identificáveis [...] Esse padrão amplamente original de relações entre grandes entidades políticas [...] estimulou consideravelmente a capacidade de um Estado para reforçar a sua ordem política interna, estruturar o governo de modo a torná-lo mais unitário, contínuo, calculável e eficaz. Se um determinado Estado quisesse manter ou melhorar a sua posição em face de outros, um centro em seu interior teria de monopolizar cada vez mais o governo em todo o seu território, exercendo esse governo com a menor mediação e intervenção possível de outros centros fora do seu próprio controle [...] Na França, uma dinastia territorial centralizou progressivamente o poder e enfraqueceu politicamente os estados, edificando uma engrenagem cada vez mais eficaz de governo em torno do monarca. Na Inglaterra, uma monarquia que partira de uma posição muito forte nos séculos XII e XIII defrontou-se com uma oposição cada vez poderosa dos estados. Por fim, depois da queda dos Stuarts, o impulso centralizador prosseguiu... mas com o parlamento no seu

Tampouco a ruína da estrutura social herdada do feudalismo provocou descompasso entre o tradicional conceito de direito internacional e o contexto social da época. Muito embora as revoluções industrial e francesa tenham modificado dramaticamente as feições das relações sociais, elas não alteraram (ao menos não imediatamente) a noção de soberania em sua acepção externa⁴⁵. Na Grã-Bretanha, a nascente burguesia industrial consolidou o então novo sistema de produção graças aos mecanismos do comércio colonial próprios do mercantilismo e, em grande medida, “ajudada pelo agressivo apoio do governo nacional”⁴⁶. Nem mesmo na França o movimento revolucionário, que em apenas três semanas após o 14 de julho provocou a ruína da estrutura social do feudalismo rural francês e da máquina estatal da França Real, prescindiu de um Estado nacional centralizado, forte e unificado. Muito pelo contrário, foi somente o exacerbado espírito patriótico e o sentimento de unidade que permitiu aos revolucionários oporem-se à ofensiva dos invasores externos que tentavam restabelecer pela força o antigo regime⁴⁷.

Em termos gerais, se a revolução industrial e a revolução francesa moldaram, respectivamente, a economia e a ideologia mundiais do século XIX segundo um ideário iluminista marcadamente liberal, o conceito de um direito internacional restrito às relações entre Estados soberanos adequava-se de forma perfeita a essa orientação ao consagrar esses princípios no âmbito jurídico. Essa conjuntura, caracterizada por uma noção bastante

foco. Na Alemanha, a centralização foi realizada em níveis comparativamente baixos por governantes territoriais que se opuseram com êxito às tentativas de forças de nível superior para fazerem do próprio Império um Estado. Na maior parte da Alemanha, o fracasso da centralização em alto nível significou que o estabelecimento de sólidas estruturas político-administrativas de governo foi retardado em todos os níveis. A principal exceção foi a Prússia.” POGGI, G. *A evolução do Estado moderno: uma introdução sociológica*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981. p. 59-71. “Ce qui rend le mœurs politiques redoutables, c’est l’appoint que la cohésion croissante des peuples apporte à l’affermisssement de la puissance des rois. L’unification territoriale s’achève ou se poursuit; la centralisation administrative s’accroît; le protectionisme économique se fait l’auxiliaire d’un appareil militaire toujours plus efficace. Toutes les forces vives des peuples se rangent au service de la monarchie. Au cours des siècles, on les verra se résorber dans cette entité d’autant plus puissante qu’elle est moins personnelle que deviendra la nation moderne.” DE VISSCHER, C. *Cours général de principes de droit international public*. (RCADI-1954-II, T. 86, pp. 445-556). p. 457.

⁴⁵ “Le nouvel Etat national hérite donc tous les attributs de l’Etat princier. Sur le plan international, il reste un Etat souverain comme son prédécesseur. Par-là même, le système interétatique est épargné parce qu’il a été établi par et pour les Etats souverains. La Révolution et l’Ancien Régime se rejoignent dans le même culte de l’étatisme.” DINH N. Q.; DAILLIER, P.; PELLET, A. *Droit international public*. Paris: L.G.D.J., 2002. p. 62.

⁴⁶ HOBBSAWM, E. J. *A era das revoluções: 1789-1848*. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 68.

⁴⁷ Id., *ibid.*, p. 110.

extremada e territorial de soberania⁴⁸, vigoraria ainda por muito tempo, sustentando uma concepção de direito internacional fundada essencialmente no voluntarismo.

Estruturalmente, ainda que se admita ser controvertida a identificação de um “sistema internacional” durante esse período, parece claro, como já ressaltado, que se pretendia ao menos orientar o direito internacional segundo uma racionalidade sistêmica. Talvez a nossa visão do fenômeno jurídico seja de fato naturalmente contaminada pela ideia de direito segundo os padrões definidos pelos sistemas jurídicos nacionais⁴⁹. A ordem vestfaliana, cujas influências ainda hoje podem ser sentidas, apresentava uma disposição bastante clara quanto às suas características e seus fundamentos. A lógica inerente a uma sociedade internacional composta unicamente por entidades soberanas e regida por normas fundadas no voluntarismo delineava os contornos de um direito caracterizado pela justaposição de soberanias, no qual o elemento territorial possuía valor fundamental⁵⁰. Em tal contexto, evidentemente não havia espaço para outros sujeitos senão Estados soberanos ou entidades análogas.

Sociologicamente, os contornos tipicamente liberais desse “sistema” nada mais faziam que refletir os valores que orientavam a sociedade da época. Nesse mesmo sentido, Brierly aponta que os “direitos sobre o território, numa altura em que os governos eram quase exclusivamente monárquicos e em que as ideias territoriais do feudalismo se conservavam ainda poderosas,

⁴⁸ “Emancipés de la tutelle de l’Empire, les rois lui avaient emprunté sa conception divine de l’origine du pouvoir. A l’intérieur, ils ont brisé la féodalité: dans un cadre territorial désormais unifié et nettement circonscrit, la souveraineté, telle que la définissent les juristes de la Couronne, ne sera tenue pour parfaite que si elle est à la fois absolue et indivisible. A l’extérieur et dans l’ordre de juxtaposition qui sera désormais le leurs, les Etats ne reconnaîtront aucun supérieur (*superiorem non recognescentes*); mais l’égalité, qui sera la loi fondamentale de leurs rapports, est une idée toute négative, incapable par elle-même d’ordonner ces rapports.” DE VISSCHER, C. *Cours général de principes de droit international public*. Cit., p. 456.

⁴⁹ “A la recherche d’une règle de droit international les praticiens la formulent à partir des termes et des notions mêmes de leur droit national. En ce sens on pourrait dire que, dans la création des règles, l’analogie est spontanée et souvent inconsciente.” REUTER, P. *Principes de droit international public*. (RCADI-1961-II, vol. 103, pp. 425-656) p. 435.

⁵⁰ “O sistema de Estados modernos é composto de unidades soberanas, coordenadas e justapostas. Os Estados individuais não são *órgãos* do sistema de Estado, dado que não são postulados e investidos de poderes por ele; os Estados não derivam suas prerrogativas de governo do sistema de Estados mas possuem-nas, outrossim, a título igual e autodeterminado. Os Estados não *pressupõem* o sistema, *geram-no*. A boa ordem que possa existir nas relações entre tais unidades não resulta da submissão de todas elas a um poder que as transcende mas da observância voluntária e concorrente de certas formas de conduta mútua, na consecução por cada Estado de seus próprios interesses.” POGGI, G. *A evolução do Estado moderno: uma introdução sociológica*. Cit., p. 97-98.

tinham uma nítida semelhança com os direitos individuais de propriedade”⁵¹. Assim, elementos como território, contrato e propriedade não somente definiam aquela sociedade, mas também as feições de um Estado que, ao proclamar sua autoridade suprema e soberana sobre um segmento do globo, sentia-se capaz de confrontar autonomamente as interferências externas. Contudo, àquela época ainda não se suspeitava que uma profunda mudança já estivesse em marcha.

A cooperação internacional

Não obstante suas repercussões jurídicas, notadamente aquelas decorrentes de sua institucionalização, a consolidação da cooperação internacional foi, antes de qualquer coisa, um processo histórico intimamente ligado, sobretudo em intensidade, ao processo de globalização.

Tendo em vista os fins bem delimitados deste trabalho, não convém aqui repertoriar exaustivamente iniciativas setoriais ou isoladas de cooperação. Isto porque, a despeito de seu indiscutível valor histórico, tais ações não acarretaram mudanças estruturais no direito internacional⁵². Por outro lado, interessam-nos, particularmente, os acontecimentos que precipitaram a consolidação da cooperação internacional como um dos vetores centrais do direito internacional no século XX.

A partir disso, parece oportuno pontuar alguns eventos que marcaram a sua inequívoca evolução, acima de tudo em matéria econômica. Afinal, como poderíamos compreender, por exemplo, o complexo processo de reconhecimento da personalidade jurídica internacional das organizações internacionais sem antes entendermos os fatos que levaram à criação desses organismos?

⁵¹ BRIERLY, J. L. *Direito Internacional*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 4ª. Ed., 1979. p. 19.

⁵² “Antes da Primeira Guerra Mundial, as tentativas de cooperação nesses campos estavam essencialmente confinadas a problemas técnicos como a União Postal Internacional ou a Comissão Europeia do Danúbio. O interesse num tráfego postal internacional efetivo ou na navegação fluvial não depende de similaridade de sistemas políticos. Tampouco existe qualquer razão porque a proteção internacional de padrões sanitários mínimos (tal como a emissão de certificados internacionais de saúde através da Organização Mundial da Saúde – OMS) deveria ser afetada por diferenças de ideologia ou de estrutura política.” FRIEDMANN, W. *Mudança da estrutura do direito internacional*. Cit., p. 13.

Conforme já assinalado, as revoluções do século XVIII, conquanto tivessem modificado dramaticamente as feições das relações sociais, não alteraram imediatamente a noção de soberania em sua acepção externa: os pilares vestfalianos continuaram sustentando um direito internacional fundado no individualismo liberal.

Não é necessário um exercício intelectual muito profundo para identificarmos, na famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a origem longínqua dos direitos humanos atuais e, em última instância, o fundamento jurídico para a progressiva emergência do indivíduo como sujeito do direito internacional, um de seus traços marcantes no contexto pós-moderno. Contudo, sem desprezo algum a essa importante vertente evolutiva do direito internacional e tendo em vista a orientação econômica de nosso trabalho, concentrar-nos-emos nos impactos da outra revolução, a industrial: sem sombra de dúvida, um dos eventos mais marcantes da história humana.

Nos dias de hoje, parece difícil encontrar uma pessoa minimamente bem informada que não seja familiarizada com o termo revolução industrial. Porém, ainda que possam localizar no tempo e no espaço suas origens, poucos têm a dimensão concreta do que foi seu impacto nas sociedades da época. Uma viagem de Londres a Glasgow, por exemplo, durava de 10 a 12 dias no início do século XVIII:

O serviço postal de Paris a Strasburgo levava 36 horas, em 1833. [...] O fornecimento de transportes de passageiros por terra era pequeno e o de mercadorias, também por terra, vagaroso e proibitivamente caro. [...] Estar perto de um porto era estar perto do mundo. Na verdade, Londres estava mais perto Plymouth ou Leith do que dos vilarejos de Norfolk; Sevilha era mais perto de Veracruz do que de Valladolid e Hamburgo mais perto da Bahia do que do interior da Pomerânia. O principal inconveniente do transporte por água era sua intermitência: mesmo em 1820 os correios de Londres para Hamburgo e Holanda eram despachados somente duas vezes por semana, para a Suécia e Portugal, somente uma vez por semana, e para a América do Norte, uma vez por mês. [...] A notícia da queda da Bastilha chegou a Madri em 13 dias; mas em Péronne,

distante 133 quilômetros da capital francesa, ‘as novas de Paris’ só chegaram no fim do mês.⁵³

Pois bem, nas primeiras duas décadas das ferrovias (1830-1850), a produção de ferro na Grã-Bretanha subiu de 680 mil para 2.250.000 toneladas, em outras palavras, triplicou. A produção de carvão, no mesmo período, também triplicou: de 15 milhões de toneladas para 49 milhões. Em 1830, havia cerca de algumas dezenas de quilômetros de ferrovias em todo o mundo – consistindo basicamente na linha Liverpool-Manchester. Por volta de 1840 havia mais de 7 mil quilômetros; cerca de uma década mais tarde, mais de 37 mil. Fato bastante interessante a respeito do desenvolvimento técnico é sua capacidade de se autoalimentar. Impulsionado pelo aparecimento de novas fontes e formas de energia – *e.g.* petróleo e eletricidade –, o desenvolvimento científico seguiu um avanço contínuo. No início do século XX, a segunda revolução industrial foi então marcada pelas novas formas de energia⁵⁴.

Tudo isto reduziu as distâncias, alterando as feições do mundo até então conhecido. Em 1880, já havia um mapeamento razoavelmente correto de todas as suas partes. O mundo tornava-se demograficamente maior e geograficamente menor e mais global⁵⁵. O surgimento de uma ainda incipiente cooperação internacional pode ser entendido como consequência indireta desse processo.

Parece lógico que, num contexto internacional em que o processo de globalização ainda se encontrava em fase preliminar e as relações internacionais eram caracterizadas de forma quase exclusiva pelo

⁵³ HOBBSAWN, E. J. *A era das revoluções: 1789-1848*. Cit., p. 30-31.

⁵⁴ “O novo progresso industrial surge e avança com o aparecimento de novas fontes e formas de energia: petróleo e a eletricidade, que completam e por vezes substituem o carvão e o vapor. No entanto, a dupla carvão-vapor continuará sendo, por muito tempo, a base da industrialização. Desde 1873, é possível produzir eletricidade a partir das quedas d’água (hulha-branca), e algumas centrais térmicas movidas a carvão logo irão produzi-la em grande quantidade. A ‘fada eletricidade’ torna possível um grande número de inovações nos campos da iluminação (lâmpada elétrica de Edison em 1879), dos transportes (bonde movido a motor elétrico), da produção de calor a serviço da metalurgia e da química, da comunicação (telégrafo elétrico, telefone de Bell 1876, rádio). Quanto ao petróleo, refinado, há muito utilizado para a iluminação, traz novas soluções para o aquecimento, a exemplo da adoção precoce do aquecedor a óleo na navegação a vapor. Porém passa a ter utilização completamente nova com o advento do motor de combustão interna, que surge para revolucionar os transportes do século XX. Finalmente, suas qualidades lubrificantes permitiram o avanço das indústrias mecânicas baseadas na montagem cada vez mais complexa de peças móveis.” BERSTEIN, S. et al. (dir.). *História do Século XX: Vol. I: 1900-1945, o fim do “mundo europeu”*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2007. p. 17.

⁵⁵ HOBBSAWM, E. J. *A era das revoluções: 1789-1848*. Cit., p. 31-33.

individualismo, os Estados não dedicassem muita atenção à cooperação internacional. Isto talvez explique seu caráter privado no início⁵⁶: quando se estabelecia sob bases conscientes e multilaterais, não raro assumia esta natureza, ao passo que quando conjugava consciência e natureza pública dificilmente distanciava-se do bilateralismo, assumindo, nestas hipóteses, a forma de acordos comerciais que muitas vezes englobavam também disposições sobre pagamentos⁵⁷.

Contudo, nada disso impediu que algumas ações cooperativas surgissem naquele panorama amplamente dominado pelo individualismo liberal. Em alguns setores, sobretudo naqueles de natureza técnica, observou-se até mesmo algumas iniciativas pioneiras de institucionalização da cooperação internacional (*e.g. International Telegraph Union – 1865; Universal Postal Union – 1875; International Metereological Union – 1878*). Frente ao formidável desenvolvimento dos meios de comunicação, não restou de fato outra alternativa senão coordená-los internacionalmente. Em outros setores, como no econômico-financeiro, assistiu-se à uniformização dos estatutos monetários sob a égide do ouro⁵⁸. Indiretamente, esse processo provocou o rápido desenvolvimento das trocas internacionais ao longo do século XIX⁵⁹, que, por sua vez, ocasionou a multiplicação dos meios de pagamento e o crescimento ainda maior da

⁵⁶ “Jusqu’en 1914 les relations monétaires internationales s’effectuaient dans un monde de droit privé. Les échanges commerciaux et les investissements internationaux étaient libres. [...] Em bref, les relations économiques internationales d’avant la Première Guerre mondiale ne mettaient en présence que des personnes de droit privé utilisant, sans aucune interférence de leurs Etats respectifs, des techniques juridiques de droit privé.” CARREAU, D. *Le Fonds Monétaire International*. Paris: Armand Colin, 1970. p. 7-8.

⁵⁷ “Si elle était à la fois consciente et publique, elle sortait peu du cadre bilatéral, prenant forme de traités de commerce, accords commerciaux, ou, à la veille de la première guerre, d’accords de clearing et de paiements. [...] Enfin, dans les cas où elle était en même temps consciente, multilatérale et attachée à la solution de problèmes spécifiquement économiques, elle revêtait souvent un caractère privé: à cette description répondaient notamment les accords cartellaires. C’est dire qu’elle était alors limitée par la nature des interets qui animaient”. L’HUILIER, J. A. *Théorie et pratique de la coopération économique internationale*. Paris: Éditions M. Th. Génin, 1957. p. 8-9.

⁵⁸ Estruturalmente, a adoção generalizada do padrão ouro representou uma mudança considerável no sistema monetário da época. Segundo aponta Carreau, o Estado indubitavelmente permanecia soberano em matéria monetária: a moeda um atributo inquestionavelmente essencial do Estado: “Toutefois, durant tout le XIXe siècle et jusqu’en 1914, les Etats s’abstinrent d’utiliser leur compétence monétaire et, selon le mot célèbre de Lord Keynes, l’or était devenu un véritable ‘monarque absolu’”. CARREAU, *op. cit.*, p. 7.

⁵⁹ “Car le système n’a pas seulement effectivement fonctionné, il a largement réussi. Les prix sont restés relativement stables pendant toute cette période, les taux de change sont restés quasi fixes. [...] Plus encore que la stabilité du prix des produits ou des monnaies, l’étalon-or s’est accompagné d’une expansion considérable du commerce mondial: le commerce extérieur de l’Angleterre et de la France a été multiplié par quinze pendant le XIXe siècle.” LELART, M. *Le système monétaire international*. Paris: La Découverte, Coll. Répères, 2003. p. 19-20.

atividade bancária. Ainda neste âmbito, a aceleração da atividade financeira e a correlativa intensificação do risco sistêmico fizeram com que as autoridades monetárias nacionais, lideradas pelos britânicos, desenvolvessem mecanismos próprios para ajustar os desequilíbrios das balanças de pagamentos. Isso não evitou que ações coordenadas se fizessem necessárias em momentos de turbulência: algumas crises chegaram a exigir a adoção de medidas mais contundentes, como a concessão de empréstimos diretos de um banco central a outro. Em diversas ocasiões (*e.g.* 1890 e 1907), até mesmo o Banco da Inglaterra encontrou-se em dificuldades, sendo oportunamente socorrido através de um esforço coordenado envolvendo o Banco da França e outros bancos centrais⁶⁰.

A despeito desses exemplos à primeira vista bastante concretos de cooperação, pode-se questionar a profundidade dessas iniciativas e até mesmo a genuinidade do espírito cooperativo que as animou. Com efeito, a revolução industrial proporcionou aos pioneiros um inigualável poderio econômico, elevando a Grã-Bretanha à condição de principal potência da época. O crescimento da produção em escala global abriu-lhe novos mercados ao mesmo tempo que suas numerosas colônias forneciam as matérias-primas necessárias ao seu desenvolvimento. No plano logístico, sua frota naval garantia-lhe considerável e crescente parte do frete internacional que, por sua vez, propiciou o desenvolvimento dos setores financeiro e de seguros. Sustentada por esse crescimento extraordinário, a atividade bancária desenvolveu-se ainda mais, diversificando-se e transformando Londres no centro econômico e financeiro do mundo⁶¹.

⁶⁰ Empréstimos entre os Bancos da França e da Inglaterra já haviam sido anteriormente concedidos em 1839 e retribuídos em 1847. Em 1882 o Riksbank sueco também concedeu um empréstimo a um Banco Dinamarquês (EICHENGREEN, B. J. *A globalização do capital: uma história do sistema monetário internacional*. São Paulo: Editora 34, 2000. p. 62). No entanto, o incidente considerado emblemático do início da história da cooperação internacional foi a crise de insolvência do Baring, em 1890. Ela colocou o Banco da Inglaterra numa situação extremamente delicada e somente foi contornada graças à ação conjunta dos Bancos da França e da Rússia, que lhe emprestaram, respectivamente, 3 milhões e 1,5 milhões de libras em ouro. Essa espécie de cooperação, ainda que episódica, revelou-se crucial nos momentos de crise e mostrou-se essencial para a manutenção do sistema.

⁶¹ “La progression des ‘overseas and foreign banks’ est spectaculaire: elles étaient dix dans la city en 1842, elles sont soixante en 1867 et cent trente-cinq à la veille de la Première Guerre mondiale. [...] Dans les quarante années qui ont précédé 1914, 40% de l’épargne britannique, qui représentait elle-même 25% du PNB, étaient placés à l’étranger. A la veille de la Première Guerre, c’est la moitié de son épargne que le Royaume-Uni investissait à l’extérieur. Certaines années, 82% des émissions nouvelles à Londres étaient destinés au financement d’investissements étrangers.” LELART, L. *Le système monétaire international*. Cit., p. 12-13.

Em perspectiva, o que parece ter havido, durante os anos de predomínio britânico, foi muito mais o exercício de uma irresistível liderança conferida por sua proeminência econômica e financeira que de fato uma iniciativa genuinamente cooperativa. A esse respeito, parece bastante reveladora a comparação entre o oportunismo que estimulou a cooperação estabelecida sob a direção britânica, ao longo da época considerada o apogeu do padrão ouro, e a completa ausência de coordenação durante o período subsequente: o entreguerras. Nesses dois momentos, foram os interesses nacionais, respectivamente em harmonia e contrários às medidas de cooperação, que na realidade ditaram o comportamento dos dirigentes nacionais.

Por conseguinte, ainda que manifestações cooperativas já fossem visíveis na década de 1860, notadamente a realização de inúmeras conferências versando sobre a matéria monetária⁶², a própria adoção generalizada do padrão ouro pelas nações da época nos orienta a uma conclusão menos categórica. Longe de ser obra de um acordo global, a modelagem do sistema monetário da época foi na verdade determinada por decisões individuais de cada país e, em grande medida, influenciada pela herança histórica⁶³; não por um inusitado impulso cooperativo⁶⁴.

⁶² NUSSBAUM, A. *Uma história do dólar*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967. p. 144 et seq.

⁶³ EICHENGREEN, B. J. *A globalização do capital: uma história do sistema monetário internacional*. Cit, p. 29.

⁶⁴ O processo de migração generalizada ao padrão ouro iniciou-se na metade do século XIX. Portugal, tradicional parceiro comercial britânico, foi um dos primeiros países a convergirem ao padrão ouro (1854). No entanto, foi somente quando a Alemanha alinhou-se ao Império Britânico (1871) que essa dinâmica realmente se acentuou. A Alemanha, nessa época, era a principal potência industrial da Europa continental e a segunda no plano mundial, mas a sua passagem ao ouro deveu-se também a outros motivos. A guerra franco-prussiana provocara a nítida degradação das economias implicadas naquele conflito e a suspensão da conversibilidade das respectivas moedas. A adoção do padrão ouro revelou-se a melhor opção àquele país, cujo objetivo era intensificar a relação comercial com os britânicos. Além disso, vale lembrar que o Império Britânico era a principal fonte de financiamentos externos durante esse período.

A iniciativa alemã causou um grande impacto no mercado monetário: a eliminação de seus enormes estoques de prata e sua respectiva substituição por ouro significaram um violento golpe no já instável mercado da prata. Assim, a convergência da Alemanha ao ouro causou uma reação em cadeia de outros países interessados em compartilhar do mesmo padrão de seus principais parceiros comerciais e financeiros. "Thus, when Germany went over to gold in 1871, using the reparations received from its victory over France Franco-Prussian War, it brought Denmark, Norway, Holland and Sweden and the members of Latin Union in its train. And once this influential had joined together on the gold standard, other countries were drawn to follow". BORDO, M. D., EICHENGREEN, B. J. *The rise and fall of barbarous relic: the role of gold in the international monetary system*. In NBER Working Paper (n. 6436). Cambridge, MA: NBER, 1998. Disponível em < <http://www.nber.org/papers/w6436> >. Acesso em: 06 de agosto de 2010, p. 6. Foi desta forma que, ao final do século XIX e início do século XX, deu-se a emergência de um novo "sistema monetário internacional" baseado no ouro.

O consenso generalizado em torno das virtudes do capitalismo liberal também não contribuiu à identificação clara de iniciativas genuinamente cooperativas. O período de formidável (e talvez inigualável) expansão econômica ocorrido entre os anos 1848 e 1870 efetivamente amenizou as tensões e problemas da época, sufocando revoltas populares e guerras de independência e encobrendo as falhas inerentes ao sistema capitalista. Em meio a tal conjuntura, o liberalismo econômico emergiu como ideologia dominante⁶⁵ e seu receituário foi adotado de forma quase uniforme. O mundo tornou-se capitalista; alguns poucos países, economias industriais. Nunca o comércio internacional fora ou seria tão livre quanto durante esse período. Neste cenário de ações individuais harmonizadas pela comunhão de ideologias, ficava bastante difícil determinar a presença do real espírito cooperativo.

Em contrapartida, o período imediatamente posterior, marcado por um claro recuo do liberalismo, em certa medida desfez quaisquer ilusões de autêntico cooperativismo. A depressão de natureza deflacionária instalada inicialmente no setor agrícola alastrou-se a outros setores da economia, modificando novamente as suas feições. De constituição nuclear individualista e atuando autonomamente a partir dessa base, a economia liberal até então não conhecia fronteiras, sendo internacional por natureza⁶⁶. Com a gradativa emergência dos Estados-nação, as economias passaram por um lógico processo de nacionalização⁶⁷. Neste contexto,

⁶⁵ “Nunca houve um consenso mais esmagador entre economistas ou políticos e administradores inteligentes no que toca à receita para o crescimento de sua época: o liberalismo econômico. As barreiras institucionais que sobreviveram ao livre movimento dos fatores de produção, à livre iniciativa ou a qualquer coisa que concebermente pudesse vir a tolher sua operacionalidade lucrativa caíram diante da ofensiva mundial. O que torna essa suspensão geral de barreiras tão extraordinária é que ela não estava limitada aos Estados onde o liberalismo político era triunfante ou mesmo influente. Se tinha sido mais drástica nas monarquias absolutas restauradas e nos principados da Europa que na Inglaterra, França ou Países Baixos, era porque ali muito mais havia a ser levado de roldão. O controle das guildas e corporações sobre a produção artesanal, que tinha permanecido forte na Alemanha, deu lugar à *Gewerbeffreiheit* – liberdade para iniciar e praticar qualquer forma de comércio – na Áustria em 1859 e na maior parte da Alemanha na primeira metade da década de 1860.” HOBBSAWM, E. J. *A era do capital: 1848-1875*. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 69.

⁶⁶ “Por outro lado, a economia capitalista era, e só podia ser, mundial. [...] Ademais, essa economia não conhecia fronteiras, pois funcionava melhor quando nada interferia no livre movimento dos fatores de produção. Assim, o capitalismo, além de internacional na prática, era internacionalista na teoria.” HOBBSAWM, E. J. *A era dos impérios: 1875-1914*. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 73.

⁶⁷ “Mas o mundo desenvolvido não era só uma massa de ‘economias nacionais’. A industrialização e a Depressão transformaram-nas num grupo de economias rivais, em que os ganhos de uma pareciam ameaçar a posição de outras. A concorrência dava-se não só entre empresas, mas também entre nações.” HOBBSAWM, op. cit., p. 75.

caracterizado por um clima de crescente presença estatal, a escalada do protecionismo foi apenas uma questão de tempo. Os reflexos dessa glorificação exacerbada do individualismo, aliada à escalada do nacionalismo, particularmente no final do século XIX, inevitavelmente impactaram o direito internacional.

Com isso, o florescimento do positivismo e o correlativo recuo do direito natural inauguraram uma nova tendência do direito internacional. Teorizado por nomes como Austin (1798-1859) – seguidor de Hobbes – e Phillimore (1810-1885), na Inglaterra; Wheaton (1785-1848), nos Estados Unidos; Mancini (1817-1888), na Itália, entre outros, o direito internacional do século XIX caracterizou-se pela busca de adensamento técnico e por maior apego à prática jurídica. Chegou-se mesmo ao extremo, como no caso de Austin, de se negar juridicidade ao direito internacional. A exaltação da soberania, neste autor, ganhou cores ainda mais marcantes. Austin definia o que chamava de direito propriamente dito como “*command by a sovereign to persons subject to him, the essence of the sovereign’s supremacy consisting in his ability to enforce obedience*”, concluindo que “*international law was not ‘law properly so-called,’ since there is above states no superior with the authority and power to enforce obedience to his commands*”. Em Mancini – cujas teorias curiosamente tiveram maior impacto no direito internacional privado, campo diverso daquele ao qual originariamente se destinavam –, a noção de soberania igualmente permeou toda a construção teórico-revolucionária consolidada em torno da ideia de cidadania. Segundo Nussbaum, para Mancini “*international law is the law prevailing among nations, that is, in his opinion, among communities politically united by natural and historical factors (territory, race, language, ad so forth)*” e, acima de tudo, “*by the consciousness of their common nationality*”⁶⁸.

No que concerne às fontes, a crescente positivação do direito foi testemunhada nas mais diversas disciplinas jurídicas. Mais especificamente quanto ao direito internacional, presenciou-se a escalada dos tratados em detrimento do até então dominante costume. Foi exatamente durante esse período que se viu a multiplicação dos tratados versando principalmente

⁶⁸ NUSSBAUM, A. *A concise history of the law of nations*. New York: The Macmillan Company, 1947. p. 224-226.

sobre temas de natureza econômica (*e.g.* comércio, pagamentos, propriedade intelectual) ou técnica (*e.g.* comunicações postais, telegráficas ou ferroviárias). No entanto, quanto a assuntos de ordem política, priorizavam-se modos mais informais de cooperação.

According to a learned Austrian historian [Bittner, 1924: p. 13] about 16,000 treaties were concluded between the Congress of Vienna Act and 1924, and an American [De Witt C. Poole, 1924: 29] estimate of 1917 gives the number of the treaties then in existence as approximately 10,000.⁶⁹

Outrora visto como assunto de natureza eminentemente privada, o direito internacional privado passou a ser controlado mais de perto pelos Estados por meio da celebração de inúmeros tratados regulando-o. Devido a esta crescente positivação, referências ao *Corpus juris* praticamente desapareceram da argumentação jurídica. Resultado dessa busca quase incessante por precisão, a individualização do direito internacional privado como disciplina independente também ocorreu neste período.

A partir disso, não se pode razoavelmente justificar a ascensão do positivismo apenas em função de uma mera mudança de orientação teórica. O que parece ter havido ao longo de todo o século XIX, especialmente durante a sua última metade, foi a intensa busca por teorias que se adaptassem melhor às aspirações políticas de uma sociedade em plena mutação. Numa conjuntura caracterizada pela conjugação do ascendente nacionalismo com a crescente intensificação das relações internacionais, as demandas por refinamento técnico do direito internacional de fato encontraram no positivismo voluntarista os elementos ideais para satisfazer suas necessidades. Além disso, o emprego dos conceitos oriundos do direito natural pelos revolucionários franceses evidentemente não contribuiu à aceitação dessas teorias num mundo dominado por ideais contrarrevolucionários. Nesse contexto, caracterizado pelo cientificismo, a

⁶⁹ “In the nineteenth and twentieth centuries written regulations have penetrated international relations to such an extent that not much has been left to customs which, in theory of the law of nations, have always held a position equal or superior to treaties. [...] The rise of the written law, international or national, was not steady throughout the century. The great ascent started in the second half, especially from the sixties onward. The trend appears in most phases of international law, but the significant symptom of the changed situation is the emergence of multipartite, law-making, open, and organizational treaties.” NUSSBAUM, A. *A concise history of the law of nations*. Cit., p. 196-197 e 191-192.

primazia do positivismo em detrimento do direito natural parecia até mesmo lógica: num novo mundo altamente intelectualizado em que o progresso científico havia consagrado o empirismo, esperava-se do direito internacional nada menos que uma palpável fundamentação factual⁷⁰.

Numa abordagem geral, não parece, portanto, equivocada a identificação desse período como aquele em que a união entre individualismo e nacionalismo alçou o voluntarismo positivista à posição de teoria dominante. Contudo, se observarmos com mais cuidado alguns setores, notaremos que movimentos paradoxais em aparência não são na verdade raros em épocas de transformação como essa. Assim, apesar da atração quase irresistível exercida pelo individualismo, é durante esse período que se pode observar a origem, ainda que bastante incipiente e impura, de algumas iniciativas cooperativas que viriam a servir de modelo a estruturas cooperativas mais complexas que marcariam o direito internacional do século XX⁷¹.

Retornando ao tema das fontes do direito internacional, dissemos que a ascensão do positivismo propiciou a ascensão correlata dos tratados em detrimento do costume: exemplo claro de aplicação concreta do positivismo. No entanto, essa não foi a única evolução ocorrida nesse período. Talvez devido à intensificação das relações internacionais, certamente provocada pelo extraordinário desenvolvimento dos meios de comunicação, observou-se também um sensível aumento dos tratados multilaterais. Isto não quer dizer que tratados dessa natureza tenham sido criados nesse período; basta lembrarmos que já em 1648 os Tratados de Münster e de Osnabrück selaram a Paz de Vestfália num cenário que alguns

⁷⁰ “On the European Continent, where the doctrine of the law of nature had won such notable triumphs, it not only was defeated but fell into utter disrepute. Political bias was a factor in this phenomenon: the law of nature, having furnished the conceptual weapons for the French Revolution, became an easy target of the theorists of the counterrevolution. Moreover, the speculative methods of the natural-law school harmonized but little with the intellectual climate of a century in which physical science had so conspicuously demonstrated the value of observation and painstaking research. In international law, too, theories had to be based upon the solid foundation of fact.” NUSSBAUM, A. *A concise history of the law of nations*. Cit., p. 223-224.

⁷¹ “In the nineteenth century international co-operation based on organizational treaties is still limited to relatively narrow objectives, but the remarkable thing is that from the most diverse quarters the same trend toward the new form of co-operation as though ordered by higher directive. Today there is no doubt that the international organizational endeavor of the nineteenth century was only the beginning of one of the most powerful and auspicious movements in history.” NUSBAUM, op. cit., p. 197.

(de forma controversada, é bem verdade) classificam como multilateral⁷². Independentemente disso, foi sem dúvida nessa época que esses instrumentos ganharam nova dimensão, seja veiculando regras gerais de conduta futura dos Estados (*law-making treaties*), seja institucionalizando a cooperação internacional ao criar estruturas permanentes de coordenação.

Ainda que, pelas razões já expostas, a gestão do *gold standard* não se consubstancie num exemplo genuíno de cooperação, tratou-se na verdade de um evento de extrema importância para a posterior evolução da cooperação internacional. Afinal, foi durante a égide do ouro que se pôde, de forma mais concreta, visualizar o sistema monetário internacional como um fenômeno de abrangência global. Além disso, o sistema de Bretton Woods, que perdurou até o início dos anos 1970, inspirou-se em grande parte nessa experiência. O mesmo se pode dizer de várias outras instituições de viés cooperativo criadas naquela época, algumas delas, inclusive, ainda hoje operacionais.

O que parece ter havido durante esse período foi acima de tudo o fim de uma etapa, como sugere o aparente descompasso entre o real estágio da globalização e o insistente apego dos dirigentes mundiais a noções de uma época que não mais existia. Constatação sintomática dessa desarmonia pode ser colhida, entre outros exemplos, da análise setorial dos diferentes patamares de implementação da cooperação internacional. Assim, em domínios cujo funcionamento dependia de natural coordenação (*e.g.*

⁷² Não há espaço, aqui, para desvendarmos as origens dos tratados multilaterais, um dos instrumentos essenciais da cooperação. Enquanto alguns, como Nussbaum (*op. cit.*, p. 192), identificam a Paz de Vestfália como exemplo de tratado multilateral, outros autores importantes refutam esta tese: “Vu le fait que le traité international était l'expression d'engagements réciproques, la pratique a longtemps hésité à admettre le traité collectif, c'est-à-dire l'unité d'un acte juridique établi par une pluralité de contractants. Jusqu'au début du 19^e siècle, on a considéré que le droit volontaire dans la forme de droit particulier ne pouvait se réaliser que dans les relations bilatérales. Pendant longtemps, lorsque le nombre des contractants était supérieur à deux, on n'a pas cru pouvoir se contenter d'un acte unique. Lorsque le nombre des contractants était supérieur à deux, on établissait donc une série de traités bilatéraux entre lesquels il n'y avait pas de lien juridique. Ce fut, par exemple, le cas lors de la paix de Westphalie. Et le traité de Paris du 30 mai 1814 se compose encore de sept traités séparés conclus chacun entre la France et une des puissances alliées (Autriche, Grande-Bretagne, Portugal, Prusse, Russie, Sue de, Norvege); ces traités sont rigoureusement identiques dans tous leurs articles. Malgré l'identité des clauses, les traités ainsi conclus restaient distincts. La forme de l'acte unique, traité collectif, se rencontre pour la première fois dans l'acte final de Vienne du 2 juin 1814, qui a pour objet de ‘comprendre dans une transaction commune’, de ‘placer dans un instrument général’, les dispositions les plus importantes contenues dans de nombreux traités bilatéraux. L'évolution est achevée lors de la conclusion du traité de Paris du 30 mars 1856, qui revêt la forme d'un traité collectif”. GUGGENHEIM, P. *Contribution à l'histoire des sources du droit des gens*. (RCADI-1958-II, Vol. 94, pp. 1-84) p. 70-71. No mesmo sentido, cf. DUPUY, P.-M. *L'unité de l'ordre juridique international*, *Cit.*, p. 49.

comunicações, transporte) ou naqueles em que havia claro estímulo político ao seu estabelecimento (*e.g.* econômico), verificou-se que a cooperação internacional alcançou, já naquela época, altos níveis de realização. Em contrapartida, em domínios como o político, em que o nacionalismo excessivo ocultava qualquer indício de globalidade, houve maior resistência ao estabelecimento de iniciativas formais de cooperação.

Esse descompasso, até mesmo natural, entre o estágio real da globalização e das transformações sociopolítico-econômicas dela decorrentes e a equivocada percepção dos governantes quanto às (novas) feições do mundo em que viviam é um elemento subjacente a todo o processo de consolidação da cooperação internacional. Seus traços podem ser encontrados em ambas as guerras, nos eventos que as precipitaram, bem como nas medidas jurídicas que as sucederam.

A esse respeito, o curto período histórico que compreende a primeira guerra mundial e a criação da Sociedade das Nações, conquanto em certos aspectos não se consubstancie numa real mudança de orientação, mas sim na intensificação de um processo já em marcha, em outros pode efetivamente ser considerado como aquele em que, de maneira quase simultânea, se presenciou o apogeu e declínio do chamado direito internacional de coexistência e a emergência do que muitos chamam de direito internacional de cooperação.

1.2 Organizações internacionais: a institucionalização da cooperação internacional

Muitos eventos impactaram o rumo da história da humanidade desde o seu início, mas talvez nenhum outro de forma tão dramática, instantânea e intensa como as duas grandes guerras ocorridas na primeira metade do século XX. Dessa forma, qualquer estudo que procure entender minimamente o estágio evolutivo da sociedade contemporânea ou de seu direito não pode se esquivar, sob pena de tornar-se irrelevante, do exame, mesmo que superficial, dos efeitos da guerra sobre ambos.

Tendo em vista as finalidades deste trabalho, obviamente não há espaço em seu âmbito para análises muito detalhadas, tampouco de espectro muito abrangente acerca desse período. Com isso, a necessária seletividade que conduzirá nossa abordagem neste tópico logicamente nos fará negligenciar fatos importantes que marcaram a história do século XX. Orientados pelo nosso propósito temático, optamos por destacar alguns elementos que consideramos centrais para que se possa compreender a evolução das instituições jurídicas de natureza cooperativa.

Pois bem, muito já se falou sobre este período sombrio da história humana em que a barbárie e a destruição banalizaram-se. O medo crônico aparentemente resultante desses eventos acompanhou a humanidade durante todo o século XX e, em certa medida, constituiu-se num elemento essencial da construção institucional do pós-guerra. No entanto, pode-se questionar se as origens desse temor latente localizavam-se apenas na guerra ou, numa perspectiva mais ampla, também na insegurança provocada pela progressiva crise do mundo europeu.

Se retrocedêssemos ao mundo moldado segundo a visão europeia do início do século XIX, veríamos uma realidade muito diferente daquela do seu final. Inspirado na noção de coexistência, o Concerto Europeu consagrara um sistema de blocos de nações baseado no equilíbrio de forças⁷³. Este sistema objetivava aniquilar quaisquer ambições de hegemonia continental das principais forças militares expansionistas da época: Rússia e França. Por meio de vários acordos de reorganização fronteiriça procurou-se assim estabelecer um equilíbrio territorial entre as grandes potências da época e, ao mesmo tempo, criar um sistema flexível de alianças. Mais concretamente, a fim de neutralizar o tradicional expansionismo, sobretudo francês, buscou-se consolidar a Europa central,

⁷³ “The balance-of-power system did not purport to avoid crises or even wars. When working properly, it was meant to limit both the ability of states to dominate others and the scope of conflicts. Its goal was not peace so much as stability and moderation. By definition, a balance-of-power arrangement cannot satisfy every member of the international system completely; it works best when it keeps dissatisfaction below the level at which the aggrieved party will seek to overthrow the international order.” KISSINGER, H. *Diplomacy*. New York: Simon & Schuster Paperbacks, 1994. p. 21.

particularmente os estados germânicos, considerados o ponto de equilíbrio de todo o sistema⁷⁴.

A partir disso, alguns pressupostos do mecanismo de controle estabelecido pelo Congresso de Viena parecem bastante claros. Tratava-se de uma ordem eminentemente eurocêntrica, fundada no poderio militar, na acomodação dos interesses de seus principais membros⁷⁵ e no equilíbrio das alianças, e sustentada pela proeminência econômica e financeira britânica. Convém lembrar que, nesse sistema, a guerra não somente era considerada uma contingência normal, mas também uma solução legítima quando meios pacíficos de solução de controvérsias tivessem falhado⁷⁶.

A eclosão de ambas as guerras foi o resultado da conjugação altamente complexa de inúmeros eventos históricos. No entanto, numa perspectiva mais ampla, a guerra não foi nada mais que o resultado lógico da insustentabilidade de uma ordem superada pelas contínuas transformações do mundo. Desnecessário mencionar que a combinação explosiva entre o crescente nacionalismo, que alimentou a formação dos Estados-nação, e o individualismo exacerbado, que marcou aquele período,

⁷⁴ “Both the relationship between these two largest German states [Prussia e Austria] and their relationship to the other German states were central to European stability. Indeed, at the least since the Thirty Years’ War, Germany’s internal arrangements had presented Europe with the same dilemma: whenever Germany was weak and divided, it tempted its neighbors, especially France, into expansionism. At the same time, the prospect of German unity terrified surrounding states, and has continued to do so even in our time. [...] The architects at the Congress of Vienna recognized that, if Central Europe were to have peace and stability, they would have to undo Richelieu’s work of the 1600s. [...] Thus, the statesmen at Vienna set about consolidating, but no unifying, Germany. Austria and Prussia were the leading German states, after which came a number of medium-sized states – Bavaria, Württemberg, and Saxony among them – which had been enlarged and strengthened. The 300-odd pre-Napoleonic states were combined into some thirty and bound together on a new entity called the German Confederation. Providing for common defense against outside aggression, the German Confederation proved to be an ingenious creation. It was too strong to be attacked by France, but too weak and decentralized to threaten its neighbors”. Id., *ibid.*, p. 80-81.

⁷⁵ “O aparecimento do Concerto europeu, após o Congresso de Viena (1815), representou tentativa de organizar a ordem internacional, partindo da ideia de que toda mudança deveria se processar através do **consenso**: ordem vista por todos os participantes como parcialmente satisfatória e parcialmente insatisfatória, em que a paz seria mantida pela acomodação de interesses.” ACCIOLY, H.; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, P. B. *Manual de direito internacional público*. Cit., p. 102.

⁷⁶ “Seja como for, todo mundo sabe que os governos de todos os Estados do século XIX, por mais preocupados que estivessem com suas relações públicas, consideravam a guerra uma contingência normal da política internacional, e eram honestos o bastante para admitir que bem podiam tomar a iniciativa militar. [...] Nenhum governo de potências importantes, nem os mais ambiciosos, frívolos e irresponsáveis, queria uma guerra de grandes proporções.” HOBBSBAWM, E. J. *A era dos impérios: 1875-1914*. Cit., p.476-477. “The balance-of-power system did not purport to avoid crises or even wars. When working properly, it was meant to limit both the ability of states to dominate others and the scope of conflicts. Its goal was not peace so much as stability and moderation. By definition, a balance-of-power arrangement cannot satisfy every member of the international system completely; it works best when it keeps dissatisfaction below the level at which the aggrieved party will seek to overthrow the international order.” KISSINGER, H. *Diplomacy*. Cit., p. 21.

ocupa espaço central nessa equação. Adicionados à frenética corrida armamentista do final do século XIX, temos os principais elementos que conduziriam à inevitabilidade do conflito armado. À nossa análise interessam, contudo, alguns fatores subjacentes às mudanças que haviam alterado as feições do mundo até então europeu, transformando-o num mundo de dimensões globais.

Conforme já assinalado, a revolução industrial dera à Grã-Bretanha uma posição privilegiada diante das outras nações modernas. Sob o seu impulso, aquele estado insular obteve um domínio sobre o mundo jamais novamente contrastável, modificando suas feições de maneira indefectível. À frente do progresso tecnológico inglês, a máquina a vapor e a estrada de ferro – “De 23 mil quilômetros em 1850, a rede ferroviária europeia passa a 359 mil quilômetros em 1913”⁷⁷. No âmbito das comunicações, a propagação da comunicação telegráfica possibilitou a criação do sistema telegráfico mundial no final da década de 1860.

Contudo, a impressão de inescapabilidade do potencial tecnológico da primeira revolução industrial mostrar-se-ia ilusória bem antes do final do século XIX⁷⁸. A expansão da industrialização produziria outras potências industriais além da Inglaterra: Estados Unidos (com superioridade tecnológica na produção em massa já notável em 1860) e Alemanha (unificada neste período, em 1871) estariam à frente da nova etapa da revolução industrial⁷⁹. Paralelamente, a fantástica sinergia entre capitalismo, avanço tecnológico e o formidável desenvolvimento das comunicações já se mostrava evidente naquela época: “A grande expansão da

⁷⁷ BERSTEIN, S. et al. (dir.). *História do Século XX*: Vol. I: 1900-1945, o fim do “mundo europeu”. Cit., p. 61.

⁷⁸ “Por uma geração, a construção das ferrovias pelo mundo continuou. Mas o que aconteceria quando a construção de ferrovias se tornasse menos universal, porque a maior parte delas já havia sido construída? O potencial tecnológico da primeira revolução industrial, a inglesa, do algodão, carvão, ferro e máquinas a vapor, parecia suficientemente vasto. Antes de 1848, ele tinha, afinal, sido pouco explorado fora da Inglaterra e de maneira incompleta dentro dela. Uma geração que começasse a explorar esse potencial mais adequadamente poderia ser perdoada por julgá-la inexaurível. Mas isso não ocorreu, e já em 1870 os limites desse tipo de tecnologia eram visíveis.” HOBBSAWM, E. J. *A era do capital*: 1848-1875. Cit., p. 83-84.

⁷⁹ “No transcurso dos trinta anos anteriores a 1913, eles [os alemães] passaram de menos da metade da cifra da Grã-Bretanha a uma cifra superior a essa. À exceção dos países que podem ser chamados de ‘semi-industrializados’ – isto é, para fins práticos, os ‘domínios’ britânicos virtuais ou efetivos, incluindo suas pendências econômicas latino-americanas –, as exportações de produtos manufaturados da Alemanha para todos os países ultrapassaram as britânicas. Elas eram um terço mais elevadas no mundo industrial e mesmo 10% maiores no mundo não desenvolvido.” Idem. *A era dos impérios*: 1875-1914. Cit., p. 82.

década de 1850 marca a fundação de uma economia industrial global e de uma história mundial única”⁸⁰.

A combinação desses diversos elementos alterou os critérios sobre os quais se estruturava o equilíbrio de poder entre as nações, solapando as frágeis bases da ordem europeia. A expansão incontrolável do capitalismo industrial aliada à globalização das relações internacionais provocou a redistribuição de poder no mundo. A fusão entre economia e política relegou a segundo plano antigas potências militares como França e Rússia ao transformar a riqueza num fator decisivo na determinação do poderio militar⁸¹. O quadro finalmente se completou quando um novo elemento foi acrescentado à equação: o crescente nacionalismo num mundo definido por critérios capitalistas produziu uma conjuntura de inevitável rivalidade econômica, de expansão imperialista, de congelamento das alianças – incompatível com o sistema de equilíbrio entre blocos de nações – e de tensão latente entre os Estados⁸².

Diante desses eventos ficou evidente o descompasso entre a superada estrutura formal da ordem internacional e sua dimensão concreta. Não obstante ainda claramente moldado a partir de valores europeus, o mundo do final do século XIX expandira-se muito além das fronteiras do velho continente. Face à emergência de novas potências industriais, notadamente Estados Unidos, Alemanha e Japão⁸³, o equilíbrio de poder que assegurara com relativa eficácia a estabilidade europeia durante quase um século tornou-se anacrônico⁸⁴. No plano econômico-financeiro, a

⁸⁰ Id. *A era do capital: 1848-1875*. Cit., p. 117.

⁸¹ “Uma consequência óbvia foi que os preparativos para a guerra tornaram-se muito mais caros, especialmente porque os Estados competiam uns com os outros para manter a primeira posição ou ao menos para não cair para a última. [...] Os gastos militares britânicos permaneceram estáveis nos anos 1870 e 1880, tanto em termo de porcentagem do orçamento total como *per capita* em relação à população. Mas passou de 32 milhões em 1887 para 44,1 milhões de libra esterlinas em 1898-1899, e a mais de 77 milhões em 1913-1914.” Idem. *A era dos impérios: 1875-1914*. Cit., p. 471.

⁸² HOSBABWM, E. J. *A era dos impérios: 1875-1914*. Cit., p. 485-487.

⁸³ A guerra aprofundou esse processo, provocando mudanças muito mais profundas nas relações de força no âmbito mundial. Mercados anteriormente dominados pelos países europeus, América Latina e Ásia, após 1914, passaram a ser disputados e, muitas vezes, conquistados por Estados Unidos e Japão, respectivamente. “Por exemplo, a participação dos Estados Unidos nas importações dos argentinos cresceram de 15% em 1913 para 25% em 1927, ao passo que a do Reino Unido caiu de 31% para 19%.” EICHENGREEN, B. J. *A globalização do capital: uma história do sistema monetário internacional*. Cit., p. 104.

⁸⁴ “Great Britain had identified its security with the balance of power, which it protected by supporting the weaker side against the stronger. By 1914, Great Britain felt less and less comfortable in this role. Sensing that Germany had become stronger than all the rest of the Continent combined, Great Britain felt it could no

contestação da hegemonia britânica suprimiu o ponto de equilíbrio do sistema e o principal agente promotor do liberalismo no mundo. Nesta conjuntura, quando a crise econômica do início dos anos 1870 assumiu a forma de depressão, não restou outra alternativa às nações senão recorrerem ao protecionismo.

A assimilação tanto jurídica como política dessa nova dimensão global do mundo não foi, no entanto, simultânea à temporalidade dos fatos. Basta lembrar que vários autores da época ainda concebiam o direito internacional a partir de uma base eurocêntrica fortemente influenciada pelos valores cristãos. Neste sentido, Heffer (1844) afirmava que o direito das gentes não havia sido recebido de maneira mais ou menos uniforme senão na Europa cristã e nos Estados por ela criados. Mais incisivo, Wheaton, em 1836, negando a existência de um direito das gentes universal, sustentava sua limitação aos povos civilizados e cristãos da Europa e àqueles de origem europeia, “*et il croit pouvoir affirmer que les échanges récents entre les nations musulmanes et païennes d’Asie et de l’Afrique indiquent de la part de ces derniers une disposition à renoncer à leurs usages particuliers pour adopter ceux de la chrétienté*”⁸⁵; ideias em certa medida também partilhadas por autores como Hall (1880) e Holland (1933). Aplicando basicamente os mesmos critérios de seus antecessores, Von Liszt (1898) preferia classificar os Estados como “civilizados”, “semicivilizados” e “não civilizados”, defendendo que somente os primeiros constituíam a comunidade internacional propriamente dita⁸⁶. Conforme aponta Weil, até 1920, o direito internacional constituiu-se, na realidade, num direito fundamentalmente europeu: “*régissant le ‘club européen’ et permettant aux nations dites civilisées (entendez : européennes) d’exercer à leur profit une domination sur les autres peuples*”⁸⁷. Lembra, finalmente, que “*La déclaration de la Conférence de Paris de 1856 est restée célèbre, qui ‘admet l’Empire ottoman à participer aux avantages du droit public et du concert européen’*”⁸⁸.

longer play its traditional role of trying to remain above the fray in Europe.” KISSINGER, H. *Diplomacy*. Cit., p. 220.

⁸⁵ TRUYOL Y SERRA, A. *L’expansion de la société internationale aux XIX^e et XX^e siècles*. Cit., p. 146.

⁸⁶ Idem, *Ibidem.*, p. 149.

⁸⁷ WEIL, P. *Le droit international en quête de son identité: Cours general de droit international public*. (RCADI-1992-VI, T. 237, pp. 9-370) p. 28.

⁸⁸ Id., *ibid.*, p. 84.

No plano político, o advento da Liga das Nações, a despeito de sua aspiração global e do otimismo que a animou⁸⁹, na prática dedicou parte significativa de suas energias ao equacionamento dos problemas europeus. Sob uma roupagem cooperativa, trazia em seu âmbito certo número de disposições ainda fortemente inspiradas no eurocentrismo decadente do século XIX⁹⁰. Resgatando rivalidades históricas, ao mesmo tempo que buscava a paz, paradoxalmente impunha aos vencidos sanções econômicas insustentáveis⁹¹. Materialmente, tentava superar a ausência da potência norte-americana por meio de um engenhoso, porém utópico mecanismo institucional que, na prática, privilegiava o direito internacional em detrimento da força na resolução dos litígios: *La Paix par le Droit!*

Todavia, as ideias progressistas dos arquitetos da nova ordem pareciam, mais uma vez, estar em descompasso com o real estágio de desenvolvimento da sociedade internacional. É oportuno lembrar que “A construção de ordenamento jurídico, seja interno como internacional, se inscreve em tempo (história) e contexto (cultura) determinados [...], onde o fato de não se ter previamente consciência destes em nada lhes muda o alcance e importância”⁹². Particularmente no que concerne à Sociedade das Nações, deve-se destacar que a sua constituição não foi de fato a resultante de um esforço analítico bem elaborado acerca da sociedade da época, mas o produto das aspirações utópicas dos dirigentes mundiais. Como exemplo, Carr recupera, de

⁸⁹ “On était convaincu que la démocratie et l’empire du droit des gens changeraient le monde: l’organisation internationale universelle, basée sur le droit, garantirait la paix. Un énorme optimisme régnait, chez les vainqueurs, comme chez les neutres et même chez les vaincus. C’est de cet énorme optimisme que naquit le noble essai de la Société des Nations.” KUNZ, J. L. *La crise et les transformations du droit des gens*. (RCADI 1955, vol. 88, issue II, pp. 1-104) p. 27.

⁹⁰ “O Pacto Sociedade das Nações, por estar contido no Tratado de Versalhes, ensejou crítica quanto a ter sido colocado no mesmo instrumento o tratado de paz com a Alemanha, e a criação da Sociedade das Nações, na sua própria estipulação.” ACCIOLY, H.; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, P. B. *Manual de direito internacional público*. Cit., p. 111.

⁹¹ Destacam-se, particularmente, as Partes IX e X do Pacto. Elas continham cláusulas econômicas e financeiras cujo principal propósito era sancionar, muitas vezes sob a roupagem de “reparações”, a derrotada Alemanha: “Justamente quando, no mesmo lugar [Versalhes, símbolo do orgulho Francês], se faz a assinatura do tratado de paz, em 1919, por meio do qual a Alemanha, derrotada na guerra, perdia consideráveis contingentes de população e não menos consideráveis extensões de território, era esta por sua vez humilhada, com pesadas compensações de guerra: ‘l’Allemagne paiera’. As cláusulas foram talvez excessivamente onerosas e politicamente excessivas: pesaram sobre o orgulho nacional! Efetivamente, a Alemanha pagaria mesmo: 1936, já em pleno (terceiro) *Reich*, Hitler denuncia o tratado de Versalhes – repudia esse tratado, que penalizara a tal ponto a Alemanha, para ser um dos melhores argumentos para a apologia da política de força do Partido nacional socialista dos trabalhadores alemães: se não formos fortes, seremos tratados como escravos!” CASELLA, P. B. *Tratado de Versalhes na história do direito internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 47-48.

⁹² CASELLA, P. B. *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*. Cit., p. 491.

maneira quase anedótica, porém eficaz, a história dos alquimistas, para ilustrar como iniciativas estabelecidas unicamente a partir dos fins perseguidos, em detrimento da investigação fria dos fatos que as cercam, podem levar a grandes equívocos⁹³. No caso do Pacto da Sociedade das Nações a realidade não parece ter se distanciado muito disso.

É bem verdade que por mais que tentemos nunca seremos capazes de compreender perfeitamente o sentimento daqueles que vivenciaram a experiência traumática da guerra: suas angústias, medos e perdas. Lembremos que nem mesmo às vésperas da eclosão da primeira guerra podia-se ao menos vagamente imaginar as reais proporções que aquele evento tomaria. A despeito do medo latente de uma guerra generalizada, tampouco se acreditava firmemente em sua ocorrência⁹⁴. Afinal, nesta época “As guerras entre Estados ainda podiam ser deliberadamente iniciadas e terminadas por governos, situação brilhantemente explorada por Bismarck”. Isso ocorria basicamente em função da “reversão da guerra como instrumento normal de política de governos que não mais acreditavam que as guerras deviam ser evitadas por medo de subsequentes revoluções, e que estavam também corretamente convencidos de que os mecanismos de poder eram capazes de mantê-las nos limites desejados”⁹⁵.

Em tal contexto, a supressão dos parâmetros habituais pode compreensivelmente nos levar à perseguição de ideais às vezes pouco factíveis. Retrospectivamente, o positivismo voluntarista de fato encontrara no individualismo liberal do século XIX um aliado perfeito na perseguição dos ideais capitalistas: num período de relativa paz e grande prosperidade

⁹³ “When the new economic conditions of the fourteenth and fifteenth centuries introduced a widespread system of money transactions, and the supply of gold was found to be inadequate for the purpose, the wise men of the day began to experiment in the possibility of transmuting common metals into gold. The thought of the alchemist was purely purposive. He did not stop to enquire whether the properties of lead were such as to make it transmutable into gold. He assumed that the end was absolute (i.e. that gold must be produced), and that means and material must somehow be adapted to it. I was only when this visionary project ended in failure that the investigators were prompted to apply their thought to an examination of ‘facts’, i.e. the nature of matter; and though the initial utopian purpose of making gold out of lead is probably as far as ever from fulfilment, modern physical science has been evolved out of this primitive aspiration.” CARR, E. H. *The twenty years’ crisis: 1919-1939*. New York: Perennial (HarperCollins Publishers), 2001. p. 5-6.

⁹⁴ “Nem aqueles que estavam apertando os botões da destruição nela acreditavam, não porque não quisessem, mas porque era independente de sua vontade [...] Para aqueles que nasceram após 1914, é difícil imaginar como a crença de que uma guerra mundial não podia ‘realmente’ acontecer estava profundamente enraizada no tecido da vida antes do dilúvio.” HOBSBAWM, E. J. *A era dos impérios: 1875-1914*. Cit., p. 466.

⁹⁵ HOBSBAWM, E. J. *A era do capital: 1848-1875*. Cit., pp. 129-131.

não havia razões para que tal conjuntura se alterasse⁹⁶. Contudo, quando o inevitável cruzamento da economia com a política produziu rivalidades nacionais insuperáveis, ficaram claros os limites e as fragilidades de uma visão tão estreita do fenômeno jurídico⁹⁷. Em circunstâncias tão extremas quanto inesperadas, o recurso ao idealismo surgiu como resultante lógica diante do fracasso e do descrédito das teorias formais. Como muito bem assinalado por De Visscher, a “utopia” (idealismo) “*s’affirme avec une énergie particulière aux époques de crise: la théorie marque une disposition prononcée à l’irréalité chaque fois que l’action politique s’éloigne davantage d’un idéal moral*”⁹⁸.

Nesse sentido, o Presidente americano Woodrow Wilson, considerado um dos principais artífices da ordem internacional do primeiro pós-guerra, pode ser identificado como um exemplo bem representativo de idealista utópico: “*the most perfect modern example of the intellectual in politics, ‘excelled in the exposition of fundamentals... His politic method [...] was to base his appeal upon broad and simple principles, avoiding commitment upon specific measures’*”. Infelizmente, a mesma fragilidade dos utopistas “*is also the characteristic weakness of the political intellectuals – failure to understand existing reality and the way in which their own standards are rooted in it*”⁹⁹. Consequentemente, não obstante

⁹⁶ “Elles [theories formelles] furent l’expression d’un courant de pensée très significatif du XIXe siècle. Période de calme relatif et de prospérité, le XIXe siècle a fait une place très large aux préoccupations de stabilité au détriment des aspirations à la transformation. Le positivisme volontariste en reflétait l’esprit ; il fut dans l’ordre international ce que fut l’école de l’exégèse dans le droit interne. La tendance à la systématisation, le souci trop exclusif de la technique et de la mise en forme y prirent le pas sur les considérations supérieures de raison, de justice, de bien commun qui sont le fondement dernier de tout droit.” DE VISSCHER, C. *Cours général de principes de droit international public*. Cit., p. 452.

⁹⁷ “On sait la place longtemps dominante qu’a tenue dans la doctrine le positivisme volontariste qui prétendait ramener tout le droit international à l’expression de la volonté des Etats. Parmi tant de facteurs moraux, sociaux, politiques, qui sont à l’origine d droit et qui seuls en donnent l’explication profonde, le volontarisme n’entendait retenir que ce qui en est la résultante et le dernier terme : ces manifestations de volonté étatiques qui, détachées de leur contexte social, dépouillées de leur justification humaine, ne fournissent à l’interprète qu’une compilation de la pratique internationale sans inspiration ni vues d’avenir. [...] La fragilité de ces représentations formelles devait apparaître au grand jour quand, avec le XXe siècle, ces tranquilles ordonances subirent le choc des grands bouleversements contemporains. [...] le juriste de droit international se doit aujourd’hui de confronter sans cesse ses vues personnelles avec les conditions et les véritables ressorts des rapports internationaux. Dans sa version volontariste, le positivisme n’est plus aujourd’hui que le témoin attardé d’une époque disparue.” DE VISSCHER, C. *Cours général de principes de droit international public*. Cit., p. 452-453.

⁹⁸ Id., *ibid.*, p. 450.

⁹⁹ “The passionate desire to prevent war determined the whole initial course and direction of the study. Like other infant sciences, the science of international politics has been markedly and frankly utopian. It has been in the initial stage in which wishing prevails over thinking, generalisation over observation, and in which little attempt is made at a critical analysis of existing facts or available means. In this stage, attention is concentrated almost exclusively on the end to be achieved. The end has seemed so important that analytical criticism of the means proposed has too often been branded as destructive and unhelpful. When President

os louváveis fins perseguidos em Versalhes, algumas (hoje evidentes) falhas de concepção não permitiram que a Liga das Nações alcançasse seus propósitos.

Com efeito, a busca da paz por meio do direito e as ideias de segurança coletiva, ordem mundial e política de desarmamento ainda eram propósitos muito distantes em relação ao que a sociedade internacional da época podia pretender. Não é demais lembrar que, a despeito dos resultados catastróficos do conflito, a guerra era um elemento que havia séculos estava profundamente enraizado na cultura europeia; isto sem mencionar a dimensão econômica que os conflitos armados haviam adquirido já no século XIX¹⁰⁰. Além disso, apesar da crescente fluidez das fronteiras físicas, processo que se intensificaria com o passar dos anos e com o avanço tecnológico, a concepção da noção de globalização e, sobretudo, sua propagação generalizada somente viriam a ocorrer a partir da segunda metade do século XX. Nessa conjuntura, caracterizada por valores marcadamente nacionalistas, qualquer proposta de limitação de soberania era compreensivelmente apreendida com ceticismo, acima de tudo se considerado o incipiente estágio de desenvolvimento em que se encontrava a cooperação internacional. A esse respeito, é extremamente oportuna a lição de Dupuy:

La démarche [ataque à tradicional noção de soberania] est d'une logique indiscutable, mais elle oblie que la souveraineté est une notion historique et que l'histoire ne se défait pas à coups d'arguments logiques. Il faut que ceux-ci

Wilson, on his way to the Peace Conference, was asked by some of his advisers whether he thought his plan of a League of Nations would work, he replied briefly: 'If it won't work, it must be made to work'. The advocate of a scheme for an international police force or for 'collective security', or of some other project for an international order, generally replied to the critic not by an argument designed to shew how and why he thought his plan will work, but either by a statement that it must be made to work because the consequences of its failure to work would be so disastrous, or by a demand for some alternative nostrum. This must be the spirit in which the alchemist or the utopian socialist would have answered the sceptic who questioned whether lead could be turned into gold or men made to live in model communities." CARR, E. H. *The twenty years' crisis: 1919-1939*. Cit., p. 8-14.

¹⁰⁰ "A guerra e a economia mantêm relações íntimas. Fatores econômicos levam à deflagração de uma guerra... É interessante assinalar que uma corrente de pensamento econômico considera a guerra, bem como a sua reparação (ex: armamentos), como sendo o grande fator de estabilização e controle das economias nacionais. Os gastos com uma guerra influem de modo positivo no crescimento do produto nacional bruto e da produtividade individual." MELLO, C. D. de A. *Curso de direito internacional público*. Cit., vol. 2, p. 44, nota 19, p. 1149.

*trouvent à s'incarner dans les événements avec une force telle que le normal d'hier finisse par être discutable demain*¹⁰¹.

Tendo em vista nossos propósitos, parece desnecessário nos lançarmos numa investigação acurada acerca das já sobejamente estudadas causas que precipitaram o esboroamento da ordem internacional arquitetada em Versalhes. No entanto, convém destacar alguns fatores a elas subjacentes que entendemos fundamentais à compreensão da etapa seguinte de construção da ordem do pós-guerra.

Observamos no item anterior que a cooperação internacional, seja política, seja econômica, pressupôs a concorrência de alguns elementos essenciais. O primeiro desses elementos foi a causalidade inerente a seus propósitos, em outras palavras, o convencimento dos diferentes atores internacionais da necessidade de uma ação coordenada para a resolução de problemas comuns. Isso ocorreu com especial eficácia nos setores técnicos, onde a necessidade de coordenação sempre foi mais visível; no âmbito econômico, notadamente quando em momentos de crise fez-se necessária a adoção coordenada de medidas em defesa do padrão ouro; mas também, informalmente, no âmbito político.

Pois bem, relatos acerca do panorama político no início do século XX apontam a incredulidade dos dirigentes europeus em relação à proposta americana que finalmente culminou no Pacto da Liga das Nações. Na realidade, não foram os bons argumentos ou as promessas de paz duradoura que aparentemente convenceram os dirigentes europeus a optar pela solução americana, mas a necessidade de um aliado forte que fosse capaz de conter o avanço alemão no continente¹⁰². A partir disso, compreende-se bem a pouca determinação na aplicação dos princípios preconizados no Pacto tão logo a guerra terminou.

¹⁰¹ DUPUY, R-J. *Le droit international*. Paris: PUF, 2004. p. 4.

¹⁰² “Oddly enough, the idea for such an organization first surfaced in London, heretofore the bastion of balance-of-power diplomacy. [...] It was unlikely that Great Britain, which for 200 years had steered clear of open-ended alliances, had suddenly developed a taste for open-ended commitments on global scale. Yet Great Britain’s determination to prevail against the immediate threat of Germany was so great that its Foreign Secretary could bring himself to put forward a doctrine of collective security, the most open-ended commitment imaginable. [...] For the time being, several of the Allies lingered over their responses to Wilson’s idea. Though they could not quite bring themselves to approve views so contrary to their traditions, they also needed America far too much to voice their reservations.” KISSINGER, H. *Diplomacy*. Cit., p. 223-224.

O segundo elemento essencial ao estabelecimento da cooperação nos séculos que precederam a primeira guerra mundial não foi outro senão a liderança. A análise retrospectiva daqueles períodos, notadamente o século XIX, revela que as principais iniciativas cooperativas (ao menos aquelas bem-sucedidas) foram sempre lideradas por uma nação dominante. Foi assim que por um bom tempo a Grã-Bretanha exerceu a liderança sobre o continente europeu e sobre o mundo. Fruto de seu pioneirismo industrial, a hegemonia econômica lhe garantia ascendência política e econômica sobre as demais nações, servindo como ponto de equilíbrio do sistema internacional. No plano político, a gestão do bem elaborado sistema de equilíbrio de poder assegurou relativa paz e prosperidade às nações europeias por quase um século. No campo econômico, a gestão do *gold standard*, por exemplo, garantiu a estabilidade monetária do sistema internacional, possibilitando a aceleração exponencial das trocas comerciais.

Particularmente no que concerne à liderança, o período que se estendeu do final do século XIX até a segunda guerra mundial pode ser caracterizado como uma época de transição tanto política como econômica. É bem verdade que muito antes disso os norte-americanos já ocupavam um lugar de destaque na comunidade internacional¹⁰³, participando ativamente dos principais eventos diplomáticos: muitas de suas ações, como no caso da doutrina Monroe, inclusive opuseram-se frontalmente ao imperialismo europeu¹⁰⁴. Contudo, não obstante constituírem-se, já no século XIX, numa

¹⁰³ “In both conferences [Congo: 1885; Madrid: 1880] the United States participated, although it did not ratify the General Act of the Congo Conference. That participation was symptomatic of the fact that since the end of the Civil War the United States was being counted more and more among the Great Powers to be consulted in non-American matters also. [...] Perhaps the most significant expansion of international law during the nineteenth century – mainly during its second half – was the entrance of the Far East into the ambit of the law of nations.” NUSSBAUM, A. *A concise history of the law of nations*. Cit. p. 188.

¹⁰⁴ “Within this general framework, the emergence of the USA set a limit to Euro influence and power in the Americas. The new trend was formally proclaimed by the American president, Monroe, in the doctrine propounded in the famous message Congress of 2 December 1823. This message stated, first, that ‘the American continents ... are henceforth not to be considered as subjects for future *colonization* by European powers’. Second, while the USA would not intervene in European matters including European Powers’ ‘colonies and dependencies’, by the same token it could not allow European powers to *intervene* in America: the USA ‘would not view any interposition for the purpose of oppressing them [i.e. independent Governments of ‘American continents’] or controlling in any other manner their destiny, by any European power in any other light than as the manifestation of an unfriendly disposition toward the United States’ (in Moore, *Digest*, vi, at 368-72). Thus a check was placed European expansionism and at the same time the

potência política e econômica, os Estados Unidos optavam por se colocar relativamente à margem das questões globais, priorizando o regionalismo e, sobretudo, suas questões internas. Esse estado de coisas começaria a mudar a partir da primeira guerra mundial, considerada por muitos o evento emblemático da mudança do centro de poder no mundo. A participação americana naquele conflito foi de fato vital à vitória dos aliados, consolidando a sua posição de grande potência mundial. Em contrapartida, o resultado da guerra criou na Europa uma conjuntura um tanto paradoxal na medida em que até mesmo os vitoriosos saíram do conflito com o gosto amargo do fracasso¹⁰⁵.

No âmbito político, a ascendência americana fez-se sentir com mais força no Congresso de Versalhes. Conforme bem esclarece Casella, “[...] a presença dos Estados Unidos e a participação destes, por meio do seu Presidente, à medida de seu papel decisivo para o resultado da guerra, colocava em relevo o fim do concerto europeu”. Citando Truyol Y Serra, destaca que: “*C’était la première fois qu’un homme d’état non-européen intervenait à ce niveau là, dans les affaires de notre continent. Ce qui alors n’était enconre qu’un partage avec lês Etats-Unis du rôle dominant de l’Europe deviendra, au terme de la Seconde guerre mondiale, un effacement*”¹⁰⁶.

Não obstante seu novo status, a conduta americana ao final da primeira guerra ainda podia ser descrita como hesitante. Divididos entre suas novas aspirações hegemônicas e o tradicional isolacionismo que por muito tempo orientara sua política externa, ao mesmo tempo em que se apresentavam como grandes defensores da Liga, os Estados Unidos descreditaram-na ao se ausentarem do compromisso final.

Diante de tais condições, ficava difícil imaginar a adesão entusiasta dos demais membros às diretrizes da Sociedade das Nações uma vez que o principal articulador daquele projeto cooperativo engajava-se em outra via. Por outro lado, a tentativa de devolver às já decadentes França e Grã-Bretanha o antigo status de líderes não foi suficiente para preencher o

basic principle was enunciated the American continent was under the control of the most powerful State of the area.” CASSESE, A. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 30.

¹⁰⁵ “What proved beyond everyone’s imagination was that both sides would win and lose at the same time: that Germany would defeat Russia and serious weaken both France and England; but that, in the end, the Western Allies, with America’s indispensable assistance, would emerge as the victors.” KISSINGER, H. *Diplomacy*. Cit., p. 221.

¹⁰⁶ CASELLA, P. B. *Tratado de Versalhes na história do direito internacional*. Cit., nota 9, p. 12.

vácuo de poder deixado pelos americanos. Muito pelo contrário, nesse caso a opção por um sucedâneo nada mais fez que aprofundar o sentimento de falta de liderança que dominou o período entreguerras¹⁰⁷. Sob o ponto de vista estrutural, a fórmula “*La Paix par le Droit!*” mostrava evidentes limitações práticas.

No plano econômico, o panorama não diferia muito daquele visto no âmbito político. Exemplificativamente, a já mencionada relativa decadência econômica britânica impediu que a Grã-Bretanha continuasse a coordenar os mecanismos de ajuste necessários ao restabelecimento do equilíbrio monetário internacional. Na realidade, os anos compreendidos entre o final do século XIX e a segunda guerra mundial podem ser definidos como de um período de transição: o gradual deslocamento do centro do poder econômico da Grã-Bretanha aos Estados Unidos¹⁰⁸.

Porém, a despeito da já consolidada posição de maior economia mundial no final do século XIX, um sistema bancário ainda rudimentar impedia que os Estados Unidos assumissem a posição outrora ocupada pela Grã-Bretanha. A principal vítima desse processo foi indubitavelmente a cooperação internacional¹⁰⁹. Em tal cenário de desequilíbrio financeiro, ausência de coordenação, escassez de reservas, alto endividamento e forte desemprego, a recessão instalou-se na periferia da economia mundial, ganhou força, assumiu a forma de depressão e propagou-se em escala

¹⁰⁷ “Les treize millions de morts de la première guerre mondiale avaient sonné le glas de ‘la mission civilisatrice’ du vieux continent qui tenta néanmoins de reproduire les mécanismes diplomatiques de l’Europe du XIX^e siècle. Le refus des Etats-Unis d’assumer leurs responsabilités et l’isolement de la nouvelle Union soviétique contribuèrent ainsi à placer la France et la Grande-Bretagne sur le devant de la scène. Cette dévotion faussée de la puissance et le lent déclin des anciens grands furent dès lors à l’origine des multiples crises qui menèrent inéluctablement à la seconde guerre mondiale.” ROCHE, J-J. *Le système international contemporain*. Paris : Montchrestien, 1998. p. 9-10.

¹⁰⁸ “Kindleberger expanded the focus of the economic literature to encompass the world depression. He emphasized the role of missing hegemon: No longer London, not yet New York. But why was a hegemon needed? It was to manage the gold standard as it had been managed from London before the Great War.” EICHENGREEN, B. J.; TEMIN, P. *The gold standard and the great depression*. in NBER Working Paper (n. 6060). Cambridge, MA: NBER, 1997. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w6060>>. Acesso em 13 de janeiro de 2013. p. 6.

¹⁰⁹ Exemplo bem conhecido dessa falta de coordenação foi o restabelecimento do padrão ouro nas economias centrais – notadamente na França, na Alemanha, na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos. Enquanto os dois últimos fixaram a paridade monetária nos mesmos níveis do período anterior à guerra, a França, ao restabelecer a paridade do franco, decidiu fazê-lo segundo o valor então presente, o que provocou a sua desvalorização em relação à libra e ao dólar. O resultado disso foi a absorção pela França e pela Alemanha de quase todo aumento de reservas monetárias ao longo da segunda metade da década de 20. Particularmente no caso da Alemanha, a alta concentração de reservas decorreu da combinação de dois fatores: os investimentos americanos – durante este período, a Alemanha foi o principal destinatário – e as altas taxas de juros praticadas pelo *Reichsbank*.

global. A despeito da determinação dos países centrais na defesa do padrão ouro, o inevitável desmoronamento do sistema ocorreu em 1931, quando a Grã-Bretanha desvalorizou a libra.

Devido a um conjunto de motivos – liderança britânica; identidade de objetivos de grande parte dos países; período de crescimento vertiginoso – a cooperação desempenhara plenamente seu papel durante a época do apogeu do padrão ouro. Contudo, durante o entreguerras, esse panorama alterou-se drasticamente e a cooperação internacional, outras vezes providencial, condicionou-se aos interesses nacionais¹¹⁰. A primazia dos interesses nacionais em detrimento da defesa do sistema monetário internacional, adicionada à série de elementos anteriormente assinalados, afetou o coração do padrão ouro – a credibilidade do compromisso das autoridades monetárias em defesa da conversibilidade –, o que acabou provocando a inexorável ruína desse sistema.

Ao final desse processo de clara erosão da cooperação internacional, seja econômica, seja política, a sequência dos acontecimentos seguiu um roteiro previsível: “*a rapid succession of events forced upon all serious thinkers a reconsideration of premises which were becoming more and more flagrantly divorced from reality*”¹¹¹. O ressurgimento dos nacionalismos, alimentado por hostilidades históricas, numa conjuntura de profunda crise econômica levou a humanidade a uma das mais terríveis experiências de toda a sua história.

Da Liga das Nações à Organização das Nações Unidas

Muitos autores, não de forma aleatória, optam por tratar a Liga das Nações e a Organização das Nações Unidas (ONU) isoladamente. De fato, ambos constituem-se em episódios distintos da história da humanidade e do direito internacional: separadas pela segunda guerra mundial, são instituições inconfundíveis, seja estruturalmente, seja quanto aos propósitos perseguidos.

¹¹⁰ Diante da incompatibilidade entre as diversas interpretações a respeito da crise, a perspectiva de uma cooperação internacional não era viável durante esse período. EICHENGREEN, op. cit., p. 113.

¹¹¹ CARR, E. H. *The twenty years' crisis: 1919-1939*. Cit., p. 36.

Talvez o elemento mais contrastante de ambas situe-se no âmbito filosófico. Com especial precisão analítica, Kunz destaca o otimismo que marcou o pensamento liberal do século XIX, “*sûre de la supériorité et de l'éternité de notre civilization, inspirée par la foi dans le progrès, dans la victoire de la raison qui garantira la prospérité de l'humanité, la démocratie et la paix internationale*”¹¹². Nessa conjuntura, a primeira guerra foi considerada um evento isolado, um fato excepcional num mundo caracterizado pelo progresso. A partir disso, o idealismo utópico que orientou a edificação a Liga das Nações confiou no direito e na democracia como únicas ferramentas necessárias à manutenção da paz.

O fracasso da Liga das Nações, os inúmeros problemas ocorridos durante o período entreguerras e os resultados catastróficos da segunda guerra alteraram diametralmente a percepção otimista do final do século XIX. Num mundo contaminado por um sentimento de extremo pessimismo, o advento da ONU representou o retorno do pêndulo. Nessa nova configuração, fruto do renascimento do realismo, o direito passou a ocupar um lugar secundário na estrutura institucional.

Evidências concretas dessa reemergência do realismo foram, por exemplo, as constantes trocas de informações entre os principais artífices da nova ordem internacional até mesmo durante a guerra. Politicamente, destacam-se as visitas de Anthony Eden a Moscou, em dezembro de 1941, e a de Molotov a Londres e Washington, em maio de 1942¹¹³, além dos sucessivos encontros entre os chefes de estado das nações aliadas. No campo econômico, por sua vez, são bem conhecidas as correspondências trocadas entre Keynes, o alto escalão do governo britânico e os representantes do governo americano, bem como os intensos debates acerca do perfil que o novo sistema econômico internacional deveria exibir. Nessas comunicações, também se revelava inequívoca a inquietação geral quanto às expectativas do cenário pós-guerra. Em diversas passagens,

¹¹² “A la fin de la guerre on conservait l'espoir que justement ce désastre aurait ouvert les portes à un progrès plus grand et plus rapide du droit international. On était convaincu que la démocratie et l'empire du droit des gens changeraient le monde : l'organisation internationale universelle, basée sur le droit, garantirait la paix.” KUNZ, J. L. *La crise et les transformations du droit des gens*. Cit., p. 23 e 27.

¹¹³ “With the knife literally at his throat, he [Stalin] attempted to do so in December 1941, when Foreign Secretary Anthony Eden visited Moscow, and again in May 1942, when he sent Molotov [Soviet Foreign Minister] to London and then to Washington.” KISSINGER, H. *Diplomacy*. Cit., p. 398.

Keynes, já em 1940, antevia o panorama quase apocalíptico com que a Europa se confrontaria ao final da guerra¹¹⁴. Na verdade, esse contínuo diálogo entre os principais dirigentes mundiais indubitavelmente indicava sua grande preocupação com a consolidação de uma ordem internacional mais conectada com a realidade que tentariam regular.

A partir dessa abordagem, a concepção de um sistema internacional baseado no direito tornou-se algo impraticável na visão dos dirigentes mundiais. Isso ficou claro em diversos momentos do processo de edificação da nova ordem internacional. Estruturalmente, a proeminência do Conselho de Segurança – nome, aliás, emblemático dos reais propósitos da organização – revela a sublimação do poder em detrimento do direito no âmbito da ONU: “*La sécurité remplaçait la paix comme but, le pouvoir remplaçait le droit comme moyen*”¹¹⁵. Igualmente no campo econômico, a coabitação equilibrada entre elementos políticos e jurídicos era uma preocupação exprimida por Keynes já em 1942. Na apresentação de seu *Proposal for an International Currency (Clearing) Union*, apontou-a como o principal desafio a ser enfrentado pelos arquitetos da nova ordem: “*Perhaps the most difficult question is how much to decide by rule and how much to leave to discretion*”¹¹⁶.

Em perspectiva, o sistema internacional do pós-guerra foi a resultante de uma equação envolvendo elementos das mais diversas

¹¹⁴ “Europe will end this war starved and bankrupt of all the foods and raw materials, for supplies of which she was accustomed to depend on the rest of the world. She will have no means, unaided, of breaking the vicious circle. For she will possess no gold worth mentioning and can export very little until she has, first of all, received the necessary raw materials. She will face the vast problem of general demobilisation with an almost total lack of the necessary means to put men to work. The depletion of livestock, seed, manures, and agricultural implements, and the omission during the war of necessary cultivation will leave agriculture as prone industry. The whole continent will face a situation comparable with the famine in Russia which followed the Revolution in the early twenties.” KEYNES, J. M. *The collected writings of John Maynard Keynes*. Volume XXV: Activities 1940-1944. Shaping the Post-War World: The Clearing Union. Cambridge: Cambridge University Press, 1980. p. 11-12.

¹¹⁵ “La Société des Nations fut inspirée par l’optimisme; les Nations Unies sont le résultat d’une attitude pessimiste. La Société des Nations donnait, peut-être, un rôle exagéré au droit des gens, s’en faisait une idée trop haute. Dans l’organisation des Nations Unies, où le droit des gens tient une place secondaire, nous voyons comme une sorte de dépréciation de ce droit. La Société des Nations portait l’empreinte de son fondateur, le Président Woodrow Wilson. Les Nations Unies se flattent d’être réalistes, em conformité avec le réalisme des ‘Trois Grands’. Le Pacte a pour devise: La Paix par le Droit; La Charte: La Sécurité par le pouvoir. [...] La sécurité remplaçait la paix comme but, le pouvoir remplaçait le droit comme moyen.” KUNZ, J. L. *La crise et les transformations du droit des gens*. Cit., p. 29-30.

¹¹⁶ KEYNES, J-M. *Proposal for an International Currency (Clearing) Union*. In *The collected writings of John Maynard Keynes*. Volume XXV: Activities 1940-1944. Shaping the Post-War World: The Clearing Union. Cambridge: Cambridge University Press, 1980.

naturezas. As experiências do passado haviam efetivamente deixado suas lições. Com o devido recuo, a institucionalização da cooperação internacional continuava sendo vista como um fator bastante positivo, não obstante os reconhecidos equívocos cometidos na edificação da Liga das Nações¹¹⁷. Procurou-se, assim, preservar a ideia central de cooperação internacional, preenchendo-se algumas lacunas do antigo sistema. Isso não significou a completa extirpação do direito da estrutura institucional, mas certamente a significativa redução de seu papel: substituído pelo poder, o direito passaria a desempenhar uma função primordialmente legitimadora na nova estrutura¹¹⁸.

No que concerne particularmente à estrutura de poder, a sua configuração foi, em última instância, determinada pela conjuntura bem peculiar da época. O final da segunda guerra marcou a consolidação de duas grandes potências não europeias e o declínio definitivo da Europa. Em que pese a participação ativa de Churchill e Keynes na concepção da nova ordem internacional, a Grã-Bretanha não mais podia pretender liderar a Europa, sobretudo diante da emergência do colosso soviético¹¹⁹. Todavia, a extensão da impotência europeia ainda era um dado pouco claro para

¹¹⁷ “Pode este tratado ser tido por marco de inauguração de nova fase do direito e das relações internacionais, porquanto, a partir deste se começa a fase de direito internacional de *cooperação*, que sucederia aos séculos precedentes de direito internacional de mera *coexistência* e mútua *abstenção*. Pode, igualmente, este mesmo tratado, ser considerado a semente da catástrofe – por ter contribuído e não pouco, para a preparação do contexto europeu que desaguaria na segunda guerra mundial: ambas as leituras, e outras mais, podem ser acrescidas, varias delas, em parte verdadeiras.” CASELLA, P. B. *Tratado de Versalhes na história do direito internacional*. Cit., p. 17.

¹¹⁸ “On s’est demandé: Est-ce que les Nations Unies sont une organisation politique ou une organisation juridique? Une fois, le Sous-Sécretaire Général pour les Affaires Juridiques a répondu: Elles sont ‘tous les deux’. [...] Il ne peut pas y avoir de doute: les Nations Unies sont une organisation politique, dans laquelle les considérations politiques domineront toujours. Mais c’est malgré tout une organisation politique basé sur le droit, sur une constitution.” KUNZ, J. L. *La crise et les transformations du droit des gens*. Cit., p. 32.

¹¹⁹ “Roosevelt vastly overestimated the postwar capacities of Great Britain by asking it to handle simultaneously the defense and the reconstruction of Europe. Great Britain’s position in the scheme was all the more overblown because of Roosevelt’s deep disdain for France. In February 1945 at Yalta, the most important conference among victors, Roosevelt chided Churchill in Stalin’s presence for ‘artificially’ trying to build France into a strong power. As if the absurdity of such an endeavor required no elaboration, he mocked Churchill’s motive, which he described as an effort to establish a defense line along France’s eastern border behind which Great Britain would then be able to assemble its army. At that time, this happened to be the only conceivable means of opposing Soviet expansionism. [...] He [Churchill] also clearly understood that, at the end of the war, Great Britain was no longer able to defend its vital interests all by itself, much less to police the balance of power.” KISSINGER, H. *Diplomacy*. Cit., p. 396 e 400.

Roosevelt que, em algumas correspondências, apregoou a Churchill o dever inglês (não americano, portanto) de liderar a Europa¹²⁰.

As declarações de Roosevelt nitidamente denunciam uma avaliação equivocada por parte dos americanos acerca dos reais efeitos da guerra sobre o continente europeu e sobre o mundo¹²¹. Essa subestimação dos resultados da guerra ficaria ainda mais patente após a Conferência de Bretton Woods: o mau dimensionamento dos custos da reconstrução impediu que as instituições criadas naquela ocasião desempenhassem plenamente as funções para as quais haviam sido edificadas¹²². Essa relativa imprecisão americana também era sintomática da má percepção de seu próprio papel na nova ordem internacional.

Com efeito, as duas grandes guerras alteraram de maneira profunda a configuração geopolítica do mundo, esfacelando completamente as nações europeias. Nesse contexto, o restabelecimento de qualquer estrutura política inspirada no equilíbrio de poder entre as potências europeias estava absolutamente descartado. Primeiro porque nem mesmo a reunião de todos os fragilizados estados europeus poderia criar real oposição ao expansionismo da União Soviética, segundo porque essa política pressupunha patamares mínimos de identidade, então inexistentes. Além disso, em comparação às épocas anteriores, o processo de globalização tornara-se muito mais palpável ao final da guerra, fato evidenciado tanto pela extraordinária propagação da crise econômica no período entreguerras como pela própria extensão das frentes de batalha a diversos continentes. A

¹²⁰ “Do please don’t ask me to keep any American forces in France. I just cannot do it! I would have to bring them all back home. As I suggested before, I denounce and protest the paternity of Belgium, France and Italy. You really ought to bring up and discipline your own children. In view of the fact that they may be your bulwark in future days, you should at least pay for their schooling now!” KIMBALL, W. F. *Churchill & Roosevelt, the complete correspondence*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1984. vol. II, p. 767.

¹²¹ O panorama econômico internacional ao final da segunda guerra revelou-se efetivamente catastrófico e as principais economias mundiais, exceção feita à americana, haviam sido literalmente devastadas pelo conflito. Tanto a Europa como o Japão encontravam-se num estado de verdadeira indigência industrial e financeira; a maior parte da infraestrutura outrora existente estava arruinada.

¹²² “En raison d’une sous-estimation des coûts de la reconstruction de l’après-guerre, ses ressources financières [du FMI] se sont révélées très limitées, dès le départ, pour faire face aux problèmes de paiement de l’époque. Ainsi, éclipsé par le Plan Marshall au niveau du financement des déficits de la balance des paiements des pays industrialisés d’une part, et concurrencé par d’autres institutions au niveau de la coopération internationale d’autre part, le FMI se caractérisait, au cours de cette période, par son inactivité et par son impuissance face à des pays qui étaient plus intéressés par leurs problèmes internes.” MIRANDA, Luiz Ricardo de. *Les lettres d’intention au Fonds Monétaire International*. Tese apresentada para obtenção do título doutor em direito em direito e financiamento do desenvolvimento. Institut du Droit de la Paix et du Développement – Université de Nice Sophia Antipolis, 2007. p. 5-6.

partir disso, não havia mais sentido em se reduzir o âmbito do equilíbrio de poder à escala europeia: doravante qualquer estratégica de organização das atividades internacionais deveria ser concebida globalmente.

A transição iniciada no final do século XIX encontrava-se enfim concluída ao término da segunda guerra mundial: o deslocamento do centro do capitalismo mundial da Europa para os Estados Unidos havia se consolidado. Em tais circunstâncias, o isolacionismo que marcara a política externa americana no passado não era mais uma opção válida. Por outro lado, não obstante o desejo americano de edificar uma ordem internacional segundo o ideal “Wilsoniano” de cooperação mútua, a partir da concentração do poder em quatro potências dominantes (*Four Policemen*), divergências insuperáveis separaram Estados Unidos e União Soviética¹²³. Essas divergências latentes foram finalmente expostas em Potsdam: o resultado negativo daquela conferência, que envolveu os três principais líderes mundiais da época, assinalou o início da bipolaridade que orientaria as relações internacionais ao longo da segunda metade do século XX¹²⁴.

A oposição entre capitalistas e comunistas realmente inaugurou um novo capítulo na história da humanidade e do direito. Stalin compreendera a natureza ideológica desse inevitável conflito bem antes dos americanos: “*This war is not as in the past; whoever occupies a territory also imposes on it his own social system. Everyone imposes his own system as far as his army can reach. It cannot be*

¹²³ “Roosevelt’s concept [Four Policemen] could not be implemented because no real balance of power emerged from the war, because there was a profound ideological gulf between the victors, and because Stalin, once free of the threat of Germany had no inhibition about pursuing Soviet ideological and political interests even at the price of confrontation with his erstwhile Allies. [...] Roosevelt’s concept of the Four Policemen foundered on the same obstacle as had Wilson’s more general concept of collective security: the Four Policemen simply did not perceived their global goals in the same way. Stalin’s lethal combination of paranoia, communist ideology, and Russian imperialism translated the notion of the Four Policemen impartially enforcing world peace on the basis of universally shared values into either a Soviet opportunity or a capitalism trap [...] Stalin’s problem in dealing with American leaders as that he had great difficulty comprehending the importance of morality and legalism in their thinking on foreign policy.” KISSINGER, H. *Diplomacy*. Cit., p. 397, 420 e 427.

¹²⁴ “Actuellement, il n’y a plus que deux seules véritables Grandes Puissances [...] C’est avec raison que l’historien britannique, Arnold Toynbee, a comparé la situation qui se présentait à la fin de la deuxième guerre mondiale à la situation créée à la fin du Moyen-Age: de la même manière que les Républiques Italiennes médiévales furent éclipsées par la formation des grands Etats indépendents, Etats territoriaux et souverains, ces grands Etats [européens] furent éclipsés par la formation des vastes fédérations transcontinentales en dehors de l’Europe.” KUNZ, J. L. *La crise et les transformations du droit des gens*. Cit., p. 12.

otherwise”¹²⁵. Diante disso, entende-se bem o porquê de tão significativa redução do papel concreto do direito na nova estrutura institucional¹²⁶.

A Organização das Nações Unidas foi, portanto, o produto dessa complexa equação envolvendo fatores das mais diferentes ordens. Estruturalmente, exibia traços marcantes do idealismo que caracterizara a Liga das Nações, cujas influências são inegáveis. Na prática, contudo, seu funcionamento foi ditado pelas intrincadas relações de poder iniciadas durante a guerra e prolongadas após o seu término. Sob tal influência, a reprodução da bipolaridade geopolítica no interior da estrutura institucional acabou criando um ambiente em que quaisquer ações de iniciativa de uma parte eram imediatamente bloqueadas pela parte adversa. A coabitação de sistemas sociais tão incompatíveis e, sobretudo, a formulação de um sistema internacional comum mostrava-se de fato praticamente impossível naquele contexto. Afinal, conforme explica Tunkin, *“Through these two channels, the fundamental base complexes, that is, the economic system of individual states, influence international relations of a superstructure character, as well as contemporary international organizations and international law”*¹²⁷.

Isso não significava, no entanto, a relativização da importância da cooperação internacional, tampouco qualquer tipo de depreciação das tão almeçadas paz e segurança, propósitos, aliás, especialmente destacados nos principais textos normativos da época (*e.g.* Artigo I da Carta das Nações Unidas, Artigo I da Carta Constitutiva da UNESCO, Preâmbulo dos Estatutos da OIT emendado após a segunda guerra). Apenas as bases dos sistemas eram de tal forma antagônicas que a tradução política desses propósitos orientava cada um a conclusões diametralmente opostas. Por exemplo, enquanto os partidários do sistema capitalista identificavam as políticas de desvalorização competitiva (*“beggar-thy-neighbor” exchange*

¹²⁵ DJILAS, M. *Conversations with Stalin*. New York: Harcourt, Brace & Company, 1962 p. 114.

¹²⁶ “La théorie soviétique du droit international retient naturellement la conception marxiste d’après laquelle tout droit et, par conséquent, aussi le droit des gens, n’est qu’une superstructure des relations économiques. La théorie soviétique continue à être plainement consciente de la différence profonde entre les mondes capitaliste et communiste, il faut alouter que la théorie soviétique du droit des gens est une théorie dialectique ; la dialectique, selon la phrase de Staline, est l’âme du marxisme. Par conséquent, des mots comme ‘paix’ ont une valeur dialectique, la même considération s’applique au mot ‘agression’, ce qui est la première importance pour la théorie de la guerre juste, telle que figure dans la théorie soviétique.” KUNZ, *op. cit.*, p. 18-19.

¹²⁷ TUNKIN, G. I. *Theory of international law*. Massachusetts: Harvard University Press, 1974. p. 310.

rate policies) e a escalada do protecionismo como causas econômicas que teriam levado ao acirramento das tensões que antecederam a segunda guerra mundial, preconizando, conseqüentemente, a edificação de uma ordem econômica fundada no livre comércio e na estabilidade das paridades monetárias, os teóricos soviéticos simplesmente acreditavam que “*The basic causes of wars are found in the nature of the capitalist social system*”¹²⁸. Nesse contexto, a cooperação internacional logicamente intensificava-se na medida em que era estabelecida a partir de critérios técnicos (e.g. *Universal Postal Union, International Telecommunication Union, World Meteorological Organization, etc.*), mostrando-se, em revanche, consideravelmente menos efetiva quando por qualquer motivo envolvia temas econômicos ou ideológicos.

Tendo em vista tamanho contraste entre a Liga das Nações e a ONU, não somente, mas sobretudo no nível operacional, justifica-se, de certa forma, o tratamento isolado dado por certos autores a cada um destes dois episódios distintos da história da humanidade e do direito internacional. Todavia, uma abordagem conjunta desses dois eventos também é plenamente possível¹²⁹.

Em perspectiva, a institucionalização da cooperação internacional constituiu-se numa etapa importante de um processo de transformação muito mais amplo. Ainda que os americanos reivindicuem a paternidade da Liga das Nações¹³⁰, conceitualmente parecem inevitáveis as referências a

¹²⁸ “As V. I. Lenin has pointed out, ‘war is not a contradiction with the fundamentals private ownership, but a direct and inevitable development of these fundamentals’.” TUNKIN, op. cit., p. 314.

¹²⁹ “O sistema onusiano nunca se teria configurado como existe, sem o precedente sistema de Versalhes, como examina G. Del Vecchio (1931) a Sociedade das Nações do ponto de vista da filosofia do direito internacional. Marca, ademais, Versalhes a passagem de patamar de direito internacional de mera coexistência e de mútua abstenção, para direito de cooperação, com contextos regionais específicos, nos quais se pode chegar até a integração. [...] Versalhes não pode ser visto como momento isolado, nem como mero capítulo passado, ou curiosidade histórica. O sistema que então neste se esboça influencia, de maneira direta e relevante, o sistema, que vem a seguir: a configuração atual exige, para sua compreensão, o ‘olhar retrospectivo’, para a gênese formadora, e tem, no contexto atual, múltiplos traços e elementos que permaneceram presentes e atuantes. O sistema de Versalhes traz os pontos de partida do sistema presente; pode, ademais, ser útil, como lição para evitar seja desencadeada, novamente, a corrida para o abismo, que levou à segunda guerra mundial.” CASELLA, P. B. *Tratado de Versalhes na história do direito internacional*. Cit. p. 14-17.

¹³⁰ “There is no indication that the framers of the League had in their mind reminiscences of the peace plan of Abbé de St. Pierre or of other early authors. Wilson himself considered the plan as American in origin.” NUSSBAUM, A. *A concise history of the law of nations*. Cit., p. 248.

inúmeros autores clássicos (juristas ou não)¹³¹, com especial destaque para Wolff, Abbé St. Pierre e Kant¹³².

No campo econômico, a então longínqua gestão do padrão ouro, sobretudo durante o século XIX, visivelmente serviu de modelo ao sistema monetário internacional concebido na Conferência de Bretton Woods, que vigorou até o início da década de 1970. As origens da cooperação internacional nesse setor remontam, portanto, à revolução industrial e ao apogeu da Inglaterra como centro econômico e financeiro do mundo moderno.

No campo político, o advento do Concerto Europeu já revelava traços de um incipiente espírito cooperativo orientado à manutenção do mecanismo do equilíbrio de poder entre os principais Estados europeus. Na realidade, o Concerto Europeu pode ser identificado como a primeira tentativa de organização da sociedade internacional¹³³. A esse respeito, a institucionalização da cooperação internacional, primeiro no âmbito na Sociedade das Nações, depois no âmbito da Organização das Nações, evidentemente exibiu elementos de ruptura e continuidade em relação ao

¹³¹ No volume I de seu *Curso de direito internacional público* (p. 624 et seq.), C. D. de A. Mello elenca alguns desses autores: Pierre Dubois – *De recuperatione Terrae Sanctae* (1305); Dantes – *De Monarchia* (1315); Marsílio de Pádua – *Defensor Pacis* (1324); Georges Podiebrad – Projeto de paz perpétua proposta ao rei da França Luís XI (1464); Erasmos – *Querela Pacis* (1517); Emeric Crucé – *Lê Nouveau Cynée* (1625); Duque de Sully, cujo projeto de paz perpétua “Le Grand Dessein” (1641) ele atribuiu a Henrique IV, de quem era ministro; William Penn – *Essay towards the present and future peace of Europe by the establishment of an European Dyet, parliament of ententes*” (1693); John Bellers – *Quelques raisons pour établir un Etat européen* (1710); Bentham – *A Plan for an Universal and Perpetual Peace* (1786-1789); Rousseau – publicou, em 1761, uma obra que resumia a de Saint-Pierre, intitulada *Extrait du projet de paix perpétuelle de Monsieur l’abbé de Saint-Pierre, par J.-J. Rousseau, Citoyen de Genève*; Pierre André Gargaz – *Contrat social surnommé Union franc-maçonne entre tous les bons citoyens de la République Française et entre la même République et toutes les Nations de la Terre* (1779); Johann Caspar Bluntschli – estudo sobre a organização da União Europeia (1881); James Lorimer – propõe a formação de um Estado federal europeu (1877).

¹³² “A concepção de Wolff, a respeito de comunidade mundial, seria a primeira formulação da ideia de que, séculos mais tarde, encontraria sua forma nas tentativas de institucionalização primeiro no contexto da Sociedade das Nações e, mais recentemente, no modelo da Organização das Nações Unidas [...] Trata-se da conscientização do trajeto já percorrido, a preparar o caminho para o futuro: a construção da utopia, com a multiplicação das formulações dos projetos para tornar perpétua a paz na Europa – do Abbé de Saint-Pierre (1713) a Immanuel Kant, no *Ensaio sobre a paz perpétua* (1795), com vários autores, entre esses dois marcos, ao longo do século XVIII.” ACCIOLY, H.; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, P. B. *Manual de direito internacional público*. Cit., p. 67 e 92.

“*Abade de Saint-Pierre* (Carlos Irineo Castel) – publicou ‘Projet de traité pour rendre la paix perpétuelle em Europe’ (1713). Propõe uma associação de 22 membros e a criação de um Senado em Utrecht, que resolveria por arbitragem ou mediação os litígios. [...] Kant – no seu ensaio ‘De la paix perpétuelle’ (1795) propõe a formação de uma federação de Estados livres e que deveria haver uma soberania do Direito.” MELLO, C. D. de A. *Curso de direito internacional público*. Cit., p. 625-626.

¹³³ TRUYOL Y SERRA, A. *L’expansion de la société internationale aux XIX^e et XX^e siècles*. Cit., p. 111.

regime anterior. Assim, ao mesmo tempo que, do ponto de vista da cooperação internacional, a edificação da Sociedade das Nações representou uma evolução marcante, até porque circunscrita ao âmbito de seu processo mais amplo de consolidação, no âmbito jurídico esse evento assinalou o ponto de partida de uma nova fase do direito internacional, dito de *cooperação*, ao lado do tradicional direito internacional clássico.

1.3 Direito internacional: uma nova configuração

Em seu *Mudança na Estrutura do Direito Internacional*¹³⁴, Friedmann claramente defende a conexão entre o direito, a sociedade e a história. Lembremos que não é objeto de nosso trabalho retratar meticulosamente a evolução histórica do direito internacional – isto já foi feito em inúmeras ocasiões com o brilhantismo que não teríamos condições de reeditar¹³⁵ –, no entanto, vale a pena insistir que em cada uma dessas leituras históricas reforça-se esta relação intrínseca entre o direito e os valores fundamentais da sociedade que tenta organizar¹³⁶. Nesse exato sentido, De Visscher nos alerta que “*Ce n’est pas en s’isolant des réalités de tout ordre qui partout imprègnent ces rapports que l’on fera progresser le droit : c’est en prenant conscience des obstacles qu’elles lui opposent*”, concluindo que “*On ne peut aborder l’étude d’une institution, raisonner sur le sens ou la portée d’une règle, discerner leurs côtés faibles, sans les replacer dans le milieu qui les a vu naître, sans les confronter avec les exigences nouvelles auxquelles elles doivent faire face*”¹³⁷.

¹³⁴ FRIEDMANN, W. *Mudança da estrutura do direito internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 07

¹³⁵ Sobre este tema, destacamos, entre outros: NUSSBAUM, A. *A concise history of the law of nations*.; TRUYOL Y SERRA, A. *L’expansion de la société internationale aux XIX^e et XX^e siècles*. Cit., vol. 116, issue III, p. 89-179; TRUYOL Y SERRA, A. *Genèse et structure de la société internationale*. (RCADI, 1959. vol. 96, p. 553-642) ; TRUYOL Y SERRA, A. *Histoire du droit international*. Paris: Economica, 1995; LE FUR, L. *Le développement historique du droit international*. (RCADI, 1932. t. 41, p. 501-601).

¹³⁶ “At present, in very many cases, if we want to know why a rule of law has taken its particular shape, and more or less if we want to know why it exists at all, we go to tradition. We follow it into the Year Books, and perhaps beyond them to the customs of the Salian Franks, and somewhere in the past, in the German forests, in the needs of Norman kings, in the assumptions of a dominant class, in the absence of generalized ideas, we find out the practical motive for what now best is justified by the mere fact of its acceptance and that men are accustomed to it. The rational study of law is still to a large extent the study of history. History must be a part of the study, because without it we cannot know the precise scope of rules which it is our business to know.” HOLMES, O. W. *The path of the Law*. Cit..

¹³⁷ DE VISSCHER, C. *Cours général de principes de droit international public*. Cit., p. 450-451.

Ao longo de nossa narrativa, nos esforçamos para situar o direito internacional e suas naturais evoluções no âmbito dos movimentos sociais que lhes serviram de contexto. A partir disso, pareceu-nos inequívoco o caráter de continuidade de suas transformações: ainda que a divisão do direito internacional em períodos possa ter a sua utilidade, até mesmo para fins didáticos, o que aparentemente se nota é que de um período a outro não há de fato rupturas: “Outrossim, verifica-se que características de determinado período tiveram geralmente origem no anterior, e princípios nascidos em um permanecem nos subsequentes, modificando-se de acordo com o passar do tempo”¹³⁸. Afinal, como sutilmente ilustra Hobsbawm, “a história não é como uma linha de ônibus em que todos – passageiros, motorista e cobrador – são substituídos quando chega ao ponto final”¹³⁹.

A evolução do direito internacional evidentemente não escapou desse determinismo. Para ilustrar essa tese, parece contudo desnecessário resgatar eventos longínquos, como o emblemático tratado celebrado entre os governantes das cidades-estado mesopotâmicas de Lagash e Umma, em 3100 a.C., ou mesmo o emprego da arbitragem, já na Grécia antiga. Basta mencionarmos que as transformações estruturais consolidadas no século XX são a continuidade de um processo evolutivo muito mais amplo. Exemplificativamente, destacamos as sucessivas tentativas de extinção do tráfico de escravos, capitaneadas pelos britânicos, particularmente o ato final do Congresso de Viena e a Convenção de Bruxelas, respectivamente em 1815 e 1890; a Declaração de Paris (1856), versando sobre direito marítimo¹⁴⁰; a Convenção de Genebra (1864), sobre os feridos de guerra; ou aquelas iniciativas que redundaram na criação de organismos internacionais como o *International Bureau of Telegraphic Administration*, órgão central da *Universal Telegraphic Union* (1865), a *Universal Postal Union* (1878), ou a *International Convention on Railway Freight Traffic* (1890). No que concerne à propriedade intelectual, destacamos a Convenção de Paris

¹³⁸ ACCIOLY, H.; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, P. B. *Manual de direito internacional público*. Cit., p. 44.

¹³⁹ HOBBSAWM, E. J. *A era dos Impérios: 1875-1914*. Cit., p. 20.

¹⁴⁰ “The declaration abolished privateering; prohibited the capture of enemy goods, except contraband (which was not defined) on neutral ships, and of neutral goods, except contraband, on enemy ships; and required blockades to be effective, that is to be maintained by a force sufficient to actually prevent access to the coast held by the enemy.” NUSSBAUM, A. *A concise history of the law of nations*. Cit., p. 186.

(1883), sobre patentes, e a de Berna (1866), sobre marcas, ambas precursoras do *International Bureau of Liberty and Industrial Property*. Tudo isto sem mencionar os diversos tratados versando sobre comércio (e.g. *Cobden Treaty* – 1860); direito consular; direito internacional privado (e.g. *Hague Convention on Civil Procedure* – 1896); assistência judicial; e moeda¹⁴¹. Enfim, uma profusão de normas jurídicas dos mais variados conteúdos que, já no século XIX, haviam expandido o alcance material do direito internacional aos mais remotos setores da sociedade.

Essa incrível extensão das matérias sujeitas ao direito internacional foi acompanhada do correlativo alargamento territorial de suas fronteiras, seja a oeste, com a crescente inclusão dos Estados do continente americano, seja a leste. Na verdade, a evolução mais expressiva do direito internacional durante aquele século talvez tenha sido a integração do extremo oriente em seu âmbito. Com isso, ele naturalmente tornou-se mais complexo: outrora regulando as relações de um grupo pequeno e homogêneo de nações europeias, esse direito teve seu objeto expandido à medida que a sociedade internacional diversificava-se.

Por outro lado, essa ruptura cada vez maior da harmonia de valores e padrões derivados do passado europeu paulatinamente gerou a formulação de teorias concorrentes acerca do fenômeno jurídico. Esse processo, já bastante evidente quando da integração das sociedades budistas, hinduístas e islâmicas, ficou ainda mais claro quando a ideologia política da “guerra fria” passou a condicionar a ordem internacional.

Em linhas gerais, as sucessivas transformações da sociedade internacional, já verificadas em séculos anteriores e fortemente intensificadas nos séculos XIX e XX, provocaram substanciais mutações na estrutura do direito que a regulava. Não convém, aqui, destacar todos os elementos que se embaralharam nesse processo evolutivo comum, tampouco mencionar todas as mudanças sofridas pelo direito internacional ao longo desse período. Weil, por exemplo, ao analisar a passagem do direito internacional clássico ao direito internacional que chama de contemporâneo, categoricamente enumera quatro eventos que teriam

¹⁴¹ Id., *ibid.* p. 178 et seq.

influenciado essa mudança: a revolução de outubro de 1917; a Carta da Organização das Nações Unidas; o processo de descolonização; e a divisão do mundo em blocos (ocidental, socialista e, mais tarde, o bloco dos países não alinhados). Porém, o mesmo autor de certa forma relativiza a sua própria peremptoriedade ao lembrar que o tema das mudanças do direito internacional não é monolítico: “*Il relève d’approches multiples qui se croisent et s’entrecroisent*”¹⁴².

Parece difícil discordar dessa última afirmação: direito e realidade aparentemente de fato entrelaçam-se num movimento contínuo de influência mútua. Destacar fatos isolados desse processo constitui-se, portanto, em tarefa extremamente delicada. A partir disso, a resultante histórica seria o produto de um número infindável de vetores, inclusive de ordem individual. Conseqüentemente, as transformações sofridas pelo direito internacional, sejam elas materiais, sejam elas estruturais, podem ser apreendidas como parte integrante desse interminável processo. Por outro lado, esse senso de continuidade do fenômeno jurídico naturalmente induzido pela abordagem histórica não impede que se identifique no processo de consolidação da cooperação internacional, em especial no reconhecimento da personalidade jurídica das organizações internacionais, um elemento disruptivo importante em relação aos elementos estruturais do direito internacional exibidos em períodos anteriores.

Ao longo das seções precedentes, observou-se que esse direito, tal qual edificado pelos tratados que selaram a Paz de Vestfália, estruturava-se a partir da figura do Estado. Em tal contexto, a lógica intrínseca daquela sociedade internacional delineava os contornos de um direito caracterizado pela justaposição de soberanias no qual o elemento territorial possuía valor fundamental. É importante ressaltar que nem mesmo o alargamento territorial e material do direito internacional parece ter alterado *per se* a lógica sistêmica que por muito tempo definiu seus contornos jurídicos: não obstante o parêntese constituído pela experiência soviética e pelo

¹⁴² WEIL, W. *Le droit international en quête de son identité: Cours general de droit international public*. Cit. p. 26 et seq.

movimento de descolonização¹⁴³, a universalidade do direito internacional não demorou muito a se reconsolidar¹⁴⁴. Por mais que tenha representado um substancial acréscimo na complexidade desse direito, sua extensão (seja territorial, seja material) não acarretou incompatibilidade sistêmica insuperável.

Da mesma maneira, a pura e simples institucionalização da cooperação internacional, conquanto essencial para a mudança estrutural que viria engendrar, sozinha foi incapaz de abalar aquela lógica sistêmica. Conforme observado nos itens anteriores, a modelagem da ordem jurídica internacional (aí incluída a institucionalização da cooperação internacional) foi o resultado de um processo contínuo de adequação do direito às naturais transformações da sociedade internacional. Ilustrativamente, na conjuntura política do pós-guerra, a estrutura institucional da ONU internalizava a bipolaridade que caracterizava a política internacional, neutralizando, em certa medida, as tensões entre os blocos. Parece desnecessário dizer que em tal cenário priorizava-se a coexistência, havendo obviamente pouco espaço para ações genuinamente cooperativas. A partir disso, não parece nada estranha apreensão inicial das organizações internacionais como meros *fora* de discussões ou, como prefere Tunkin, “*a specific form of relations among states*”¹⁴⁵.

Assim, ainda que confrontada a grandes desafios materiais, a sistematização positivista do direito internacional foi capaz de integrar alguns elementos estranhos ao voluntarismo. Nesse registro, por mais que

¹⁴³ “Plus près de nous, au lendemain de la révolution d’octobre 1917, l’Union soviétique naissante a professé des vues radicalement anti-universalistes. [...] Il aura fallu attendre les années 1945-1950 pour que, dans le cadre de la politique dite de coexistence pacifique entre les deux blocs à systèmes différents, l’universalité du droit international en tant que système normatif commun aux deux blocs fût admise par la doctrine soviétique. [...] Avec l’éphémère perestroïka le retour de la doctrine soviétique dans le giron de l’universalité s’accroît davantage encore, puisque aussi bien l’accent allait être mis désormais moins sur la lutte entre les deux blocs que sur l’existence de valeurs communes à l’ensemble de l’humanité [...] La même constatation peut être faite pour une autre tentative de sécession du système général. On se souvient de l’insistance mise par les Etats nouveaux nés de la vague de la décolonisation d’après guerre à récuser une bonne partie du droit international alors existant, et à l’élaboration duquel ils n’avaient pas participé. A ces Etats le droit international n’apparaissait pas comme nécessairement universel, et ils s’arrogèrent le droit de déterminer, au sein de ce droit, celles des règles auxquelles ils entendaient se soumettre.” WEIL, P. *Le droit international en quête de son identité*: Cours general de droit international public. Cit., p. 84-86.

¹⁴⁴ “L’universalité du droit international est devenue une réalité et le débat que cette idée a suscité appartient à l’histoire. Le système international est en conséquence à même aujourd’hui, mieux qu’il ne l’a jamais été dans le passé, de remplir sa fonction primordiale de mécanisme régulateur des relations entre entités étatiques égales et souveraines, mais fondamentalement diverses et hétérogènes.” Id., *ibid.*, p. 86-87.

¹⁴⁵ TUNKIN, G. I. *Theory of international law*. Cit., p. 306.

se possa questionar as frágeis bases teóricas do acordo tácito de vontades como fundamento do costume¹⁴⁶, não se lhe pode negar ao menos um valor formal. Igualmente segundo a lógica voluntarista, a mera institucionalização da cooperação na figura das organizações internacionais não teria alterado as bases conceituais do sistema internacional, uma vez que tais instituições nada mais seriam que a emanação da vontade dos Estados¹⁴⁷.

No entanto, o que não se esperava era a irresistível intensidade adquirida pelo processo de globalização, particularmente de sua vertente econômica: sob o seu impulso, o desenvolvimento do capitalismo – internacionalista por natureza – atravessou as fronteiras nacionais, solapando lentamente outros sistemas sociais; condicionando, aos poucos, a política. Na passagem, a tradicional separação entre economia (privado) e política (público) foi paulatinamente superada à medida que a associação entre interesses privados e interesses nacionais desfazia-se. Nesse sentido, Beck nos apresenta um diagnóstico particularmente preciso ao destacar que o “equilíbrio e o pacto de poder da primeira sociedade industrial moderna foram rescindidos e – sem a participação do Governo e do Parlamento, da esfera pública e dos tribunais – foi novamente redigida nos termos da autogestão da atividade econômica”. A partir disso, verifica-se que de fato “A economia de atuação global enterra os fundamentos do Estado e da economia nacional. E assim entra em curso uma subpolitização de dimensões impensadas e consequências imprevisíveis”¹⁴⁸.

A originalidade do impacto da globalização (ao menos de sua versão moderna/pós-moderna) sobre o direito internacional reside

¹⁴⁶ “Les incertitudes qui subsistent – et qui à vrai dire ne sont pas particulières au droit international – concernent le processus mental par lequel l’esprit humain associe l’idée d’obligation au fait social de la régularité. A cet égard les doctrines volontaristes se sont gravement trompées. Elles ont représenté la coutume comme le produit d’un accord tacite de volontés entre Etats, l’opposant ainsi au traité, produit d’un accord exprès. En réalité, dans l’élaboration coutumière la volonté des Etats n’intervient que dans la constitution des précédents. Il n’y a pas ici, comme dans le traité, volonté préconçue de créer du droit. A l’origine, on est le plus souvent en présence d’actes incoordonnés, dictés par des préoccupations contingentes ou même politiques, d’attitudes qui parfois sont des dérogations plus ou moins nettes et conscientes au droit établi. Mais de leur répétition et surtout de leur similitude se dégage peu à peu un élément d’ordre et de stabilité. C’est cet élément, toujours si précieux pour le développement du droit qui, à un moment donné, permet, par voie d’induction, de conclure de la régularité passée de certaines attitudes à leur nécessité juridique ou normativité actuelle.” DE VISSCHER, C. *Cours général de principes de droit international public*. Cit., p. 473-474.

¹⁴⁷ WEIL. *Le droit international en quête de son identité: Cours general de droit international public*. Cit., p. 104.

¹⁴⁸ BECK. U. *O que é Globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Cit. p. 18 e 15.

exatamente na relativização de alguns fatores considerados essenciais ao conceito clássico de sociedade internacional. Bauman pertinentemente constata que “Em termos práticos, o poder se tornou verdadeiramente extraterritorial, não mais limitado, nem mesmo desacelerado, pela resistência do espaço”¹⁴⁹. De fato, nada disso seria possível sem a relativa corrosão de um dos elementos fundamentais do Estado moderno: o território¹⁵⁰. Afinal, se há um fator comum a todas as dimensões da globalização, este é sem dúvida a superação da “ideia de que se vive e se interage nos espaços fechados e mutuamente delimitados dos Estados nacionais e de suas respectivas sociedades nacionais”¹⁵¹.

Inevitavelmente, o choque dessas transformações sobre a sociedade internacional e sobre o direito que a regulava foi significativo. A clássica noção de justaposição de soberanias, que por muito tempo serviu de estrutura a um direito internacional fundado essencialmente na figura do Estado¹⁵², diluiu-se com a emergência de novos atores internacionais (e.g. o indivíduo, as empresas multinacionais, entes representativos da sociedade civil como as organizações não governamentais, as organizações internacionais). Sem que o modelo clássico fosse completamente superado, observou-se o processo de emergência de um modelo paralelo¹⁵³, supostamente mais adaptado às novas demandas de uma sociedade internacional reconfigurada¹⁵⁴.

¹⁴⁹ BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*. Cit. p. 18.

¹⁵⁰ “A evolução do território, no direito internacional, traz, ao mesmo tempo, a multiplicação das facetas deste, e a crescente permeabilidade, ‘porosidade’ ou fluidez deste. A dimensão territorial, antes mais restrita e mais precisamente delimitada, permanece a referência para a caracterização do feixe de competências estatais, ditas ‘soberanas’, mas estas se conjugam com os imperativos da convivência institucional entre estados.” CASELLA, P. B. *Direito internacional dos espaços*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 27.

¹⁵¹ BECK, U. *O que é Globalização?* Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Cit., p. 46.

¹⁵² “Le positivisme comme théorie s’appuie sur l’idée selon laquelle le phénomène juridique est lié à la formation d’un pouvoir central souverain et capable d’exercer la contrainte: l’Etat [...] On voit ici que la force comme les faiblesses intrinsèques du positivisme tiennent à son pilier central: sa polarisation sur l’Etat.” DUPUY, P.-M. *L’unité de l’ordre juridique international*. Cit., p. 27-28.

¹⁵³ “[...] s’il est vrai que le droit international d’aujourd’hui comporte une dose plus grande de coopération que celui des siècles derniers, la fonction de coopération n’a pas éliminé celle de coexistence, et les deux fonctions continuent à se compléter l’une l’autre comme elles l’ont toujours fait.” WEIL, P. *Le droit international en quête de son identité*: Cours general de droit international public. Cit., p. 89.

¹⁵⁴ “A extensão e o impacto – inclusive metaeconômico –, da tão falada e tão incipientemente estudada globalização, conjugada com o acesso instantâneo e internacionalizado à informação, vão tornando cada vez mais premente a estruturação de moldes e parâmetros jurídicos e políticos consentâneos com os imperativos do mundo atual, de tal forma que possam estar aptos a enfrentar os desafios operacionais e de gestão de poder/informação nesse mundo que se internacionaliza e se transforma em ritmo cada vez mais rápido.” CASELLA, P. B. *Modalidades de harmonização, unificação e uniformização do direito* – o Brasil e as convenções interamericanas de direito privado. In *Integração Jurídica Interamericana: As convenções interamericanas do direito internacional privado (CIDIP’s) e o direito brasileiro*, São Paulo: Ltr, 1998. p. 81.

A natureza jurídica das organizações internacionais

No plano científico, a oposição entre positivistas e juristas alinhados a teorias de vertente jusnaturalista atravessa a história do direito internacional moderno. Na prática, ambas as teorias sempre coexistiram, embora, é bem verdade, com momentos de predomínio de uma e outra segundo as exigências da conjuntura sociopolítica¹⁵⁵.

Ainda que o tema fundamento do direito internacional¹⁵⁶ constitua-se em capítulo praticamente obrigatório no estudo da teoria geral do direito, especialmente quando investigadas as suas fontes, nos esquivaremos de tratá-lo de forma mais pormenorizada por dois motivos nada casuais. Primeiro, porque a despeito das organizações internacionais terem se tornado importantes centros produtores de normas, nosso trabalho não pretende definir a juridicidade da grande variedade de regras produzidas por essas entidades, assunto cuja aridez mereceria atenção individualizada que não estaríamos em condição de dispensar no âmbito de nossa pesquisa. Segundo, porque neste capítulo pretende-se exatamente alertar para um movimento lento, perverso e extremamente eficaz de privatização dos “espaços públicos”: força que ordinariamente subjugava a racionalidade jurídica em prol da eficiência econômica. Mais precisamente, a regulação, cuja conceituação jurídica apresenta-se tão imprecisa quanto duvidosa é sua natureza, engenhosamente atravessa a fronteira entre o jurídico e o não jurídico, relativizando assim a importância de quaisquer considerações acerca do seu pretense fundamento jurídico.

Ademais, se a carência lógica inerente às doutrinas voluntaristas já pudesse há tempos ser notada¹⁵⁷, a sua insuficiência para explicar inúmeras

¹⁵⁵ WEIL, op. cit., p. 71-72.

¹⁵⁶ No que concerne ao fundamento do direito internacional, ilustramos nossa posição emprestando as palavras de Brierly: “Se, como escreve *Sir Frederick Pollock* [First Book of Jurisprudence, p. 28] (e a maior parte dos juristas responsáveis concordará provavelmente com ele), as únicas condições essenciais ao direito são a existência de uma comunidade política e o facto de os seus membros se reconhecerem obrigados pelas normas estabelecidas, o direito internacional parece satisfazer no seu conjunto a essas condições”. BRIERLY, J. L. *Direito Internacional*. Cit., p. 70.

¹⁵⁷ “A conclusão a que podemos chegar é que as doutrinas voluntaristas, que são no Direito a continuação das filosofias de Espinosa e Hegel, são insuficientes para fundamentar o DI ou qualquer outro ramo da ciência jurídica, uma vez que a vontade só produz efeitos quando preexiste uma norma jurídica lhe atribuindo tais

outras particularidades do direito internacional adquiriu novos contornos com o reconhecimento da personalidade jurídica internacional das organizações internacionais. A inclusão de membros não estatais na composição da sociedade internacional inevitavelmente solapou a lógica sistêmica voluntarista. Estruturalmente, a imagem de uma sociedade internacional horizontal, homogênea, justaposta e tendo na soberania seu principal critério definidor deu lugar a uma sociedade internacional reconfigurada: heterogênea, caracterizada pela diversidade e alternando momentos de justaposição e sobreposição. Consequentemente, qualquer tentativa de assimilação do direito internacional a partir da figura do Estado não poderia mais apresentar senão uma visão meramente parcial desse direito.

Na realidade, o reconhecimento da personalidade jurídica internacional das organizações internacionais alterou a própria natureza desses entes. Tunkin atesta esta mutação ao destacar a natureza ambivalente das organizações internacionais: “*on one hand, international organizations, as already has been pointed out, are a specific form of relations among states and, on the other hand, enter into international relations as individual entities*”¹⁵⁸. No mesmo sentido, Virally atribui exatamente à mencionada ambivalência as dificuldades para se apreender o fenômeno das organizações internacionais: “*The world organization appears to us as both a social structure within which all states of the world already have taken or should take places. At the same time, this organization is an autonomous entity in the world international community*”¹⁵⁹. Em termos concretos, o reconhecimento da personalidade jurídica internacional das organizações internacionais ilustra com precisão a mudança na estrutura do direito internacional preconizada por Friedmann: a passagem de um direito internacional pautado unicamente em relações de coexistência a um direito internacional também fundado na cooperação¹⁶⁰.

efeitos e, como assinala Jiménez de Aréchaga, tal norma não tem caráter consensual. As doutrinas objetivistas procuram evitar esta crítica; todavia, muitas delas acabam por admitir uma norma superior, cuja justificação é impossível”. MELLO, C. D. de A. *Curso de direito internacional público*. Cit., p. 156.

¹⁵⁸ TUNKIN, G. I. *Theory of international law*. Cit., p. 306.

¹⁵⁹ VIRALLY, M. *L'organisation mondiale*. Paris: Colin, 1972. p. 30.

¹⁶⁰ Cf. FRIEDMANN, W. *Mudança da estrutura do direito internacional*. Cit.

Nessa mesma linha de pensamento, Dupuy¹⁶¹ aponta com propriedade a coexistência da tradicional *société relationnelle* ao lado de uma sociedade nascente, dita *institutionnelle*, visivelmente animada por princípios e regras próprias.

A afirmação dessa “sociedade institucional” conseqüentemente adicionou ainda maior complexidade ao direito internacional. Sob o impulso da globalização, a já mencionada extensão material desse direito encontrou na estrutura institucional o ambiente ideal para se desenvolver. Contudo, a extraordinária multiplicação das organizações internacionais destinadas aos mais diversos fins e às vezes dotadas de mecanismos regulatórios autossuficientes sem dúvida aumentou a ameaça de fragmentação de um direito internacional cada vez mais segmentado em subsistemas autônomos¹⁶². Diante disso, parece inevitável a impressão de estarmos vivendo um processo de erosão da própria lógica sistêmica que por muito tempo orientou a edificação da ordem jurídica internacional geral. Embora paradoxalmente ainda viva no interior das organizações internacionais, a sistematização pouco a pouco dá lugar, no âmbito geral, a um direito internacional reconfigurado na forma de uma rede de subsistemas aparentemente independentes¹⁶³.

Lógico, nada disso seria muito dramático se esses subsistemas se subordinassem à ordem jurídica internacional geral que em teoria os engloba. Ainda que se possa defender uma tendência do direito internacional à especialização, seu atual estado de desenvolvimento de fato não permite identificar outra realidade senão aquela de um sistema jurídico

¹⁶¹ “Des problèmes nouveaux se posent: ils ne relèvent plus du droit classique, droit essentiellement *relationnel* destiné à régir les rapports entre États qu’aucune autorité ne vient conditionner, mais d’un droit *institutionnel* dont la logique profonde postule un degré de soumission (variable mais certain) de l’État aux organismes institués.” DUPUY, R-J. *Le droit international*. Cit., p. 18.

¹⁶² “Pour autant, parmi eux, le nombre des ensembles juridiques internationaux ayant connu un stade avancé de développement est encore relativement restreint : on entend par l’a, disons-le encore, ceux qui disposent, sur le plan normatif, à côté des habituelles obligations synallagmatiques, d’un ensemble de de règles échappant en tout ou en partie au jeu de la réciprocité ; sur le plan institutionnel, ceux qui se trouvent dotés de leurs propres organes de contrôle de la légalité commune, voire d’un régime autonome de sanctions. Ce phénomène est cependant d’ores et déjà devenu suffisamment marquant pour qu’on ait déjà signalé plus haut la menace de fragmentation qu’il fait peser sur l’ordre juridique international général (problématique des systèmes dits ‘autosuffisants’).” Id. *Ibidem*., p. 90.

¹⁶³ “Discute-se, sob esse aspecto, a própria natureza e estrutura do direito internacional. Indaga-se, em última instância, se o direito internacional é um conjunto de normas gerais, organizadas de maneira coerente e sistemática, ou um conglomerado de subsistemas desvinculados entre si.” AMARAL JUNIOR, A. do. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 5.

cada vez mais segmentado. Nessa conjuntura um tanto caótica, evidentemente coloca-se a questão de

*comment organiser techniquement cette convivialité potentiellement conflictuelle entre ordres juridiques rivaux dont chacun a tendance à perdre de vue qu'il demeure logiquement subordonné à celui qui les englobe tous, l'ordre juridique international général*¹⁶⁴.

Em termos estruturais, a acomodação de entidades estabelecidas a partir de bases temáticas (critério da competência) numa sociedade originalmente definida pelo critério territorial inexoravelmente alterou-lhe o próprio fundamento¹⁶⁵. A igualdade formal característica da sociedade composta por entes soberanos deve doravante conciliar a desigualdade material inerente às organizações internacionais. As repercussões desse fenômeno podem ser sentidas em três dimensões.

Conforme já observado, a emergência da cooperação internacional não eliminou – até porque nunca foi esse o seu propósito – o direito de coexistência que por um bom tempo orientou de forma exclusiva o direito internacional clássico. Por outro lado, isto tampouco significou que esses modelos conviveriam em universos paralelos incomunicáveis, numa espécie de reedição do dualismo na esfera internacional: se algum dia a oposição entre coexistência e cooperação realmente pretendeu a separação do direito internacional em duas esferas estanques, não parece que isso corresponda (ou corresponda mais) à realidade. Manifestações neste sentido são, aliás, numerosas. Dupuy, por exemplo, ao forjar os conceitos de *société relationnelle* e *société institutionnelle*, nunca teve de fato em mente o isolamento cirúrgico de ambas, muito pelo contrário. Em seu *Le droit international* é categórico ao lembrar que

¹⁶⁴ DUPUY, op. cit., p. 57.

¹⁶⁵ “En effet la ‘souveraineté’ ne vaut qu’en termes de juxtaposition, d’exclusivité territoriale, or le organisation se trouvent dans une situation toute différente. A la différence des Etats elles ne portent pas la responsabilité finale du destin d’une communauté humaine ; elles n’ont ni population, ni territoire ; elles n’ont par rapport aux Etats, que des attributions limitées et des pouvoirs restreints. C’est donc à leur propos que l’on peut recourir plus encore que pour les Etats à la notion de compétence. [...] En effet la compétence des organisations internationales doit se composer avec celle des Etats et c’est là une question extrêmement difficile.” REUTER, P. *Principes de droit international public*. Cit., p. 519.

dans la réalité, ces deux sociétés, comme les eux cités de saint Augustin, demeurent enchevêtrées : la seconde est loin de s'être substituée à la première, les mêmes États relèvent de l'une et de l'autre. L'organisation est en travail dans le monde des États souverains. Deux mouvements de sens contraire traduisent cette dialectique du pouvoir et du droit : le droit relationnel, purement volontariste, doit, sur plus d'un point, céder aux nécessités du monde actuel, que sous-tend une communauté internationale en voie de formation, cependant que le droit institutionnel, qui postule la subordination des États, compose encore largement avec les maîtres traditionnels de la société internationale¹⁶⁶.

Num esquema estritamente formal, a soberania, em tese, garante aos Estados o poder exclusivo de regular as relações no interior de seu território e de acordar com entes de categoria semelhante suas obrigações no âmbito externo. De forma residual, restaria às organizações nada mais que agir segundo as atribuições estabelecidas na respectiva carta constitutiva. A fim de garantir o respeito desses limites, barreiras normativas são estabelecidas para refrear o ímpeto das organizações internacionais¹⁶⁷. Todavia, na prática, a delimitação dessas atribuições não é assim tão clara e racional como se poderia pretender¹⁶⁸.

O advento da globalização intensificou ainda mais as já significativas tensões entre esses dois modelos¹⁶⁹. As crescentes demandas por "regulação" de temas de dimensões globais (e.g. economia, meio ambiente, direitos humanos) provocaram a natural extensão das atribuições das organizações internacionais. Além disso, a contínua internalização de algumas matérias no âmbito da estrutura institucional, aliada ao processo de codificação do direito internacional e à formulação de regras gerais, reduziu de modo considerável a liberdade dos Estados, condicionando em termos materiais o voluntarismo. Nessa medida, o alargamento da

¹⁶⁶ DUPUY, R-J. *Le droit international*. Cit., p. 22.

¹⁶⁷ "Parfois des barrières sont posées dans la charte constitutive contre les empiètements de l'organisation. La plus célèbre de celles-ci est sans doute celle énoncée par l'article 2 § 7 de la Charte des Nations Unies qui interdit à celles-ci d' 'intervenir dans les affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un Etat'. Il est admis aujourd'hui que la pratique des Nations Unies, et surtout celle de l'Assemblée générale a fait abstraction de cette disposition, l'Organisation se déterminant pour des motifs assez étrangers aux règles juridiques." REUTER, P. *Principes de droit international public*. Cit., p. 520.

¹⁶⁸ *Vide*, a esse respeito, o processo de evolução funcional do BIRD descrito no capítulo 5.

¹⁶⁹ "Pour le reste, Il est bien connu que la coexistence et la coopération s'entremêlent sous nos yeux, alors même que cette dualité est de plus en plus compliquée par l'arrivée d'une autre dimension : non plus interétatique mais transnationale, on la désigne ordinairement sous le terme 'globalisation' en raison de son échelle universelle." DUPUY, P-M. *Le droit international*. Cit., p. 56.

competência das organizações internacionais torna-se inversamente proporcional ao poder jurisdicional de cada Estado¹⁷⁰.

Verticalmente, a situação não se mostra muito diferente. Às bases cada vez mais estreitas de comunhão de valores e interesses, contrastam-se crescentes necessidades sociais oriundas da interdependência entre os Estados. Iniciada no setor econômico, essa interdependência alastrou-se a praticamente todas as atividades humanas e tende ainda a se acentuar com o desenvolvimento cada vez mais agudo das tecnologias de informação e comunicação.

Essa interdependência inexoravelmente limita a capacidade do Estado de resolver de forma autônoma problemas que outrora eram de sua competência exclusiva¹⁷¹. Por via de consequência, setores inteiros da sociedade passam a ser regulados inteira ou parcialmente por entidades internacionais, seja condicionando políticas, seja atravessando a autoridade estatal para alcançar diretamente o cidadão. Esse fenômeno, identificado com precisão por Dupuy, se verificaria devido à

l'instauration d'un pouvoir supranational qui met les collectivités sous l'empire immédiat de l'organisation, en court-circuitant les autorités nationales. [...] L'organisation peut recevoir des compétences décisives qui s'imposent aux Etats, et devient ainsi superétatique ; elle peut de surcroît atteindre par ses actes directement les personnes privées, physiques ou morales, se trouvant sur le territoire de chacun de ses membres ; elle cumule alors les pouvoirs superétatique et supranationaux¹⁷².

¹⁷⁰ “Des mesures qui assurent la sauvegarde des intérêts communs doivent s’imposer à tous et donc selon le principe de la souveraineté recevoir l’agrément de tous ; or l’unanimité des consentements est souvent impraticable; il y a ainsi conflit entre le principe de la souveraineté et la défense des intérêts communs.” REUTER, op. cit., p. 446.

¹⁷¹ “Interdependence limits a State’s ability to fulfil its functions autonomously because forces beyond its control affect the well-being and advancement of its people. Powerful States try sometimes to control some of these effects through excessive claims to extraterritorial jurisdiction, but this is not an adequate answer to the challenge. Control these forces, e.g. gases affecting the atmosphere, requires concerted action and, above all, solidarity.” ZEMANEK, K. *The legal foundations on the international system*. Cit., pp. 35-36.

¹⁷² “On entend par là celles qui concernent directement non seulement les Etats, c’est-à-dire les gouvernants, mais encore les gouvernés. On sait que l’homme n’est pas normalement un sujet de droit international ; contenu à l’intérieur d’un Etat, le sien ou celui qui l’accueille, il ne participe, dans l’ordre du droit public, que médiatement à la vie juridique internationale, laquelle est en réalité essentiellement intergouvernementale. En exil dans la société des Etats, il réintègre la cité internationale grâce à l’organisation. Celle-ci, en effet, tend non seulement à protéger ses droits, mais aussi lui ouvre parfois ses organes, soit à côté des Etats (Organisation International du Travail), soit à titre exclusif, en lui en affectant certains (organisations européennes). De surcroît l’organisation peut recevoir le pouvoir de s’adresser aux personnes et entités privées sans passer par l’intermédiaire des gouvernements. Ainsi l’intégration se conçoit non seulement à l’intérieur des structures organisationnelles mais également dans l’appréhension directe des sujets de droit

Exemplos concretos disso podem ser observados nos mais diversos setores da sociedade. No econômico, a regulação da atividade bancária é hoje em grande medida orientada pelos Princípios da Basileia, não obstante a reconhecida falta de autoridade do respectivo Comitê para supervisionar sua implementação no âmbito transnacional. Em apoio a essas disposições, instituições poderosas como FMI e BIRD estimulam a adoção desses princípios ao condicionar a concessão de empréstimos à sua implementação. Ainda no âmbito econômico, a ordem econômica internacional inaugurada com o advento das instituições de Bretton Woods nada mais fez que transferir às mãos do então recém-criado FMI o controle de um dos atributos mais emblemáticos da soberania nacional: a moeda¹⁷³. Finalmente, no domínio dos direitos humanos, destaca-se inevitavelmente a progressiva consolidação do regime internacional de proteção dos direitos fundamentais.

No que concerne especificamente à proteção dos direitos humanos, outra frente de tensão pode ser mencionada. Muito embora a técnica jurídica nos oriente à hierarquização das normas jurídicas, organizações internacionais, imersas em seus respectivos subsistemas, não raro têm a incômoda tendência a perder de vista a racionalidade jurídica global na qual se inserem. Isso nos leva ao atrito, que logicamente não deveria existir, entre subsistemas especiais e regras de direito internacional geral.

A identificação de normas cogentes de direito internacional geral (**jus cogens**) é questão central no direito internacional. Como mencionam Celso D de A. MELLO (1995 e 2004) [Celso D de A. MELLO, *Direito internacional americano*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 9; *Responsabilidade internacional do estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995; e ainda, *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. I, Cap. II] e I. BROWNLIE (1997) [Ian BROWNLIE. *Princípios de direito internacional*

par les radiations juridiques des institutions.” DUPUY, P-M. *Etat et organisation internationale*. in Manuel sur les organisations internationales: a handbook on international organizations. Dordrecht ; Boston ; Lancaster, Martinus Nijhoff Publisheurs, pp. 13-30, 1998. p. 19-21.

¹⁷³ “Both men [White and Keynes], in the proposal that they put forward, were animated by the belief that the economic distress of the interwar years could be avoided after the end of World War II only by international cooperation on a previously untried scale [...] the decision to surrender to an untried and imperfectly visualized international body the supervision of the one of the most cherished attributes of national sovereignty, the right to change the rate of exchange.” HORSEFIELD, J. K. *The International Monetary Fund: 1945-1965 - Twenty years of International Monetary Cooperation*. (vol. 1): Chronicle. Washington: IMF, 1969. p. 3.

público. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997, pp. 536-537.]. Todo o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos estaria inscrito nessa categoria de normas não suscetíveis de derrogação.¹⁷⁴

Desse tema aparentemente pouco controverso, emergem questões complexas e de mais alta importância, por exemplo, as formas de integração tanto da temática ambiental como dos direitos humanos no âmbito do sistema multilateral do comércio; e até mesmo questionamentos acerca da irrecorribilidade das decisões dos órgãos jurisdicionais autônomos das organizações internacionais em face de eventuais violações a normas gerais.

As tensões, como vimos, não se limitam apenas à relação entre Estado e organização internacional. A já mencionada expansão material do direito internacional foi acompanhada, sobretudo no pós-guerra, da correspondente multiplicação das organizações internacionais¹⁷⁵ das mais diversas vocações. A natural segmentação do direito internacional em subsistemas geralmente autônomos gerou, de modo incontornável, inúmeras fricções entre organizações dotadas de diferentes competências.

No conflito entre regionalismo e universalismo, o caso paradigmático dos *Pneus Recauchutados* expôs claramente a divisão de entendimentos sobre a mesma matéria entre, de um lado, o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul (laudo n° 1/2005) e, de outro, o Órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio (processo WT/DS332/AB/R). Ainda mais dramático, o *Caso dos Peixes Espada* (*Swordfish case*), envolvendo o Chile e a Comunidade Europeia, por muito pouco não produziu um insuperável conflito positivo de competência. Naquela ocasião, a transversalidade inerente da questão ambiental fez com que o mesmo fato gerasse duas demandas com fundamento jurídico diverso, perante entidades, ambas universais, de competência inconfundível: a Organização Mundial do Comércio (caso WT/DS193) e o Tribunal Internacional do Direito do Mar (caso n° 7). O derradeiro acordo entre as

¹⁷⁴ ACCIOLY, H.; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, P. B. *Manual de direito internacional público*. Cit., p. 925-926.

¹⁷⁵ O número de organizações internacionais conheceu um acréscimo fenomenal sobretudo no pós-guerra, passando de uma centena, no início da década de 1950, a mais de trezentas na década final daquele século.

partes possivelmente evitou que duas instâncias jurisdicionais autônomas e finais, contemplando o mesmo fato, a partir de diferentes fundamentos jurídicos, chegassem a decisões diametralmente opostas.

No entanto, esse cenário de tensões não pode ocultar a realidade sempre atual das relações internacionais. Apesar das transformações constantes ocasionadas pela crescente interdependência entre as nações, Estados soberanos continuam sendo os principais agentes do sistema internacional¹⁷⁶, ainda condicionando consideravelmente a cooperação internacional segundo seus interesses individuais.

Despite proclamations in the Charter of the United Nations to the contrary, international solidarity, especially when it requires contributing forces to collective measures or funds for development, is not a paramount value. In reality, all States are conscious of and accept that the pursuit of individual interests is the foremost and legitimate objective of States. Only when, in a momentary constellation, individual interests coincide with objectives dictated by international solidarity is the latter ostensibly honored¹⁷⁷.

Neste contexto reconhecidamente caótico, as tensões no direito internacional nada mais fazem que refletir o clima de atrito contínuo também presente no âmbito da sociedade que tenta regular. Isso porque o esforço cooperativo não é naturalmente uniforme em todos os setores da sociedade, mas invariavelmente proporcional à força e à intensidade com que a globalização os afeta.

Lembremos que, na década de 1950, Kunz conectava a crise do direito da época à crise geral da civilização ocidental¹⁷⁸. Sem questionar se vivemos uma nova crise ou apenas a extensão daquela, obviamente não podemos ignorar as semelhanças entre ambas. Hoje, a propalada crise do

¹⁷⁶ “The sovereign State is still the basic constituent of the international system. The machinery of government which it provides is indispensable for the implementation of international law and has not greatly changed since the nineteenth century. However, under the influence of the ever-growing interdependence (‘globalization’) the manner in which it is able to pursue its purposes and to discharge its functions has undergone dramatic changes. The area of autonomous decision-making is more and more reduced and the State often cannot deal effectively with the external influences on its security, economy, society and culture.” ZEMANEK, K. *The legal foundations on the international system*. Cit., p. 66.

¹⁷⁷ Id., *ibid.*, p. 40.

¹⁷⁸ “La crise du droit des gens n’est qu’une partie, n’est qu’une facette de la crise mondiale totale. Superficiellement, cette crise mondiale, dont la crise du droit des gens forme une partie intégrante, est le résultat des deux guerres mondiales, et surtout de la deuxième. Mais les deux guerres mondiales ne sont pas, en vérité, la cause, mais plutôt la manifestation d’une crise pré-existante et beaucoup plus profonde, de la crise totale de la civilisation occidentale.” KUNZ, J. L. *La crise et les transformations du droit des gens*. Cit., p. 9.

direito internacional parece tão somente refletir uma crise maior da própria sociedade moderna em que questões por natureza transversais penetram subsistemas outrora pretensamente isolados. Neste âmbito, somos surpreendidos pela clara insuficiência dos instrumentos fornecidos pela superada especialização disciplinar que orientou as estratégias no século XX¹⁷⁹.

Se, como nos adverte Reuter, a insistência na sistematização jurídica tem razão de ser apenas quando a desordem decorre do pensamento, não da realidade¹⁸⁰, e se tem razão Casella quando identifica na crise da pós-modernidade um período de transição de um modelo clássico obsoleto a um novo modelo ainda conceitual e operacionalmente inacabado¹⁸¹, o que fazer senão esperar que o tempo, mais uma vez, nos socorra, consolidando as transformações sociais?

Mas se o fenômeno da globalização afetou (e continua afetando) tão profundamente a estrutura do direito internacional, o que dizer dos efeitos que tem sobre o seu conteúdo material?

¹⁷⁹ “While the twentieth century was an era of increased disciplinarily specialization, the twenty-first may well turn out to be an era o *transdisciplinary synthesis*.” GINTIS, H. et al. *Moral sentiments and material interests: the foundations of cooperation in economic life*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2005. p. 4.

¹⁸⁰ “Mais le droit n’est pas seulement un produit de la vie sociale, il est également le fruit d’un effort de pensée, s’efforçant d’agencer les données ainsi recueillies dans un ensemble aussi cohérent et logique que possible. [...] Il est plus délicat parce que le désordre de la société internationale n’est pas tant désordre de la pensée que désordre du pouvoir ; certes le juriste peut se laisser aller à la systématisation, mais s’agit-il de systématiser seulement ses pensées ou de systématiser aussi la réalité? Certes, de par sa nature même, le droit est avide d’ordre, mais à quoi servirait-il par excès de rigueur dans la pensée, de poursuivre une systématisation en dehors du cadre des solutions admises? Comment oublier que de redoutables tensions travaillent tout système juridique, tensions entre l’obligation et les violations dont elle est l’objet, tensions entre les sources profondes du droit et l’arbitraire du Pouvoir, tensions entre la réflexion de la pensée et l’invention quotidienne?” REUTER, R. *Principes de droit international public*. Cit., p. 459.

¹⁸¹ ACCIOLY, H.; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, P. B. *Manual de direito internacional público*. Cit., p. 924.

Capítulo 2

A internacionalização da noção de regulação

Observou-se, nos itens precedentes, que o direito internacional, tal qual edificado pelo modelo vestfaliano, estruturou-se segundo fatores consentâneos às sociedades da época. A partir disso, elementos como território, contrato e propriedade não somente ilustravam os valores de sociedades profundamente inspiradas pelo individualismo, mas também, na esfera externa, orientavam a concepção de uma sociedade internacional estabelecida segundo o critério soberania, o que logicamente provocava sérios problemas à evolução estrutural do direito internacional.

Canotilho forjou o termo “palavras viajantes” para designar a crise conceitual de alguns “vocábulos designantes” cujo conteúdo material naturalmente se metamorfoseiam sob a ação do tempo¹⁸². A evolução da noção de soberania nos traz um bom exemplo desse fenômeno. Desde sua concepção com Bodin, no século XVI, passando pela consolidação do poder absoluto e, em seguida, pelo advento do governo constitucional, ela sempre foi de forma oportuna reinterpretada sob influência da respectiva conjuntura política. Nesse movimento, pode-se apontar um claro fenômeno, notável em Hobbes em particular, de reclassificação disciplinar: a identificação da soberania com a força e não com o poder legal provocou o seu deslocamento da esfera jurídica para a esfera da ciência política¹⁸³; transposição que inevitavelmente acrescentou maior dificuldade ao seu enquadramento na esfera internacional. Em tempos mais recentes, alguns

¹⁸² “Passada uma vintena de anos, os problemas que hoje se põem ao estudioso do direito constitucional e da ciência política são semelhantes, mas num contexto e espaço discursivos completamente outros. Em termos interrogativos: qual *instrumentarium*, o *corpus* teórico e o *discurso* dos juspublicistas para captarem as transformações e deslocações do ‘espaço político’ nesses últimos vinte anos? E com que ‘espírito’, com que ‘alma’, com que ‘fé’, com que ‘pré-compreensão’, eles enfrentam os desafios de uma época que se pretende não já *moderna*, mas sim *pós-moderna*? Terão chegado também ao campo do direito público e, sobretudo, ao direito constitucional, novos ‘paradigmas’, novas ‘modas’ e novos ‘saberes’? Adiantando algumas indicações que, ao longo do curso, terão outros desenvolvimentos, salientar-se-á que as inquietações de um jurista constitucional obrigam a uma *abertura* aos *novos motes* do direito e da política e à *disputabilidade intersubjetiva* desses novos motes. Em crise estão muitos dos ‘vocábulos designantes’ – ‘Constituição’, ‘Estado’, ‘Lei’, ‘Democracia’, ‘Direitos humanos’, ‘Soberania’, ‘Nação’ – que acompanharam desde o início a viagem do constitucionalismo. Começar o Curso por algumas dessas *palavras viajantes* significa não só apresentar aos alunos alguns dos *core terms* (‘conceitos centrais’) da nossa disciplina, mas, também, confrontá-los com os novos ‘arquétipos’, os novos ‘discursos’ e os novos ‘mitos’ do universo político.” CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 11-12.

¹⁸³ BRIERLY, J. L. *Direito Internacional*. Cit., p. 7 et seq.

autores, ao analisarem o panorama das relações internacionais numa sociedade cada vez mais globalizada, chegam mesmo a mencionar uma erosão do princípio da soberania¹⁸⁴.

Sem contestar a sua importância como elemento estrutural do Estado, questiona-se a utilidade de um critério de determinação da sociedade internacional que exiba tal elasticidade conceitual. Neste caso, tentar flexionar esse princípio a tal ponto que seja possível integrar outros membros não estatais à sociedade internacional parece tarefa não somente improvável como inócua.

De início, o princípio da soberania vinculou-se à origem do poder no âmbito do Estado, mas não necessariamente ao poder do Estado¹⁸⁵. Sua aceção externa, devido ao próprio contexto histórico que a produziu, foi fruto da inapropriada transposição dos paradigmas internos à esfera internacional¹⁸⁶, assim como de um reflexo natural frente às contínuas ameaças exteriores. Com o passar do tempo, perderam-se gradualmente de vista os motivos que ocasionaram a coesão social e a concentração do poder no limiar do Estado moderno¹⁸⁷. Num segundo momento, a despersonalização do poder no âmbito do Estado acentuou essa tendência ao acrescentar o elemento moral a essa equação:

¹⁸⁴ “C’est, en effet, que la souveraineté et l’Etat-nation, pierres angulaires du système westphalien, ont été érodés et attaqués dans leur principe. [...] Dans la période qui va de la chute du ‘mur de Berlin’ (en novembre de 1989) aux attentats de septembre 2001, la grande majorité de crises internationales s’est concentrée autour des Etats faibles ou défailants: ils incluent la Somalie, Haïti, le Cambodge, la Bosnie, le Kosovo, le Rwanda, le Liberia, la Sierra Leone, le Congo et le Timor oriental. La communauté internationale est intervenue de diverses façons dans chacun de ces conflits – souvent trop tard et avec trop peu de moyens – et elle a fini, dans plusieurs cas, par prendre littéralement en mains les fonctions de gouvernance à la place des acteurs locaux. [...] Les gouvernements faibles minent le principe de la souveraineté sur lequel l’ordre international post-westphalien a été construit. Il le fait parce que les problèmes engendrés par les Etats faibles, pour eux-mêmes comme pour d’autres, accroissent considérablement le danger que quelqu’un d’autre, dans le système international, cherche à intervenir dans leurs affaires contre leur volonté, a fin de remédier au problème par la force.” FUKUYAMA, F. *State building*. Paris : La Table Ronde, 2005. p. 143-149.

¹⁸⁵ “Le principe de la souveraineté nationale s’attache à l’origine du pouvoir dans l’Etat, non au pouvoir de l’Etat. Mas, si l’Etat ne disparaît pas, il cesse d’être la chose du prince pour s’identifier à la nation et fusionner avec elle.” DINH, N. Q.; DAILLIER, P.; PELLET, A. *Droit international public*. Cit., p. 62.

¹⁸⁶ “E os fundadores do direito internacional voltaram-se sem hesitação para o direito romano em procura de normas para o seu sistema, sempre que as relações entre os princípios governantes lhes pareciam análogas às dos particulares.” BRIERLY, J. L. *Direito Internacional*. Cit., p. 19.

¹⁸⁷ “The modern State owes its historical cohesion and strong individualization to external pressures and the sentiments of loyalty to the national collectivity that they have generated and stimulated. Its strong relief and its unique density are due to its character as framework of security and instrument of power. National solidarities have triumphed over internal tensions, even the most deep-rooted, such as those between class and class.” DE VISSCHER, C. *Theory and reality in Public International Law*. New Jersey: Princeton University Press, 1957. p. 89.

*It is by turning the confused moral aspirations of the masses to its profit, and by posing as a moral order, that the State reinforces its power and measures its stability and duration. There is “a politics of morals” which transforms social constraints into group loyalties based upon moral imperatives*¹⁸⁸.

Uma vez despersonalizado, esse poder passou a ser visto como atributo do próprio Estado, passando a significar “*pre-eminence of the element of authority and competence over the element of force or domination. [...] Institutionalized power ceases to be pure coercion in the eyes of men*”¹⁸⁹. Consequentemente, coesão social e senso de obrigação fundar-se-iam na conscientização da imperatividade do sacrifício individual em virtude do bem comum, não numa utópica ideia de harmonias espontâneas.

Já na década de 1950, De Visscher questionava o realismo inerente à ideia de uma comunidade internacional supostamente fundada em princípios solidários¹⁹⁰. Comparativamente, a sociedade internacional não teria no senso de obrigatoriedade da ordem interna um paradigma real, mas sim, se muito, uma aspiração filosófica. Lembra, ainda, que a força de coesão social decorre da crença em sua necessidade: “*No society has any legal foundation unless men believe in its necessity. The ultimate explanation of society as of law is found beyond society, in individual consciences*”¹⁹¹. No mesmo sentido, Brierly destaca que “É elemento necessário de qualquer sociedade e ponto de apoio de qualquer ordem jurídica a existência de um sentimento de corresponsabilidade pela condução de uma vida comum”¹⁹², concluindo que “a força de qualquer sistema normativo é proporcional à força desse sentimento”¹⁹³. Seria, portanto, uma grande ilusão

¹⁸⁸ DE VISSCHER, *Theory and reality in Public International Law*. Cit. p. 93.

¹⁸⁹ Idem, *ibidem*, p. 88 et seq.

¹⁹⁰ “Between the political fact and the law, the philosophers and jurists have always assigned capital importance to a conception of which, to tell the truth, neither group has taken great pains to establish the foundations or define the limits. This conception, more than any other, has led them to hasty conclusions or left them wandering in nebulous speculations. Belief in a community wider and higher than the political units into which men are divided certainly meets a demand of reason. But, though postulated by the law, does this demand correspond to historical reality? Or is it only an aspiration still to ill defined and too limited in its incidence to impose the idea of law and to find embodiment in institutions?” Idem, *ibidem*, p. 88.

¹⁹¹ Idem, *ibidem*, p. 98-99.

¹⁹² BRIERLY, J. L. *Direito Internacional*. Cit., p. 42.

¹⁹³ Idem, *ibidem*.

acreditar que um mero acordo entre Estados pudesse produzir nos homens esse sentimento de coesão social¹⁹⁴.

Há que se reconhecer que, num meio extremamente impregnado de referências políticas e ideológicas, identificar no comunitarismo internacional um dado real ou uma aspiração filosófica não se consubstancia de fato numa tarefa fácil. Crítico contumaz da corrente teórica que vê na cooperação internacional um elemento de transformação do direito internacional, Weil, num controvertido artigo, nos incita à reflexão:

Que cette évolution constitue à bien des égards un facteur de progrès, nul ne songerait à le nier. En mettant l'accent sur la "conscience juridique", elle tend à assurer la primauté de l'éthique sur la sécheresse du droit positif [...]. Sans "valeurs" morales supérieurs, le droit international n'est qu'une mécanique privée d'âme: voilà, en quelque sorte, le message essentiel de ces théories nouvelles. En poussant au premier plan le concept de "communauté internationale", ces théories reflètent également la prise de conscience d'une solidarité accrue et l'aspiration à une plus grande unité par-delà les différences idéologiques et économiques. La multiplication du nombre des Etats et leur diversité croissante ne rendent que plus précieuse cette volonté de transcender la traditionnelle société internationale faite de la juxtaposition d'égoïsmes sacrés en une communauté internationale animée par la recherche du "bien commun" et de "valeurs communes". On pourrait même voir là un retour inattendu du droit international à ses sources historiques: à l'"irréductible droit naturel", sans nul doute [...]; mais aussi à cette unité fondamentale du genre humain qu'exprimait dès le XVe siècle Vitoria dans son célèbre "Totus orbis, qui aliquo modo est una res publica" et dont la "communauté internationale des Etats dans son ensemble" n'est, après tout, qu'une version modernisée¹⁹⁵.

A este respeito, revela-se bastante útil a breve evolução histórica da cooperação internacional feita ao longo dos itens precedentes. A análise

¹⁹⁴ "It is therefore pure illusion to expect from the mere arrangement of inter-State relations the establishment of a community order; this can find a solid foundation only in the development of the true international spirit in men." DE VISSCHER, C. *Theory and reality in Public International Law*. Cit., p. 92.

¹⁹⁵ WEIL, P. *Vers une normativité relative en droit international?* In *Revue Générale de Droit International Public* – Tome LXXXVI. Paris: Pedone, 1982 – pp. 5–47. p. 18-19.

dos fatos então narrados dá razão às preocupações de De Visscher. Muito embora a comunhão de alguns princípios de fato tenha orientado a edificação do sistema internacional, parece improvável falarmos de coesão social num panorama tão duramente marcado pela diversidade. Nessa conjuntura, dominada pela proeminência estatal, qualquer concepção de bem comum não se dissociava dos interesses internos de cada Estado. Claros exemplos disso foram as já longínquas iniciativas de cooperação estabelecidas no século XIX. Não obstante nelas pudessem ser identificadas as bases de estruturas cooperativas mais complexas que seriam lançadas no século XX, a coordenação das ações, nesses casos, apenas mascarou a real motivação dos agentes: inexoravelmente, foram os interesses nacionais, estivessem eles em harmonia ou contra as medidas de cooperação, que ditaram o comportamento dos dirigentes nacionais, não um genuíno espírito cooperativo.

Isso tudo não impediu, como se viu, a gradual consolidação da sociedade internacional. No âmbito político, por exemplo, a evolução é igualmente contrastante. Não obstante a natural tendência aos desvios morais¹⁹⁶ que sem dúvida dificultaram (e em certa medida ainda dificultam) a edificação da sociedade internacional, a conscientização de que ao lado de problemas essencialmente morais também se identificavam problemas de técnica política com certeza contribuiu para o avanço desse processo. Percebeu-se, assim, que fins sociais comuns não poderiam ser obtidos senão através da edificação de instituições orientadas à sua consecução¹⁹⁷.

A princípio fruto de um impulso utópico, a institucionalização da cooperação internacional mostrou-se enfim essencial no segundo pós-guerra. A internalização do conflito entre blocos no aparato institucional de certa forma aliviou as tensões, já bastante altas. Numa conjuntura em que a guerra definitivamente deixava de ser uma saída viável às oposições

¹⁹⁶ “It is in international relations that these deviations of group morals become most apparent. Even when they violate treaties, rulers are careful not to dispute the respect due to the given word; from the written text they appeal to some higher principle, to the right of self-preservation, to inevitable change, to natural law, to laws of eternal morality. Every political enterprise is clothed in some kind of moral justification, every program of expansion combines with the use of force the formulas of a civilization ideal.” DE VISSCHER, C. *Theory and reality in Public International Law*. Cit., p. 94.

¹⁹⁷ BRIERLY, J. L. *Direito Internacional*. Cit., p. 44-45.

políticas, as organizações internacionais aos poucos passavam a ser vistas a partir de outra perspectiva.

No entanto, nenhum outro fator parece ter sido tão decisivo para o despertar, na sociedade internacional, da percepção do conteúdo global de alguns temas do que o processo de globalização. Entretanto, ao contrário do que se poderia pensar, a sua força não se localizou na criação de um sentimento de coesão da sociedade internacional, mas na gradativa corrosão dos elementos que historicamente sustentaram a coesão das sociedades nacionais¹⁹⁸.

Os reflexos desse processo são assustadores. Elementos outrora fundamentais à determinação do poder foram sendo gradativamente relativizados. Substituindo as formas de coesão social características da sociedade industrial, observou-se um processo de intensificação do individualismo, no qual os fatores de coesão social, fossem internacionais, fossem nacionais, foram redefinidos não mais a partir de critérios coletivos objetivos (*e.g.* nacionalidade, classe social, etc.), mas segundo critérios muitas vezes subjetivos, de natureza puramente individual¹⁹⁹.

A noção de regulação, não por acaso, nasce e se desenvolve nesse cenário um tanto favorável à propagação das doutrinas econômicas de orientação liberal. Nascida no âmbito econômico, sua definição jurídica apresenta contornos ainda bastante obscuros. No âmbito internacional, o emprego muitas vezes negligente desse termo denota a subserviência a uma “política de globalização” de coloração ideológica muito bem definida²⁰⁰.

¹⁹⁸ Em termos práticos, a compressão do espaço/tempo corroeu as fronteiras nacionais, solapando a outrora sólida fidelidade nacional e substituindo-a por outros elementos não necessariamente internacionais. Se, como aponta Bauman, o poder tornou-se extraterritorial, “Não importa mais onde está quem dá a ordem – a diferença entre próximo e distante, ou entre o espaço selvagem e o civilizado e ordenado, está a ponto de desaparecer”. BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*. Cit., p. 18.

¹⁹⁹ “[...] as fontes de significado coletivas e específicas de grupo (por exemplo, consciência de classe ou crença no progresso) na cultura da sociedade industrial estão sofrendo de exaustão, desintegração e desencantamento. Estas deram apoio às democracias e às sociedades econômicas ocidentais no decorrer do século XX e sua perda conduz à imposição de todo esforço de definição sobre os indivíduos; é isso que significa o conceito do ‘processo de individualização’”. BECK, U.; GIDDENS, A.; LASH, S. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997. p. 18.

²⁰⁰ “É oportuno ainda, a esta altura, propedeuticamente observarmos que a *globalização* é um fenômeno histórico, ao passo que o *neoliberalismo* expressa uma ideologia, sem que se manifeste qualquer relação necessária entre ambos: ‘A globalização financeira que aí está é fruto de uma *política de globalização* ancorada na ideologia neoliberal, conduzida, conscientemente desenvolvida pelas instâncias que comandam o

2.1 A regulação econômica

As análises científicas normalmente tendem à conceituação de seu objeto. Pois bem, no caso da regulação internacional esta tarefa encontra dois obstáculos. O primeiro deles é a grande variedade de conteúdos que o termo regulação *per se* pode apresentar: algumas vezes assimilado à autorregulação, outras à desregulamentação, este termo pode de fato assumir sentidos bastante diversos²⁰¹ e, não raro, carecer de precisão. O segundo obstáculo se relaciona às peculiaridades de sua natureza internacional: se no âmbito interno a ideia de regulação econômica em certa medida funde-se à de redefinição do papel do Estado, concepção que pode nos remeter aos quadros institucionais mais diversos, o que dizer então de sua aceção internacional, em que a noção de regulação encontra-se também inserida num contexto extremamente complexo de delimitação dos próprios contornos do direito internacional? Parece, portanto, judicioso seguirmos, nesse caso, a sugestão de Calixto Salomão Filho, de quem emprestamos a noção mais ampla possível de regulação: organização das relações econômicas em determinado mercado²⁰². Isto porque seria inútil adotarmos uma noção que não abarcasse as mais diversas hipóteses do fenômeno que objetivamos descrever²⁰³.

grau, E. R. *Direito posto e direito pressuposto*. Cit., p. 271.

²⁰¹ “Os poucos trabalhos em direito antitruste a utilizar o termo ‘regulação’ e procurar estudá-lo no sentido material são de endereço eminentemente prático, preocupando-se mormente com questões procedimentais como o funcionamento das agências reguladoras e conflitos de competências entre agências reguladoras e órgãos de defesa da concorrência [...] O termo também é utilizado em perspectiva mais teórica pelos administrativistas, relacionado, no entanto, à regulação dos serviços públicos [...] Finalmente, é utilizado pelos teóricos do direito econômico em perspectiva mais ampla, seja para reconstruir algumas de suas escolas [...] seja para desconstruí-lo, identificando o termo as tendências neoliberais desregulatórias [...] Mais recentemente tem sido utilizado com visão mais teórica, ainda que fortemente influenciada pela visão neoclássica ou institucionalista norte-americana.” SALOMÃO FILHO, C. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 20.

²⁰² Em sentido correlato, destacamos também a definição de regulação [econômica] de Posner, para quem este termo “refers to taxes and subsidies of all sorts as well as to explicit legislative and administrative controls over rates, entry, and other facets of economic activity”. POSNER, R. A. *Theories of economic regulation*. In *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 5, n. 2, p. 335, 1974. Disponível em < <http://www.jstor.org/stable/3003113> >. Acesso em 21 de fevereiro de 2012.

²⁰³ Sobre essa noção ampla, justifica aquele autor que ela “Engloba toda a forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia”. SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 21.

Pois bem, não é objeto deste trabalho retratar os contornos gerais da história das teorias econômicas, nem acreditamos ter competência para tanto. No entanto, para situarmos a problemática da regulação, é importante ao menos assinalar o movimento pendular dessas teorias ao longo do tempo. Assim, a propagação do liberalismo, a partir do século XVIII, foi sucedida por um período em que predominaram teorias preconizando maior dirigismo estatal no início do século XX. Influenciadas pelos trabalhos de Keynes, as teorias intervencionistas ganharam terreno durante a primeira parte desse século. O monetarismo de Friedman, nos anos 50, representou o retorno dos liberais ortodoxos, desde então sob nova roupagem, sendo denominados neoclássicos.

O embate entre essas diversas vertentes da teoria econômica não foi acompanhado, na prática, pela aplicação pura de seus princípios. Na realidade, o que se viu foram oscilações entre períodos de maior ou menor interferência estatal na vida econômica²⁰⁴. Por outro lado, os anos de império do liberalismo não foram isentos de consequências. Durante esse período, positivaram-se as falhas e imperfeições do mercado²⁰⁵, revelando-se os evidentes limites do liberalismo clássico.

[...] o mercado, malgrado suas evidentes qualidades, não é um mecanismo apto a resolver e a equacionar todas as situações que se apresentam a um sistema econômico. Por um lado, ele contém falhas operacionais; por outro, não consegue assegurar a realização de certas metas ambicionadas pela sociedade através de seus canais de expressão política. A constatação dessas

²⁰⁴ “Todavia, na realidade, o desinteresse do Estado pela vida econômica foi muito mais aparente do que real. Ele não poderia deixar de almejar uma pujante atividade produtora com vistas a ter o necessário suporte para a estabilidade interna e para possível hegemonia externa. Dela precisava, quando mais não fosse, para bem poder armar os seus exércitos. E havia, igualmente, em muitos meios, a preocupação social, pura e simples, que aflorava ora cá ora lá, como bem exemplificado pela história do constitucionalismo francês.” NUSDEO, F. *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 13 et seq.

²⁰⁵ “No entanto, 150 anos de aplicação ou tentativa de aplicação do chamado figurino liberal produziram um quadro política e socialmente conturbado, muito embora o progresso e o desenvolvimento da tecnologia e da atividade econômica em si tivessem sido notáveis. [...] a análise econômica foi submetendo os mecanismos de funcionamento do mercado a uma crítica abalizada, acabando por prevalecer a conclusão a ser ele, o mercado, em si, viável e operacional. No entanto, tal operacionalidade estaria na dependência de diversos pressupostos que a estrutura legal do próprio do liberalismo não havia logrado captar, muito menos tratar. Como evidente, à ausência daqueles pressupostos, a mecânica operacional do sistema passava a rodar em falso, produzindo resultados também falsos, distanciados do esperado e, em muitos casos, francamente inaceitáveis.” NUSDEO, F. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 139.

limitações levou não à eliminação do mercado, mas ao acoplamento a ele de um outro centro decisório destinado precisamente a suprir as suas inoperacionalidades e a garantir o adimplemento de certos objetivos, mediante a aplicação da política econômica. Ora esse outro centro decisório não poderia ser outro senão o Estado.²⁰⁶

A noção original de regulador (e, por via de consequência, também a ideia de regulação) não é uma criação nova. Já no século XVIII, no campo das ciências exatas, o regulador designava um sistema exterior de comando cuja função era estabilizar uma constante, caso, por exemplo, do regulador de velocidade ou de temperatura (termostato)²⁰⁷. Apreendida pelos teóricos norte-americanos, essa noção de regulador externo foi adaptada às ciências econômicas²⁰⁸ para corrigir certas falhas de mercado, tudo isso justificado por uma suposta garantia do bem geral.

Até o final do século XIX, as controvérsias comerciais nos Estados Unidos eram predominantemente resolvidas pelos tribunais. Neste período, o emprego de medidas de caráter regulatório era raro e as agências reguladoras, quase inexistentes²⁰⁹. Qualquer inclinação à regulação era imediatamente vista como atentatória à liberdade contratual e, portanto, rechaçada: “*there is no reasonable ground for interfering with the liberty*

²⁰⁶ NUSDEO, F. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. Cit., p. 16/17.

²⁰⁷ “Dès 1728, le ‘régulateur’ désigne, dans les sciences techniques, un système de commande destiné à maintenir constante la valeur d’une grandeur, quelles que soient les perturbations qui pourraient la faire varier: la machine à vapeur de Watt comporte ainsi un régulateur à boules, destiné à éviter les risques d’explosion; on parlera du régulateur de vitesse, du régulateur de température ou thermostat etc. La même logique se retrouvera quand le terme sera transposé dans les sciences sociales: pour qu’un groupe social existe, encore faut-il que les comportements des différents éléments qui le composent soient rendus compatibles, qu’ils puissent être conciliés; une instance de régulation capable, par sa position d’extériorité et de supériorité par rapport aux intérêts en présence, de ramener la diversité à l’unité, l’hétérogénéité à l’homogénéité, le désordre à l’ordre est ainsi indispensable.” CHEVALLIER, J. *L’état régulateur*. (in *Revue Française de d’administration publique* n° 111, 2004/3, p. 473-482). Disponível em < http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=RFAP&ID_NUMPUBLIE=RFAP_111&ID_ARTICLE=RFA_P_111_0473>. Acesso em 19 de março de 2009. p. 474-475.

²⁰⁸ CHEVALLIER, J. *La régulation juridique en question*. in *Droit et Société* n° 49, 2001, p. 827-846. p. 828.

²⁰⁹ “First, until the end of the 19th century, the U.S. in many respects followed the laissez-faire ideal in which courts rather than regulatory agencies dealt with socially harmful acts. [...] By the late 19th century, tort law became one of the great edifices of the common law, whose development was greatly accelerated by the industrial revolution in general and railroads in particular. [...] In cases of both personal and social harm, individual sought damages in common law courts. In theory at least, legal doctrine of the 19th century was more strongly oriented towards eliminating externalities than modern doctrine. [...] In the Gilded Age, courts provided remedies for harm. Regulation was rare and regulatory agencies almost non-existent.” GLAESER, E. L.; SHLEIFER, A. *The rise of the Regulatory State*. (In *Journal of Economic Literature*, XLI, Jun. 2003, p. 401-425). Disponível em < http://www.economics.harvard.edu/faculty/shleifer/files/rise_reg_state.pdf> Último acesso em 13 de janeiro de 2013. p. 404 et seq.

of person or the right of free contract, by determining the hours of labor, in the occupation of a baker”²¹⁰. Esse panorama era, aliás, bastante lógico e bem adaptado à realidade do país, uma grande economia agrária (em 1850, 64% da força de trabalho encontrava-se no campo), cuja manufatura concentrava-se em empresas de pequeno porte. Sob tais circunstâncias, a corrupção não se apresentava como opção economicamente viável²¹¹ e eventuais falhas de mercado não pareciam representar risco significativo aos consumidores.

Na virada do século, as feições do país haviam mudado significativamente. O setor agrícola, doravante contando com 37% da força de trabalho, perdera terreno para a florescente indústria²¹². As Cortes judiciais, confrontadas com o poder econômico e político das grandes corporações, tornaram-se mais suscetíveis à sua influência, ao mesmo tempo em que o virtual controle de alguns setores do mercado por poucos concorrentes supostamente intensificava o risco de posituação de falhas. Nesse cenário, as agências reguladoras, fossem elas estatais ou federais, pouco a pouco passaram a substituir as Cortes judiciais e os entes estatais

²¹⁰ *Lochner v New York* (1905)

²¹¹ “During the first half of the 19th century, the bulk of the economy was agricultural; 64 percent of workers in 1850 were in farm occupations. The manufacturing that did exist was concentrated in small firms. The McLane report, a large but incomplete survey of the economy, found only 106 manufacturing firms in 1832 with assets above \$100,000. Chandler (1977) saw production in the mid-19th century as ‘being carried out by a large number of small units employing less than fifty workers...’ [...] When a firm caused social harm in 1830, the judicial system could usually deal with it. Assessed damages would generally be small and the firm did not have a strong incentive to subvert justice. Moreover, the firm itself was small and did not have the resources to subvert the system.” GLAESER, E. L.; SHLEIFER, A. *The rise of the Regulatory State*. Cit., p. 21-22.

²¹² “This situation changed after the Civil War. The building of railroads, the growth of industrial enterprises and mines, and the creation of large financial firms introduced into the American economy disputes between parties of highly differentiated economic and political resources. America became far less agricultural; by 1900, only 37 percent of workers were in farm occupations. The manufacturing industry grew more than tenfold (measured by number of employees) over this time period. The new technologies often proved to be deadly. Thousands of passengers and third parties died in railroad accidents. By 1900, there were approximately 35,000 deaths and two million injuries annually in industrial accidents (Friedman, 1985). New technologies also raised the scale of both railroads and manufacturing firms, as national markets developed. Innovations in organizational form made larger firm size feasible. Chandler (1977) identifies 278 firms with more than \$20 million in assets in 1917. Hofstadter (1955) writes that ‘the Morgan interests at the peak of the financial systems held 341 directorships in 112 corporations ... with aggregate resources or capitalization of \$22,245,000,000.’ This vast expansion in firm size corresponds to an increase in the parameter “S” in the model. [...] The theoretical analysis points to a fundamental change that made it efficient for the American society to increasingly rely on regulation. The commercialization and industrialization of the economy in the second half of the 19th century created extreme inequality of resources among the parties in tort and contract disputes, and therefore gravely exacerbated the problem of subversion. When courts and legislatures could be bought or manipulated, individuals and small companies were unlikely to prevail against ‘robber barons’ in accident, restraint of trade, or discriminatory tactics disputes.” GLAESER, E. L.; SHLEIFER, A. *The rise of the Regulatory State*. Cit., p. 22 et seq.

na regulação dos temas mais variados: antitruste, transporte ferroviário, vigilância sanitária, entre outros. Iniciada nas administrações locais (estados e municípios), esta reforma também atingiu a federação: o *Interstate Commerce Act*, em 1887, criou uma correspondente comissão (*Interstate Commerce Commission*); o *Sherman Act*, em 1890, criou restrições à formação de trustes. A intensificação da atividade regulatória ocorreu, de fato, no início do século XX, sob as presidências de Theodore Roosevelt e Woodrow Wilson:

The real growth of regulatory activity occurred during the Progressive era after the turn of the century, under the presidencies of Theodore Roosevelt and Woodrow Wilson. In 1906, under muckraking pressures, Congress passed Pure Foods and Drugs to control the distribution of medicines, as well as a federal meat-inspection law. Under Wilson, banking came under federal regulation in the Federal Reserve Act of 1913 and anti-trust enforcement was intensified under the Clayton Act in 1914, to name just two measures. Fishback and Kantor (2000) take the adoption of workers compensation laws by several U.S. states around the turn of the century to be a response to the failure of courts to address the problems of workers injured or killed in industrial accidents.

Although the growth of regulation slowed down, and arguably retreated, under the Republican presidencies of the 1920s, it revived and accelerated under Franklin Roosevelt in the 1930s. Among the most notable measures of this period were the Securities Acts of 1933 and 1934, written in part by Landis, which brought securities markets under federal regulation. When Landis wrote in 1938, he could confidently conclude that ‘the administrative’ has replaced ‘the judiciary’ as the principal form of social control of business.²¹³

Apreendida pelos neoliberais, a regulação incorporaria novos elementos na segunda metade do século XX. Diante da inconveniência inicial de se criticar abertamente o movimento regulatório, os teóricos da

²¹³ GLAESER, E. L.; SHLEIFER, A. *The rise of the Regulatory State*. Cit. p. 12-13.

Escola Neoclássica²¹⁴ passaram a empregar a regulação como sucedânea do mercado, tentando reproduzi-lo artificialmente naqueles setores em que as condições de mercado inexistiam naturalmente. Ultrapassado esse embaraço inicial, os autores neoclássicos da regulação reorientaram-se então, num segundo momento, à crítica da própria regulação. Essa nova visão, de vertente fundamentalmente liberal, preconizou a desregulamentação por meio de mecanismos de autorregulação²¹⁵.

O emprego da noção de regulação em moldes abertamente liberais, como feito nos Estados Unidos, não é um evento acidental, nem estranho ao sistema jurídico ou à história desse país. Alguns estudos evidenciam uma ligação direta entre o sistema legal adotado por um determinado país e o desenvolvimento de seu mercado de capitais²¹⁶. Talvez essa constatação não se limite apenas ao setor financeiro. Qualquer que seja a forma que apreendamos o Estado, parece inegável o papel desempenhado pelo direito na definição de suas feições. Nos Estados Unidos e na Inglaterra, a sinergia entre o sistema jurídico e o capitalismo parece ter produzido um modelo de

²¹⁴ “A fundação da Escola Neoclássica da regulação é geralmente atribuída ao famoso trabalho de G. Stigler, ‘The theory of economic regulation’. Essa afirmação é só em parte verdadeira. Na verdade, um estudo dessa Escola não pode prescindir da leitura de dois importantíssimos trabalhos, precursores da teoria econômica da regulação. O primeiro de Stigler e C. Friedland, publicado em 1962 [‘What can regulators regulate? The case of electricity’], é extremamente cético em relação aos efeitos da regulação dos monopólios. Procuram os autores efetivamente demonstrar a ineficácia da regulação de monopólios no setor de energia elétrica. A importância dos mesmos está na negação da efetividade da regulação como substitutiva do mercado. O segundo trabalho é ainda mais importante. Nele está a ideia básica a ser mais tarde desenvolvida por Stigler no famoso estudo supramencionado. Trata-se do artigo de H. Demsetz, ‘Why regulate utilities’. Esse trabalho, cético em relação à regulação, propõe que o Estado regule através da realização de leilões para a prestação de serviços. É o famoso *Demsetz Auction*, já criticado e que influenciou o sistema de licitação para concessão de serviço público. Cabe ressaltar que, apesar da importância da doutrina para o regime de concessões, o ponto mais influente do referido trabalho é o final, no qual Demsetz sugere que a regulação, via de regra, serve nada mais nada menos que à proteção da indústria, e não a qualquer motivo de interesse público. Esse é o ponto de partida do artigo seminal de Stigler sobre a teoria da regulação. Nele o autor aprofunda de maneira até então inusitada a persecução de interesses privados pela indústria através da regulação. Poucos anos mais tarde, Posner desenvolverá [Taxation by regulation’], usando pressupostos de Stigler, a ainda mais pessimista teoria da captura, segundo a qual, na verdade, os interesses privados, ainda que não prevaleçam no início, acabam por sobrepujar os motivos de interesse público, pois as agências acabam por se sujeitar à influência dominante dos regulados – ou ser capturadas pelos seus interesses.” SALOMÃO FILHO, C. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. Cit., p. 28-29.

²¹⁵ “Assim, muitos dos movimentos de desregulamentação optam pela criação de bolsas de negócios, ao formato das bolsas de valores, que concentram todas as operações e criam regras internas de auto-regulação no sentido de aperfeiçoar o mercado. Essa é a primeira característica sensível de desregulação: a opção sistema de auto-regulação que seja capaz de tentar criar um ambiente semelhante à concorrência perfeita”. SALOMÃO FILHO, C. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. Cit., p. 27-30.

²¹⁶ LA PORTA, R. et al. *Legal determinants of external finance*. (in *Journal of Finance*, volume 52, nº 3, 1997, p. 1131–1150).

Estado liberal muito bem adaptado ao desenvolvimento do liberalismo econômico. No caso norte-americano, essa vocação é ainda mais perceptível. Nesse país, a peculiaridade de um sistema jurídico que favorece a pós-regulação (*ex-post regulation*) encontrou no modelo de Estado federativo, constitucional e descentralizado o parceiro ideal para realização de seus propósitos liberais. Nesse âmbito, a nítida visão instrumental do direito harmoniza-se muito bem com os valores fundamentalmente liberais que sempre animaram essa sociedade.

Transportado para os países da Europa continental, o modelo de regulação concebido nos Estado Unidos ganhou novos traços. A ideia exclusivamente econômica de correção de falhas do mercado por meio do emprego de instrumentos regulatórios teve que ser conjugada, nesse novo cenário, com a racionalidade da *civil law*, com o direito administrativo e, inevitavelmente, com a noção de serviço público²¹⁷.

Na verdade, no sistema de direito administrativo atual, duas são as formas de regulação: a concessão de serviço público e o exercício do poder de polícia. Ambas têm origem diversa. O poder de polícia nasce com o Estado Moderno Liberal do século XIX. Resulta da crença de que o Estado pode regular

²¹⁷ “[...] à época de seu surgimento, sob o patrocínio teórico de Léon Duguit, o genial publicista que capitaneou a chamada ‘Escola do Serviço Público’ (onde enfileiram os nomes ilustres de Jèze, Bonnard, Rolland, entre outros), a noção de serviço público apareceu como fórmula revolucionadora do Direito Público em geral e do Direito Administrativo em particular, tentando fazer substituir o eixo metodológico desta disciplina – que dantes se constituía sobre a ideia de ‘poder’ estatal – pela ideia de ‘serviço dos administrados’. Cyr Cambier, conforme já dantes anotamos, observou, com inteira propriedade, que tal concepção ‘conduz a fazer o poder um dever, do comando, que é ordem dada (*jussus*), um ordenamento, que é medida adotada e adaptada (*ordinatio*)’ (*Droit Administratif*, Bruxelas, Ed. Maison Ferdinand Larcier, 1968, p. 228). Duguit propôs-se a afastar a ideia de soberania e de Poder Público como origem do Direito, repelindo a teoria de que ‘o Estado cria o Direito, mas está regido por ele’. Para este mestre, ‘o serviço público é o limite e o fundamento do poder governamental’. Daí haver arrematado: ‘Et par là ma théorie de l’État est achevé’ (*Traité de Droit Constitutionnel*, 2a. ed., v. II, Librairie Fontemoing, 1923, p. 70). Em sua esteira, passou-se a ver o Direito Administrativo como um conjunto de princípios e normas congregados ao redor da ideia de serviço público. ‘A Escola do Serviço Público acreditava poder explicar todas as particularidades do Direito Administrativo pelas necessidades do serviço público’, disse Jean Rivero (*Droit Administratif*, 2ª. ed., Paris, Dalloz, 1962, p. 146). ‘A tese fundamental é a de que todo o Direito Administrativo se explica pela noção de serviço público’ averbou Georges Vedel (*Droit Administratif*, 3ª. ed., Paris, Presses universitaires de France, 1964, p. 72). Durante algum tempo a noção de serviço público esteve ligada a um determinado tipo de atividade material (serviços indispensáveis ‘à interdependência social de tal modo que não poderiam ser prestados senão com a intervenção da força governante’, cf. Duguit), época em que podia, razoavelmente, servir como critério de repartição de competências entre as duas jurisdições existentes na França (comum e administrativa), pois se lhe atribuía o caráter de elemento decisório para aplicação do Direito Administrativo. Veio a ser depois utilizada também para balizar outro tipo de atividades que o Estado passou a assumir (exploração de atividade econômica), sob regime de Direito Privado, e até mesmo para abarcar atividades exercidas por particulares, sem concessão, mas que se entendeu deveriam estar sob o impacto de regras publicísticas (‘serviço público virtual’).” MELLO, C. A. B. de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 659-660.

simplesmente através de uma atuação passiva, de limitação da liberdade dos particulares. O exercício dos serviços públicos – e, em especial, a concessão de serviços públicos – ganha destaque em um momento histórico completamente diverso, isto é, no início do século XX, com o Estado Social. Constatada a impossibilidade de o Estado realizar diretamente todos os serviços, desenvolveu-se a ideia de concessão de serviço público baseada na construção teórica do regime de direito público ao centro da noção de serviço público.²¹⁸

Além do propósito tipicamente liberal que lhe fora atribuído no sistema norte-americano, a regulação, nesses países, assumiu também um papel preponderante na reforma dos chamados Estados sociais²¹⁹. Sob esta perspectiva, impossível dissociar-se a regulação da crise do *welfare state*. Colocada à frente da “nova concepção de Estado”, operou-se, por meio da regulação, uma radical mutação na estrutura estatal: de ativo e diretamente responsável pelas atividades econômicas, o novo modelo de Estado assumiu gradativamente as funções de gestor do sistema²²⁰.

Também quanto às justificativas materiais, discrepantes são as razões que levaram norte-americanos e europeus continentais a adotar o chamado modelo regulatório. Nos Estados Unidos, o recurso à regulação foi a resposta à suposta ineficiência dos tribunais e da própria administração pública na neutralização das externalidades²²¹. O modelo judicial norte-americano, bem adaptado à resolução dos litígios até o final do século XIX, viu-se subjugado pelos interesses econômicos e políticos das grandes corporações²²². Outra teoria, conhecida imprópria e informalmente como “teoria da captura”, sustenta *grosso modo* a dominação das agências reguladoras por grupos de interesse. Das diversas versões dessa teoria, talvez a mais convincente seja a desenvolvida a partir dos trabalhos de Stigler²²³: segundo essa corrente, bem distante de objetivar o atendimento de qualquer interesse geral, a regulação seria nada mais que o produto de uma demanda de grupos de interesse²²⁴. De qualquer forma, se a incipiente experiência do *welfare state* nos Estado Unidos não produziu maiores

²¹⁸ SALOMÃO FILHO, C. C. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. Cit., p. 25.

efeitos financeiros nesse país, no caso europeu o advento da regulação e a crise do Estado social foram eventos indissociáveis.

Na verdade, as inúmeras discrepâncias entre os dois modelos são reflexos de uma diferença de valores muito mais profunda. Segundo a racionalidade do modelo norte-americano, a satisfação do interesse geral resulta automaticamente da satisfação dos interesses individuais, ao passo

²¹⁹ “Les différents types d’Étas-providence se trouvent confrontés à un double impératif: assurer le financement d’un système de protection sociale en déséquilibre structurel et financer sur leur budget les dépenses d’ajustement social. Dans ce contexte, les recommandations libérales (plus de flexibilité et moins de protection sociale) trouve un écho toujours plus grand auprès des élites politiques, et ce malgré l’attachement des populations à leur systèmes de sécurité sociale. Tous les pays s’attachent à reformer leur système d’État-providence soit pour le rendre plus minimal, soit plus simplement, pour lui permettre d’assumer des coûts croissants.” MERRIEN, F-X. *L’État-providence*. Paris: PUF, 2007. p. 9-10. “Alguns anos atrás, havia uma convicção, no direito administrativo, de que precisávamos distinguir dois campos muito claros. Um era o campo do serviço público, muito genericamente definido, em que não vigorava o direito concorrencial, e o outro era o campo da atividade econômica, em que vigorava o direito concorrencial e não se aplicaria qualquer tipo de regulamentação. [...] Com o processo de privatizações e a decisão do Estado de se livrar de certas atividades, criou-se um impasse porque, claramente, houve a intenção de passar alguns dos setores anteriormente regulamentados na forma de serviço público, ou, então, nessa regulamentação meio híbrida, para as mãos de particulares. Aí surgiu o problema. Ao se transferir o serviço para as mãos de particulares, é preciso incentivar a concorrência.” SALOMÃO FILHO, C. *Regulação e concorrência*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 29-30.

²²⁰ “La régulation implique aussi une *conception nouvelle de l’État*. Indissociable de la crise de l’État providence, la régulation implique que l’on passe d’un ‘État producteur’, assurant la gestion directe d’activités économiques, à un ‘État régulateur’, qui ne se substitue plus aux agents économiques, mais se borne à leur imposer certaines règles du jeu et s’efforce d’harmoniser leurs actions.” CHEVALLIER, J. *La régulation juridique en question*. Cit., p. 829.

²²¹ “Two main theories of economic regulation have been proposed. One is the ‘public interest’ theory, bequeathed by a previous generation of economists to the present generation of lawyers. This theory holds that regulation is supplied in response to the demand of the public for the correction of inefficient or inequitable market practices. It has a number of deficiencies that we shall discuss. The second theory is the ‘capture’ theory – a poor term but one that will do for now. Espoused by an odd mixture of welfare state liberals, muckrakers, Marxists, and free-market economists, this theory holds that regulation is supplied in response to the demands of interest groups struggling among themselves to maximize the incomes of their members. POSNER, R. A. *Theories of Economic Regulation*. Cit., p. 335-336.

²²² “The law and order conditions in a country are in themselves a crucial determinant of its optimal strategies for regulating economic activity. Institutions cannot be built without recognizing where the country is in the first place. The finesse with which courts resolve disputes is appropriate for a country that has high levels of law and order. In the extreme contrast, a country beginning with low levels of law and order should tread gingerly in giving officials more power to shape economic life.” GLAESER, E. L.; SHLEIFER, A. *The rise of the Regulatory State*. Cit., p. 35-36.

²²³ STIGLER, G. J. *The Theory of Economic Regulation*. (In *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, n. 1, p. 3-21, 1971). Disponível em < <http://www.jstor.org/stable/3003160>>. Acesso em 8 de agosto de 2008.

²²⁴ “The theory is based on two simple but important insights. The first is that since the coercive power of government can be used to give valuable benefits to particular individuals or groups, economic regulation – the expression of that power in the economic sphere – can be viewed as a product whose allocation is governed by laws of supply and demand. The second insight is that the theory of cartels may help us locate the demand and supply curves. Viewing regulation as a product allocated in accordance with basic principles of supply and demand directs attention to factors bearing on the value of regulation to particular individuals or groups, since, other things being equal, we can expect a product to be supplied to those who value it the most.” Idem, *ibidem*, p. 344.

que, na perspectiva europeia, a salvaguarda dos interesses coletivos garante a preservação dos interesses de cada indivíduo²²⁵.

On ne parle de crise que par référence à un modèle classique et dans la mesure où il se trouverait remis en cause par des manifestations nouvelles qui ne s'inscriraient pas dans la logique du modèle. Les théories de la normativité les plus fondamentales et les plus traditionnelles sont implicites. Elles n'ont jamais fait l'objet d'une formulation systématique ni expresse. Elles renvoient cependant à deux modèles facilement reconnaissables qui se partagent le champ intellectuel et structurent l'ensemble du débat. Deux modèles parfaitement opposés: l'État et le Marché. Ils ont cependant en commun, au-delà des oppositions évidentes qui existent entre eux, et sur lesquelles on reviendra, d'une part — du point de vue de leurs processus de fonctionnement — la rationalité de leur organisation: la rationalité bureaucratique théorisée par Weber pour l'État, la rationalité du décideur, symbolisée par l'homo oeconomicus et conceptualisée par la théorie de l'économie concurrentielle pour le marché; d'autre part — du point de vue des résultats obtenus par l'organisation — l'espèce d'optimum de satisfaction auquel parviennent de telles organisations dans les relations entre leurs membres — ce dont témoigne la place de la notion d'intérêt général dans la théorie de l'État, et celle, symétrique, de la notion d'équilibre général dans la théorie du marché.²²⁶

Contudo, nenhuma dessas marcantes diferenças impediu a emergência, nos mais diversos países, de uma estrutura estatal bastante similar. A esta nova configuração de Estado deu-se o nome genérico de Estado regulador²²⁷.

²²⁵ “La rationalité et l'optimalité du fonctionnement de l'organisation sont cependant assurées dans les deux modèles – dans le premier, par le fait que, de la convergence des intérêts individuels, découle automatiquement l'intérêt de tous; dans le second, par le fait que la sauvegarde imposée de l'intérêt général garantit au mieux la préservation de l'intérêt de chacun. Les deux modèles, qui tendent donc tous deux à l'équilibre, se structurent, sur ce qui les sépare, autour des deux pôles de l'individu et de la société – entre, dirons-nous, singularité et universalité.” TIMSIT, G. *La régulation. La notion et le phénomène*. (in Revue française d'administration publique, N°109, 2004-1, p. 5-11) Disponível em <http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=RFAP&ID_NUMPUBLIE=RFAP_109&ID_ARTICLE=RFAP_109_0005>. Acesso em 19 de março de 2009. p. 7.

²²⁶ TIMSIT, G. *La régulation. La notion et le phénomène*. Cit., p. 6.

²²⁷ “No início, e por mais de cem anos, acreditou-se no Estado-polícia, cuja única função era proteger a liberdade econômica e política do particular. A esse Estado exageradamente liberal, opõe-se o Estado da era

ESTADO REGULADOR: UM MODELO UNIVERSAL DE ESTADO?

Diante dessa relativamente recente disseminação do emprego da regulação nos mais diversos países, surgiram inúmeras proposições proclamando a universalização desse novo modelo de Estado. Não obstante a extrema imprecisão conceitual do termo Estado regulador, pode-se assinalar alguns traços gerais desse pretenso novo modelo.

Destinada, nos Estados Unidos, a corrigir as imperfeições do mercado, vimos que a regulação, tal como transplantada para os países da Europa continental, incorporou inevitavelmente a noção de serviço público inerente à ideia de Estado nesses países. A multiplicação das agências reguladoras, como ocorrido na França ao longo das últimas décadas, revela muito bem essa tendência no continente europeu²²⁸. Mesmo que, naqueles países, os argumentos que motivaram a adoção generalizada do modelo regulador tenham variado consideravelmente, a pressão financeira em prol da reforma administrativa foi sem dúvida o elemento comum a todos²²⁹.

Keynesiana e dos Comunismos Revolucionários. De formas diversas esses Estados pretenderam ser os grandes gestores do sistema econômico. Não por acaso ambos os movimentos citados são macroeconômicos. Há efetivamente nesse período, que dura mais de oitenta anos, uma concepção do Estado como gestor máximo, superior e distante do sistema econômico.” SALOMÃO FILHO, C. *Regulação e concorrência*. Cit., p. 12.

²²⁸ “[...] mais ce modèle, qui paraissait très spécifique et lié au contexte institutionnel dans lequel se déploie l’action administrative aux États-Unis, connaît une spectaculaire diffusion, notamment en France sous les deux formes de l’agence et de l’autorité administrative indépendante. Le développement des *agences* a été spectaculaire en France au cours des dernières années, en particulier dans les domaines de la santé et de l’environnement. À côté de responsabilités de gestion qui les amènent à prendre directement en charge certaines activités, les agences sont investies d’une fonction de régulation, qui justifie l’attribution de certaines compétences normatives, relevant souvent d’une préoccupation de police, ainsi que de pouvoirs plus diffus de contrôle et de surveillance: l’exercice de ces missions requiert une capacité d’expertise, qui suppose l’injection de compétences techniques, ainsi que des relations étroites avec le milieu social; corrélativement, les agences bénéficient d’une autonomie renforcée par rapport aux structures personnalisées classiques.” CHEVALLIER, J. *La régulation juridique en question*. Cit., p. 837-838.

²²⁹ “Il est vrai que les actions de réforme, dans ces pays, ont en facteur commun leurs *causes*, internes ou externes aux pays considérés. Parmi les causes internes, celle qui est le plus souvent invoquée comme origine principale et motif déterminant du processus de réforme a trait aux contraintes budgétaires: volonté de réduire les déficits ou la charge des impôts (en Espagne, en France, en Finlande, et partout ailleurs en Europe...), d’alléger l’État (en Allemagne), d’optimiser l’utilisation des ressources humaines (en Espagne), de lutter contre le gaspillage des deniers publics (en Italie) etc. C’est toujours la même préoccupation de répondre par la réforme administrative à la pression financière et d’en user comme d’un levier en vue de pousser les administrations aux restructurations auxquelles elles n’avaient jusqu’alors pu se résoudre ou qu’elles n’avaient encore pu mener à bien. Un autre facteur interne est commun à l’ensemble des pays considérés: le souci, désormais invoqué avec insistance par l’ensemble des réformateurs, de satisfaire aux exigences des usagers des services publics par des prestations à la mesure de la quantité et de la qualité de la demande d’État exprimée.” TIMSIT, G. *Critique de la gestion pure: du changement dans le secteur public des pays d’Europe occidentale*. (In *Revue Internationale de Politique Comparée*, Vol. 11, n° 2, 2004)

Na busca desenfreada pela definição dos contornos deste novo modelo de Estado, alguns analistas chegaram mesmo a sustentar que ele nada mais seria que a globalização do modelo norte-americano²³⁰. Não obstante se reconheça pertinência e correção de alguns argumentos veiculados por essa teoria, ela não parece, ao menos inteiramente, corresponder à realidade dos fatos.

Nunca se buscou negar a origem da teoria da regulação (ao menos a origem da teoria da regulação como recentemente adotada), tampouco seu transplante aos mais diversos sistemas jurídicos. Contudo, sua adaptação aos países da Europa continental alterou a tal ponto suas feições originais que não seria incorreto, neste caso, invocar a posição de uma importante corrente doutrinária francesa que categoricamente rejeita a possibilidade de transplante de normas e modelos jurídicos²³¹. Mas o principal argumento que pode solapar a teoria de globalização do direito norte-americano é a nítida mutação desse próprio sistema ao longo do tempo. O que parece ocorrer, no caso, é muito mais um contínuo processo de convergência entre os diferentes sistemas que, de fato, a primazia de um sistema nacional sobre os outros.

Disponível em <http://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/pols/documents/Critique_de_la_gestion_pure.pdf>. Último acesso em 13 de janeiro de 2013. p. 297-298.

²³⁰ “It may be the case that the globalization of American law is a limited phenomenon, affecting only the most internationalized areas of regulation and legal practice. However, we argue that the globalization of American law is having a more profound effect, encouraging a transformation in patterns of interest group representation and policymaking by replacing informal, opaque, cooperative processes with formal, transparent, and adversarial ones.” KELEMEN, R. D.; SIBBITT, E. C. *The Globalization of American Law*. In *International Organizations*, n° 58, 2004, pp. 103-136) Disponível em < http://fas-polisci.rutgers.edu/dkelemen/research/kelemen-sibbitt_globalizationofamericanlaw.pdf >. Último acesso em 13 de janeiro de 2013. p. 105.

²³¹ Na verdade, há grande controvérsia na doutrina acerca do emprego do termo transplante, segundo alguns, inapropriada para o caso. “The original French title for this topic is ‘la circulation des modèles juridiques.’ It refers to the movement, the continual flow, of legal paradigms and ideas across national frontiers. The general reporter has translated the word ‘circulation’ as ‘transplant’, since there is as significant literature on the subject in English, most of it by Alan Watson, whose preferred term for the movement of law from one country to another is ‘legal transplant.’” WISE, E. M. *The transplant of legal patterns*. In *The American Journal of Comparative Law* Vol. 38, Supplement. U. S. Law in an Era of Democratization, 1990, pp. 1-22. Disponível em < <http://www.jstor.org/stable/840531> > Último acesso em 13 de janeiro de 2013. p. 1. “Although the term ‘legal transplant’ has been the usual one applied to all these import and export activities, this author believes that the term ‘transposition’, as used in music, is more appropriate.” ÖRÜCÜ, E. *Law as transposition*. In *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, n° 2, Abr. 2002, pp. 205-223. Disponível em < <http://www.jstor.org/stable/3663227> > Último Acesso em 13 de janeiro de 2013. p. 207.

Assim, se nos países da Europa continental o desmantelamento do *welfare state* significou uma evidente alteração das feições do Estado²³², tal como era concebido, similares mutações ocorreram também na Inglaterra e nos Estados Unidos. Na primeira, a multiplicação dos *statutes*, sobretudo como parte do processo de construção da União Europeia, tem alterado significativamente a lógica intrínseca ao direito britânico²³³, ao passo que no segundo ações claramente intervencionistas têm subvertido a lógica liberal que sempre orientou a sociedade norte-americana. Neste âmbito, o exemplo longínquo do *New Deal* recentemente serviu de inspiração a planos de ação governamental de caráter nitidamente intervencionista, para não dizer estatizante. Vista sob esse prisma, a regulação da atividade econômica, originalmente de inspiração liberal, reorientou-se visivelmente à esquerda²³⁴.

A partir desta constatação, não parece incorreta a afirmativa de que o Estado regulador seria dotado de racionalidade própria, situada a meio caminho entre a “racionalidade do Estado” e a “racionalidade do mercado”, mestiçagem que pode ser atribuída a seu próprio processo de formação. A exemplo do que já ocorrera com os modelos que o antecederam, a formatação desse novo modelo de Estado foi o resultado de um processo histórico. Neste caso, em particular, esse processo teve como força motriz

²³² “Os velhos serviços públicos, de regime jurídico afrancesado e explorados diretamente pelo Estado, estão desaparecendo, com empresas estatais virando particulares e o regime de exploração dos serviços sofrendo sucessivos choques de alta tensão. Telecomunicações, energia elétrica e portos são alguns dos setores em que a noção de ‘serviço público’, se algo ainda diz, diz pouco; admite-se a exploração em regime privado, por meio de autorizações, não mais apenas pelas concessões; introduz-se a competição entre prestadores, suscitando a aplicação do ‘direito da concorrência’ (ou antitruste) e a interferência dos órgãos incumbidos de protegê-la.” SUNDFELD, C. A. *A administração pública na era do direito global*. In *Direito Global*, São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 161.

²³³ “A *common law* sofreu, por isto, uma grave crise, já que os processos de elaboração casuística e jurisprudencial, pelos quais ela se caracterizou desde a sua origem, conciliam-se com a vontade de efetuar na sociedade profundas e rápidas transformações. As leis e os regulamentos adquiriram uma importância desmedida em comparação com a situação anterior.” DAVID, R. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 378. “In England, one may say even today that legislation has something of an ‘exceptional’ character about it because the legal system is cast primarily in a judicial mode of thought: and yet in England statutes are no less numerous than in France, and their authority is, in reality, no less than that attaching to French enacted law. English statutes are moreover, in many instances, no longer so literally or so restrictively interpreted as the classic canons of statutory construction would have it.” DAVID, R.; BRIERLEY, J. E. C. *Major legal systems in the world today*. Cit., p. 15.

²³⁴ “À l’origine d’inspiration libérale, le thème de la régulation va ainsi progressivement migrer de la droite vers la gauche, en devenant pour les héritiers de la social démocratie le moyen de contrebalancer les effets de l’internationalisation en mettant l’accent sur le rôle essentiel imparti à l’État en tant qu’instrument de maintien de la cohésion économique et sociale.” CHEVALLIER, J. *La régulation juridique en question*. Cit., p. 829.

as intensas pressões econômicas oriundas dos mais diversos setores²³⁵. Sob essa ótica, a penetração das grandes empresas no interior do aparelho estatal aparentemente representa o recuo do Estado²³⁶; apregoar-se-á mesmo a sua crise.

Conquanto se reconheça que o “modelo clássico” de Estado realmente atravesse uma crise aguda, deve-se, no entanto, delimitar a sua abrangência. Muito embora o avanço do mercado sobre o Estado seja um fato palpável, ele não induz automaticamente à eliminação ou mesmo à diminuição desse. A despeito da pretensa autossuficiência do mercado, o Estado continua sendo um elemento essencial ao seu funcionamento: simbiose, aliás, já perceptível mesmo durante a vigência do modelo liberal de Estado²³⁷.

A explicação para essa associação é, na realidade, evidente. Ao longo dos anos, a experiência prática demonstra que, apesar de sua reconhecida eficiência, o mercado não é *deus ex machina*. Isto é, ainda que seja capaz de organizar eficazmente a atividade econômica em inúmeros setores, outros tantos, por natureza, escapam à sua regulação.

Toda vez que determinada atividade econômica tiver externalidades sociais, sejam positivas ou negativas (respectivamente, benefícios ou malefícios), o mercado não será um elemento organizador eficiente, pois nesses casos o mercado não é capaz de recompensá-las ou compensá-las. (...) A ideia é, aqui, portanto, contrária aos pressupostos neoliberais. O objetivo é francamente redistributivo. Pouco importa se o resultado final será um aumento ou decréscimo da riqueza global (Pareto) ou, ainda, que exista essa possibilidade teórica de compensação

²³⁵ “A impelir o Estado a criar novas regulações – algumas supreendentes – está justamente uma série de pressões de origem externa; não constrangimentos jurídicos, mas essencialmente econômicos.” SUNDFELD. *A administração pública na era do direito global*. Cit., p. 160.

²³⁶ “O controle que as grandes empresas exercem sobre o processo econômico e, portanto, sobre o domínio social permite-lhes influenciar o próprio Estado, persuadir o Estado, no mínimo, a não ‘interferir’ na atividade delas e, não raramente, a colocar algumas de suas prerrogativas de governo à disposição delas.” POGGI, G. *A evolução do Estado moderno: uma introdução sociológica*. Cit., p. 151.

²³⁷ “Seja apesar ou por causa das diferenças em seus princípios institucionais, Estado e sociedade na era liberal eram, de fato, intrinsecamente compatíveis, eram realidades necessariamente complementares. O que é mais, no esquema liberal, o Estado tinha de ser uma instrumentalidade da sociedade e não o inverso – uma instrumentalidade especializada no exercício do governo *sobre* a sociedade. [...] Essencialmente, o Estado liberal foi construído para favorecer e sustentar, através de seus atos de governo, a dominação da classe burguesa sobre a sociedade como um todo.” Idem, *ibidem*, p. 126.

(Kaldor-Hicks). O que importa é a existência de uma relevância social na atividade, que faz com que ela não possa ser prestada pelos particulares sem efeitos distributivos perversos.²³⁸

Também no plano jurídico formal, o advento da regulação operou uma transformação substancial. Os instrumentos regulatórios passam a caracterizar-se pela leveza, maleabilidade e pragmatismo, priorizando a dissuasão em detrimento da repressão²³⁹. Entretanto, tampouco tal concorrência fez com que a presença do Estado fosse prescindida: os limites da dissuasão são evidentemente claros; conseqüentemente, o recurso à coação, em alguns casos, não pode ser dispensado²⁴⁰.

Assim, ainda que a apelação genérica Estado regulador agregue tal variedade de configurações que provoque dúvidas acerca de sua real pertinência²⁴¹, essa noção nos orienta a uma estrutura de Estado caracterizada pela descentralização e desconcentração administrativa²⁴², que tem na figura central do Estado “*une instance de régulation capable, par sa*

²³⁸ SALOMÃO FILHO, C. *Regulação e concorrência*. Cit., p. 33-34.

²³⁹ “La régulation débouche ainsi sur un ‘droit mou’ (*soft law*), formulé en termes d’objectifs, directives, recommandations, et misant sur la dissuasion plus que sur la répression. Le pragmatisme entraîne enfin un processus d’adaptation permanente des normes: la régulation implique en effet qu’au vu des résultats enregistrés, des dispositifs de correction soient mis en oeuvre pour procéder aux ajustements nécessaires; le ‘droit de régulation’ se présente ainsi comme un ‘droit réflexif’. Cette souplesse nouvelle rend par contrecoup plus floues les frontières du droit: la régulation suppose en effet le recours à une panoplie de moyens d’action, les uns juridiques, les autres non juridiques: le ‘droit de régulation’ apparaît comme un instrument de régulation parmi d’autres, qui s’inscrit dans un dispositif plus large, au sein duquel sa spécificité apparaît moins évidente.” CHEVALLIER, J. *L’état régulateur*. Cit., p. 480.

²⁴⁰ “[...] a globalização não pode prescindir de um sistema jurídico que garanta a canalização dos conflitos, sua procedimentalização e a estabilização no tempo de expectativas normativas. [...] Não é por acaso, assim, que os recentes estudos sobre a reforma do Estado – que, ingênua ou maliciosamente, acreditam na capacidade de se induzir transformações a partir do sistema jurídico –, sempre sublinham a urgência de uma reforma do aparato judiciário.” CAMPILONGO, C. F. *Teoria do direito e globalização econômica*. in *Direito Global*, São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 90. “On est dès lors confronté à une autre version de la hiérarchisation, qui maintient l’État au centre des processus de régulation juridique. Cette position centrale résulterait de la détention du monopole de la contrainte: sans doute les nouvelles formes de régulation juridique se caractérisent-elles, on l’a vu, par le recours à des formes plus souples de direction des conduites; cependant, parce qu’elle reste adossée à la contrainte, à laquelle il est toujours possible de revenir, la régulation étatique n’en présenterait pas moins une spécificité irréductible. Les autres modes de régulation, apparus au delà ou en deçà de l’État, seraient dépourvus de cette dimension et dès lors frappés d’une infériorité congénitale: leur développement passerait au demeurant par la médiation étatique, soit que l’État accepte de s’engager dans la construction d’un ordre plus large, soit qu’il utilise le relais de dispositifs plus fins de régulation, dont la fonction s’exerce dans le cadre qu’il trace et qui restent placés sous son contrôle; à la fois ‘rempart contre la globalisation envahissante’ et garant de la cohésion sociale, l’État garderait donc une position centrale.” CHEVALLIER, J. *La régulation juridique en question*. Cit., p. 842.

²⁴¹ “La formule de l’État régulateur n’est donc claire qu’en apparence: elle recouvre en réalité des significations variées, qui se sont succédé au cours des dernières décennies.” Idem, *ibidem*, p. 481.

²⁴² TIMSIT, G. *Critique de la gestion pure: du changement dans le secteur public des pays d’Europe occidentale*. Cit., p. 300.

position d'extériorité et de supériorité par rapport aux intérêts en présence, de ramener la diversité à l'unité, l'hétérogénéité à l'homogénéité, le désordre à l'ordre est ainsi indispensable"²⁴³.

2.2 A regulação no âmbito internacional

Ao longo das últimas décadas, habituamo-nos à palavra globalização. Empregado nos mais diversos setores, esse termo, dotado de grande generalidade, transformou-se num lugar comum, impregnado até mesmo de certo determinismo. No entanto, quando sua conceituação nos é solicitada, fogem-nos as palavras, sua noção faz-se opaca e a hesitação invade nossas mentes. Repentinamente torna-se algo distante, uma força abstrata, quase imaginária: uma *puzzle word* de dimensões tão largas quanto enigmáticas. A fim de torná-la mais palpável, consolidamos, em números, alguns de seus efeitos.

Depois da década de 1970, o comércio mundial cresceu muito mais que as produções nacionais – 5,3% contra 1,9% ao ano entre 1984 e 1994 nos países da OCDE. De 1990 a 1994, as exportações de mercadorias cresceram ao ritmo sustentado de 5%, ao passo que a produção mundial estava quase estagnada (0,5%). Entre as empresas multinacionais, a Ford emprega mais de 50% de seus funcionários no exterior. O mesmo fenômeno ocorrendo com Sony (55%), Nestlé (96%) ABB (93%) e Electrolux (82%)²⁴⁴. Em 1997, 624 projetos de grande porte movimentaram nada menos que 236 bilhões de dólares, dos quais 123 bilhões destinados a 380 projetos situados em países em desenvolvimento²⁴⁵. A capitalização das bolsas nos mercados emergentes passou de 500 bilhões de dólares, em 1988, a 2.230 bilhões, em 1997. No mesmo período, nos países industrializados, a evolução foi de 9.200 bilhões a 21.300 bilhões²⁴⁶. Diante dessas grandezas,

²⁴³ CHEVALLIER, J. *L'état régulateur*. Cit., p. 474/475.

²⁴⁴ BOYER, R. *Les mots et les réalités*. In *La mondialisation au-delà des mythes*. Paris : La Découverte, 2000. p. 13-56.

²⁴⁵ INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. *Project finance in developing countries: IFC's lessons of experience*. n. 7. Washington: World Bank, 1999.

²⁴⁶ D'ARVISENET, P. ; PETIT, J-P. *Économie internationale: la place des banques*. Paris : Dunod, 1999. p. 100.

entende-se melhor a multiplicação das demandas por regulação no âmbito internacional.

Comparada à sua homônima na esfera doméstica, a regulação internacional revela evidentes similaridades que permitem o agrupamento de ambas como manifestações do mesmo processo, mas também inevitáveis contrastes que tornam a sua implementação particularmente complexa. Sob a perspectiva estrutural, a realidade da regulação internacional não se distingue muito daquela verificada na esfera nacional, observando-se a mesma multiplicação de instrumentos reguladores²⁴⁷. Esse problema, no âmbito internacional, é ainda reforçado pela natural ausência de uma autoridade transnacional hierarquicamente superior aos Estados. Apesar das inúmeras teorias relativizando a real motivação dos agentes públicos²⁴⁸, o déficit democrático provocado por essa diversificação dos centros de poder parece, neste caso, bastante claro²⁴⁹.

Sob a perspectiva formal, a regulação caracteriza-se pela heterogeneidade das fontes. O surgimento e a propagação de instrumentos quase-jurídicos (maneira sutil de classificá-los como não jurídicos) ao lado das fontes clássicas de direito internacional de certa forma também reeditou o fenômeno ocorrido no âmbito doméstico. A diferença entre

²⁴⁷ “Au niveau international, les organisations internationales apparaissent comme les supports et les vecteurs d’un ordre transnational, qui surplombe les États: sans doute ces organisations sont-elles créées par voie d’accords entre États; cependant, elles disposent bien, dans la sphère de compétence qui leur a été reconnue, d’une capacité de régulation autonome dont l’influence se fait sentir, à travers le filtre étatique, sur les acteurs économiques et sociaux. On le constate notamment dans le domaine économique, en ce qui concerne les institutions financières internationales qui, en subordonnant l’octroi de leurs concours financiers à de sévères programmes d’assainissement, apparaissent comme de véritables autorités de tutelle pour les pays en transition et en développement, et les dispositifs d’encadrement des échanges internationaux.” CHEVALLIER, J. *La régulation juridique en question*. Cit., p. 836.

²⁴⁸ Sobre a *Public Choice School*, cf. NUSDEO, F. *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*. Cit., p. 68 et seq.

²⁴⁹ “É aí que a fábrica das leis, por mais perfeita que seja de um ponto de vista técnico, não pode substituir a vontade geral, pois não tem competência nem legitimidade para definir as linhas de força que, somente elas, tornarão a dar coerência e legibilidade ao conjunto considerado. E é aí que o debate no Parlamento poderia retomar um significado político e jurídico, expressando verdadeiras escolhas de sociedade mediante a adoção de princípios diretores, que orientam a interpretação das diversas regras técnicas.” DELMAS-MARTY, M. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 217. “[...] a globalização, apesar de aparentemente despolitizada – ela transforma os Estados, os partidos, os parlamentos, as oposições e as eleições em conquistas destituídas de eficácia na sociedade mundial – apenas desloca a política para novos espaços. E tudo com um agravante: diversamente da política estatal, constituída ao lado de uma teoria da democracia, esses novos espaços da política não estão preocupados com a manutenção sempre elevada da complexidade ou com a observância das regras do jogo democrático. Tal *capitis diminutio* ameaça tanto o centro quanto a periferia e levanta obstáculos para a diferenciação entre o sistema político e o jurídico.” CAMPILONGO, C. F. *Teoria do direito e globalização econômica*. Cit., p. 89-90.

ambos talvez esteja na incomparável intensidade com que esse processo se manifesta na esfera externa.

Parece inegável serem os obstáculos à consolidação do direito no âmbito internacional maiores em relação àqueles enfrentados internamente. Circunstâncias políticas e peculiaridades técnicas podem reconhecidamente inviabilizar o equacionamento de certos problemas por meio de instrumentos clássicos de formação do direito internacional. Nesses casos, a regulação através de *soft law* efetivamente pode ser de grande utilidade na estipulação de um nível mínimo de organização²⁵⁰. Além disso, em inúmeras ocasiões, esses instrumentos podem se constituir numa etapa preliminar à consolidação do direito por meio de instrumentos formais²⁵¹. Portanto, não seria incorreto afirmar que o problema não se situa exatamente na existência *per se* desses instrumentos, mas sim no seu uso indiscriminado ou, ainda, em tomá-los por algo que de fato não são.

A banalização do emprego de instrumentos não jurídicos em detrimento das fontes formais do direito internacional causa realmente preocupações consideráveis. Não seria demais mencionar o alargamento da zona cinzenta que separa o direito do não direito. Como aponta Virally, “*une observation attentive de la vie internationale contemporaine fait plutôt apparaître une difficulté grandissante à séparer avec netteté le droit établi du droit désiré*”²⁵². Outro reflexo problemático desse fenômeno consiste na criação de uma via

²⁵⁰ “It is easy to be too condescending toward soft law even if firm law would be preferable. Soft law can overcome deadlocks in the relations of states that result from economic or political differences among them when efforts at firmer solutions have been unavailing. A substantial amount of soft law can be attributed to differences in the economic structures and economic interests of developed, compared with many developing, countries. Much soft law, therefore, is to be found in the law of universal international organizations, including the decisions of their organs, because the membership of these organizations is so diverse. The soft law of these organizations is the result not of a failure of will or technical skill on their part, but of the deep division among members. An organization, to succeed, cannot be too far in advance of the common will of its member states.” GOLD, J. *Legal and institutional aspects of the international monetary system: selected essays* (vol. 2). Washington: FMI, 1979. p. 516.

²⁵¹ “As a consequence, the standards, statements, and other instruments at issue do not impose legally binding obligations. Nevertheless, these matters, although they remain legally unregulated, become the object of agreed guidelines, or statements of common positions or policies. These may thus lay the ground, or constitute the building blocks, for the gradual formations of customary rules or treaty provisions. In other words, gradually ‘soft law’ may turn into law proper.” CASSESE, A. *International law*. Cit., p. 196.

²⁵² “Les raisons politiques, cependant, sont plus décisives: l’attrait de la *lex ferenda* ne peut que s’accroître jusqu’à devenir irrésistible avec le système de sources dont le débit est notablement insuffisant. Il en résulte une tension croissante entre la *lex lata* et la *lex ferenda* qui s’écartent sans cesse davantage dans une société en pleine mutation, et une tentation difficile à réprimer de passage de l’une à l’autre, c’est-à-dire de confusion, tant au niveau de l’affirmation (ou création) du droit, qu’à celui de son application.” VILLARY, M. *A propos de ‘lex ferenda’*. In *Le droit international – unité et diversité : Mélanges offerts à Paul Reuter*. Paris : Pedone, 1981. p.519/521.

paralela de uniformização do direito em concorrência direta com as vias ordinárias. Nessa hipótese, a internalização de compromissos políticos supostamente isenta o Estado das obrigações que teria caso o mesmo compromisso tivesse sido consolidado por meio de instrumentos formais. Ao nosso trabalho, interessa, sobretudo, a precária sistematização²⁵³ decorrente dessa pluralidade desordenada de normas.

A conjugação de todos esses fatores traz sérios obstáculos à consolidação de um quadro regulatório internacional racional e eficaz. Dentre esses obstáculos, sem prejuízo de outros, destacamos especialmente dois: um de ordem material, outro estrutural.

Como já pudemos verificar, a noção de regulador remete-nos à ideia de um ente externo ao sistema a ser estabilizado. Todavia, se nos sistemas nacionais o Estado pode muito bem desempenhar tal papel, no âmbito internacional a já mencionada inexistência de uma autoridade transnacional hierarquicamente superior aos Estados dificulta bastante essa tarefa. Além disso, muitas das entidades incumbidas da regulação no âmbito internacional, como as organizações internacionais, muitas vezes não são entes situados no exterior do setor a ser regulado, mas sim agentes situados no seu interior, atuando ativamente no mesmo mercado; fator que certamente provoca um déficit de legitimidade para exercício da regulação.

O segundo obstáculo, desta vez material, à regulação internacional, decorre desta mesma fraqueza congênita do sistema internacional. A regulação de qualquer mercado pressupõe a delimitação deste. Como muito bem observou Grau, o mercado é um ente jurídico; isto é, “institucionalizado, determinado pelo Estado. A composição de conflitos no quadro das relações de

²⁵³ “Les dispositifs de régulation ne forment pas un ensemble cohérent, formé de niveaux superposés et hiérarchisés: la régulation se développe désormais ‘dans un nouvel espace [non euclidien], conçu comme un champ ouvert et hétérogène, organisé selon des connexions multiples’. Loin de s’emboîter de manière logique, ils se caractérisent au contraire par l’*enchevêtrement*: s’inscrivant dans des espaces juridiques différents, dont l’articulation reste problématique, ils relèvent aussi d’ordres de préoccupations différents, dont la coexistence ne relève pas de l’évidence; aussi bien au niveau international (chaque organisation internationale constituant un cadre de régulation) ou au niveau européen (les Communautés européennes et le Conseil de l’Europe formant des entités distinctes) qu’au niveau national (du fait de l’essor de la régulation indépendante), il y a juxtaposition de dispositifs de régulation dotés d’une autonomie constitutive et gouvernés par une rationalité spécifique.” CHEVALLIER, J. *La régulation juridique en question*. Cit., p. 842-843.

intercâmbio reclama um grau mínimo de regulamentação estatal [...]”²⁵⁴. Transportada para a esfera externa, a problemática da definição de mercado ganha outras nuances.

Parece lógica a conclusão de que a regulação econômica em nível global inevitavelmente presume a existência de um mercado global. Nesse ponto, a tentativa de se atribuir às organizações internacionais funções regulatórias alcançou resultados díspares. Assim, não obstante as recorrentes derrogações e o irredutível impasse em alguns temas, pode-se muito bem falar de um sistema OMC. Por outro lado, na integração de elementos dotados de natural transversalidade (*e.g.* questões ambientais no âmbito comercial, defesa da concorrência), ou ainda naqueles setores compartimentados, verifica-se maior dificuldade na definição do ente regulador. O resultado é que muitas vezes a concorrência entre vários organismos, aliada à falta de coordenação entre eles, inviabiliza o estabelecimento de um quadro regulador coerente dotado de condições mínimas de homogeneidade e eficácia.

Além disso, há o caso daqueles setores em que se pode mesmo questionar a existência de um verdadeiro mercado global. Tomemos como exemplo o mercado bancário internacional ou, ainda, o de títulos. O processo de desregulamentação promoveu a interconexão dos mercados, movimento intensificado pelo avanço tecnológico. É incontestável, portanto, a internacionalização dessas atividades, mas isso implica necessariamente na criação de um mercado global nesses setores? Ou melhor, seria correto definirmos mercado global pela mera somatória dos mercados nacionais? De qualquer forma, como regular globalmente esses setores? Ou ainda, quais valores devem orientar a regulação? Na resposta a essas perguntas parecem estar alguns elementos importantes para a definição das feições que a regulação internacional deve assumir nestes casos.

²⁵⁴ “O mercado é uma instituição jurídica. Dizendo-o de modo mais preciso: *os mercados são instituições jurídicas*. [...] A exposição de Natalino Irti (1998) é incisiva: o mercado não é uma instituição espontânea, natural – não é um *locus naturalis* – mas uma instituição que nasce graças a determinadas reformas institucionais, operando um fundamento em normas jurídicas que o regulam, o limitam, o conformam; é um *locus artificialis*.” GRAU, E. R. *O direito posto e o direito pressuposto*. Cit., p. 128-129 e 272.

Finalmente, outra crítica que se faz relaciona-se mais especificamente ao emprego muitas vezes indiscriminado e desatento do termo regulação no âmbito do direito (especialmente do direito internacional), como se a confusão conceitual inerente à sua natureza não veiculasse conteúdo ideológico algum.

Vimos, na seção anterior, que o transporte de um instituto cunhado em determinado contexto social, econômico, cultural e, no caso da regulação, porque não dizer setorial, a outro contexto absolutamente diverso não se faz sem que, na passagem, modificações às vezes profundas afetem o instituto transportado, não raramente atingindo-lhe a essência. Observamos, igualmente, que a regulação internacional apresenta peculiaridades próprias a seu ambiente, o que torna a sua implementação tarefa muito mais complexa.

Pois bem, fator cada vez mais corrente é o emprego do termo regulação em setores absolutamente estranhos ao econômico. Lembremos que a regulação, seja nos Estados Unidos, seja nos países da Europa continental, ainda que apresentando contornos bem particulares, sempre pressupôs a existência de um ‘mercado’ a ser regulado. A partir disso, teóricos de orientação keynesiana preconizaram maior interferência do Estado na organização do mercado, ao passo que os liberais defenderam a desregulamentação, preconizando a regulação por meio do emprego de instrumentos autorregulatórios.

A banalização do emprego desse termo a setores sensíveis e estranhos à lógica do mercado, conquanto não completamente rechaçada, comporta naturalmente sérias reservas. Em setores como meio ambiente ou proteção aos direitos humanos a ‘regulação’ não pode e não deve substituir o direito: patamares mínimos de proteção devem ser estabelecidos por regras jurídicas inequívocas (*hard law*) que, em última análise, desempenharão o papel de elementos delimitadores dos contornos do mercado que lhes é exterior. Referimo-nos aqui não somente a elementos que pela sua natureza se situam evidentemente fora do mercado, mas também a setores que definem limites à própria atividade econômica. Caso contrário, levada a termo a aplicação da lógica do mercado aos demais

fatores da sociedade, cometer-se-ia o equívoco de atribuir às regras do mercado incumbência absolutamente estranha à sua natureza, isto é, a organização de setores cujos valores não apenas lhe escapam à compreensão, mas que também são muitas vezes opostos à sua lógica.

A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL COMO AGENTE REGULADOR

Conforme observado, o transporte da noção de regulação à esfera internacional não se fez sem que adaptações profundas fossem necessárias. Não obstante tais ajustes, conforme já dito, preocupantes questões podem ainda ser validamente formuladas acerca de temas fundamentais como a delimitação do setor a ser regulado, definição do agente regulador, etc.

Sob uma perspectiva lógica, pareceu até mesmo natural que algumas organizações internacionais reivindicassem o papel de agentes reguladores dos respectivos setores de atuação. Muitas vezes dotadas de instrumentos institucionais que favorecem sua ação, seu advento foi o mais próximo que se conseguiu chegar (nem sempre com o sucesso esperado) da concepção de um ente internacional situado fora do setor a ser regulado. O automatismo dessas conclusões encobre, no entanto, um número significativo de obstáculos extremamente complexos que têm incidência direta sobre o tema.

O primeiro apontamento que se faz refere-se à própria noção de organizações internacionais. Com efeito, essa denominação genérica oculta uma variedade de entes dotados de competência, estrutura e instrumentos de ação absolutamente diversos. Não obstante não contestemos a utilidade das teorias que tratam genericamente do fenômeno organizações internacionais, acreditamos que estudos dessa natureza são incapazes de produzir, seja uma definição conclusiva, seja uma análise válida, do papel regulador que por vezes as organizações internacionais podem desempenhar.

Segundo, ainda que acreditemos que as organizações internacionais tenham de fato se tornado não os únicos, contudo os principais agentes reguladores da economia internacional, não conseguimos vislumbrar um

método científico capaz de comprovar a correção dessa teoria (ao menos não um método aplicável a um trabalho de escopo tão limitado). Além disso, a extraordinária multiplicação das organizações internacionais com os fins mais variados dificulta ainda mais essa tarefa ao introduzir na equação o problema da fragmentação do direito internacional.

Finalmente, há que se ressaltar a diversidade de caminhos que levaram as diferentes organizações a ocupar o posto de agentes reguladores nos seus respectivos setores de atuação. No caso da OMC, por exemplo, o fato de ter criação mais recente, se comparada às organizações de Bretton Woods, certamente contribuiu para a melhor sistematização do quadro legal em que sua atividade regulatória se desenvolve. Contrariamente, o caminho que levou as organizações internacionais nascidas da Conferência de Bretton Woods à posição de agentes reguladores de parte significativa da economia internacional não parece ter sido resultado do gênio humano, mas sim o fruto de uma combinação de eventos históricos senão casuais, ao menos imprevisíveis à época de sua concepção.

Criadas no pós-guerra com atribuições e objetivos muito bem definidos, essas organizações, por uma série de razões, viram-se confrontadas à necessidade de se adaptarem a um panorama internacional em constante mutação. No caso do FMI, por exemplo, suas atribuições resumiam-se à gestão do sistema monetário internacional que acabara de ser criado²⁵⁵ e suas funções, técnicas por definição, eram consequência de um enquadramento normativo bastante rígido²⁵⁶. Nessas circunstâncias,

²⁵⁵ “The basic conception of IMF’s role that it would oversee exchange rate relationships in a ‘fixed, but adjustable’ exchange rate system. Since the purpose was to enable members to pursue domestic full employment objectives without constraint by balance of payments or resort to ‘beggar-thy-neighbor’ exchange rate policies, members to undertake not to alter their exchange rates without IMF approval, which was to be given only in the event it were determinate that there was ‘fundamental disequilibrium’ in balance of payments. When there was no ‘fundamental disequilibrium’, countries could borrow from IMF to tide them over temporary imbalances members.” KRUEGER, A. O. *Whither the World Bank and the IMF?* In NBER Working Paper, n. 6327, Cambridge, MA, NBER, 1997. Disponível em <<http://www.nber.org/papers/w6327>>. Último acesso em 13 de janeiro de 2013. p. 7.

²⁵⁶ “Os acordos de Bretton Woods possuem a particularidade de ser o primeiro tratado estabelecendo um ‘código de conduta’ aplicável às transações econômicas entre Estados. O funcionamento desse sistema *grossa modo* resumia-se à aplicação de dois princípios de base: o reconhecimento da independência nacional na formulação das políticas internas e a submissão dessas políticas ao ‘código de conduta’ adotado pelos Estados membros. Essas características nos conduziam a um sistema que apresentava, ao menos em teoria, um bom equilíbrio entre os elementos técnicos e os elementos políticos que o compunham. Em função disso, não parece um equívoco se afirmar que o traço comum do conjunto das atividades do Fundo podia ser

ainda que dotado de natural incumbência regulatória, sua liberdade de ação revelava-se consideravelmente limitada.

As mudanças nos cenários econômico e político internacionais, a partir dos anos 70²⁵⁷, alteraram significativamente as regras aprovadas em Bretton Woods. As novas regras, muito mais flexíveis (para não dizer frouxas), nitidamente representaram a passagem de um sistema antes equilibrado a um sistema puramente discricionário. O abandono do sistema de paridades fixas, em 1973, eliminou a principal missão do FMI: a fiscalização do sistema de Bretton Woods. Então, guiado por uma espécie de instinto de autopreservação, o Fundo se lançou à procura de um novo papel num sistema financeiro internacional em plena metamorfose.

No coração dessa formidável mutação institucional encontramos a condicionalidade: instrumento desde então essencial ao mecanismo de funcionamento do FMI²⁵⁸. Apresentada a cada etapa desse processo como uma consequência inevitável, quase um efeito natural dessas transformações, a condicionalidade deu assim novas feições ao Fundo. Por meio dela, essa instituição assumiu um papel muito mais pronunciado de ente regulador; uma deriva que o orientaria diretamente ao coração do domínio político²⁵⁹.

No caso do Banco Mundial, a transformação foi ainda mais profunda. Lembremos que, contrariamente ao que fora concebido com

definido como o desejo de promover e salvaguardar o mencionado código.” MIRANDA, L. R. de. *Les lettres d'intention au FMI*. Cit., p. 208.

²⁵⁷ “The Fund was conceived as a monetary institution charged with supervising international monetary arrangements. Its lending powers were designed to support its ability to contribute to that end by helping its members respond to payments deficits without measures destructive of national or international prosperity [...] In the 1970s the Fund became much more a lender of last resort, avoided except *in extremis*, in consequence of the interaction between the ill-repute with which it had come to be regarded in many of the major capital importing countries and the ready availability of loans from commercial banks”. WILLIAMSON, J. *The lending policies of the International Monetary Fund*. In IMF Conditionality, Washington: Institute for International Economics, 1983. p. 607-608.

²⁵⁸ “Bien que le premier accord contenant des conditions date de 1954 (accord *stand-by* célébré avec le Pérou) et que l'apparition des premiers critères de réalisation (*performance criteria*) soit déjà enregistrée en 1957 (accord *stand-by* célébré avec le Paraguay), l'emploi habituel des conditions et des critères de réalisation dans les accord *stand-by* ne se vulgarise qu'au cours de la décennie suivante. Pendant cette période, la conditionnalité évolue graduellement, et ce changement est illustré par la standardisation des critères de réalisation dans les arrangements de tranches supérieures. Sa progression suit une trajectoire linéaire tout au long des années 70. En 1979, après une révision exhaustive, le cadre légal élaboré en 1968 est consolidé sous la forme d'une directive concernant l'application de la conditionnalité dans les arrangements financiers sponsorisés par le FMI (*Guidelines on conditionality for the use of the Fund's resources and for stand-by arrangements*).” MIRANDA, L. R. de. op. cit., p. 187-188.

²⁵⁹ Idem, *ibidem*, p. 208-210.

relação ao FMI, nunca se pretendeu fazer do BIRD uma instância reguladora. Conforme será mais bem detalhado na segunda parte, o principal propósito de sua criação consistia na reconstrução dos países (notadamente europeus) destruídos pela guerra. Mesmo se considerarmos o tema desenvolvimento (seu segundo propósito), a sua noção, na época ainda incipiente, não permitia maiores divagações teóricas, redundando as políticas de desenvolvimento patrocinadas pelo Banco em mera transferência de capital²⁶⁰.

Contudo, poucas vezes na história uma época relativamente tão curta como o período que se estendeu do final da guerra à queda dos regimes comunistas foi cenário de transformações tão drásticas. Essas mudanças reconfiguraram as feições do mundo tal qual conhecido. O Banco, confrontado com desafios cada vez mais audaciosos, irremediavelmente teve que se adaptar ao novo cenário, sob pena de se tornar irrelevante²⁶¹. Esse processo de emergência do Banco como principal instituição de desenvolvimento do mundo foi marcado pela interveniência de inúmeros fatos históricos e processos paralelos.

O primeiro desses elementos (incidente, contudo não relacionado direta ou exclusivamente ao Banco) foi o reconhecimento da personalidade jurídica das organizações internacionais, advento que consolidou esses entes como pessoas jurídicas de direito público internacional, conferindo-lhes os instrumentos necessários para o desempenho de suas funções regulatórias²⁶².

²⁶⁰ “Finally, insofar as the Bretton Woods delegates considered the question specifically, they saw no reason to distinguish those policies relating to trade, payments, and capital flows that were considered to be favorable to the growth and prosperity of the developed countries of the world from those favorable to less developed countries. In fact the distinction between developed and less developed and between north and south – the special problems of the ‘third world’ – had scarcely swum into the ken of postwar planners.” MASON, E. S.; ASHER, R. E. *The World Bank since Bretton Woods*. Washington: The Brookings Institute, 1973. p. 4.

²⁶¹ “Put differently, if the Bank could no longer buy itself a ‘seat at the policy table’ in the old-fashioned way, would it tend to fall out of not only policy game but the development game more generally? This remains a live question.” KAPUR, D.; LEWIS, J.; WEBB, R. C. *The World Bank: its first half century*. Washington: Brookings Institution Press, 1997 p. 5.

²⁶² “A personalidade internacional torna-se um ‘elemento indispensável para a realização de seus propósitos’, permite-lhe assumir novas funções e desenvolver e expandir seu campo de atuação, e, na pertinente advertência de um especialista, ‘imuniza a Organização contra os ataques dos Estados’.” TRINDADE, A. A. C. *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981. p. 89.

Concebidas inicialmente como meras extensões dos desígnios de seus membros²⁶³, não se imaginava, até a metade do século XX, que organizações internacionais pudessem ser dotadas de personalidade jurídica internacional²⁶⁴. A assimilação até então inexorável entre personalidade jurídica e soberania assegurava somente aos Estados, únicos entes dotados de soberania, os atributos da personalidade jurídica no âmbito internacional²⁶⁵.

Esse panorama viria a se alterar exatamente em função de uma decisão da Corte Internacional de Justiça, ironicamente ela mesma um órgão judiciário de uma organização internacional. Chamada a se pronunciar no parecer consultivo de 11 de abril de 1949, em caso versando sobre as reparações de danos sofridos enquanto a serviço da ONU (*Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* ou simplesmente *Reparation for injuries Case*), a CIJ, numa de suas mais célebres decisões, enfrentou o tema da personalidade jurídica internacional, dando-lhe nova interpretação. Ao seguir claramente o mesmo raciocínio que no âmbito do direito interno confere personalidade jurídica à pessoa jurídica, habilmente a Corte, sem equiparar juridicamente organizações

²⁶³ “L’anarchie, qui résulte de la juxtaposition des souverainetés au plan international, ne facilite pas la coopération. Les Etats ont cherché à remédier à la carence institutionnelle de la société internationale, sans toutefois renoncer au système interétatique classique dans lequel ils voient le meilleur garant de la souveraineté”. N. Q. DINH, P. DAILLIER, A. PELLET. *Droit international public*. Cit., p. 65. “Comme dans la conférence, les gouvernants ne voudraient voir dans l’organisation qu’un simple cadre ouvert à leurs rencontres, non une entité détachée de ceux qui l’ont créée. [...] Lorsqu’ils créent une organisation de coopération, les Etats veulent qu’elle ne fonctionne qu’avec leur accord. Dans la meilleure des hypothèses à leur yeux, elle est le siège de cet accord, mais s’il est inévitable que toute institution entraîne un minimum d’existence propre aux structures qu’elle suppose, il reste souhaitable pour eux que cette vie des organes soit subordonnée à la volonté de leurs créateurs étatiques. On ne saurait dire qu’ils n’y parviennent pas, mais leur volonté n’est pas la seule à animer l’organisation et ils ont à compter avec la volonté propre de celle-ci. Elle résulte d’un phénomène tout à la fois sociologique et juridique, qui s’exprime au triple plan de la permanence des organes, de leurs compétences et de leur autorité.” DUPUY, R-J. *État et organisation internationale*. Cit., p. 16-22.

²⁶⁴ “D’une toute autre difficulté était la reconnaissance à ces organisations de la capacité d’agir sur la scène du droit international, c’est-à-dire de la personnalité internationale, car cela posait un défi au caractère interétatique attribué depuis des siècles à l’ordre juridique internationale.” WEIL, P. *Le droit international en quête de son identité*. Cit., p.102.

²⁶⁵ “En droit international classique et, jusqu’à cet avis de 1949 dans lequel la Cour internationale de Justice fut invitée à examiner la question de savoir si l’Organisation des Nations Unies était ou non dotée de personnalité juridique internationale, l’essentiel de la doctrine en restait à une perception univoque: de même que la souveraineté ne se partage pas, la personnalité juridique internationale, principal attribut de l’Etat souverain dans l’ordre international, était considérée soit comme intégrale, si l’on était en présence d’un Etat, soit comme inexistante si tel n’était pas le cas.” DUPUY, P-M. *L’unité de l’ordre juridique international*. Cit., t. 297, p. 107-108.

internacionais a Estados²⁶⁶, acabou promovendo a cisão da até então tradicional assimilação entre soberania e personalidade jurídica internacional²⁶⁷. Retomado pela doutrina, o entendimento da CIJ propagou-se e, a despeito das resistências iniciais confinadas a algumas poucas escolas²⁶⁸, consolidou-se com o tempo²⁶⁹.

Conquanto essencial à prática da atividade regulatória, o mero reconhecimento da personalidade jurídica das organizações internacionais não se consubstanciava *per se* em elemento definidor de seu status de agente regulador. No caso do Banco, outros eventos também contribuiriam decisivamente à evolução de sua atividade reguladora. De maneira direta, o principal elemento que influenciou as mutações sofridas pelo Banco foram as transformações materiais da própria noção de desenvolvimento.

Em breves linhas, a consolidação da ideia de desenvolvimento estabeleceu-se num contexto de intensos combates políticos, de formação da ordem econômica internacional, de busca pela paz e de conscientização

²⁶⁶ “That is not the same thing as saying it [ONU] is a State, which it certainly is not.” ICJ, Reports. 1949, p. 179.

²⁶⁷ “Or, dans ce qui reste l’une de ses créations prétoriennes les plus fondamentales, la Cour montre l’étroitesse et la rigidité d’une telle conception. Elle affirme sereinement une évidence, que seule l’association exclusive de la personnalité juridique à la souveraineté étatique avait empêché la doctrine positiviste classique de voir ‘Les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l’étendue de leurs droits, et leur nature dépend des besoins de la communauté’ CIJ, Recueil 1949, p. 178.” DUPUY, P-M. *L’unité de l’ordre juridique internationale*. Cit., p. 108.

²⁶⁸ Notadamente entre os italianos, até os anos 60, os seguidores da escola de Nápoles, e alguns teóricos da escola soviética: “The proposition that international organizations can be, and many are, subjects of international law is, at present, essentially generally recognized, and disputes with regard to this question can be regarded as the legacy of history. In Soviet international legal literature only a few writers continue to adhere to the view, which was predominant in Soviet literature until the mid-1950s, that international organizations are not subjects of international law. Thus, Professor V. Shurshalov maintains in a recently published book, *Mezhdunarodnye pravootnosheniia*, that international organizations are not subjects of international law but are subjects of international relations.” TUNKIN, G. I. *Theory of international law*. Cit., p. 357.

²⁶⁹ PASTOR RIDRUEJO, J. A. *Le droit international à la veille du vingt et unième siècle : normes, faits et valeurs* (RCADI 1998, T. 274, pp. 9-308), p. 110; ZEMANEK, K. *The legal foundations of the international system*. Cit., t. 266, p. 88; HENKIN, L. *International Law: politics, values and functions*. (RCADI-1989-IV, T. 216, pp. 9-416) p. 34-35; WEIL, P. *Le droit international en quête de son identité*. Cit., p. 100; FITZMAURICE, Sir G. *The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law*. (RCADI-1957-II, T. 92, pp. 1-227), p. 10; DINH, N. Q.; DAILLIER, P.; PELLET, A. *Droit international public*. Cit., p. 571; CASSESE, A. *International Law*. Cit., p. 135; DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M. *Les organisations internationales*. Paris: Economica, Collection Droit International, 2002. p. 32; DUPUY, P-M. *Droit international public*. Cit. p. 253; MELLO, C. D. de A. *Curso de direito internacional público*. Cit., p. 601 et seq.; ACCIOLY, H.; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, P. B. *Manual de direito internacional público*. Cit., p. 225; TRINDADE, A. A. C. *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*. Cit., p. 188; entre outros.

dos graves problemas provocados pela pobreza²⁷⁰. As primeiras grandes teorias econômicas sobre o tema, naturalmente formuladas nos moldes do bem sucedido Plano Marshall, preconizavam largas transferências financeiras em benefício dos países em desenvolvimento. Essa volumosa injeção financeira interromperia o “círculo vicioso da pobreza²⁷¹” e proporcionaria a “decolagem econômica²⁷²” dos países em desenvolvimento. Em sua essência, essa abordagem meramente quantitativa do desenvolvimento apreendia-o como processo histórico linear.

Em oposição a essa corrente, os teóricos chamados terceiro-mundistas partiam essencialmente da constatação de uma tendência secular à degradação de termos de troca dos produtos primários (Prebisch). Essa característica estaria na origem da corrente estruturalista das teses de dependência organizadas em torno da ideia de herança estrutural de dominação exterior²⁷³. Para esses teóricos, dentre os quais citamos, de forma não exaustiva, Gunter Frank, Suzan George, Samir Amin, Celso

²⁷⁰ Tão logo desembarçados da letargia colonial, os países em desenvolvimento (então chamados de países do terceiro mundo) uniram-se em torno de uma causa comum. As demandas por assistência da comunidade internacional em prol do desenvolvimento passaram a multiplicar-se nas mais variadas esferas, institucionalizadas (CNUCED, 1964) ou não (as grandes Conferências dos países em desenvolvimento: Bandoung, 1955; Belgrado, 1961; Cairo, 1964; Lusaka, 1970; Argel, 1973; Colombo, 1976; Havana, 1979; Nova Déli, 1983; Harare, 1986). PELLET, A. *Le droit international du développement*. Paris : P.U.F., 1987.

²⁷¹ “La formule de Ragnar Nurkse selon laquelle ‘un pays est pauvre parce qu’il est pauvre’ (1953) reflète une idée commune. Le sous développement est un cercle vicieux. L’épargne est insuffisante car le revenu est bas; celui-ci est bas car l’accroissement de la production bute sur les imperfections du marché, sur le manque de capitaux, sur l’absence de stimulants pour l’investissement [...]” ASSIDON, E. *Les théories économiques du développement*. Paris, La Découverte, Coll. Repères, 2000. p. 12.

²⁷² Segundo Walt Rostow (1960), o desenvolvimento seria composto por cinco etapas: tradição, transição, decolagem, maturidade e consumação intensiva. A decolagem produzir-se-ia graças a um forte aumento da taxa de investimento, iniciando uma dinâmica inercial do crescimento. A passagem sucessiva de uma sociedade tradicional (organização estável e rígida, poder político tipo feudal, produção limitada); a preparação para a decolagem (caracterizada pelo desenvolvimento da agricultura lucrativa, estabelecimento do Estado centralizado, amadurecimento de novos conceitos, aparecimento de empresários); a decolagem (desaparecimento dos obstáculos sociopolíticos ao crescimento, aumento das taxas de investimento ultrapassando o piso de 10% e crescimento de setores estratégicos); o mercado em caminho de maturidade (o progresso técnico permite o aparecimento de indústrias mais diversificadas, o setor agrícola libera grande parte de sua mão de obra); por fim, o consumo intensivo (aumento do setor terciário, difusão de bens de consumo duráveis, aumento da publicidade e de novas técnicas comerciais que suscitam novas demandas). A partir desse esquema, outras teorias estabeleceram-se: algumas, como as de Chenery, preconizando a implementação de forte ajuda internacional em substituição aos fracos níveis de poupança interna; outras, como as de Hirschman, preconizando o crescimento polarizado (polos de desenvolvimento). TEULON, F. *Les pays en développement*. Paris: Hachette, Coll. Les Fondamentaux, 1999. p. 17.

²⁷³ Segundo os estruturalistas, o subdesenvolvimento não se constituiria numa etapa necessária do processo de desenvolvimento das economias capitalistas modernas. Furtado o identificaria como um processo peculiar: o resultado da penetração de empresas capitalistas modernas no interior de estruturas arcaicas. FURTADO, C. *Desenvolvimento e subdesenvolvimento*. In Cinquenta anos de pensamento na CEPAL (volume I). Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 239–262. p. 184.

Furtado e Raúl Prebisch, o terceiro mundo seria a periferia do centro constituído pelos países desenvolvidos. Tendo em vista essa perpetuação da dominação colonial, preconizava-se o desenvolvimento autocentrado. A partir desses eixos teóricos, a industrialização – que supostamente acarretaria profundas reformas estruturais – passou a ser considerada a única via capaz de conduzir os países “subdesenvolvidos” ao desenvolvimento, que seria então obtido por meio de uma nova inserção no mercado mundial. A consolidação prática dessas teorias, em países como Brasil, Índia e Argélia, preconizou a orientação dos fluxos de investimento ao financiamento de infraestrutura e indústria pesada, setores presumidamente capazes de mobilizar o crescimento da economia em seu conjunto.

Todavia, se na fase inicial do “*big push*” pôde-se notar certo consenso em torno do papel do financiamento externo como motor do desenvolvimento, em seguida, as estratégias desenvolvimentistas não foram tão consensuais²⁷⁴. Foi nesse panorama de proliferação de sistemas planificados e multiplicação de Estados de bem-estar social, tudo isso imerso num ambiente caracterizado por um extremo etnocentrismo, que se estabeleceram as estratégias mais intervencionistas. A partir dessa tendência, uma ruptura política e institucional, segundo Paul Baran, permitiria ao Estado autofinanciar-se, produzindo, ele mesmo, a mais valia²⁷⁵.

Os anos 70, por sua vez, foram marcados por uma visão mais crítica. Em contraste com a abordagem quantitativa que orientara o período anterior, a abordagem qualitativa²⁷⁶ do desenvolvimento caracterizou-se

²⁷⁴ “[...] alors que la plupart des économistes libéraux anglo-saxons cantonnaient l’Etat à un rôle d’allocation efficiente des investissements dans une économie ouverte, les hétérodoxes européens recommandaient un interventionnisme étatique accru dans un secteur industriel protégé.” PETITEVILLE, F. *Les figures mythiques de l’Etat dans l’économie du développement*. in *Revue Problèmes économiques*, – n° 2587, octobre 1998 – p. 14–20. p. 15.

²⁷⁵ “Cette thèse va justifier la vague des nationalisations des années soixante: de nombreux pays spécialisés dans les productions primaires, se réclamant socialistes ou pas, nationaliseront la propriété des principaux secteurs d’exportation (exploitation pétrolière et minière, commercialisation des produits agricoles) s’appropriant ainsi une rente ou un profit commercial. ” ASSIDON, E. *Les théories économiques du développement*. Cit., p. 18.

²⁷⁶ “Former les hommes devient la priorité: il faut lutter contre la pauvreté, particulièrement la pauvreté rurale. Théoriciens: Lewis, Crosswel, Adelman.” TIMMER, P. *Quel modèle de développement*. (in *Problèmes économiques*, n° 2480, jul. 1996, pp. 1–4) p. 2.

pela conscientização dos problemas causados pela pobreza no mundo. A partir de então, os programas de desenvolvimento seriam reorientados à satisfação das necessidades fundamentais da população e à sua formação. Passou-se a enfatizar a saúde e a educação, redirecionando os investimentos à agricultura – em busca da autossuficiência alimentar – e a amplos programas educacionais.

No entanto, o desvirtuamento da finalidade da “ajuda ao desenvolvimento” – constantemente utilizada como instrumento político durante a guerra fria – e a degradação do nível de vida nos países mais pobres suscitaram crescentes questionamentos acerca de sua real eficácia. O processo de endividamento dos países em desenvolvimento, a reavaliação da eficácia da “ajuda programa” e seu recuo em relação a outros aportes financeiros caracterizaram o final dos anos 80 e início dos anos 90.

A evolução da noção de desenvolvimento é, portanto, o eixo principal sobre o qual o Banco gradualmente se desenvolveu, institucional e funcionalmente. Todavia, para que esse quadro evolutivo ganhe feições mais definitivas, outro elemento paralelo, contudo diretamente incidente sobre a temática desenvolvimentista, deve ser adicionado à equação: a internacionalização da atividade financeira.

Com efeito, muito embora se possa identificar no crescimento do mercado de eurodólares²⁷⁷ a gênese do mercado financeiro internacional, esse não encontrou sua maturação sem antes passar sucessivamente pelas etapas de desenvolvimento do mercado bancário internacional, do mercado internacional de títulos, pelo processo de desregulamentação dos mercados financeiros e, por fim, pelo advento dos mercados emergentes²⁷⁸.

Numa época de taxas de juros bastante baixas, graças à abundância de fundos provenientes da reciclagem dos petrodólares, e de percentuais de inflação igualmente reduzidos, países importadores de petróleo, sobretudo

²⁷⁷ “L’eurocrédit est un prêt non-commercial à moyen terme, libellé en une monnaie indépendante des nationalité des prêteurs et des emprunteurs et financé par des ressources à vue ou à court terme empruntées sur le marché des eurodevises.” DROUIN, M. *Le système financier international*. Paris: Armand Colin, 2001. p. 72. “Les eurodevises désignent, depuis les années 50, des capitaux déposés dans des banques implantées hors du pays d’émission de la monnaie dans laquelle ces avoirs sont libellés [...]. Les eurodollars, par exemple, désignent des fonds en dollars détenus dans des banques localisées hors des Etats-Unis.” SCANNAVINO, A. *Les marchés financiers internationaux*. Paris: Dunod, 1999. p. 9.

²⁷⁸ DELLA GASPERA, S. *Trente ans de déréglementation financière*. (In *Bourse et Marchés Financiers, Cahiers Français*, n° 301, mar./abr. 2001, p. 64–72). p. 64.

países em desenvolvimento, foram incitados a se endividar a taxas reais de juros muitas vezes negativas²⁷⁹. Nesse período de triunfo da economia do endividamento o mercado bancário internacional desempenhava plenamente seu papel de intermediário financeiro²⁸⁰.

Contudo, algumas mudanças no cenário internacional alteraram completamente esse panorama²⁸¹. O aumento repentino das taxas de juros extinguiu o principal motor da economia de endividamento²⁸². No plano geográfico os fluxos de investimento, anteriormente orientados no eixo Norte-Sul, redirecionaram-se aos Estados Unidos²⁸³. Tudo isso, inserido numa conjuntura extremamente negativa caracterizada pela baixa do preço dos produtos primários no mercado internacional, produziu o que se chamou a crise da dívida nos países em desenvolvimento²⁸⁴.

²⁷⁹ Pode-se, evidentemente, buscar as raízes longínquas dessa crise nas políticas intervencionistas que deram suporte à estratégia de substituição de importações nas décadas de 1950-1960. De maneira mais imediata, o primeiro choque do petróleo, ocorrido no início dos anos 1970, ocorreu num cenário em que a conjugação de três fatores – alto valor dos produtos primários no mercado internacional, baixas taxas de juros no mercado internacional e enorme liquidez propiciada pela reciclagem dos petrodólares – incitava o endividamento a taxas de juros muitas vezes negativas. Essa estratégia permitia aos países em desenvolvimento manter sua política expansionista, contudo não sem consequências: “These loans – in effect temporary transfers of tradeable goods – helped register a much less pronounced fall in growth rates in the immediate aftermath of a shock, but allowed their current account deficits to grow almost tenfold, on average, from 1973-1981”. FERREIRA, F. H. G.; KEELY, L. C. «*The World Bank and Structural Adjustment: lessons from the 1980*» (in *The World Bank: Structure and policies*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pp. 159-189)p. 161-162.

²⁸⁰ “La notion ‘d’économie d’endettement’ est due à J. R. Hicks (*The crisis is Keynesian Economics*, 1974) qui l’opposait à ‘l’économie de marché’. Une économie d’endettement est une économie dans laquelle les agents économiques à besoin de financement (normalement les entreprises, parfois l’Etat) financent ce déficit en ressources en s’adressant principalement aux intermédiaires financiers. A l’inverse, dans une économie de marché financier les agents à besoin de financement font plus appel aux émissions de titres sur les marchés financiers.” JEANNENEY, S. G. *Monnaie et finances*. Paris: PUF, 1998. p. 53.

²⁸¹ “Dès 1980, les pays de l’OCDE mettent la lutte contre l’inflation au premier rang de leurs priorités en opérant un resserrement de leur politique monétaire. Afin de casser la spirale inflationniste des Etats-Unis, le FED (*Federal Reserve*), à partir de la fin des années 70, adopte une nouvelle orientation d’inspiration monétariste à travers un contrôle très strict de la quantité de monnaie en circulation. Ce choix induit un renchérissement très rapide du loyer de l’argent qui se diffuse à tout le système financier international et les taux d’intérêt réels aux Etats-Unis passent de (-0,5%) en 1976 à (6,5%) en 1981[dados do Banco Mundial, 1982].” MIRANDA, L. R. de. *Le processus de libéralisation financière: les leçons du Brésil du Chili et de l’Argentine. Mémoire* apresentado para obtenção do DEA - *Diplôme d’Études Approfondies* em direito em direito e financiamento do desenvolvimento. Institut du Droit de la Paix et du Développement – Université de Nice Sophia Antipolis, 2002. p. 9-10.

²⁸² DROUIN, M. Le système financier international. Cit., p. 99.

²⁸³ “Les deux tiers des flux internationaux se sont limités à des transferts entre le Japon et les Etats-Unis dans les années 80 (financement par le Japon du déficit courant américain).” D’ARVISENET, Philippe ; PETIT, Jean-Pierre., *Economie internationale: la place des banques*. Cit., p. 95.

²⁸⁴ O segundo choque do petróleo aconteceu em conjuntura mundial bem diferente daquela vista à ocasião do primeiro. Assim, em ambiente de baixo crescimento, redução do comércio internacional, valorização do dólar, recuo dos preços dos produtos primários e, sobretudo, altas taxas de juros, o recurso ao endividamento tornou-se impossível nos anos 80.

À ocasião do segundo choque do petróleo (1979), as circunstâncias haviam se alterado abruptamente, solapando as premissas que permitiram o financiamento do déficit dos países em desenvolvimento no mercado internacional. A queda do valor das *commodities*²⁸⁵ no mercado internacional corroeu a credibilidade financeira dos países em desenvolvimento ao mesmo tempo em que a adoção de uma política monetária mais restritiva²⁸⁶ pela administração Reagan provocou o aumento generalizado das taxas de juros globais. Paralelamente, a recessão nos países industrializados acentuou ainda mais a crise nos países em desenvolvimento que tiveram que lidar com quedas na demanda, assim como no valor de suas exportações. Diante de tal cenário, não demoraria muito para que a situação financeira desses países se tornasse insustentável e que os fluxos financeiros em sua direção praticamente cessassem. Isto ocorreu em agosto de 1982, quando o México, incapaz de honrar o serviço de sua dívida, solicitou a sua renegociação.

A crise do sistema bancário internacional e o vigoroso desenvolvimento do sistema financeiro internacional inauguraram assim um novo capítulo no financiamento do desenvolvimento. Considerada uma corrente ordinária no campo acadêmico da ciência econômica, até o começo dos anos 80, o neoclassicismo liberal conheceu claro crescimento com a crise financeira nos países do sul e a difusão dos programas de ajuste estrutural. O discurso neoliberal emblemático nas proposições do Consenso de Washington²⁸⁷ – a crítica aos Estados do terceiro mundo por

²⁸⁵ “A weighted index of real (non-oil) commodity prices tumbled from 121 in 1977 to 81 in 1982 (1980=100), compounding the decline in terms of trade for most developing countries”. D’ARVISENET, Philippe ; PETIT, Jean-Pierre., *Economie internationale: la place des banques*. Cit., p. 163.

²⁸⁶ “Dès 1980, les pays de l’OCDE mettent la lutte contre l’inflation au premier rang de leurs priorités en opérant un resserrement de leur politique monétaire. Afin de casser la spirale inflationniste des Etats-Unis, le FED (*Federal Reserve*), à partir de la fin des années 70, adopte une nouvelle orientation d’inspiration monétariste à travers un contrôle très strict de la quantité de monnaie en circulation. Ce choix induit un renchérissement très rapide du loyer de l’argent qui se diffuse à tout le système financier international et les taux d’intérêt réels aux Etats-Unis passent de (0,5%) en 1976 à (6,5%) en 1981[dados do Banco Mundial, 1982].” MIRANDA, L. R. de. *Le processus de libéralisation financière: les leçons du Brésil du Chili et de l’Argentine*. Cit., p. 9-10.

²⁸⁷ “Le ‘consensus de Washington’. Dû à Williamson, il désigne l’ensemble des recommandations des organisations internationales (Fonds monétaire international, Banque mondiale) vis-à-vis des pays en voie de développement pour rétablir les équilibres interne et externe et pour accélérer la croissance. Les recommandations portent sur la réduction des déficits budgétaires, l’élimination des subventions, l’affectation des dépenses publiques en faveur de l’éducation, de la santé et de l’infrastructure, la libéralisation du secteur financier, la fixation d’un taux de change compétitif, la libéralisation des échanges,

seu dirigismo, hipertrofia, impotência, e caráter patrimonialista e parasitário – sintetiza bem o pensamento desse novo período.

Os programas de ajuste estrutural patrocinados em conjunto pelo FMI e pelo Banco Mundial naturalmente promoveram maior envolvimento de ambos nos assuntos internos de seus membros. Assim, se por um lado a transformação do Banco numa instância dotada de poder regulador pode ser definida como um processo contínuo de evolução, por outro os programas de ajuste estrutural podem sem dúvida alguma ser identificados como um dos marcos, senão o marco fundamental, dessa transformação.

A partir dessa incrível evolução da noção de desenvolvimento compreendem-se bem os motivos que levaram o Banco a se adaptar a esse novo cenário. Assim como já ocorrera com o FMI, o instrumento utilizado para pôr em prática as políticas preconizadas pelo Banco foi a condicionalidade embarcada em seus acordos. No entanto, assim como aconteceu com o FMI, na medida em que os problemas estruturais nos países em desenvolvimento se mostravam cada vez mais complexos, inevitavelmente a linha divisória que separava os assuntos de competência do Banco e os assuntos internos do país-membro ficava também cada vez menos nítida.

Nesse ponto, independentemente das críticas que se possa com razão formular à ação do Banco, deve-se também ponderar o teor muitas vezes contraditório das demandas a ele submetidas. Ao mesmo tempo em que países membros e a sociedade civil o criticam pela intervenção indevida nos assuntos internos dos países que auxilia, também não faltam vozes a preconizar uma ação mais audaciosa do Banco no que concerne à integração de temas como proteção do meio ambiente e defesa dos direitos humanos aos programas econômicos que patrocina; conduta que, na prática, implica a mesma interferência, tão duramente condenada, nos assuntos internos de seus membros²⁸⁸.

l'encouragement de l'investissement direct étranger, la privatisation, la déréglementation de l'économie, et une meilleure définition des droits de propriété." WALLERSTEIN, I. *C'était quoi, le Tiers monde?* (in *Problèmes économiques*, n° 2684, out. 2000, pp.1-5). p. 2-3.

²⁸⁸ "The Bank recently celebrated its fiftieth anniversary. It has always been controversial. Throughout its life it has been seen variously as: promoting statist and socialist regimes and as imposing free market ideologies; as having far too little money to lend and as being profligate with taxpayer's funds; as being an arm of the US Treasury; and as being an institution which can protect aid allocations from donor government

Em temas como o financiamento de projetos (*project finance*) envolvendo países em desenvolvimento, melhor detalhado nos próximos capítulos, veremos como condicionalidade e diversificação institucional permitiram ao Grupo Banco Mundial surgir como um dos principais agentes reguladores desse processo, intervindo em cada etapa da vida do projeto. Mas se o papel regulador das Instituições Financeiras Internacionais (IFIs) é hoje um dado concreto, menos evidente é a racionalidade que move suas ações.

2.3 A racionalidade da regulação

Já em Tocqueville, o potencial conflito entre a figura do cidadão e a do indivíduo fazia-se claro²⁸⁹. Bauman retoma essa oposição para destacar como os ‘espaços públicos’ foram gradativamente preenchidos com demandas individuais, esvaziando-se dos discursos políticos qualquer consideração à ordem coletiva:

A mesa foi virada, por assim dizer: a tarefa da teoria crítica foi invertida. Essa tarefa costumava ser a defesa da autonomia privada contra as tropas avançadas da “esfera pública”, soçobrando sob o domínio opressivo do Estado onipotente e impessoal e de seus muitos tentáculos burocráticos ou réplicas em escala menor. Hoje a tarefa é defender o evanescente domínio público, ou, antes, reequipar e repovoar o espaço público que se esvazia rapidamente devido à deserção de ambos os lados: a retirada do “cidadão interessado” e a fuga do poder real para um território que, por tudo que as instituições democráticas existentes são capazes de realizar, só pode ser descrito como

agendas. Those on the left (see Wade, 1990) have viewed it as an imperialist institution for imposing one view of the development process, and have also criticised its record on the environment, poverty reduction and other social issues. Those on the right (see Walters, 1994) have also argued that it is a hangover from the interventionist early post-war era, that what it does is overly political (although what is identified as worrying is different from vexes those on the left), that it interferes with the operation of effective market-led economic development and that it should be shut down.” GILBERT, C. L.; VINES, D. The World Bank: an overview of some major issues. In: *The World Bank: Structure and policies*. Cit., p. 10-11.

²⁸⁹ “E assim há outro obstáculo: como Tocqueville há muito suspeitava, libertar as pessoas pode torná-las *indiferentes*. O indivíduo é o pior inimigo do cidadão. O ‘cidadão’ é uma pessoa que tende a buscar seu próprio bem-estar através do bem-estar da cidade – enquanto o indivíduo tende a ser morno, cético ou prudente em relação à ‘causa comum’, ao ‘bem comum’, à ‘boa sociedade’ ou à ‘sociedade justa’. Qual é o sentido de ‘interesses comuns’ senão permitir que cada indivíduo satisfaça seus próprios interesses?” BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*. Cit., p. 45.

“espaço cósmico”. Não é mais verdade que o “público” tente colonizar o “privado”. O que se dá é o contrário: é o privado que coloniza o espaço público [...] ²⁹⁰

Conforme observado ao longo do capítulo precedente, o individualismo não é um elemento novo na sociedade ocidental. Suas raízes já eram claramente perceptíveis entre os valores que orientaram as revoluções do século XVIII. Nesse aspecto, a novidade dessa nova era parece muito mais ter sido o fim das grandes dicotomias que caracterizavam a era moderna, contendo o individualismo dentro de uma esfera de ação delimitada. Uma vez livre desses freios, sua penetração no interior da máquina estatal promoveu a apropriação do espaço público pelo indivíduo, expurgando do cenário político qualquer referência estranha à satisfação econômica.

Como era de se esperar, a “nova” modernidade não se desfez totalmente dos antigos sólidos, apenas aperfeiçoou-os para que, livre dos embaraços da antiga ordem, pudessem ser eficazmente reutilizados na satisfação dos interesses particulares²⁹¹. Ao discorrer sobre o que chama de sociedade de informação, Kumar, de forma bastante perspicaz, assinala que

Seus objetivos e efeitos são rigorosamente definidos pelos objetivos tradicionais das elites políticas e econômicas: expandir o poder do Estado, tanto contra seus próprios cidadãos quanto contra outras nações, e aumentar a produtividade e os lucros das empresas capitalistas, sobretudo através da criação de um mercado global integrado²⁹².

Outra não é, também, a visão de Beck acerca desse fenômeno. Ao analisar os efeitos do que denomina globalismo²⁹³, pondera que sua essência foi o

²⁹⁰ BAUMAN, Z. op. it., p. 49.

²⁹¹ “Lembremos, no entanto, que tudo isso seria feito não para acabar de uma vez por todas com os sólidos e construir um admirável mundo novo livre deles para sempre, mas para limpar a área para *novos e aperfeiçoados sólidos*.” Idem, *ibidem*, p. 9.

²⁹² KUMAR, K. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2006. p. 71.

²⁹³ “Globalismo designa a concepção de que o mercado mundial bane ou substitui, ele mesmo, a ação política, trata-se portanto da ideologia do império do mercado mundial, da ideologia do neoliberalismo. O procedimento é monocausal, restrito ao aspecto econômico, e reduz a pluridimensionalidade da globalização a uma única dimensão – a econômica –, que, por sua vez, ainda é pensada de forma linear e deixa todas as

extermínio da distinção fundamental entre economia e política, e a conseqüente redução da racionalidade estatal à mera racionalidade econômica²⁹⁴.

Stigler, por sua vez, em sua teoria da captura, nada mais faz que dar concretude a esse fenômeno ao expor a natureza ambígua do relacionamento desenvolvido entre o agente regulador e atores do mercado. Segundo esse autor, a regulação constituir-se-ia no instrumento encontrado por alguns atores para garantir o controle sobre determinada parcela do mercado em que atuam²⁹⁵. A regulação, a partir disso, seria o produto de uma demanda latente feita por poderosos grupos de interesse atuando em determinado mercado.

Contudo, os efeitos das mencionadas transformações sociais não param por aí. Conforme se viu, o transporte da noção de regulação do campo econômico, primeiro para o campo jurídico, posteriormente para o direito internacional, provocou a relativização de algumas convenções outrora consolidadas. Nunca se pretendeu, de fato, no âmbito econômico, promover a assimilação entre regulação e direito. Muito embora o direito seja reconhecidamente um dos instrumentos regulatórios mais eficazes de que o Estado pode lançar mão enquanto agente regulador, ele não é, entretanto, o único. A confusão conceitual começa quando, no campo jurídico, sobretudo no âmbito do direito internacional, essa diferenciação bastante clara entre direito e regulação se faz mais e mais opaca. Logo, o descuido no manuseio de um termo de grande complexidade possibilita a aproximação e em seguida a assimilação de duas noções pertencentes a universos regidos por valores absolutamente diversos.

outras dimensões – relativas à ecologia, à cultura, à política e à sociedade civil – sob o domínio subordinador do mercado mundial.” BECK, U. *O que é Globalização?* Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Cit., p. 17-28.

²⁹⁴ “A tarefa primordial da política – que consiste na delimitação e no estabelecimento de condições para os espaços públicos, sociais e ecológicos, dos quais a atuação da economia depende para ser socializada e tornar-se legítima – se perde de vista ou é derribada. O globalismo é subordinador, a ponto de exigir que uma estrutura tão complexa como a Alemanha [e isto serve para qualquer outro Estado] – ou seja, o Estado, a sociedade, a cultura, a política externa – seja dirigida como uma empresa. Temos aqui, neste sentido, um imperialismo da economia, no qual as empresas impõem as condições sob as quais ela poderá otimizar suas metas.”. Idem, *ibidem*, p. 28.

²⁹⁵ STIGLER, G. *The Theory of Economic Regulation*. Cit.

Sustenta Defarges que “*la mondialisation n’est porteuse d’aucun sens de l’histoire*”²⁹⁶. Talvez nem devesse de fato sê-lo. Tomada como fenômeno histórico, processo natural de evolução da sociedade, ganha ares de neutralidade. Outra característica geralmente atribuída a esse fenômeno é a universalização terminológica. Esse processo, meticulosamente programado, propagou o emprego global de certos termos, criando um sentimento de comunhão universal. Entretanto, esse aparente universalismo oculta distâncias muitas vezes abissais entre diferentes significados que um mesmo termo pode adquirir²⁹⁷.

Longe de impedir a sua instrumentalização política, essas características, na verdade, favorecem-na. Apreendida pelos neoliberais, a globalização, tal como apresentada nos dias de hoje, exhibe clara coloração ideológica²⁹⁸.

É oportuno ainda, a esta altura, propedeuticamente observarmos que a *globalização* é um fenômeno histórico, ao passo que o *neoliberalismo* expressa uma ideologia, sem que se manifeste qualquer relação necessária entre ambos: ‘A globalização financeira que aí está é fruto de uma *política de globalização* ancorada na ideologia neoliberal, conduzida, conscientemente desenvolvida pelas instâncias que comandam o mundo (EUA, FMI, Banco Mundial, OMC, OCDE, G-7, etc.) que hoje determinam a produção de ideologia²⁹⁹.

²⁹⁶ “Contrairement aux rêves des philosophes–prophètes du XIXe siècle (Hegel, Comte, Marx...), la mondialisation n’est porteuse d’aucun sens de l’histoire; il s’agit seulement de l’explosion des flux. Face à cette augmentation et diversification massives des flux, les acteurs de la mondialisation – individus, entreprises, États – se heurtent à des dilemmes classiques, mais ces derniers sont durcis, métamorphosés par leur ampleur nouvelle. D’où les conflits de la mondialisation, qui reformulent des conflits mais aussi mettent en scène les contradictions de l’humanité prise dans un destin concret commun. La mondialisation appelle donc la quête de normes universelles mais conduit-elle l’humanité vers l’État mondial?” DEFARGES, P-M. *La mondialisation*. Cit., p. 07.

²⁹⁷ “These basic concepts may well take the same verbal forms in different legal systems, so it is tempting to adopt them in uniform rules without more ado, but if one does so, one discovers later, when the national courts actually have to apply them, that beneath the same words lie very dissimilar concepts.” ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H. *Introduction to comparative law*. New York: Oxford University Press, 1992. p. 26.

²⁹⁸ “Ideologias, como observam muitos autores, não são simplesmente ideias na cabeça de alguém, mas práticas concretas, tão reais como quaisquer outras práticas sociais. São realidades vívidas. Limitam-nos o pensamento sobre nós mesmos e o mundo em que vivemos e, dessa maneira, revestem-se de consequências práticas.” KUMAR, K. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. Cit., p. 73.

²⁹⁹ GRAU, E. R. *Direito posto e direito pressuposto*. Cit., p. 271.

Por mais que sua noção possa conduzir à conclusão contrária, a globalização não é caracterizada pela uniformidade. Embora se identifique a uniformização como seu elemento orgânico, ela não se manifesta com intensidade uniforme em todos os fatores da esfera social. Assumindo velocidade e dinâmica específicas da área em que se desenvolve, sua evolução é condicionada pelas características naturais de cada uma delas; poder-se-ia mesmo imaginar tratar-se de processos paralelos e distintos.

Isto não parece, no entanto, corresponder à realidade: comércio, finanças, direito, cultura desenvolvem-se em sinergia, entrelaçando-se num mesmo processo comum. Por outro lado, esta sinergia não induz necessariamente ao equilíbrio perfeito entre os diferentes fatores da sociedade: a economia, no sistema capitalista, naturalmente tende a exercer certa ascendência sobre os demais fatores, chegando mesmo a condicioná-los³⁰⁰.

Ainda que os imperativos econômicos não sejam (nem devam ser) estranhos ao direito, o sistema jurídico também é animado por uma série de outros valores. Apesar disso, permanece sempre viva a ameaça de captura do direito pela economia³⁰¹. Lembremos da grande proximidade entre eles: disciplinas amalgamadas que interagem reciprocamente. Isso não implica a predominância de um sobre o outro: não obstante a desejável coordenação entre ambos, o direito não se resume a um instrumento da economia. Na prática, porém, evitar a mencionada ascendência da economia sobre o direito não é tarefa das mais fáceis.

³⁰⁰ “Em outras palavras, sob o capitalismo, a economia não funciona na esfera social simplesmente como um ‘fator’ entre outros e coordenado com todos eles; pelo contrário, *subordina* imperiosamente ou de outra forma reduz o significado independente de todos os outros fatores, incluindo a religião, família, sistema de *status*, educação, tecnologia, ciências e artes. O modo capitalista de produção conquista uma influência cada vez mais ampla e firme sobre o processo social em geral; os ‘valores de troca’ expulsaram progressivamente os ‘valores de uso’; todos os tipos de interesses humanos são processados através do mercado e submetidos às suas regras.” POGGI, G. *A evolução do Estado moderno*: uma introdução sociológica. Cit., p. 128.

³⁰¹ “O problema reside no fato de que essas descrições do direito, por vezes, abandonam por completo a especificidade funcional do sistema jurídico moderno, descrevendo-o como mero apêndice na nova articulação política internacional (a *pax americana*) ou como o reflexo automático das práticas comerciais da economia globalizada (a *lex mercatoria*). Procurar o fundamento do direito na política ou na economia, ou seja, eliminar a diferenciação funcional característica do direito moderno, em termos teóricos, representa a negação das aquisições evolutivas próprias da sociedade complexa.” CAMPILONGO, C. F. *Teoria do direito e globalização econômica*. Cit., p. 87-88.

Um dos principais problemas a serem enfrentados pelo direito na atualidade – que se manifesta de forma marcante na temática da regulação – talvez seja exatamente equilibrar a delicada equação entre a incorporação das mudanças geradas pelo processo de globalização e o resguardo de sua própria racionalidade³⁰². Quanto a isto, parece claro que o elemento chave para o equacionamento do problema é o respeito aos valores que fundamentam a respectiva sociedade.

A posição ocupada pelo Estado na ordem interna, conquanto não elimine o problema, de certa maneira atenua-o. Já na esfera externa, ele ganha em complexidade. A internacionalização de modelos jurídicos, como no caso da regulação, comporta riscos implícitos, uma vez que cria a ilusão da existência de um direito comum³⁰³. Todavia, esta aparente comunhão, como já pudemos observar, encobre sensíveis discrepâncias materiais.

Ainda que se reconheça que o principal papel na definição desses elementos incumbirá à política, ao direito não deve ser atribuída função de mero espectador do processo. Frente à quase inevitável ascendência da economia sobre os outros fatores sociais, cabe a ele resguardar os valores sociais desprezados pela fria racionalidade do mercado³⁰⁴.

O CASO DO BANCO MUNDIAL

No que concerne mais especificamente à racionalidade que orientou e tem orientado as ações do Banco Mundial como agente regulador, interessantes ponderações podem ser feitas sobre sua natureza algumas

³⁰² “Se o sistema jurídico estivesse, por conta da globalização, se confundindo com a imposição da ‘lei do mais forte’, com os procedimentos financeiros ou com as práticas comerciais internacionais, ou seja, com o sistema econômico, não haveria razão para que continuasse sendo chamado de direito ou para que se distinguisse da economia. É justamente por não ser singelo que o sistema jurídico se diferencia do seu ambiente e ganha autonomia para regulamentar novas situações.” CAMPILONGO, C. F. *Teoria do direito e globalização econômica*. Cit., p. 92.

³⁰³ DELMAS-MARTY, M. *Por um direito comum*. Cit., p. 210.

³⁰⁴ “A diferença entre a teoria jurídica e as teorias econômicas do conhecimento está em que para a primeira, diferentemente das últimas, as regras gerais, quando formuladas, não são generalizações de fatos observáveis nas relações sociais e econômicas, mas sim concretização de valores sociais desejados que devem levar em consideração esses fatos. [...] Mais importante ainda. O direito, ainda mais que outras ciências sociais, tem a capacidade de valorizar o elemento humano no conhecimento social. Não são leis econômicas, de mercado ou deterministas que influenciam o conhecimento social, mas sim o indivíduo, por vezes isolado, por vezes como ente coletivo e historicamente considerado.” SALOMÃO FILHO, C. *Globalização e teoria jurídica do conhecimento econômico*. Cit., p. 267-268.

vezes mutante, quando não híbrida. Para tanto, desnecessário que nos estendamos longamente acerca do processo histórico que originou a criação das organizações internacionais. Conforme visto nos itens anteriores, parece não haver muita controvérsia acerca do impulso original que motivou a criação das organizações internacionais. Pode-se igualmente reafirmar que esses entes foram a princípio concebidos para serem meras extensões dos desígnios de seus membros.

Tampouco nos parece temerário identificar no Caso da CIJ sobre a reparação dos danos sofridos a serviço da ONU (1949) um marco importante no reconhecimento internacional da personalidade jurídica das organizações internacionais³⁰⁵. A doutrina, por sua vez, foi ainda mais longe ao classificar a personalidade jurídica das organizações internacionais como atributo inerente à sua existência³⁰⁶. Contudo, se doutrina e jurisprudência parecem ter percorrido vias semelhantes no que concerne a este tema, o reconhecimento da personalidade jurídica das organizações internacionais pelos Estados logicamente não avançou com a mesma velocidade. Um bom exemplo dessa resistência estatal ao reconhecimento da personalidade jurídica das organizações internacionais, e que em certa medida influenciou e tem influenciado a racionalidade funcional dessas organizações, nos é dado pelo processo que levou à codificação do direito dos tratados.

³⁰⁵ “Mas nem por isso se poderia negar à Liga ou à sua sucessora a personalidade jurídica no plano internacional. A própria Corte internacional de Justiça admitiu, em seu Parecer de 1949 no caso das *Reparações de Danos*, que os então Estados membros da nova Organização criaram-na como sendo dotada não apenas de personalidade reconhecida tão somente por eles, mas ‘personalidade internacional objetiva’.” TRINDADE, A. C. C. *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*. Cit., p. 188.

³⁰⁶ “Por conseguinte, a personalidade e as capacidades internacionais da ONU, nessa linha de raciocínio, não dependem do disposto em sua carta constitutiva ou da intenção de seus redatores. Estabelece-se sua personalidade internacional pelo ‘*fato objetivo de sua existência*’, sendo as capacidades internacionais *inerentes* à ONU (como aos Estados), e não delegados pelos dispositivos de sua carta constitutiva, ou neles implícitas. Uma vez criada a Organização, de qualquer modo que seja, torna-se *ipso facto* um sujeito de direito internacional.” Idem, *ibidem*, p. 192. No mesmo sentido, Tunkin pondera que: “The question of the legal basis of international organizations as subjects of international law has important theoretical and practical significance. The problem lies first of all in whether the international legal personality of international organizations and its scope are determined by general international law or whether the legal personality of each international organization is based on its charter. [...] In support of this view one may point to the fact that international organizations very frequently perform legal actions not provided for by their charters. The conclusion is drawn from this that the legal personality of international organizations is not based on their charters, but directly on norms of general international law.” TUNKIN, G. I. *Theory of international law*. Cit., p. 359.

Com efeito, uma das primeiras iniciativas para a codificação do direito aplicável aos tratados internacionais³⁰⁷ no século XX deu origem ao *Harvard Draft on the Law of Treaties*, anteprojeto elaborado pelo departamento de pesquisa em direito internacional da Universidade de Harvard. Na proposta americana, a definição de tratado expressamente limitava a condição de parte unicamente a Estados; posição, aliás, que não divergia muito daquela adotada pela doutrina e jurisprudência da época.

Todavia, assim como acontecera com a doutrina, a influência da jurisprudência da CIJ no processo de codificação do direito dos Tratados foi também decisiva. À ocasião da reunião da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas para formulação do projeto sobre o tema, poucas eram as vozes a contestar a capacidade de firmar tratados (*Treaty-making power*) das Organizações Internacionais. Tanto isto é verdade que o primeiro relator especial nomeado pela Comissão, Brierly, em sua definição de tratados, incluía expressamente as organizações internacionais como parte³⁰⁸. Apesar disso, em 1951, a Comissão entendeu que talvez ainda não fosse o momento de incluir as organizações internacionais no projeto de convenção internacional sobre direito dos tratados³⁰⁹.

Esse entendimento não evitou que Lauterpacht, primeiro, e Fitzmaurice, em seguida, ambos sucessores de Brierly como relatores especiais da comissão, defendessem a capacidade de firmar tratados das organizações internacionais. No artigo 1º de seu anteprojeto, Lauterpacht expressamente definiu tratados como sendo “*agreements between States, including organizations of States, intended to create legal rights and obligations of the parties*”³¹⁰. Apesar dessa convergência de opiniões dos relatores, por se

³⁰⁷ No âmbito regional, merece destaque a Convenção de Havana assinada na VI Conferência Interamericana, em 20 de fevereiro de 1929, sancionada pelo Dec. 5.647, de 8 de janeiro de 1929, ratificada em 30 de julho de 1929 e promulgada pelo Dec. 18.596, de 22 de outubro de 1929 (publicado em 12 de dezembro de 1929). RANGEL, V. M. *Direito e relações internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 217.

³⁰⁸ Yearbook of the International Law Commission (YILC), Doc. A/CN.4/23.

³⁰⁹ “Não há um dispositivo na Carta da ONU expressamente lhe atribuindo personalidade jurídica internacional. A omissão dos redatores não foi, no entanto, acidental, mas deliberada, para afastar das mentes dos delegados participantes da Conferência de San Francisco o espectro de um ‘super Estado’.” TRINDADE, A. C. C. *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*. Cit., p. 188. A este respeito, vide também BROCHES, A. *International legal aspects of the operations of the World Bank* (RCADI-1959-III, T. 98, pp. 297-409) p. 331.

³¹⁰ YILC, Doc. A/CN.4/63.

tratar de matéria ainda recente e diante de fortes resistências políticas à inclusão das organizações internacionais na convenção, decidiu-se afinal excluí-las do anteprojeto³¹¹.

Essa oscilação política não impossibilitou a consolidação da personalidade jurídica das organizações internacionais de firmar tratados. Paralelamente ao projeto de convenção sobre o direito dos tratados, um outro projeto, dessa vez regulando especificamente tratados em que ao menos uma das partes é uma organização internacional, foi iniciado³¹². Tendo seu texto final sido adotado em Viena, em 21 de março de 1986, a Convenção sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, apesar de ainda depender de certo número de ratificações para que finalmente passe a vigorar, representa um significativo avanço na delimitação da capacidade jurídica internacional das organizações internacionais.

Vale lembrar que não se trata de um documento efetivamente orientado a esse fim. Seu escopo inequívoco é regular a celebração de tratados internacionais, mais especificamente tratados em que ao menos uma das partes é uma organização internacional³¹³. Isso fica claro ao longo de todo o corpo da Convenção: referências à Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969)³¹⁴, dando conta da sintonia entre os dois instrumentos, são obviamente recorrentes³¹⁵. Contudo, isso não impede que

³¹¹ “But since the question of the treaty-making capacity of these organizations was still relatively young, he would draft the code with reference to States only, but bearing constantly in mind the question of its application to international organizations. [...] At the same time there was strong resistance, which none of the three Special Rapporteurs was able to overcome, to an immediate attempt to try and fit into the body of general treaty law agreements to which international organizations are parties”. BROCHES, A. *International legal aspects of the operations of the World Bank*. Cit., p. 332.

³¹² ONU Resolução 2501, de 12 de novembro de 1969.

³¹³ “En effet, le projet d'articles n'a pas pour objet principal de régler le statut des organisations internationales, mais le régime des traités auxquels une ou plusieurs organisations internationales sont parties. Le projet est destiné à s'appliquer à de tels traités quel que soit par ailleurs le statut des organisations intéressées.” ONU. *Projet d'articles sur le droit des traités entre États et Organisations internationales et entre Organisations internationales et Commentaires* (1982). p. 21.

³¹⁴ Concluída em 23 de maio de 1969, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados vigora internacionalmente desde 27 de janeiro de 1980. O Brasil ratificou a Convenção em 25 de setembro de 2009 e promulgou-a através do Dec. 7.030, publicado em 14 de dezembro de 2009.

³¹⁵ Preâmbulo da Convenção: “*Bearing in mind* the provisions of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, *Recognizing* the relationship between the law of treaties between States and the law of treaties between States and international organizations or between international organizations [...]”.

“Le titre du projet d'articles a été modifié en deuxième lecture pour être aligné de plus près sur celui de la Convention de Vienne: on a précisé que la codification portait sur le droit des traités auxquels des organisations internationales sont parties. Les titres de la partie I et de l'article 1er sont substantiellement les

inevitavelmente defina, como de forma indireta de fato o faz, certos aspectos da personalidade jurídica desses entes.

Fundamentalmente, esse processo faz parte de uma evolução muito mais delicada, que tem a redefinição do papel do Estado na sociedade, seja interna, seja externamente, como elemento central. A nítida resistência dos Estados ao alargamento da noção de sujeitos de direito internacional público é, portanto, apenas uma das inúmeras facetas desse processo, assim como também o é a oposição entre autonomia institucional e controle estatal já detectável no imediato pós-guerra. Nesse contexto, o caso do Banco Mundial dá-nos uma ilustração concreta e bastante interessante dessa dinâmica de poder no âmbito da organização internacional.

Com efeito, os movimentos políticos internos do BIRD revelam não somente que os dirigentes nacionais de fato concebiam-no inicialmente como uma entidade situada hierarquicamente abaixo dos Estados, mas também como um ente que deveria servir a seus desígnios³¹⁶. Exemplificativamente, pode-se resgatar os conhecidos embates entre o primeiro presidente do Banco, Eugene Meyer, e o diretor executivo pelo governo americano, Emilio Collado. Enquanto o primeiro pregava a autonomia institucional, o segundo advogava por uma atuação mais ativa da diretoria executiva. Ambos discordavam quanto ao tamanho e velocidade das operações, mas sobretudo acerca do balanceamento de poder entre os gestores do Banco e sua diretoria executiva³¹⁷. Essa oposição, que culminou com a saída prematura de Meyer da direção da instituição, criou um

mêmes que dans la Convention de Vienne. La description de la portée du projet est énoncée dans le corps même de l'article 1^{er} d'une manière plus précise que dans le titre, afin d'éviter toute ambiguïté. Par ailleurs, on a présenté en deux alinéas distincts les deux catégories de traités en cause parce que, dans le régime des traités auxquels s'applique le projet d'articles, cette distinction s'imposera parfois. La distinction entre les alinéas *a* et *b* ne méconnaît pas le fait que de nombreux articles du projet sont formulés en termes généraux et se réfèrent à un 'traité', tel qu'il est défini à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 2, sans distinguer entre les deux types de traités." ONU. *Projet d'articles sur le droit des traités entre États et Organisations internationales et entre Organisations internationales et Commentaires* (1982). p. 17.

³¹⁶ "The United States needs multilateral institutions as the World Bank to achieve objectives (both national and collective) which it could not achieve acting alone. [...] The objectives the United States seeks to achieve through the World Bank include continuing to encourage trade liberalization and better 'governance' in developing countries markets, and the mitigation of environmental degradation stemming from development projects." WOODS, N. The Challenges of multilateralism and governance. In: *The World Bank: structure and policies*. Cit., p. 135.

³¹⁷ "Collado favored a activist Board, with the president implementing the Board's policy initiatives. They differed over the size and speed of operations but also over the balance of power between the Bank's management and its Executive Board." KAPUR, D.; LEWIS, J. P.; WEBB, R. C. *The World Bank: its first half century*. v. 1, p. 10.

problema para o governo americano ao expor uma situação paradoxal que viria a alterar, ao menos circunstancialmente, sua estratégia em relação ao Banco.

Muito embora se pretendesse conduzir as ações do Banco segundo a lógica estatal, organicamente tratava-se de uma instituição voltada no início à concessão de empréstimos orientados à correção de falhas do mercado financeiro internacional no âmbito do financiamento de projetos de desenvolvimento³¹⁸. A partir desse propósito, claramente visível a partir da leitura dos estatutos do BIRD, ficava evidente que, em última análise, o Banco fora concebido como um agente catalisador dos investimentos privados. Logicamente, para que essa equação se fechasse, seria fundamental uma boa receptividade das instituições privadas, *a priori* um tanto reticentes em relação às novas instituições criadas em Bretton Woods.

A nomeação de John J. McCloy como sucessor de Meyer foi, nesse contexto, emblemática. Frente à desconfiança generalizada do mercado, não sobrou outra alternativa ao governo americano senão reorientar sua estratégia em relação ao Banco. Juntamente com McCloy, um advogado nova-iorquino, também desembarcaram em Washington dois homens de sua confiança, seu vice-presidente, Robert Garner, e Eugene Black, que passou a ocupar o lugar de Collado na diretoria executiva americana. Todavia, o feito mais importante de McCloy foi firmar um compromisso com o governo americano que diminuía substancialmente a interferência da diretoria executiva na gestão da instituição³¹⁹. Apesar de sua curta passagem³²⁰ na presidência do Banco (apenas 2 anos e 3 meses), McCloy deixou a sua marca. Com ele, o BIRD naturalmente aproximou-se de New

³¹⁸ “The initial rationale for the Bank was that a source of lending, in support of the objective of economic development, was justified by market failures in the international market.” GILBERT, C. L.; POWELL, A.; VINES, D. Positioning the World Bank. In: *The World Bank: structure and policies*. Cit., p. 39.

³¹⁹ “Most important, McCloy extracted an agreement from the reluctant Executive Board that henceforth it would be only a reactive body: a ratifier, occasionally a naysayer. But all the lending proposals and other operations initiatives would come from management.” KAPUR, D.; LEWIS, J. P.; WEBB, R. C. *The World Bank: its first half century*. Cit., p. 10.

³²⁰ Na medida em que o governo americano percebeu que Eugene Black, fiel colaborador de McCloy, reunia as condições necessárias para dar continuidade às realizações do primeiro à frente do BIRD, a McCloy foi confiada nova incumbência, agora como Alto Comissário Americano na Alemanha.

York, obtendo em meados dos anos 50, já sob o comando de EUGENE Black, a cotação AAA no mercado financeiro internacional³²¹.

Não se tratou, porém, de um movimento contínuo e regular. Ao longo de sua história, o Banco sempre gozou de períodos de maior ou menor autonomia, não obstante sempre parcial³²². Assim, o período iniciado com McCloy foi seguido de um arrefecimento da autonomia institucional. Ainda que, durante a guerra fria, o forte investimento em pesquisa e a tentativa de orientar a instituição ao estabelecimento de processos cada vez mais técnicos objetivassem atribuir-lhe um perfil de pretensa neutralidade, isso não impediu que ela fosse ostensivamente usada como instrumento político.

No início dos anos 60, em particular após a criação da IDA, a autonomia institucional sofreu outro golpe. Financiada pelos tributos recolhidos nos países-membros, o advento da IDA naturalmente garantiu aos Estados maior voz na tomada de decisões financeiras³²³. A despeito dos esforços de McNamara (1968-1979) para manter a autonomia institucional, as crises que se sucederam a partir dos anos 80 alteraram essa tendência à autonomia³²⁴. Na realidade, essa oscilação ocultou um movimento subjacente muito mais interessante e revelador.

Independentemente das normais oscilações circunstanciais da autonomia institucional do Banco, as políticas de desenvolvimento que marcaram as primeiras décadas de funcionamento do BIRD apresentavam um mesmo traço comum: situavam a figura do Estado no centro das ações. A imagem de entes dotados de racionalidade, legitimidade e expertise necessárias à consecução dos objetivos desenvolvimentistas era algo até mesmo lógico diante dos resultados amplamente positivos obtidos pelo

³²¹ Em meados dos anos 50, sob a presidência de Eugene Black, o banco finalmente obteve a cotação AAA no mercado internacional. Todavia, devido à aproximação entre o volume emprestado pelo Banco e o nível de participação americana em seu capital, essa melhora em sua avaliação somente produziu efeito prático em 1959, à ocasião do aumento de seu capital.

³²² “The Bank relies on a delicate balancing of political forces in order to maintain itself. Above all, it must pay attention to its most powerful member – The United States.” WOODS, N. *The Challenges of the multilateralism and governance*. In: *The World Bank: Structure and policies*. Cit., p. 132.

³²³ “En outre, l’aide publique au développement est politiquement un choix budgétaire tandis que le système financier international est techniquement une composante des marchés internationaux de capitaux et ou de monnaies. La première est plus sensible politiquement que la seconde.” HAQUIANI, Z.; SAUNIER, P. *Droit international de l’économie*. Paris: Ellipses Editions, 2007. p. 69.

³²⁴ KAPUR, D.; LEWIS, J.; WEBB, R. *The World Bank: its first half century*. Cit., p. 5.

Plano Marshall. Nesse âmbito, os programas aprovados pelo Banco resumiam-se *grosso modo* à transferência de capitais para financiar projetos infra-estruturais e o desenvolvimento industrial dos países em desenvolvimento a partir de um modelo visivelmente autocentrado. Ainda que líderes como Eugene Black, Robert Garner e George Woods fossem filosoficamente favoráveis ao controle do setor industrial pela iniciativa privada, o Banco, durante os anos 50 e 60, adotou o receituário estratégico fundado na substituição de importações e promoção de exportações num mercado protegido por barreiras tarifárias, contando com ativa interferência estatal nas políticas fiscal e monetária. Ao longo do mandato de McNamara, por exemplo, aceitava-se a ideia de que o controle estatal de empresas *per se* não era tão problemático como preconizavam os liberais. Em visão dele, importavam muito mais a independência e a qualidade da gestão empresarial do que a propriedade. Nesse cenário, até mesmo a ajuda ao desenvolvimento não escapava do controle estatal. Vale lembrar que o sistema de cotas permitia aos doadores um controle muito maior sobre os investimentos que o critério “uma bandeira, um voto” adotado pela ONU³²⁵, fator decisivo para sua implementação por meio da IDA.

Enfim, num mundo em que as fontes públicas de financiamento ainda ocupavam lugar de destaque, em que a potência do Estado era incontestável e, acima de tudo, em que a interconexão global, embora já em marcha, ainda não alcançara o nível que viria a alcançar no futuro, parecia natural que a racionalidade estatal orientasse as ações da instituição. A passagem dessa racionalidade a outra muito mais orientada pelas forças do mercado não foi, contudo, um evento imediato. Tratou-se, na verdade, de um processo sujeito a influências das mais diversas ordens.

Retrospectivamente, pouco se questiona que o processo de descolonização acrescentou grande complexidade às teorias do desenvolvimento. Nesse contexto, o fracasso da abordagem meramente quantitativa evidenciaria o subdesenvolvimento como fenômeno

³²⁵ “In the second place, the Bank’s concessional transfers – that is, the International Development Association (IDA) credits (begun in 1960) that *did* have to be funded out of members government’s national budgets – were, in the eyes of reluctant foreign-aid givers, still a safer bet than multilateral programs subject to one-flag, one-vote governance.” ³²⁵ KAPUR, D.; LEWIS, J.; WEBB, R. *The World Bank: its first half century*. Cit., p. 3.

organicamente bem diferente da reconstrução. No entanto, outros fatores incidiriam sobre esse movimento de reposicionamento do Estado no âmbito do processo de desenvolvimento.

A maturação do mercado de *euromoedas*³²⁶, notadamente eurodólares³²⁷, o contínuo desenvolvimento tecnológico e, no plano jurídico, o processo de desregulamentação³²⁸ dos mercados financeiros deram novas feições ao financiamento do desenvolvimento ao alterar gradativamente a composição das fontes financeiras. Paralelamente ao mercado bancário internacional, observou-se o desenvolvimento de um vasto mercado de capitais impulsionado pelo relaxamento, quando não a completa abolição, das mencionadas restrições jurídicas. Essas medidas, por sua vez, foram acompanhadas da criação de novos instrumentos e produtos financeiros, da expansão do processo de *securitização* e do extraordinário desenvolvimento das novas tecnologias de informação e comunicação (NTIC). O resultado imediato desse processo foi a explosão

³²⁶ “Les eurodevises désignent, depuis les années 50, des capitaux déposés dans des banques implantées hors du pays d’émission de la monnaie dans laquelle ces avoirs sont libellés [...]. Les eurodollars, par exemple, désignent des fonds en dollars détenus dans des banques localisées hors des Etats-Unis.” SCANNAVINO, A. *Les marchés financiers internationaux*. Cit., p. 9.

³²⁷ “Bien que quelques auteurs aient précisément daté, de façon contestable, la naissance du marché des eurodollars – elle aurait eu lieu à l’époque de la guerre de la Corée, au moment de la constitution de dépôts en dollars hors des Etats-Unis par une banque soviétique, celle-ci craignant un éventuel embargo américain – le véritable départ des euro-marchés est dû au comportement astucieux des banques Anglaises. Au milieu des années 50, la Banque d’Angleterre adopte une série de dispositions pour défendre sa monnaie et impose des contraintes pour les prêts en livres aux non-résidents. Afin de poursuivre leurs activités de financement du commerce international, les banques britanniques commencent alors à travailler en dollars: nous assistons à la naissance du marché des eurodollars. Dans les années 60, les euromarchés sont dominés à plus de 80% par le dollar; il n’empêche que les Etats-Unis traversent une série de problèmes. La convertibilité vit un échec très net alors que les capitaux en dollars détenus par les non-résidents atteignent des montants supérieurs aux réserves en or des Etats-Unis.” MIRANDA, L. R. de. *Les lettres d’intention au F.M.I.* Cit., p. 6-7.

³²⁸ O processo de “descompartimentação” caracteriza-se, no âmbito interno, pela supressão dos compartimentos do mercado: “Décloisonnement. La réglementation efface la frontière entre monnaie et actifs financiers. La définition et la signification des agrégats monétaires doivent être revues. Les anciennes limites entre les différents segments du marché: marché monétaire, marché du crédit à moyen terme, marché financier disparaissent tandis que se met en place un marché intégré de capitaux. La déréglementation abolit la spécialisation des acteurs. La distinction entre banques commerciales et banques d’affaires devient floue comme celle entre opérations strictement bancaires et activités financières voisines. L’opposition traditionnelle entre agents de change et intermédiaires financiers disparaît. A travers d’importants mouvements de fusion d’établissements, on assiste à une globalisation des fonctions financières. Désintermédiation. La déréglementation modifie la nature de certaines activités. La possibilité pour certains emprunteurs de lever directement des capitaux en émettant des titres sur le marché fait reculer l’intermédiation bancaire classiquemercado.” DROUIN, M. *Le système financier international*. Cit., p. 102. Entre as medidas adotadas, destacam-se, nos Estados Unidos, o intenso movimento de desespecialização das atividades financeiras através da revisão do *Glass Steagall Act*, que diferenciava os Bancos Comerciais dos Bancos de Investimento; na Inglaterra, o famoso *Big Bang* (1986), com a promoção da concorrência entre as agências de câmbio; na França, a criação do MATIF, dos *billets de trésorerie*, certificados de depósito, ou seja, uma completa revolução das finanças diretas.

dos euromercados: no início dos anos 1970, mais precisamente 1973, os euromercados atingiram a marca de 160 bilhões de dólares; valor impressionante se contrastado com os 4,5 bilhões de dólares mobilizados em 1960³²⁹.

Com isso, se a “economia do endividamento”, capitaneada pelos Estados, dominou o cenário mundial até o início dos anos 1980, a partir do processo de liberalização financeira, “*la finance directe prend le relais du crédit bancaire international, en parallèle avec le passage à l’intérieur des économies nationales du financement par crédit bancaire au financement par émission de titres*”³³⁰. A principal consequência dessa extraordinária evolução foi a passagem de um sistema controlado pelas instâncias oficiais a um sistema financeiro dominado pelas forças do mercado³³¹.

Esse processo, favorável aos mecanismos do mercado, facilitou a circulação internacional de capitais e a integração dos mercados locais. A poupança doméstica institucionalizou-se, fenômeno acompanhado de crescente internacionalização das carteiras. Frente a tal expansão do crédito, em especial a partir da reciclagem de petrodólares no mercado bancário internacional, a procura por recursos provenientes do Banco Mundial sofreu natural oscilação, decaindo, conseqüentemente, ao menos num primeiro momento, a sua influência sobre as políticas adotadas por seus membros.

A formidável expansão do financiamento privado operou, nesse contexto, uma mudança irreversível na conduta dos Estados. Poder-se-ia esperar que o controle dos fluxos financeiros conferisse aos agentes privados considerável poder na definição de parâmetros condicionais à

³²⁹ BOURGUINAT, H. *Finance internationale*. Paris: PUF, 1999. p. 64-65.

³³⁰ GASPERA, S. D. *Trente ans de déréglementation financière*. Cit., p. 67.

³³¹ BANCO CENTRAL EUROPEU. Les évolutions récentes de la coopération internationale. Bulletin mensuel Fev. 2002, p. 56. “At times, the ascent of money has seemed inexorable. In 2006 the measured economic output of the entire world was around \$47 trillion. The total market capitalization of the world’s stock markets was \$51 trillion, 10 per cent larger. The total value of domestic and international bonds was \$68 trillion, 50 per cent larger. The amount of derivatives outstanding was \$437 trillion, more than ten times larger. [...] In 1947 the total value added by financial sector to US gross domestic product was 2.3 per cent, by 2005 its contribution had risen to 7.7 per cent of GDP. In other words, approximately \$1 of every \$13 paid to employees in United States now goes to people working in finance. Finance is even more important in Britain, where it accounted for 9.4 per cent of GDP in 2006.”FERGUSON, N. *The ascent of money: a financial history of the world*. New York: The Penguin Press, 2008. p. 4-5.

orientação dos recursos financeiros. Todavia, o que não se imaginava com precisão eram a extensão e a profundidade desse poder³³².

As repercussões desse processo sobre a sociedade, em especial sobre o direito, foram profundas. No direito internacional, a noção clássica de soberania, fundamento do voluntarismo vestfaliano, conheceu flexibilização ainda mais sensível com o desenvolvimento do que se passou a chamar soberania econômica. Ao conectarem-se definitivamente temas como finanças públicas, políticas monetária e fiscal e competitividade num mercado internacional cada vez mais integrado, não sobrou outra opção aos Estados, doravante também financiando seus déficits no mercado internacional de títulos, senão aderirem aos rígidos princípios de governança impostos pelo mercado³³³. Submetidos a parâmetros contábeis, análises de risco e a códigos de conduta muito bem definidos, os Estados viram-se pouco a pouco enfraquecidos e cercados por novos atores cada vez mais influentes³³⁴.

Há que se adicionar a essa conjuntura um componente histórico de importância incomensurável. O colapso do socialismo alterou a estrutura bipolar sobre a qual o frágil equilíbrio mundial estabelecera-se³³⁵. O triunfo do capitalismo não apenas extinguiu o jogo geopolítico de influências que predominara até então, como também cristalizou o ideário do livre

³³² “As pessoas estão mais ricas que os estados. As 15 pessoas mais ricas ultrapassam o PIB da África Subsaariana. [...] Outros dados com base fornecidos por Boaventura Souza Santos são os seguintes: ‘das 100 maiores economias do mundo 47 são empresas multinacionais; 70% do comércio mundial é controlado por 500 empresas multinacionais; 1% das empresas multinacionais detêm 50% do investimento estrangeiro.’” MELLO, C. D. de A. *Curso de direito internacional público*. Cit., p. 65-66.

³³³ “Os gladiadores do crescimento econômico, sempre elogiados pelos políticos, minam a autoridade do Estado ao exigir dele um desempenho satisfatório ao mesmo tempo que o priva da arrecadação de impostos.” BECK, U. *O que é Globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Cit., p. 19.

³³⁴ “O controle que as grandes empresas exercem sobre o processo econômico e, portanto, sobre o domínio social permite-lhes influenciar o próprio Estado, persuadir o Estado, no mínimo, a não ‘interferir’ na atividade delas e, não raramente, a colocar algumas de suas prerrogativas de governo à disposição delas.” POGGI, G. *A evolução do Estado moderno: uma introdução sociológica*. Cit., p. 151.

³³⁵ “Embora o colapso do socialismo soviético e suas enormes consequências, por enquanto impossíveis de calcular por inteiro, mas basicamente negativas, fossem o incidente mais dramático das décadas de crise que se seguiram à Era de Ouro [1943-1973], essas iriam ser décadas de crise *universal* ou global. A crise afetou as várias partes do mundo de maneiras e em graus diferentes, mas afetou a todas elas, fossem quais fossem suas configurações políticas, sociais e econômicas, porque pela primeira vez na história a Era de Ouro criara uma economia mundial única, cada vez mais integrada e universal, operando em grande medida por sobre as fronteiras de Estado (“transnacionalmente”) e, portanto, cada vez mais, por sobre as barreiras da ideologia de Estado. Em decorrência, as ideias consagradas das instituições de todos os regimes e sistemas ficaram solapadas.” HOBBSBAWN, E. *Era dos Extremos*. Cit., p. 19.

mercado, dando-lhe ares de inexorabilidade³³⁶. Esse processo representou o que parecia ser o golpe de misericórdia nas pretensões empresariais do Estado, propagando a racionalidade do mercado a quase todos os setores da sociedade.

No âmbito do Banco Mundial, essa mudança de orientação teve igualmente capítulos simbólicos. A escolha de um banqueiro comercial, A. W. Clausen, como substituto de McNamara, representou, assim, muito mais do que uma simples troca de comando na direção do Banco. Num panorama internacional marcado pela ascendência ao poder de Reagan, nos Estados Unidos, e de Thatcher, na Grã-Bretanha, observou-se uma radical reorientação da ideologia econômica. O ressurgimento e a propagação do liberalismo, repaginado sob a nomenclatura de neoclassicismo ou neoliberalismo, inevitavelmente impactou as políticas preconizadas pelo Banco. A insatisfação quanto aos resultados dos “empréstimos-projeto” (*project lending*), sobretudo com a fraca condicionalidade neles embarcada, conduziram-no à intensificação do uso dos “empréstimos-não projeto” (*nonproject lending*) e ao adensamento da condicionalidade atrelada a seus programas.

De forma mais concreta, primeiro sob o comando de Clausen, depois sob o de Conable, o Banco Mundial paulatinamente abandonou a ideologia de inspiração keynesiana, que orientara as primeiras décadas de seu funcionamento, substituindo-a por políticas preconizando as inexoráveis virtudes do mercado e do setor privado. Conforme já assinalado, durante esse período começaram a ganhar força programas de ajuste estrutural que propugnavam a liberalização dos mercados e as privatizações. Até mesmo quando, nos anos 90, o Banco passou a destinar maior atenção a outros setores, como o social, as políticas macroeconômicas de caráter marcadamente liberal permaneceram sendo

³³⁶ “Os anos 90 operaram uma transformação macabra. Regras e afirmações socioeconômicas antes reconhecidamente ideológicas assumiram as vestes de verdade científica. Um novo determinismo social instalou-se, mais penetrante e assustador que os anteriores. [...] O novo conceito é a um só tempo concreto e instigador de sonhos e imaginação. Não é incomum observar empresários e até trabalhadores referirem-se a ele com reverência e temor: ‘Nada há o que se possa fazer contra a globalização. É necessário adaptar-se’. Talvez a criação mais genial de marketing de todos os tempos, essa palavra traveste velhas ideias com nova roupagem. Traduz filosofias ultrapassadas e dogmaticamente equivocadas reunidas sob a alcunha de neoliberalismo.” SALOMÃO FILHO, C. *Globalização e teoria jurídica do conhecimento econômico*. Cit., p. 259.

parte fundamental do receituário prescrito nos programas por ele patrocinados³³⁷.

Muito embora aparentemente similar a outras épocas em que a influência dos principais acionistas do Banco fez-se sentir com maior ênfase, esse período, iniciado nos anos 80, exibiu, entretanto, características singulares. Observou-se que nas primeiras décadas de funcionamento do Banco predominou fundamentalmente a racionalidade estatal. Os projetos de infraestrutura, carros-chefe das ações do BIRD, recebiam tratamento diferenciado em relação a outras áreas: “*Infrastructure, including ‘public’ utilities, was a different matter. The Bank adopted the continental European practice of typically endorsing the assignment of such activity to public sector*”³³⁸. Em contraste, nos anos 80 e sobretudo durante a década seguinte, observou-se uma clara reorientação dessa tendência.

Não foi coincidência que a ideologia neoliberal que nos anos 1990 daria origem ao que se convencionou chamar Consenso de Washington promoveu uma mudança radical nas políticas preconizadas pelo Banco. Nesse novo cenário, qualquer referência à racionalidade estatal passou a ser apreendida com reticência pelo mercado³³⁹. Foi assim que, num panorama marcado pela onipresença do mercado, pela mercantilização da

³³⁷ “É em meio a esse contexto que James Wolfensohn assume a presidência do Banco em junho de 1995, reafirmando o compromisso da instituição em relação às metas de crescimento econômico e combate à pobreza. A partir de então, financiamentos para a redução da pobreza passam a ser considerados tão importantes quanto aqueles destinados à promoção do crescimento, fato que pode ser observado pelo aumento da participação da temática social nos projetos de financiamento do Banco.[...] Na primeira fase de seu mandato iniciado em 1995, apesar de encampar a perspectiva de combate à pobreza como meta central a ser perseguida pelo Banco, Wolfensohn subestimou os elementos estruturais e polarizadores da riqueza que estavam por trás do aumento dos índices de pobreza a nível global, bem como o papel das contradições internas do Banco na retroalimentação dessa dinâmica.” RACHED, G. *A evolução das políticas de desenvolvimento do Banco Mundial no contexto das transformações internacionais*. Toulouse: VI Congresso CEISAL, 2010. Disponível em <<http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/49/61/94/PDF/GabrielRached.pdf>> Acesso em: 20.08.2012. p. 12-14.

³³⁸ “That wisdom [...] favored mixed economies that were neither wholly capitalists nor wholly socialists. Public policy was expected to play a leading economic role.” KAPUR, D.; LEWIS, J. P. WEBB, R. C. *The World Bank: its first half century*. Cit., p. 450-451.

³³⁹ “A globalização viabilizou algo que talvez já fosse latente no capitalismo, mas ainda permanecia oculto no seu estágio de submissão ao Estado democrático do bem-estar, a saber: que pertence às empresas, especialmente àquelas que atuam globalmente, não apenas o papel central na configuração da economia, mas da própria sociedade como um todo – mesmo que seja ‘apenas’ pelo fato de que ela pode privar a sociedade de fontes materiais (capital, impostos, trabalho).” BECK, U. *O que é Globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Cit., p. 14

lógica estatal e pela precificação de quase todos os valores sociais, a racionalidade do mercado passou a preponderar no interior da instituição.

No entanto, nada disso seria muito dramático se a lógica do mercado não passasse a condicionar setores dotados de racionalidade própria. Obviamente não se questiona a importância dos elementos de ordem econômica para as políticas de desenvolvimento, apenas contesta-se a eficácia de políticas desenvolvimentistas fundadas unicamente em fatores econômicos. O reflexo disso foi a caracterização do Banco, por seus críticos, segundo a imagem de um gigante de um só olho, incapaz de enxergar o desenvolvimento sob outra perspectiva que não a econômica³⁴⁰. Tecnicamente, são reconhecidas as suas dificuldades tanto em identificar o individual em meio ao global, quanto em tratar de questões multidisciplinares ou transversais³⁴¹.

Particularmente em relação ao direito, veremos, em particular na segunda parte desse trabalho, que a ênfase na implementação dos objetivos políticos da instituição provocou uma relativização, quando não a completa desconsideração dos limites legais impostos pelo seu estatuto e pelo direito internacional. A racionalidade jurídica paulatinamente retraiu-se diante da preponderância das questões técnico-econômicas, passando a figurar, no âmbito da estrutura institucional, como mera formalidade alegórica. Mais recentemente, a confecção de instrumentos jurídicos de natureza no mínimo duvidosa constituíram-se em desafio considerável àqueles empenhados em sua classificação.

Nesse contexto, o intenso investimento em pesquisa e o acúmulo de um conhecimento técnico invejável em matéria de desenvolvimento produziram efeitos inimagináveis quando conciliados com os programas de ajuste estrutural. A implementação desse vasto conhecimento técnico por intermédio da condicionalidade atrelada aos programas patrocinados pelo Banco propiciou o desenvolvimento de uma função reguladora absolutamente ausente de seus estatutos.

³⁴⁰ “Critics call it a ‘one-eyed giant’, a harsh but perceptive label that captures the institution’s size and its tendency to view development primarily through the lens of economics (to the exclusion of other disciplines).” MARSHALL, K. *The World Bank: from reconstruction to development to equity*. New York: Routledge (Taylor & Francis Group), 2009. p. 7.

³⁴¹ Idem, *ibidem*, p. 12.

Por meio desse processo, os capitalistas neoliberais encontraram nas IFIs os parceiros ideais para a propagação de sua ideologia. Contudo, a legitimidade institucional para desempenhar tal tarefa e a vertente ideológica das políticas que preconizam constituem-se em pontos de recorrentes críticas à atividade do Banco.

Difícil dizer, no entanto, se trata-se esta de uma situação permanente³⁴² ou apenas um período de acomodação antes de nova alternância entre políticas de orientação liberal e intervencionista. Recentemente, professou Hobsbawm que da mesma forma que as economias planificadas do tipo soviético viram a sua falência na década de 80, a economia capitalista “está entrando em colapso diante de nossos olhos, na maior crise do capitalismo global desde a década de 1930”. Enquanto reconhece que não se sabe ao certo qual a profundidade e as consequências futuras da crise atual, sustenta que ela assinala “o fim da espécie de capitalismo de livre mercado que tomou conta do mundo e seus governos nos anos passados desde Margaret Thatcher e o presidente Reagan”³⁴³.

No mesmo sentido, a conceituada revista *The Economist*, em matéria de capa, aponta o ressurgimento do Estado-empresário repaginado no que chama de *State Capitalism*: um formato no qual não mais as empresas controladas pelo Estado constituem-se em mero meio para realizar o capitalismo liberal, mas, segundo alguns, num novo e sustentável modelo³⁴⁴. Se realmente estamos diante de um novo modelo de ação do Estado ou se o que se vê é tão somente uma nova etapa na consolidação do Estado capitalista – uma fase em que os próprios Estados, completamente tomados por poderosos interesses privados, abandonam a racionalidade estatal, passando a atuar no mercado como verdadeiras empresas –, resta a ser confirmado.

De qualquer forma, a insustentabilidade do capitalismo liberal mostrou-se evidente. Da catástrofe ecológica ao aprofundamento da

³⁴² FUKUYAMA, F. *The end of history and the last man*. Cit.

³⁴³ HOBBSAWM, E. Socialism has failed. Now capitalism is bankrupt. What comes next?. In: *The Guardian*, 10 abr. 2009. Versão em língua portuguesa publicada pela *Folha de S.Paulo* em 06 de outubro de 2012. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/1162270-hobsbawn-o-socialismo-fracassou- agora-o-capitalismo-faliu-o-que-vira-a-seguir.shtml>. Acesso em: 26 out. 2012.

³⁴⁴ The rise of State Capitalism. In: *The Economist*. v. 402, n. 8768, 21 de janeiro de 2012). Disponível em: <http://www.economist.com/node/21543160>. Acesso em: 09 out. 2012.

miséria, o liberalismo, deixado à sua própria conta e sorte, nem ao menos conseguiu realizar seus objetivos econômicos, mergulhando o mundo numa crise profunda somente comparável àquela dos anos 1930.

No âmbito do Banco Mundial, igualmente delicado parece fazer qualquer previsão contundente quanto ao futuro. Em 2010, o tradicional Relatório sobre o Desenvolvimento no Mundo do Banco Mundial, pela primeira vez em sua história dedicou uma edição completa ao tema das mudanças climáticas. Ao mesmo tempo, a despeito de suas limitações estatutárias, multiplicam-se os pedidos de maior atenção do Banco às questões relativas ao meio ambiente, aos direitos humanos, etc.

Sintoma da mesma transformação, ainda no início da década, diante dos resultados negativos de seus programas, as IFIs promoveram uma revisão da condicionalidade vinculada a seus acordos. Nas novas diretrizes do FMI, por exemplo³⁴⁵, o antigo receituário deu lugar à interação de vários princípios como *national ownership*, *tailoring*, *parsimony*, *clarity*³⁴⁶, privilegiando-se com isso maior participação dos Estados na confecção e implementação dos projetos. Na base dessas mudanças, também partilhadas pelo Banco, busca-se não somente uma reorientação a setores tidos como essenciais ao desenvolvimento, mas sobretudo reconectar o Estado ao processo de desenvolvimento. Talvez um sinal de que a aplicação do receituário liberal propugnado pelo Consenso de Washington finalmente tenha chegado ao esgotamento.

³⁴⁵ FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Guidelines on Conditionality*. Decisão n° 12864-(02/1002), 25 set. 2002.

³⁴⁶ “These principles interact in numerous ways. Tailoring programs and coordinating with other institutions both contribute to more appropriate program design. Emphasis on national ownership – the member’s primary responsibility for designing and implementing policies – should lead to both better tailoring, through greater use of local knowledge, and stronger implementation. Parsimony supports ownership and implementation by creating explicit room for the member to formulate and adapt policies; together with clarity, it also helps the authorities focus on agreed priorities during program implementation. Parsimony and coordination also ensure that the Fund does not exceed its mandate. Finally, clarity of conditions gives the member confidence in the availability of drawings – a crucial condition if the country is to avoid adjustment measures destructive of prosperity, and thus a basic principle of Fund arrangements.” FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Fund Conditionality – A Provisional Update*. Washington: FMI, 2004. p. 2.

Capítulo 3

A regulação internacional do *project finance*

Filósofos, economistas, sociólogos e cientistas políticos têm continuamente se debruçado sobre o tema da globalização, esforçando-se para traduzir em palavras a profundidade de seu impacto na sociedade moderna. No campo do direito, os esforços para superar as indiscutíveis dificuldades da integração desse tema à análise jurídica não são menos significativos.

Em função da complexidade inerente ao tema, equívocos conceituais cometidos ao longo desse processo de integração são naturalmente inevitáveis. De fato, não são raras as análises que ora reproduzem clichês desconectados da realidade material, ora atropelam os fundamentos dos sistemas jurídicos, preconizando o desprezo da técnica jurídica em prol da pura e simples aplicação de fórmulas econômicas dotadas de finalidade e racionalidade absolutamente diversas. Tudo isso justificado por uma pobremente definida noção de efetividade, apresentada como um dos derradeiros valores da nova ordem.

Nosso esforço, neste trabalho, continua sendo o de observar as transformações do direito internacional, mais precisamente aquelas ocorridas no setor econômico, tendo como ponto de partida as mutações da sociedade ao longo do último século. No âmbito dessa tarefa, não se pretende penetrar no universo econômico e tentar moldá-lo à lógica jurídica – o que seria tão equivocado quanto a prática contrária –, mas apontar os problemas com os quais o direito internacional se confronta na atualidade.

Para tanto, traçamos, nos capítulos precedentes, os contornos gerais das transformações do direito internacional tomando como ponto de partida o sistema vestfaliano. A partir disso, pôde-se identificar dois tipos correlatos, contudo bem distintos, de mudanças: no âmbito estrutural, a integração de outros sujeitos à sociedade internacional, até então formada unicamente por Estados, implicou numa necessária reelaboração da técnica jurídica, impactando as bases do direito internacional clássico; no âmbito material, a sublimação cada vez maior do individualismo, aliada à

consolidação do capitalismo liberal como sistema dominante, alterou a racionalidade estatal outrora predominante na elaboração do direito.

Paralelamente, formularam-se teorias de nítida conotação ideológica para legitimar a gradual substituição do direito por regulação, esse último, um termo juridicamente tão obscuro quanto incertas são suas feições. O termo regulação possui carga de generalidade e imprecisão não acidentais. Se juridicamente o movimento regulatório consolida um processo de transformação do Estado, no âmbito internacional, questionam-se o próprio conteúdo material da noção de juridicidade e a racionalidade do sistema direito. O objetivo desse capítulo é exatamente dar traços concretos ao processo de transformação focalizado no capítulo anterior. Assim, se previamente descreveu-se os contornos gerais da regulação internacional, especialmente econômica, tenta-se, agora, focalizá-la a partir de um tema bem preciso.

A escolha do tema *project finance* como um dos elementos delimitadores de nossa pesquisa não foi nada casual. Ela se justifica em função de duas razões fundamentais: a primeira delas inerente ao próprio tema, a segunda relacionada às implicações sistêmicas de sua regulação internacional. Em termos gerais, simboliza a substituição do Estado pela iniciativa privada nesse que já foi um domínio fortemente povoado pelos fundos públicos.

O financiamento de projetos (*project finance*), notadamente de grandes obras de infraestrutura, historicamente sempre foi caracterizado pela predominância de capitais públicos em sua composição. Apesar dos fundos públicos ainda ocuparem um lugar de destaque na arquitetura financeira dessas obras, observamos, nas últimas décadas, uma visível intensificação da participação dos capitais privados nesses empreendimentos. Apontado como resultado da verdadeira revolução financeira que culminou com o processo de globalização dos mercados financeiros nos anos 80 e 90, esse processo, além de fomentar a mobilização de recursos privados destinados ao financiamento de tais projetos, em contrapartida, criou uma série de restrições orçamentárias aos gastos públicos.

A despeito de sua origem longínqua³⁴⁷, a técnica financeira que se convencionou chamar de *project finance* revelou-se perfeitamente adequada à instrumentalização da participação de fundos privados em empreendimentos. Beneficiando-se do formidável crescimento do mercado financeiro internacional, essa técnica inicialmente propiciou a canalização de recursos a obras de grande porte nos países desenvolvidos³⁴⁸. Em seguida, com a extensão da fronteira financeira aos países em desenvolvimento, especialmente a partir dos anos 90, estendeu-se também a esses países o emprego dessas peculiares montagens financeiras. Todavia, diante das diferentes conjunturas nas quais se encontravam inseridos países desenvolvidos e em desenvolvimento, a pura transposição de técnicas financeiras mostrou-se insuficiente para atrair os capitais privados.

Além dos riscos inerentes a qualquer investimento, os países em desenvolvimento, devido a sua instabilidade, podem também apresentar uma série de riscos suplementares (*e.g.* risco político, risco cambial, risco legal, etc.) raramente verificados nos países desenvolvidos. A fim de mitigá-los e atrair investimentos privados a esses países, as organizações internacionais têm agido, direta e indiretamente, em vários setores dessa cadeia: seja concedendo empréstimos diretos, garantindo investimentos, oferecendo o que poderíamos chamar de “caução moral” aos países em questão ou, ainda, tentando harmonizar (quando não unificar) a sua regulação geral. Em perspectiva, essa extensão das atividades institucionais das organizações internacionais atesta na prática um processo muito mais amplo de mudança na própria estrutura do direito internacional.

³⁴⁷ “Por exemplo, em 1299 – há quase 700 anos – a Coroa Britânica negociou um empréstimo, junto ao Frescobaldi (um dos principais bancos de investimento italianos da época), para desenvolver as minas de prata da região de Devon. O contrato de empréstimo previa que o credor teria direito a controlar as operações das minas pelo período de um ano. O credor poderia retirar quanto minério não refinado quisesse, durante aquele ano, mas teria que assumir, integralmente, custo de operação das minas.” FINNERTY, J. D. *Project Finance*. Cit., p. 4. No mesmo sentido, aponta Sekfali: “Il en était ainsi dès maones qui étaient des associations constituées au XIV^e siècle par les banquiers génois, dans le but d’exploiter les ressources naturelles des territoires d’outre mer de la République de Gênes. Ces associations étaient en quelque sorte annonciatrices des fonds d’investissements spécialisés qui participent très souvent aux financements de projets contemporains”. SEKFALI, Z. *Droit des financemets structurés*. Paris: Revue Banque Édition, 2004, p. 533.

³⁴⁸ Exemplos bem-sucedidos do emprego desse instrumento foram as construções do Trans-Alaska Pipeline System (Sistema de Oleodutos Transalasca), a criação da Hibernia Oil Field Partners (Canadá), a construção do túnel sob o Canal da Mancha, ligando a França à Grã-Bretanha, ou, ainda, a construção do Canal de Suez, um dos projetos mais importantes do século XIX.

A regulação internacional do *project finance* é tema, portanto, que se localiza exatamente na encruzilhada entre globalização, ascendência dos investimentos privados sobre os investimentos públicos, esboroamento do poder dos Estados nacionais e erosão da própria noção de juridicidade. Nesse âmbito, o estabelecimento de regras apara proteção dos investimentos destinados ao financiamento de infraestruturas necessárias ao desenvolvimento econômico funda-se numa racionalidade capitalista de vertente claramente liberal.

3.1 *Project Finance*: noções gerais

Antes de qualquer ponderação de fundo, há que se esclarecer a escolha terminológica feita neste trabalho. O emprego do termo *project finance*, longe de se constituir num anglicismo desnecessário, o que seria de fato indesejável, justifica-se por uma série de razões práticas relevantes.

Disciplinarmente, não se trata de um instituto jurídico, mas de um termo empregado para designar um tipo bem definido de financiamento estruturado. Em função disso, o emprego da mera tradução “financiamento de projetos” poderia ocasionar uma confusão com outros tipos distintos de financiamentos estruturados e, ao mesmo tempo, pelo seu alto teor de generalidade, mostrar-se incapaz de expressar o mesmo significado já consagrado do respectivo termo na língua inglesa³⁴⁹. Corroborando essa tese, Yescombe assinala que “‘*Project finance*’ is not the same thing as ‘*financing projects*’, because projects may be financed in many different ways”³⁵⁰.

Oportuno, ainda, precisar a relação entre *project finance* e parcerias público-privadas (PPP). Em termos gerais, as PPPs podem estruturar-se (e geralmente o fazem) segundo modelos característicos de *project finance*, fator que induz a conclusão imprecisa de estarmos diante de uma relação de

³⁴⁹ Discussão semelhante, aliás, ocorreu na França. O mesmo temor, existente no Brasil, de se confundir o *project finance* com outros tipos gerais de financiamento de projetos também existia nesse país. Confrontados à melhor técnica capaz de traduzir o termo para a língua francesa, convencionou-se que a melhor tradução seria *financement sur projets* em detrimento de *financement de projets* (TOLEDO, A. M.; LIGNIERES, P. *Le financement de projet*. Paris: Joly Ed., 2002, p. 4.).

³⁵⁰ YESCOMBE, E. R. *Principles of project finance*. Oxford: Academic Press (Elsevier), 2002. p. 1

gênero e espécie. Muito embora seja realmente difícil dissociá-los em inúmeras ocasiões, o *project finance*, em sentido estrito, diz respeito às relações financeiras entre os diversos agentes do projeto, enquanto as PPPs tratam primordialmente da relação entre a sociedade do projeto (*sociedade de propósito específico*)³⁵¹ e o ente público envolvido no empreendimento³⁵². Dessa forma, assim como há casos do emprego do *project finance* para financiamento de iniciativas unicamente privadas, pode-se imaginar certos tipos de PPPs em que não haja a interveniência de estabelecimentos financeiros.

Particularmente no âmbito das finanças, os financiamentos estruturados podem ser agrupados em diferentes categorias segundo variados critérios. Sekfali, reconhecendo a não exaustividade da lista que propõe, elenca-os em quatro categorias: financiamentos de ativos; financiamentos para aquisição de empresas; financiamentos de projetos (*project finance*); emissão de títulos³⁵³. A particularidade que diferencia o *project finance* de outros instrumentos análogos, especialmente do financiamento direto, é exatamente o elemento estrutural que o caracteriza: a autossustentação financeira do projeto através do seu fluxo de caixa (*cash flow*).

A partir disso, as definições de *project finance*, sejam elas mais concisas ou mais detalhadas, invariavelmente apresentam a autossustentação do projeto como sendo a sua característica essencial. Hoffman, de maneira bastante meticulosa, define-o da seguinte forma:

The term project finance is generally used to refer to a nonrecourse or limited recourse financing structure in which debt, equity, and credit enhancement are combined for the construction and operation, or the refinancing, of a particular facility in a capital-intensive industry, in which lenders base credit appraisals on the projected revenues from the operation

³⁵¹ Em inglês, é bastante popularizada a terminologia *special purpose vehicle* (SPV) para designar a sociedade do projeto, cuja tradução é também muito vezes empregada no Brasil.

³⁵² “A la différence du régime juridique du financement de projet, qui vise essentiellement les relations entre la société de projet, les *sponsors* et les établissements financiers, le partenariat public-privé vise a régir les relations entre la personne publique et la société de projet.” SEKFAI, Z. *Droit des financemets structurés*. Cit., p. 549. No mesmo sentido, TOLEDO, A. M.; LIGNIERES, P. *Le financement de projet*. Cit., p. 6; ENEI, J. V. L. *Project finance: financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins)*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p. 397 et seq.

³⁵³ SEKFAI, Z. Cit., p. 533 et seq.

*of the facility, rather than the general assets or the credit of the sponsor of the facility, and rely on the assets of the facility, including any revenue-producing contracts and other cash flow generated by the facility, as collateral for the debt*³⁵⁴.

Na mesma linha, Nevitt introduz o tema definindo-o como “*A financing of a particular economic unit in which a lender is satisfied to look initially to the cash flows and earnings of that economic unit as the source of funds from which a loan will be repaid and to assets of the economic unit as collateral for the loan*”³⁵⁵. Noção, com poucas variantes, também endossada por Enei³⁵⁶, Yescombe³⁵⁷, Clifford Chance³⁵⁸ e Vinter³⁵⁹.

Juridicamente, o *project finance* nada mais é que um feixe de contratos unidos em torno de uma causa comum. Salomão Neto pondera que

Em primeiro lugar, sendo financiamentos, sua natureza é a de um mútuo, ou mais frequentemente promessa de mútuo, com destinação específica, isto é, os recursos devem necessariamente ser canalizados para um projeto específico, inclusive por cláusula na documentação.

Conclui explicando que “o financiamento de projetos é usualmente uma operação de empréstimo sindicalizado, com lógica econômica diferenciada e adição de cláusulas e instrumentos assecuratórios”³⁶⁰. Em termos bastante similares, Enei apresenta a sua definição jurídica de *project finance* como sendo

³⁵⁴ HOFFMAN, S. L. *The Law and business of International Project Finance*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 4.

³⁵⁵ NEVITT, P. K. ; FABOZZI, F. *Project financing*. London: Euromoneybooks, 2000. p. 1.

³⁵⁶ “Do ponto de vista meramente econômico, financiamento de projetos é uma técnica de colaboração financeira por meio da qual, de um lado, o empreendedor pode captar recursos para viabilizar um projeto sem expor seu patrimônio total e balanço, ou expondo-os em menor grau, ao endividamento oriundo do financiamento, e, de outro, o financiador externo pode conceder um empréstimo vinculado à exploração de certo projeto, satisfazendo-se essencialmente com a capacidade de geração de receitas, e ativos alocados ao projeto, como fontes primárias de pagamento.” ENEI, J. V. L. *Project finance: financiamento com foco em empreendimentos*. Cit., p. 38.

³⁵⁷ “Project finance is a method of raising long-term debt financing for major projects through ‘financial engineering’, based on the lending against the cash flow generated by the project alone.” YESCOMBE, E. R. *Principles of project finance*. Cit., p. 1.

³⁵⁸ “The term ‘project finance’ is used to refer to wide range of financing structures. However, these structures have one feature in common – the financing is not primarily dependent on the credit support of the sponsors or the value of the physical assets involved. In project financing, those providing the senior debt place a substantial degree of reliance on the performance of the project itself.” CLIFFORD CHANCE. *Project Finance*. London: IFR Publishing, 1991. p. 1.

³⁵⁹ “[...] project finance is financing the development or exploitation of a right, natural resource or other asset where the bulk of the financing is not to be provided by any form of share capital and is to be repaid principally out of revenues produced by the project in question.” VINTER, G. D. *Project Finance*. Londres: Sweet & Maxwell, 1995, p. xxvii.

³⁶⁰ SALOMÃO NETO, E. *Direito bancário*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 378.

uma rede de contratos coligados que, alocando riscos às diversas partes envolvidas, visa a permitir que o empresário-patrocinador, ou sociedade por ele constituída, capte recursos para o desenvolvimento e exploração de um empreendimento segregado, oferecendo como garantia aos credores, de forma exclusiva ou preponderante, as receitas e bens do próprio empreendimento financiado.

Destaca ainda que tais contratos prestam-se à mesma função mediata: “alocar com clareza os riscos do empreendimento com vistas a permitir a captação de recursos necessários ao seu desenvolvimento com limitação máxima de responsabilidade de seu patrocinador”³⁶¹. A partir dessas noções, que aparecem nos mais diversos autores, sendo desnecessário elencá-los, é possível traçar as feições gerais que dão forma ao instituto.

A característica essencial que parece definir o *project finance* é de fato a autossustentabilidade do projeto. Isso não significa que deva ser inteiramente autossustentável. Na verdade, a grande maioria dos projetos categorizados como tal apresenta um grau variável de assunção de responsabilidade por parte patrocinador do projeto³⁶². A extensão dessa responsabilidade é determinada exatamente em função dos riscos identificados no empreendimento. Além disso, como os riscos não são estáticos, essa dinâmica pode exigir a tomada de maior responsabilidade por parte do patrocinador do projeto em diferentes fases de sua implementação. Não obstante tal fato, quando a autossustentação apresentar-se como feição central da estruturação financeira escolhida, estaremos diante de um *project finance*.

Disso tudo decorre certo número de repercussões materiais relacionadas ao emprego dessa estrutura de financiamento. A primeira delas contradiz uma equivocada ideia popularizada acerca do *project finance*: decididamente, essa técnica *não* se presta ao financiamento de projetos

³⁶¹ ENEI, J. V. L. *Project finance: financiamento com foco em empreendimentos*. Cit., p. 39.

³⁶² “The classic nonrecourse project financing would result in no potential liability to the project sponsor for the debts or liabilities of an individual project. It would be *nonrecourse*. This is rarely the case. In most project financings, there are limited obligations and responsibilities of the project sponsor; that is, the financing is *limited recourse*.” HOFFMAN, S. L. *The Law and Business of International Project Finance*. Cit., p. 5. “Não obstante as margens sejam sempre variáveis em função das condições concretas de cada empreendimento, os patrocinadores habitualmente arcam com cerca de 30% do capital investido, mantendo, em contrapartida, o controle da sociedade de propósito específico.” ENEI, J. V. L. *Project finance: financiamento com foco em empreendimentos*. Cit., p. 16.

financeiramente insustentáveis. Isto é, uma vez que o retorno do investimento deve ser suportado pelo próprio empreendimento, não há possibilidade lógica de se financiar, por meio dessa montagem financeira, projetos que não produzam *per se* dividendos capazes de amortizar tais investimentos, tampouco projetos cujo retorno é incerto ou de expectativa remota. Conforme adverte Finnerty,

Project finance não é um meio de levantar recursos para financiar um projeto que seja tão fraco, economicamente, que poderá não conseguir servir sua dívida ou fornecer uma taxa de retorno aceitável aos investidores de capital.

Em outras palavras, “não é um meio de financiar um projeto que não possa ser financiado em bases convencionais”³⁶³.

Mas se o *project finance* não se presta a financiar empreendimentos que não possam ser igualmente financiados por técnicas convencionais, parece oportuno identificar quais fatores determinam o emprego desse tipo de técnica de financiamento em detrimento de outros, suas vantagens e desvantagens. Uma boa indicação dos motivos para isso pode ser obtida por meio da análise das áreas em que a ocorrência de tal estrutura é mais recorrente.

Hoffman, de forma detalhada, elenca os setores de infraestrutura, notadamente a produção de energia, oleodutos, refinarias, estradas, estações de tratamento e distribuição de água, telecomunicações, mineração, além de construções de estádios, reestruturações societárias e construção de plantas industriais como setores em que utilização dessa técnica tem aplicação destacada³⁶⁴. Independentemente de grande parte desses empreendimentos relacionar-se a setores em que o interesse público predomina, o que parece ser o elemento comum compartilhado por todos eles é sem dúvida o fato de se tratarem de obras de alta complexidade e de custo extremamente elevado. Logo, se a alocação dos riscos é o elemento situado no coração do *project finance* e se os riscos são também diretamente influenciados pelos custos, o superdimensionamento dos riscos em função dos custos de maneira lógica faz dessa estrutura uma opção via

³⁶³ FINNERTY, J. D. *Project Finance*. Cit., p. 3.

³⁶⁴ HOFFMAN, S. L. *The Law and Business of International Project Finance*. Cit., p. 13 et seq.

de regra proporcionalmente mais cara do que outras formas de financiamento. Além dessa desvantagem, a inevitável burocracia que envolve o projeto e a extrema lentidão em sua montagem, o que é natural em função da diversidade de interesses envolvidos, são pontos que também desfavorecem o *project finance*. Apesar dessas desvantagens, o emprego dessa técnica apresenta igualmente vantagens que a constituem na escolha mais adaptada à implementação de alguns projetos.

O maior desafio de qualquer financiamento de projeto consiste, na realidade, em conciliar o interesse das diversas partes nele envolvidas. A realização do projeto é o objetivo mediato comum de todas as partes envolvidas. Contudo, cada uma possui expectativas próprias, o que pode gerar alguns conflitos. Tratando-se, por exemplo, do governo de um país que patrocine o empreendimento, o projeto será (ou pelo menos deveria ser) apreendido como um meio de satisfazer o interesse público. Nesse caso, por meio do emprego do *project finance* é possível que uma obra seja realizada com maior rapidez, com resultados mais satisfatórios, redução ou até mesmo eliminação do emprego de fundos públicos em sua implementação, substancial transferência dos riscos ao setor privado e, ainda assim, certo nível de controle estatal sobre o empreendimento. No caso de um projeto promovido por uma entidade privada, o *project finance* permite-lhe alcançar um objetivo estratégico, terceirizando parte considerável dos riscos sem, no entanto, comprometer seu próprio capital ou desequilibrar o seu balanço contábil. Finalmente, quanto àqueles que concedem os empréstimos (*financiadores*), essa estrutura possibilita-lhes maximizar os lucros com a assunção de riscos calculados de maneira bastante exata e, ao mesmo tempo, controlar as decisões-chave do empreendimento³⁶⁵. Portanto, um *project finance* bem-sucedido é aquele que apresenta o melhor equilíbrio possível entre o mais baixo nível de investimento e responsabilidade do patrocinador e a maior segurança dos financiadores³⁶⁶.

A partir disso, pode-se identificar as principais vantagens desse tipo de estrutura: a possibilidade de se financiar grandes obras,

³⁶⁵ VINTER, G. D. *Project Finance*. Cit., p. 1 et seq.

³⁶⁶ FABOZZI, F. J.; DAVIS, H. A. ; CHOUDHRY, M. *Introduction to Structured Finance*. New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., 2006. p. 261.

normalmente financiáveis apenas através da formação de um *pool*³⁶⁷ de financiadores; o baixo endividamento do iniciador do projeto (*grantor*) e a consequente preservação de seus balanços contábeis, fatores possíveis graças ao isolamento da sociedade de propósito de outras atividades do iniciador; no caso de empreendimentos públicos, a limitação da interferência política; em termos gerais, a mitigação dos riscos ao longo de toda a cadeia³⁶⁸.

AGENTES E ESTRUTURA

A conceituação e a descrição das principais características do *project finance* permitem-nos identificar os elementos essenciais que o constituem. Entretanto, elas pouco dizem acerca de seus agentes e a interação entre eles. A fim de estabelecermos uma noção geral desse instituto, parece-nos, portanto, indispensável indicar os principais agentes que intervêm nesses projetos e seu posicionamento no seio dessa estrutura, bem como seu relacionamento.

O primeiro obstáculo ao estabelecimento de um quadro geral descritivo do *project finance* advém exatamente de uma de suas

³⁶⁷ A respeito do emprego da terminologia *pool* bancário, nos alinhamos à posição de Youmna Zein: “S’agissant d’abord du remplacement de la terminologie traditionnelle de ‘pool bancaire’ par celle, à la fois plus lourde et moins expressive, de ‘tour de table’, rien ne semble à nos yeux justifier, si ce n’est un excès d’anglophobie, au demeurant doublement malvenu en l’espèce, d’une part car il s’agit par l’hypothèse d’une matière appartenant au domaine économique et financier, domaine où abondent les termes d’origine anglaise ou à consonance anglaise; d’autre part car, fort curieusement, il n’existe pas en droit anglais ou américain d’expression équivalente à celle de ‘pool bancaire’ et employant le terme ‘pool’, la notion étant désignée en anglais par le terme générique de ‘*syndicated loan*’. Nous nous en tiendrons donc pour notre part à la terminologie de *pool bancaire* qui a le mérite de rendre le plus fidèlement compte de la réalité qu’elle recouvre, non sans signaler l’existence d’une série de termes employés, avec plus ou moins de bonheur comme autant de synonymes: consortium, syndicat bancaire, syndicat de prêt, tour de table bancaire, groupement de banques, voire, plus discutables, banques consortiales et groupe bancaire”. ZEIN, Y. *Les pools bancaires: aspects juridiques*. Paris: Economica, 1998. p. 2-3.

³⁶⁸ “In the appropriate circumstances, project finance has two important advantages over traditional corporate finance: it can (1) increase the availability of finance; and (2) reduce the overall risk for major project participants, bringing it down to an acceptable level. For a sponsor, a compelling reason to consider using project finance is that the risks of the new project will remain separate from its existing business. Then if the project, large or small, were to fail, this would not jeopardize the financial integrity of the corporate sponsor's core businesses. Proper structuring will also protect the sponsor's capital base and debt capacity and usually allow the new project to be financed without requiring as much sponsor equity as in traditional corporate finance. Thus the technique enables a sponsor to increase leverage and expand its overall business.” INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. *Project finance in development countries: IFC's lessons of experience*. n. 7. Washington: World Bank, 1999. p. 7. Outras vantagens são também apontadas por Hoffman (HOFFMAN, S. L. *The Law and Business of International Project Finance*. Cit. p. 8 et seq.) e Yescombe (YESCOMBE, E. R. *Principles of project finance*. Cit., p. 13).

características fundamentais: a maleabilidade³⁶⁹. Com efeito, esse tipo de financiamento envolve, devido à natureza única de cada empreendimento e à grande diversidade dos riscos envolvidos, a elaboração de estruturas feitas sob medida para cada caso³⁷⁰. Conseqüentemente, mesmo se é possível visualizarmos uma estrutura simplificada do *project finance* edificada a partir de grandes figuras habitualmente presentes nesse tipo de técnica, as naturais diferenças de um projeto a outro fazem com que mudanças na composição interna dessa estrutura sejam recorrentes.

Numa perspectiva geral, a vida do projeto pode ser dividida em três fases: desenvolvimento (fase de concepção, negociação e assinatura dos contratos e estabelecimento das linhas de financiamento); construção; e operação³⁷¹. A partir disso, pode-se definir muito bem dois diferentes tipos de agente com funções e expectativas bastante diversas: *investidores (patrocinadores)* e *financiadores*.

Os *patrocinadores* do projeto (*sponsor*) são as entidades (ou grupos de entidades) que dão vida e coordenam o seu desenvolvimento. Normalmente ligados com a SPE por meio de um consórcio ou de qualquer outra forma de *joint venture*, incluem-se tipicamente nessa categoria empreiteiras, operadores, detentores de tecnologia, fornecedores de equipamentos e matéria-prima, compradores (*offtakers*), enfim, diferentes tipos de investidor *lato sensu* cuja figura contribua, ainda que de forma marginal, para o desenvolvimento, construção ou operação do projeto³⁷². Conquanto habitualmente assim categorizados, nem todos esses agentes apresentam-se obrigatoriamente como *patrocinadores* em todos os projetos que participam. Assim, exatamente porque cada projeto possui feições peculiares, em determinada montagem societária um fornecedor, um comprador ou mesmo um empreiteiro pode perfeitamente figurar como

³⁶⁹ “Project finance structures are virtually unlimited by the creativity and flexibility of bankers and lawyers. Largely, the structures are influenced by risk appetites of the lenders and investors involved in the financing and by economic condition of the host country.” HOFFMAN, S. L. *The Law and Business of International Project Finance*. Cit., p. 78.

³⁷⁰ FINNERTY, J. D. *Project Finance*. Cit., p. 1.

³⁷¹ YESCOMBE, E. R. *Principles of project finance*. Cit., p. 33.

³⁷² “Project company shareholders will often include companies with construction and/or operation experience, and with input supply and offtake purchase capabilities. It is also essential to include shareholders with experience in the management of the appropriate type of projects, such as working with diverse and multicultural partners, given the particular risks specific to these aspects of a BOT project.” DELMON, J. *Project Finance, BOT Projects and Risk*. Haia: Kluber Law International, 2005. p. 62.

mero contratante sem que necessariamente figure como *patrocinador*, pois nada impede que uma grande corporação, por exemplo, decida assumir os riscos do projeto como patrocinador único.

Em última instância, a composição da estrutura social da companhia do projeto será definida por um conjunto de fatores das mais diversas naturezas. Elementos como o país em que se situa o empreendimento, sua legislação (sobretudo fiscal), sua estrutura judicial, entre outros detalhes, incidem de maneira direta nessa escolha. Da mesma forma, a percepção dos financiadores acerca dos patrocinadores é fator que não pode ser desprezado. Uma vez que mitigação dos riscos é elemento chave do *project finance*, determinado perfil de patrocinador pode tranquilizar os financiadores, atenuando conseqüentemente os riscos e, reflexamente, os custos do projeto³⁷³.

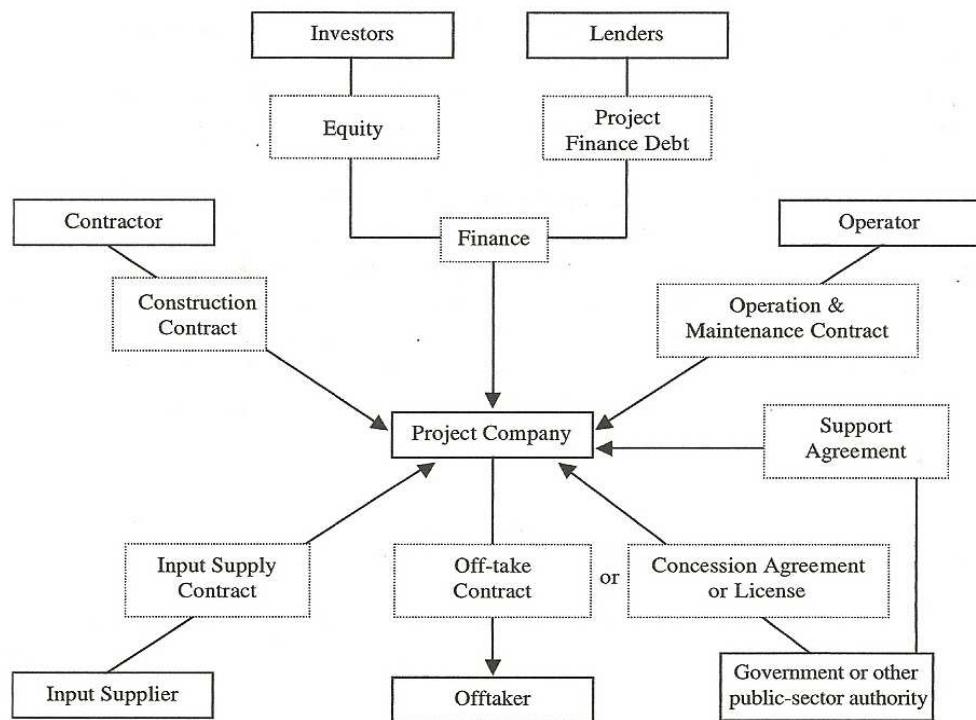
Outras figuras essenciais à concretização do projeto são precisamente os *financiadores (lenders)*. Nessa categoria de agentes agrupam-se os financiadores comerciais (instituições de natureza bancárias de todas as espécies, geralmente reunidas num *pool* liderado por um chefe de fila, que normalmente é o maior contribuinte do empréstimo sindicalizado³⁷⁴), os detentores de *bonds* negociados no mercado financeiro, os investidores multilaterais e as agências bilaterais (agências de desenvolvimento e agências de financiamento à importação e exportação). No caso dessas entidades, sua atividade resume-se ao fornecimento dos meios financeiros necessários à concretização do projeto, fiscalizando a

³⁷³ Yescombe aponta as principais características de um *sponsor* na visão de um financiador: “Experience in the industry concerned, and, hence, the ability to provide any technical or operating support required by the Project; a reasonable amount of equity invested in the project, which gives them an incentive to provide support to protect their investment if it gets into difficulty; a reasonable return on their equity investment: if the return is low there may be little incentive for the Sponsor to continue their involvement with the Project Company; arm’s-length contractual arrangements with the Project Company; an interest in the long-term success of the project; the financial ability (although not the obligation) to support the project if it runs into difficulty”. YESCOMBE, E. R. *Principles of project finance*. Cit., p. 34.

³⁷⁴ “Le pool bancaire peut, dès lors, être plus exactement définie comme *une réunion de deux ou plusieurs banques, ayant pour objet la répartition de la charge d’un crédit octroyé ou à octroyer à un emprunteur*. [...] Cependant, quelle que soit la nature du crédit, sa forme ou son affectation, la technique de la syndication bancaire est fondamentalement la même. Elle consiste à mettre en place un pool bancaire dans le cadre de l’octroi d’un crédit et peut revêtir deux formes différentes: la syndication que nous qualifierons de ‘révélée’ et celle que nous qualifierons d’‘occulte’. La syndication bancaire révélée est *celle qui conduit à l’établissement d’un lien de droit direct entre chacune des banques membres du pool et l’emprunteur*. [...] la syndication bancaire occulte se caractérise quant à elle par *l’absence de tout lien entre les banques membres du pool, prises en cette qualité, et l’emprunteur*”. ZEIN, Y. *Les pools bancaires: aspects juridiques*. Cit., p. 4 et seq.

gestão da sociedade de propósito específico sem, contudo, participar de sua gestão direta.

Organogramas de *project finance* são propostos pelos mais diferentes autores na tentativa de representar as suas feições estruturais. Evidentemente, em função de sua já mencionada natureza maleável, parece bastante difícil elaborar um quadro capaz de descrever com precisão todas as possíveis nuances que o instituto pode apresentar e, ao mesmo tempo, elaborar uma estrutura geral simplificada aplicável às mais diversas modalidades de projeto. Apesar dessa disputa perdida por antecipação, tais exercícios permitem-nos visualizar as feições gerais do instituto e, com isso, melhor apreendê-lo.



Fonte: E. R. YESCOMBE, E. R. *Principles of project finance*. Cit., p. 8.

Conquanto incompleto, como qualquer outra tentativa de enquadramento, o organograma projetado por Yescombe é de grande utilidade. Nele, o autor optou por indicar expressamente a figura dos *patrocinadores*, escolha talvez justificada pela diversidade de agentes que podem incluir-se nessa categoria. Também merece destaque a localização dos fornecedores, compradores e das autoridades governamentais na parte

inferior. Se a mitigação dos riscos é elemento essencial dessa técnica financeira, a indicação de fornecedores e compradores estáveis inevitavelmente reduz de maneira substancial parte dos riscos assumidos. Conforme veremos, interessa especialmente ao nosso trabalho o posicionamento das autoridades governamentais. Uma vez que as entidades multilaterais, como o Grupo Banco Mundial, são especialmente ativas no financiamento de obras de infraestrutura em países em desenvolvimento, e que tais projetos são tipicamente iniciados pelos respectivos Estados, a presença de tais figuras, embora não obrigatória, é recorrente nos projetos em que o Banco participa.

Característica igualmente observada em toda estrutura de *project finance* refere-se à sociedade do projeto. A denominação “sociedade de propósito específico”, assim como suas variantes “*single-purpose project company*”³⁷⁵, “sociedade veículo”³⁷⁶, ou ainda “*special purpose vehicle*” (SPV)³⁷⁷ são, nesse contexto, inequívocas, porque o destino dessa sociedade é irremediavelmente vinculado ao projeto. Consequentemente, se o projeto constitui-se em empreendimento concebido para ser finitivo – baseia-se em fatores bem determinados como a duração dos contratos, licenças ou reservas de recursos naturais e, por isso, deve pagar-se inteiramente até o fim de sua vida – a sociedade não pode ter sorte diversa daquele. Assim, em oposição à perenidade de outras iniciativas empresariais, a brevidade é característica inerente à sociedade de projeto. Em função dessa relação orgânica entre o projeto e a sociedade criada para administrá-lo, por razões óbvias esta última situa-se no centro de qualquer estrutura de *project finance*: afinal, é em torno e por meio dela que se tece o relacionamento de todos os agentes envolvidos no empreendimento.

Com relação à estruturação dos projetos, sua edificação pode igualmente obedecer aos mais variados formatos³⁷⁸. Delmon, a esse

³⁷⁵ WOOD, P. R. *Project finance, subordinated debt and state loans*. Londres: Sweet & Maxwell, 1995. p. 3.

³⁷⁶ VINTER, G. D. *Project Finance*. Cit., p. 7.

³⁷⁷ FABOZZI, F. J.; DAVIS, H. A.; CHOUDHRY, M. *Introduction to Structured Finance*. Cit., 259.

³⁷⁸ Exemplificativamente, seguem apenas algumas opções: BOO é a sigla que corresponde a *Build-own-operate*. Trata-se de uma modalidade de projeto empregada, por exemplo, em privatizações de usinas de produção de eletricidade ou redes de telefonia. Nesse caso, a propriedade do projeto permanece com a sociedade do projeto. Na hipótese de um projeto BTO (*Build-transfer-operate*), a diferença que os separa dos tradicionais BOT (*Build-operate-transfer*) consiste no fato que o setor público não assume o controle do

respeito, aponta que a falta de homogeneidade na conceituação da profusão de termos e siglas aplicados nessa área dificulta ainda mais a avaliação dos projetos e, conseqüentemente, também a criação de modelos e padrões aplicáveis globalmente³⁷⁹. Sugere, por exemplo, no caso de PPPs, a construção de um modelo universal edificado segundo a conjugação de 5 parâmetros fundamentais: (1) preexistência do negócio, (2) estágio de sua edificação, (3) a necessidade ou não de mobilização inicial de um alto volume de capital, (4) o número de destinatários a serem servidos pelo projeto e (5) a natureza da fonte dos rendimentos.

For example, a project where the project company builds a new power plant, operates it and sells the power to the local utilities, would be a *New-Build-Finance-Bulk-Fee*. The refurbishment of an existing hospital, financed by the project company, where the project company does not provide clinical services, but instead makes the refurbished hospital available to the local health authority for a fee and the grantor delivers clinical services out of the hospital. This project would be a *New-Refurbish-Finance-Bulk-Fee*. The management of an existing water company and refurbishment of assets, financed by the grantor, with revenues collected from the consumers, would be an *Existing-Refurbish-User-Tariffs*. The management of an existing waste management plant for the local utility with no capital expenditure, but an up-front concession fee, with revenues from anyone wanting to deposit waste at the facility, would be an *Existing-Finance-Bulk-Tariffs*³⁸⁰.

Apesar disso, observa-se, de forma geral, no setor público, o emprego recorrente da plataforma BOT (*Build-operate-transfer*), que parece constituir-se na estrutura mais adaptada ao desenvolvimento de projetos de infraestrutura. Sob essa plataforma, uma entidade pública

projeto até que a construção seja concluída. Finalmente, nos projetos BOOT (*Build-own-operate-transfer*) a sociedade do projeto constrói, detém a propriedade e opera o projeto por um período de tempo contratualmente acordado para promover o retorno do investimento e somente depois transfere a propriedade ao ente público.

³⁷⁹ “For too long the methods available for structuring the involvement of the private sector in the provision of infrastructure services has been constrained by the confusing lack of a common terminology. We use terms such as privatization, divestiture, concession, lease, affermage, BOT, BOOT, ROT, BOO, ROO, DBO, RBO, DCMF, BTL, RTL, BTO, RTO, DBFO, PFI, outsourcing, delegation of services, management contract, operation and maintenance contract, service contract, operating contract, performance contract and the list goes on. Yet there is no clear agreement on what these terms mean. Each term can be used for a number of different structures. These different terms become even more confusing across national and regional divides, and as between different sectors.” DELMON, J. “Partnership in infrastructure: sorting out the forest from the trees: BOT, DBFO, DCMF, concession, lease...” In: *Policy Research Working Paper 5173*. Washington: The World Bank Finance and Guarantees Unit, Finance Economics & Urban Department, 2010. p. 8-9. Disponível em: <www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/IW3P/IB/2010/01/11/000158349_20100111150559/Rendered/PDF/WPS5173.pdf> Acesso em 03/10/2012>. Acesso em: 03 out. 2012.

³⁸⁰ Idem, ibidem, p. 7.

confere a uma sociedade de projeto, sob forma de uma concessão, a incumbência de construir determinada obra até certa data e operá-la por um certo período de tempo, ao final do qual as instalações são transmitidas à entidade pública. A concessão, cuja duração pode ser estabelecida a termo fixo ou variável (nesse caso, até que determinado valor seja alcançado), deve assegurar aos investidores o reembolso do capital investido, além dos respectivos rendimentos. Em contrapartida, pode (e habitualmente o faz) estabelecer obrigações bastante rígidas a serem adimplidas pela sociedade do projeto³⁸¹.

De forma bastante simplificada, numa estrutura típica de *project finance*, uma vez concluídos todos os estudos de viabilidade e concepção do empreendimento, uma sociedade de propósito específico é constituída para construir e operar um projeto. Suas ações são distribuídas entre os *patrocinadores* que se unem sob a forma de um consórcio, uma *joint venture* ou qualquer outra modalidade contratual que possa eficazmente estabelecer os respectivos direitos e deveres. Em seguida, *financiadores*, geralmente unidos num *pool*, disponibilizam linhas de crédito para financiar a edificação da obra, contra a prestação do maior número de garantias possível. Na medida em que as obras são concluídas e o empreendimento passa a operar, as partes envolvidas passam a recuperar o seu investimento por meio do fluxo de caixa produzido pelo projeto³⁸². Ao final do período de concessão, o empreendimento é transferido à entidade pública iniciadora.

3.2 Os riscos

Observamos que o fator característico da técnica de financiamento designada como *project finance* é a autossustentabilidade do projeto financiado. Dessa forma, diferentemente de outras técnicas de financiamento que também podem implicar na criação de uma sociedade de propósito específico (como no caso da *securitização*, em que a emissão de

³⁸¹ WOOD, P. R. *Project finance, subordinated debt and state loans*. Cit., p. 11 et seq.

³⁸² Idem, *ibidem*, p. 3-4.

títulos é lastreada no patrimônio segregado numa outra pessoa jurídica³⁸³), somente o *project finance* tem no reembolso do financiamento pelo fluxo de caixa produzido pelo próprio projeto financiado o seu elemento distintivo³⁸⁴.

Essa circunstância traz inevitáveis repercussões materiais. Enquanto o financiamento de qualquer atividade de uma companhia preexistente pode apoiar-se em seus bens, em linhas de crédito preexistentes ou a serem aprovadas, em lançamento de novas ações no mercado financeiro, ou ainda na robustez de seu balanço patrimonial, uma nova empresa (como a sociedade de propósito específico, no caso do *project finance*) não possui histórico algum que dê suporte a tais empenhos. Nesse caso, os *financiadores* devem confiar quase unicamente no sucesso do empreendimento, afinal, disso depende o retorno de seu investimento. Para tanto, devem assegurar-se da excelência do projeto; que será completado no tempo previsto; que o orçamento será respeitado; que será tecnicamente capaz de funcionar como projetado; que gerará um fluxo de caixa suficientemente volumoso para cobrir todos os débitos e reembolsar os valores investidos, bem como custos marginais que possam porventura surgir³⁸⁵.

Evidentemente, tratando-se todas essas de hipótese futuras, não é difícil se imaginar a incalculável quantidade de eventos que ao longo da vida do projeto podem incidir sobre a sua sorte. A incerteza constitui-se, portanto, em elemento presente em quase todas as etapas de sua existência. Daí surge o segundo fator característico do *project finance*, que se consubstancia também em sua razão de ser: a mitigação dos riscos.

Delmon define risco como “*the probability of an event occurring and the consequences of its occurrence*”³⁸⁶. Mais precisamente no contexto de um *project finance*, versando sobre a edificação de infraestrutura, “*the event in question*

³⁸³ “No sentido amplo, a securitização é entendida como a substituição das formas tradicionais de financiamento bancário pelo financiamento através do mercado de capitais. Designa-se com ele a desintermediação financeira. Em sentido estrito, a securitização é uma operação complexa, que envolve alguma forma de segregação de patrimônio, quer pela cessão a uma pessoa jurídica distinta, quer pela segregação interna, e uma emissão de títulos lastreada nesse patrimônio segregado.” CAMINHA, U. *Securitização*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 37-38.

³⁸⁴ FABOZZI, F. J.; DAVIS, H. A.; CHOUDHRY, M. *Introduction to Structured Finance*. Cit., p. 259.

³⁸⁵ YESCOMBE, E. R. *Principles of project finance*. Cit., p. 13.

³⁸⁶ DELMON, J. *Project Finance, BOT Projects and Risk*. Cit., p. 1.

*will generally have a negative effect on the project, either increasing cost, delaying completion, reducing performance or possibly rendering the project itself impracticable. Where the construction and the long-term management of infrastructure is at stake, risk becomes an even more important commodity*³⁸⁷.

Em virtude desses elementos, identificam-se algumas etapas chave de qualquer *project finance*: a detecção dos riscos, sua análise e sua alocação aos diferentes participantes do projeto. Afinal, como muito bem apontam Fabozzi, Davis e Choudhry, “*There is no magic about project financing*”. Em síntese, trata-se somente de uma bem-elaborada técnica de engenharia financeira

*that combines the undertakings and various kinds of guarantees by parties interested in a project being built in such a way that none of the parties alone has to assume the credit responsibility for the project, yet when all the undertakings are combined and reviewed together, the equivalent of a satisfactory credit risk for lenders has been achieved*³⁸⁸.

Assim, não parece equivocada afirmar que a sorte do projeto depende, em última instância, da análise e distribuição dos riscos³⁸⁹.

A fim de contemplar todas as facetas que um projeto pode apresentar, profissionais dos mais diversos setores participam de sua confecção. Nesse contexto, aos profissionais do direito incumbe dar formato jurídico aos inúmeros estudos e entendimentos elaborados ao longo de suas sucessivas etapas. Sob essa perspectiva, os contratos que vinculam todas as partes à sociedade de projeto nada mais são que a ponta de um iceberg cujas bases são exatamente a análise e a alocação dos riscos do empreendimento.

Por razões óbvias, não descreveremos aqui como essas análises são elaboradas na prática, tampouco os métodos nelas empregados: trata-se de competência que não possuímos e de tema autônomo que se distancia do

³⁸⁷ Idem, ibidem, p. XXVII-XXVIII.

³⁸⁸ FABOZZI, F. J.; DAVIS, H. A.; CHOUDHRY, M. *Introduction to Structured Finance*. Cit., p. 261.

³⁸⁹ “An important part of the successful closing of a project financing is the risk structuring process. It is during this process that risks are identified, analyzed, quantified, mitigated, and allocated so that no individual risk threatens the development, construction, or operation of the project in such a way that the project is unable to generate sufficient revenues to repay the project debt, pay operating expenses, and provided an attractive equity return to investors. This is done primarily through the contracting-out process—allocating risks among parties in contract form.” HOFFMAN, S. L. *The Law and Business of International Project Finance*. Cit., p. 27.

escopo de nosso trabalho³⁹⁰. Para dar apenas uma mostra da complexidade dessa tarefa, basta indicar que a percepção do risco é influenciada tanto por fatores objetivos como subjetivos. No âmbito da medida quantitativa do risco, avaliam-se a probabilidade de sua ocorrência e o seu provável impacto; na qualitativa³⁹¹, entram em cena as experiências e a intuição de cada analista, até porque, nesse contexto, mesmo se na realidade não se verifica qualquer risco, a mera avaliação afeta as ações individuais, constituindo-se, portanto, numa variável indispensável. Sob essa perspectiva, a avaliação do risco é mais importante que o próprio risco³⁹².

Adicione-se a tudo isso, finalmente, a natural mutação dos riscos ao longo do tempo, porque não se pode simplesmente reduzir o ininterrupto estado de mudança que os define a um mero processo de causa e efeito: *“The riskiness of a set of circumstances can only truly be measured at any one instant in time. Once that instant in time has passed, the riskiness of that set of circumstances will need to be revised, since the relevant circumstances will have changed”*³⁹³.

Evidentemente, sendo os projetos criações feitas sob medida tendo em vista determinadas situações concretas, parece natural que os respectivos riscos variem segundo as peculiaridades de cada empreendimento. Não obstante a incerteza inerente aos riscos, pode-se, todavia, categorizá-los materialmente segundo a sua natureza. Nessa tarefa, cada autor os divide segundo diferentes critérios. Wood³⁹⁴, por exemplo, lista-os livremente, enquanto Hoffman³⁹⁵, antes de alinhá-los, subdivide-os em duas grandes categorias: riscos comerciais e riscos transnacionais. Yescombe³⁹⁶, de forma similar, à categoria dos riscos comerciais adiciona os riscos macroeconômicos e os riscos políticos, ao passo que outros autores os elencam a partir da afetação aos respectivos agentes. De forma

³⁹⁰ Um estudo mais detalhado dos riscos pode ser encontrado em DELMON, J. *Project Finance, BOT Projects and Risk*. Cit. Ver também BLUMENTHAL, D. *Sources of Funds and Risk Management for International Energy Projects*. Berkeley Journal of International Law. vol. 16, 267, 1998.

³⁹¹ “Under the personalistic, subjectivist or Bayesian view, probability is a function both of the event and the degree of belief on an individual that that event will occur. Each individual has a different amount of information about an event, and that information will change over time.” DELMON, op. cit., p. 8.

³⁹² Idem, ibidem, p. 2.

³⁹³ Idem, ibidem, p. 1.

³⁹⁴ WOOD, P. R. *Project finance, subordinated debt and state loans*. Cit., p. 6 et seq.

³⁹⁵ HOFFMAN, S. L. *The Law and Business of International Project Finance*. Cit., p. 27 et seq.

³⁹⁶ YESCOMBE, E. R. *Principles of project finance*. cit., p. 137 et seq.

geral, a despeito das subcategorizações que se possa fazer, algumas categorias de riscos são recorrentes nos mais diversos autores.

A despeito das críticas que se possa validamente fazer às diferentes categorizações de risco, optamos, nesse trabalho, por isolar os riscos *comerciais* de categorias de risco de natureza *não comercial*. Isso porque, não obstante as organizações internacionais atuarem em todas as etapas do *project finance*, alguns de seus braços, como a MIGA (*Multilateral Investment Guarantee Agency*), por exemplo, braço do Banco Mundial responsável por fornecer garantias aos investidores transnacionais, estatutariamente pode apenas cobrir riscos *não comerciais* relacionados a esse tipo de investimento³⁹⁷.

Entre os riscos comerciais, destaca-se uma série de riscos relacionados à implementação do próprio projeto e a seu respectivo mercado de atuação: (1) viabilidade comercial, (2) execução, (3) meio ambiente, (4) operações, (5) rentabilidade, (6) fornecimento, (7) força maior, (8) incompatibilidade contratual e (9) participação dos patrocinadores são todos eventos especialmente sensíveis a riscos. Desses itens, os quatro primeiros referem-se mais precisamente à concepção, desenvolvimento e operação do empreendimento, os demais a eventos comerciais externos que influem sobre o projeto.

No que concerne à viabilidade comercial, inserem-se nesse tópico todos os riscos relacionados à elaboração do projeto e à prospecção do respectivo mercado. Questionam-se a existência e a dimensão desse mercado; os potenciais concorrentes (presentes e futuros); o preço do bem produzido pelo projeto e sua razoabilidade; etc.

Sob a rubrica geral execução, reúne-se um subconjunto de elementos de risco relativos à edificação do empreendimento. A aquisição da área e a obtenção de permissões para edificar são fases que precedem o ingresso dos financiadores no projeto e cujos riscos devem, portanto, serem suportados pelos patrocinadores. Da mesma forma, mais especificamente relacionado à construção do projeto, destacam-se riscos relativos à empreitada: questões relacionadas à qualificação, confiabilidade,

³⁹⁷ MIGA. *Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency*. Washington: World Bank, 1985. Art. 2.

credibilidade e ética (sobretudo quando o próprio empreiteiro é um patrocinador) do empreiteiro. Outra subcategoria de riscos relativos à execução do projeto são aqueles referentes aos custos da construção. Nesse caso, a inadequação do orçamento, seja por insuficiência de fundos, seja por subdimensionamento dos custos, afeta diretamente os rendimentos produzidos pelo empreendimento; em casos mais extremos, o inviabiliza. Do mesmo modo, são incidentes sobre os rendimentos do projeto os atrasos na execução da obra provocados por eventos internos (atraso da própria empreitada) ou externos (força maior, fato de terceiro).

Finalmente, completando o quadro dos riscos gerais relativos à execução do projeto destacam-se as subcategorias de riscos: ambientais e operacionais. No caso dos primeiros, cujo escopo tem aumentado significativamente nas últimas décadas, as repercussões podem apresentar inúmeras vertentes, gerando reflexos contratuais, legais e até mesmo políticos. No caso dos riscos operacionais, uma nova fase de riscos inicia-se. Por se tratar de projetos de longo termo, algumas considerações podem ser validamente feitas em relação à tecnologia empregada (sua obsolescência e o surgimento de novas técnicas), à boa gestão das operações, aos custos operacionais e à manutenção do empreendimento³⁹⁸.

Identificam-se também, externas à edificação do projeto, subcategorias de riscos comerciais particularmente relacionados ao respectivo mercado de atuação do projeto. Sob a rubrica riscos vinculados ao rendimento do projeto destacam-se algumas circunstâncias em que se verifica discrepância quantitativa, seja em relação aos números da produção, seja em relação ao valor atribuído a cada unidade produzida. Do outro lado da cadeia, há igualmente riscos referentes ao fornecimento de matéria-prima. Nesse caso, devem ser incluídos na equação riscos decorrentes de fornecimento inapropriado: viabilidade do preço fornecido, aspectos quantitativos e qualitativos concernentes à matéria-prima, provisão por longo termo, falha na entrega do material. Finalmente, fechando a subcategoria dos riscos comerciais externos ao empreendimento assinalamos a força maior, incompatibilidade contratual (*e.g.* diferentes

³⁹⁸ YESCOMBE, E. R. *Principles of project finance*. Cit., p. 137-160.

definições de força maior em contratos coligados, incompatibilidade de datas de entrega entre o contrato de fornecimento e de venda, etc.) e, finalmente, participação dos patrocinadores (*sponsors* de fato têm uma ligação orgânica com a companhia de projeto, condicionando a participação dos demais agentes, sobretudo dos financiadores).

De forma um tanto similar, Hoffman divide os riscos comerciais em nove categorias: três responsáveis por fracassos de projetos ainda na fase de concepção e edificação do projeto (atraso na conclusão do projeto, aumento dos custos da obra e insolvência ou falta de experiência do empreiteiro); as outras seis geralmente identificáveis a partir da fase inicial das operações (obsolescência tecnológica, alterações legais, oscilações em preço, disponibilidade de matéria-prima, e disponibilidade de demanda, negligência na gestão operacional, perdas em geral não asseguradas)³⁹⁹.

Especialmente no que diz respeito à alocação desses riscos, há algumas estratégias que, uma vez adotadas, podem, se não neutralizar alguns riscos, ao menos limitar o seu impacto. Nesses termos, a realização de obras conduzidas por patrocinadores confiáveis, executadas por empreiteiros reconhecidamente competentes e situadas em países politicamente estáveis são exemplos de fatores que reduzem uma considerável parcela dos riscos de execução. Não esqueçamos que, sendo a companhia do projeto uma empresa sem histórico algum que possa dar suporte aos empenhos financeiros do projeto, a credibilidade, inclusive econômica, dos patrocinadores constitui-se, ao lado da solidez do próprio projeto, no único elemento palpável capaz de orientar a decisão dos financiadores. A escolha do empreiteiro responsável pela execução das obras é, aliás, um dos pontos chaves do projeto. Uma vez que o contrato de empreitada corresponde a cerca de 60-75% do orçamento total, a escolha de um empreiteiro competente, experiente no respectivo tipo de edificação, quando não nacional do país em que se situa a obra, bem relacionado com subempreiteiros locais e dotado de solidez financeira é um fator que de fato tranquiliza os demais patrocinadores e financiadores, reduzindo de maneira

³⁹⁹ HOFFMAN, S. L. *The Law and Business of International Project Finance*. Cit., p. 59.

significativa os riscos do projeto e contribuindo, reflexamente, com a captação de recursos.

Em relação aos diversos agentes que intervêm no projeto, os riscos distribuem-se a partir de critérios objetivos. Com efeito, é princípio teórico bastante difundido em *project finance* que os riscos devem ser suportados por aqueles mais bem posicionados para controlá-los e administrá-los. Em outras palavras, o agente mais indicado para suportar determinado risco é não somente aquele mais bem posicionado para controlar a sua ocorrência, mas também aquele dotado de vontade, capacidade e meios técnicos e financeiros para fazê-lo. Por exemplo, o risco de atraso na entrega do empreendimento e suas consequências econômicas devem ser suportados, em última instância, pelo empreiteiro, ao menos que, evidentemente, decorra de um fato de terceiro ou força maior; o *offtaker* ou a autoridade contratante naturalmente busca obter a menor tarifa possível, de forma correlata, deve para tanto arcar com uma maior parcela de risco.

Outro fator importante na alocação dos riscos é o poder de negociação dos diferentes agentes. De fato, grande parte do tempo destinado à negociação dos contratos do projeto destina-se à distribuição dos riscos, chegando inclusive a suplantam a atenção conferida ao preço. Além do critério da proximidade, esse jogo de poder também tem impacto determinante sobre a distribuição dos riscos⁴⁰⁰.

De qualquer forma, a parcela de risco atribuída à companhia do projeto deve ser bem equilibrada. Se a concentração excessiva dos riscos nos agentes é estratégia inviável que até mesmo desvirtua o *project finance* (a absorção de grande parte dos riscos deve ser acompanhada de maior retorno financeiro), a tática inversa é da mesma maneira indesejável na medida em que pode dificultar o financiamento do empreendimento.

Igualmente, deve-se atentar ao equilíbrio da divisão estrutural dos riscos entre investimento e dívidas. Isso porque, como bem observa Yescombe, os financiadores, diferentemente dos patrocinadores, não são rigorosamente “investidores”, mas credores do projeto. Tipicamente, um projeto bem-sucedido apresenta uma taxa de retorno do investimento ao

⁴⁰⁰ YESCOMBE, E. R. *Principles of project finance*. Cit., p. 138.

menos duas vezes mais alta que aquela destinada aos credores. Por esse motivo, incumbe aos patrocinadores arcar com riscos residuais não suportados pela companhia do projeto⁴⁰¹. Normalmente isso se dá por meio da apresentação de “*comfort letters*” ou até mesmo ao se prover algumas garantias financeiras complementares.

Concluindo-se a explanação geral acerca da mitigação dos riscos comerciais, é importante destacar o papel essencial desempenhado pelas seguradoras. Conforme assinalado, conquanto a adoção de algumas providências possa de fato atenuar os riscos do projeto, não se pode eliminar completamente os incontáveis riscos presentes em estruturas tão complexas. Apesar de estudos e estimações serem realizados ao longo de todo o projeto, a interveniência de seguradoras, suportada geralmente pela própria companhia de projeto ou pelo respectivo empreiteiro, pode ser distribuída em duas fases: a primeira, cobrindo toda a fase de edificação do projeto, incluindo-se aí até mesmo o início das operações; a segunda, a fase operacional, etapa em que via de regra o seguro deve ser renovado anualmente. Obviamente, nesses casos os contratos de seguro serão feitos sob medida, tendo em vista o empreendimento e os riscos envolvidos, e apresentando grande variação tanto em relação ao formato como em relação aos preços.

Os riscos *não comerciais*

Sob a denominação *riscos não comerciais* agrupa-se certo número de hipóteses cujo único vínculo consiste no fato de não serem diretamente relacionadas ao projeto, mas que, de forma geral, compõem o ambiente no qual o empreendimento desenvolve-se. Por se tratar de uma categorização residual, não há naturalmente um entendimento homogêneo no que concerne a fixação de suas subcategorias. Enquanto alguns preferem reuni-los sob uma só rubrica intitulada *riscos transnacionais*⁴⁰², outros optam por uma divisão mais criteriosa, separando os riscos de natureza macroeconômica dos riscos de natureza política, mesmo que, conquanto não

⁴⁰¹ YESCOMBE, E. R. *Principles of project finance*. Cit., p. 138-139.

⁴⁰² HOFFMAN, S. L. *The Law and Business of International Project Finance*. Cit., p. 39 et seq.

sejam relacionados de forma causal, estatisticamente se possa estabelecer uma correlação entre ambos.

Dentre os riscos de natureza macroeconômica, também denominados riscos financeiros, destacamos: (1) inflação, (2) taxa de juros e (3) taxa de câmbio. Grandes oscilações nessas variáveis macroeconômicas podem impactar o projeto, seja negativamente, caso em que podem inclusive ser determinantes para o seu fracasso, seja positivamente. Tudo depende das circunstâncias em que se dá essa oscilação. Por exemplo, durante a fase de construção, aumentos bruscos na taxa de inflação podem elevar os custos de edificação, da mesma forma que o movimento inverso pode gerar ganhos inesperados à companhia de projeto. Organicamente ligada à taxa de inflação, a taxa de juros⁴⁰³ pode ser entendida da mesma maneira. Assim, exceção feita a financiamentos em que se aplicam taxas de juros fixas (prática não usual nesse tipo de negócio), a oscilação nas taxas de juros responderão por ganhos ou prejuízos, mesmo se num empreendimento novo, como a sociedade do projeto, geralmente se espera uma redução na taxa de juros ao longo do projeto. Finalmente, o risco atrelado à taxa de câmbio assume especial relevância caso elementos de estraneidade estejam envolvidos em qualquer uma das fases do projeto. Por exemplo, na hipótese de consolidação dos custos numa moeda diversa daquela em que se deu o financiamento, qualquer elevação da taxa de câmbio na moeda em que os custos se realizarem pode expor o projeto a riscos⁴⁰⁴. Obviamente, nos referimos a oscilações normais na taxa de câmbio. Isso porque a completa incapacidade de conversão de moedas ou de transferência de capital para fora do país em que se situa o projeto são consideradas risco político, não mais macroeconômico.

Note-se que, em qualquer dessas hipóteses, as oscilações macroeconômicas podem perfeitamente produzir tanto ganhos como prejuízos, dependendo, é claro, das circunstâncias em que tais oscilações se

⁴⁰³ “[...] the risk of unrealistic interest rate projections can affect the ability of the project revenues to service debt. The interest rate projections are typically a component of the feasibility study, which must show that the project economics can adapt to interest rate variations.” Idem, ibidem, p. 65.

⁴⁰⁴ “This is the risk that, for example, the currency of the price paid for the project product depreciates in relation to the currency of the loan, so that the loan is uncovered by the sales proceeds. This may be met by currency swaps or options.” WOOD, P. R. *Project finance, subordinated debt and state loans*. Cit., p. 8.

verifiquem. Contudo, diferentemente de outros setores em que o apetite ao risco é elemento inerente à atividade, no setor produtivo o que realmente se busca é a produtividade do empreendimento, sendo a instabilidade um fator indesejável. No caso específico de riscos financeiros, além da opção por vias menos sujeitas a risco, como taxas de juros fixas ou parcelas prefixadas (o que, é bem verdade, nem sempre é possível), há um grande número de instrumentos financeiros (opções em geral, *hedge*, *swaps*, etc.) que possibilitam a transferência do risco a instituições financeiras mais bem preparadas para geri-los. Nesse caso, não nos parece equivocada afirmar que riscos financeiros são, dentro do possível, mitigados por meio do emprego de instrumentos também financeiros.

A outra categoria de riscos não comerciais, esta de natureza absolutamente diversa de qualquer outra modalidade de risco já observada, é a dos riscos políticos. Desnecessário dizer que os Estados desempenham um papel muito importante em *project finance*, seja como iniciadores de projetos, seja como meros países anfitriões. Em projetos exclusivamente privados, por exemplo, suas ações (regulando a economia, editando normas, conduzindo a política econômica, etc.) repercutem indiretamente sobre o projeto na medida em que interferem no ambiente em que esse se desenvolve. Em projetos de natureza pública, participando como iniciadores (*e.g.* privatizações, obras de infraestrutura), podem atuar em diversas vertentes do projeto, tanto direta como indiretamente.

Nada disso seria, no entanto, muito dramático se os projetos não se estendessem por longos períodos e as mudanças de orientação política não tivessem impacto algum sobre eles. Contudo, durante a vigência de um projeto, mudanças no cenário político e econômico podem alterar extraordinariamente a orientação de alguns governos. Não raramente, projetos executados em setores considerados de domínio público ou em áreas especialmente sensíveis, não obstante de natureza declaradamente mista ou privada, tornam-se objeto de disputa política⁴⁰⁵. Nessas hipóteses,

⁴⁰⁵ “The degree of political risk the project faces is sometimes determined by the nature of the project. Projects of particular importance to a host government’s social welfare strategies might be less susceptible to many political risks [...] In contrast, projects significant to the country’s security or basis infrastructure might be more susceptible to certain political risks, such as expropriation.” HOFFMAN, S. L. *The Law and Business of International Project Finance*. Cit., p. 40.

embora não exclusivamente, mas estatisticamente recorrentes em países em desenvolvimento⁴⁰⁶, multiplicam-se os riscos incidentes sobre tais projetos. A partir disso, pode-se afirmar que tão importante quanto a viabilidade comercial do projeto é a sua viabilidade política.

A interferência governamental sobre um projeto pode, assim, ocorrer sob duas formas tecnicamente diversas, mas cuja distinção, no caso concreto, constitui-se em tarefa bastante delicada: ações como agente do projeto e ações como país anfitrião. Conforme veremos mais adiante, muito embora ambas causem impacto material sobre o projeto, juridicamente, a categorização do ato danoso como ato de Estado, e não como um mero ato comercial, pode ser determinante à responsabilização do Estado.

Por se tratar de classificação não jurídica, os riscos políticos são habitualmente repertoriados segundo seus resultados. A partir disso, constituem-se em potenciais riscos políticos quaisquer atos de Estado que de alguma forma causem restrição à convertibilidade de moedas, estabeleçam barreiras à transferência de capital, ou que se revertam em expropriação. Sob a perspectiva jurídica, conquanto indicativamente útil, essa classificação não é de grande auxílio, uma vez que qualquer dessas hipóteses, caso concretizadas, redunde em dano da mesma natureza (restrição ao direito), pouco nos dizendo, no entanto, acerca do ato que as provocou.

Evidentemente, restrições ao direito não são automaticamente ilegais, afinal, é atributo da soberania interna do Estado regular as relações sociais sob seu território. Ao mesmo tempo, um Estado pode interferir em determinado projeto de seu interesse tanto diretamente (*e.g.* desapropriando bens, cassando permissões, etc.), como indiretamente (*e.g.* regulando determinada atividade); tanto por meio de atos de natureza administrativa como por atos de natureza legislativa. Tudo isso sem mencionar atos que escapam completamente a seu controle mas pelos quais pode ser considerado responsável: guerras civis, atos de outras pessoas jurídicas de direito público autônomas, etc. Nesse contexto, pode ser extremamente

⁴⁰⁶ “There is political risk in every infrastructure transaction: this holds true whether or not the infrastructure investment is located in an emerging market or in a OECD country.” PORTER, G. Risk is not so political after all. In: *Global Infrastructure Development* (World Markets in 1999). Washington: 7^o Annual World Economic Development Congress, 1998. p. 63.

difícil se distinguir na prática um ato comercial de um ato de Estado; um ato legítimo de um ato ilegal da autoridade pública.

No que concerne especificamente à mitigação dos riscos políticos, sua cobertura pode depender de uma combinação ainda mais complexa de fatores, cujo sucesso é determinante à viabilidade política do empreendimento. Em caso de risco de convertibilidade de moeda ou transferência de capital, parte dessa mitigação pode ser obtida na própria montagem do projeto: estratégias como isolar o recebimento dos rendimentos em território diverso daquele em que se situa o projeto (medida possível se o pagamento é realizado por intermédio de uma fonte situada fora do país anfitrião: por exemplo, no caso do projeto produzir uma commodity para exportação – gás, minérios, eletricidade, etc.) ou constituir uma conta de reserva *offshore* (geralmente no início do projeto por provisão no orçamento preliminar, ou à ocasião da percepção dos primeiros rendimentos da operação) de fato reduzem os riscos assumidos pelo investidor⁴⁰⁷. De forma mais geral, formação de *joint ventures*, para dividir os riscos em maior número possível de partes; obtenção de garantias e seguros, seja do patrocinador, seja do Estado anfitrião; estímulo à participação de companhias locais no projeto, sobretudo Bancos; e obtenção de proteções contratuais (*e.g.* arbitragem internacional, escolha da lei aplicável, etc.) são outras providências que, conquanto não eliminem os riscos políticos, contribuem com a sua mitigação.

Paralelamente às medidas de natureza contratual e financeira visando à mitigação dos riscos políticos, há também uma série de providências cujo teor político é inegável. Por razões óbvias, não obstante os esforços despendidos na tentativa de mitigar riscos políticos por meio do emprego de instrumentos disponibilizados pelo mercado, parece inevitável que uma parcela significativa desses riscos permaneça descoberta. Com o propósito de reduzir a sua incidência, entidades financeiras de natureza política foram criadas. Por meio desses entes, busca-se atuar em duas frentes diversas de maneira concomitante: na financeira, por meio da concessão de empréstimos e oferecimento de garantias; na moral, seja

⁴⁰⁷ YESCOMBE, E. R. *Principles of project finance*. Cit., p. 205 et seq.

dissuadindo Estados a adotarem medidas insensatas ou ações políticas contra o projeto, seja, por meio de sua reputação, mobilizando investidores reticentes a participarem do projeto. Em contraste com os financiadores comerciais, cujo propósito evidente é o lucro, esses entes políticos, sendo criaturas forjadas por Estados, naturalmente obedecem a um conjunto muito mais estrito de regras e em seus propósitos alinham-se não somente objetivos financeiros, mas também políticos.

No que concerne a sua constituição, esses entes públicos podem organizar-se sob a forma bilateral ou multilateral. Entre as entidades bilaterais destacam-se as agências de desenvolvimento e as agências de crédito à exportação e entidades afins; entre as multilaterais, os Bancos de Desenvolvimento e outras agências que disponibilizam financiamento a projetos de desenvolvimento situados em países em desenvolvimento.

Por tratar-se de instituições subordinadas a seus respectivos Estados, parece incontornável concluir-se que tais entidades são nada mais que instrumentos elaborados para a realização dos objetivos políticos dos Estados de criação. Nesse âmbito, as agências de desenvolvimento distinguem-se das agências provedoras de crédito à exportação pela natureza de suas ações. Enquanto as primeiras oferecem algumas modalidades de ajuda financeira submetida a condições bastante favoráveis, as agências fornecedoras de crédito à exportação visam promover a indústria exportadora de bens e serviços de seu próprio país.

Além de empréstimos (diretos e indiretos) e equalização de taxas de juros, as agências de exportação-importação e outras entidades afins também disponibilizam garantias para cobertura de riscos políticos. Entretanto, a extensão dessa cobertura pode variar consideravelmente segundo a agência em função da natureza do risco e dos limites assegurados. Por exemplo, a OPIC (*Overseas Private Investment Corporation*), entidade vinculada ao governo dos Estados Unidos da América, cobre riscos assumidos por cidadãos americanos, empresas americanas e empresas constituídas no exterior que sejam pelo menos 95% controladas por americanos. Entre as modalidades de risco político que cobre, destacam-se: o risco de inconvertibilidade de moedas, transferência

de capital, expropriação e violência política, casos similares àqueles garantidos pelo USExim (*United States Export-Import Bank*). Por outro lado, enquanto a britânica ECGD (*Export Credit Guarantee Department*) disponibiliza a cobertura de grande variedade de riscos políticos, a canadense EDC (*Export Development Corporation*) limita em até 90% a cobertura de riscos provenientes de quebra de contrato, conversão monetária, expropriação, não pagamento de obrigações soberanas, violência política e risco de transferência. O japonês JBIC (*Japanese Bank for International Cooperation*) assegura riscos políticos em situações bastante restritas⁴⁰⁸.

Já as entidades de natureza multilateral, sejam elas de escopo regional, sejam de escopo universal, agrupam-se em estruturas variadas cuja expressão mais bem acabada são os Bancos Multilaterais de Desenvolvimento⁴⁰⁹. Com atuação destacada na promoção de projetos situados em países em desenvolvimento, essas instituições, emblematizadas na figura do Banco Mundial, são dotadas de instrumentos que lhes permitem, em casos extremos, interferir nas mais diferentes etapas de um projeto: concedendo empréstimos diretos, sindicalizando financiadores, regulando condutas, fornecendo garantias (sobretudo a riscos não comerciais) e até mesmo resolvendo litígios.

Para ilustrar como essas organizações podem intervir em diferentes etapas de um projeto, basta tomarmos como base uma obra de infraestrutura hipotética. Nesta, o país iniciador da obra pode receber suporte financeiro seja do BIRD, seja da IDA para realização do projeto, o

⁴⁰⁸ HOFFMAN, S. L. *The Law and Business of International Project Finance*. Cit., p. 263-264.

⁴⁰⁹ “IFC is the largest multilateral source of loan and equity financing for private sector projects in the developing world; it is also a leading agency supporting project finance for the private sector. Its experience spans more than 40 years and reaches into 134 countries. As of June 30, 1998, IFC's total financing portfolio covered 1,138 companies in 111 countries. Over the past five years, other development agencies—including the European Bank for Reconstruction and Development, the Inter-American Development Bank (IDB), the Asian Development Bank, and the African Development Bank—have all increased their lending to the private sector (figure 3.2). In 1998, their total finance to the private sector is estimated at \$10.2 billion, of which IFC represents about \$2.8 billion. Although figures for their project finance activities are not available, they are estimated to represent at least 25 percent of these agencies' total private sector lending. The syndicated loan programs (known as B-loans) offered by some MDBs are also an important means of mobilizing finance. Total B-loan syndications in 1997 were about \$4 billion. IFC has by far the largest B-loan program [...]: it completed \$2.4 billion in syndications during fiscal 1998 and \$9.8 billion between fiscal 1995 and 1998.” INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. *Project finance in development countries: IFC's lessons of experience*. n. 7. Cit., p. 26-27.

que (quase) automaticamente implica na abertura de um processo licitatório internacional. Eventuais investidores estrangeiros interessados no projeto podem credenciar-se tanto para receber suporte direto do IFC ou do BIRD, como para contratar garantias contra risco político disponibilizadas pela MIGA, pelo BIRD ou até mesmo pelo IFC⁴¹⁰. Em projetos dessa natureza o recurso à arbitragem é uma prática recorrente. Tendo em vista que o ICSID constitui-se atualmente no principal centro de arbitragem em matéria de investimento, não seria surpreendente que certas disputas fossem submetidas a esse órgão. Tudo isso sem mencionar a assistência técnica que pode ser fornecida, os painéis que verificam a regularidade das contas e a condicionalidade inerente às ações do Banco.

3.3 Agentes reguladores e instrumentos regulatórios

Nos itens acima, procuramos delinear os elementos essenciais que compõem o *project finance*. Evidentemente, não se pretendeu esgotar tão árido assunto (até porque isso nos distanciaria do escopo de nosso trabalho), apenas introduzi-lo brevemente, lançando, na passagem, as bases indispensáveis para exploração de seus principais agentes reguladores.

Dentre os mencionados elementos essenciais que compõem o tema, destacamos a união de esforços de entidades dos mais diversos setores movidos por uma causa comum: a edificação de um empreendimento autossustentável que seja capaz de produzir recursos financeiros suficientes para reembolsar investidores e remunerar financiadores. Nesse contexto, qualquer ameaça ao bom desempenho do projeto, em qualquer de suas fases, logicamente incide de forma negativa nas expectativas dos participantes. Assim, na medida em que a integridade do projeto é condição *sine qua non* ao sucesso dessa técnica financeira, o processo de identificação, alocação e mitigação dos riscos assume ares de inexorabilidade.

A partir disso, parece-nos inevitável constatar que a regulação do *project finance* obedece a um número de disposições (jurídicas ou não)

⁴¹⁰ Muito embora não exista vedação estatutária ao oferecimento de garantias pela IDA, não se trata de atividade habitual dessa instituição, sendo extremamente rara essa ocorrência.

oriundas dos mais diversos agentes. Algumas delas são concebidas propositalmente para esse fim, outras acidentalmente aplicáveis; algumas têm aplicação contida a ambientes muito bem delimitados, outras produzem efeitos que extrapolam as fronteiras jurídicas de seu hábitat original. Diante disso, parece-nos dispensável reafirmar a complexidade dessa tarefa.

Ainda que a definição dos agentes reguladores e das regras incidentes sobre determinado projeto dependa em grande parte das suas especificidades (*e.g.* projeto de natureza pública ou privada, participantes unicamente nacionais ou também estrangeiros, situados em países desenvolvidos ou em desenvolvimento), algumas circunstâncias são recorrentes.

Com efeito, qualquer que seja a natureza da obra, a sua materialidade necessariamente a vincula a um espaço territorial determinado. Por via de consequência, são óbvias as repercussões no projeto causadas pelo exercício do poder regulatório do país anfitrião. Assim, até mesmo num projeto de natureza exclusivamente privada e composto unicamente por participantes nacionais, a ação do Estado anfitrião pode ser decisiva na definição de seu sucesso ou fracasso. Isso porque, ao mesmo tempo em que, por exemplo, a concessão de garantias ou empréstimos por intermédio do Banco de Desenvolvimento do país pode favorecer o bom desempenho do projeto, a imposição de regras mais rígidas no que concerne ao meio ambiente, às relações de trabalho ou à tributação podem prejudicá-lo.

Evidentemente, não se vislumbra até esse ponto surpresa alguma, afinal, intervir nas relações sociais regulando condutas é elemento inerente às funções do Estado; isso é tão verdade para os participantes do *project finance* quanto para qualquer outro indivíduo. Contudo, o Estado anfitrião não é (ao menos não na maioria dos casos) o único agente regulador do *project finance*: às normas provenientes dele normalmente adicionam-se outras tantas oriundas das mais variadas fontes.

Quando se trata, por exemplo, de projetos contando com a participação de investidores estrangeiros, outra fonte irradiadora de normas

deve ser forçosamente considerada. Conforme assinala Juillard, “*l’opération d’investissement international, dans la conception que l’on s’en fait traditionnellement, intéresse trois protagonistes: l’investisseur, l’Etat dont cet investisseur est le national – l’Etat de nationalité –, et l’Etat sur territoire duquel est constitué l’investissement – l’Etat de territorialité*”⁴¹¹. Dado o interesse, seja econômico, seja político, do Estado de nacionalidade do investidor, as ações por ele promovidas também influenciam o projeto.

Naturalmente, além das normas internas editadas por cada um desses Estados no exercício de suas atividades legislativa e reguladora, também as normas internacionais às quais estão vinculados incidem sobre o empreendimento. Multiplique-se isso pelas diferentes nacionalidades que podem estar representadas num dado projeto e teremos uma miríade de normas, códigos de condutas, recomendações, etc., todas elas incidindo de alguma forma sobre aspectos específicos do projeto.

Dessa forma, à medida que outros agentes passam a interagir no projeto, a complexidade de sua regulação aumenta de forma exponencial. A participação de agentes estrangeiros induz a incidência de regras de conduta das mais diversas ordens, ainda que, repita-se, trate-se de um empreendimento em grande parte regulado pelo direito nacional.

Exemplos dessa dinâmica são igualmente múltiplos e as possibilidades tão incontáveis quanto incontáveis podem ser as hipóteses de estruturação de cada projeto. No contexto da atividade bancária, mesmo se o país anfitrião não é formalmente vinculado aos princípios da Basileia, tais orientações podem incidir indiretamente sobre o projeto, seja porque o país de origem de alguns potenciais financiadores os adote, seja porque instituições poderosas como FMI e BIRD estimulam a adoção desses princípios ao condicionar a concessão de empréstimos à sua implementação. Da mesma maneira, independentemente do projeto em questão realizar-se ou não num país membro da OCDE, diretivas e normas editadas⁴¹² por essa instituição podem influir, ainda que por via indireta,

⁴¹¹ JUILLARD, P. *L’évolution des sources du droit des investissements*. (RCADI, 1994. vol. VI., T. 250) p. 30.

⁴¹² OCDE Agreement on Officially Supported Export Credits (27 ago. 2012). Disponível em [http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=tad/pg\(2012\)9](http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=tad/pg(2012)9). Acesso em: 17 nov. 2012.

sobre o projeto. Destaca-se a hipótese de um Banco de Exportação que oriente suas ações a partir dessas normas tomar parte no projeto⁴¹³.

Tudo isso, é claro, sem mencionar os tratados bilaterais e multilaterais ratificados pelo país anfitrião, bem como as regras internas de organizações internacionais das quais faça parte. Independentemente da natureza cogente ou não dessas últimas (*hard law* ou *soft law*), a sua adoção é, na maioria das vezes, motivada muito mais pelo efeito positivo que provocam devido à reputação das organizações junto ao mercado do que pela hipotética obrigatoriedade.

Especialmente importantes no contexto da orientação dos financiamentos internacionais aos países em desenvolvimento é o papel desempenhado pelas organizações internacionais, destacadamente os Bancos de Desenvolvimento.

Parece-nos desnecessário, a esta altura, retornar aos já delineados elementos conjunturais que ocasionaram a integração dos países em desenvolvimento, especialmente dos novos Estados criados pelo movimento de descolonização, à sociedade internacional. É igualmente inútil, para evitarmos repetições, reiterar o histórico que culminou com a integração dos mercados financeiros e a substituição da outrora proeminente presença dos fundos públicos por privados no financiamento do desenvolvimento. Vale a pena, no entanto, mencionar dois aspectos desses processos que impactaram com profundidade o direito aplicável aos investimentos internacionais e, por via de consequência, o *project finance*: o primeiro deles, a orientação política do movimento dos países em desenvolvimento, o segundo, a aversão dos agentes financeiros ao risco político.

Como não poderia deixar de ser, o nacionalismo naturalmente constituiu-se em componente indispensável da descolonização. Nesse processo de rejeição da herança colonizadora, o estrangeiro instantaneamente passou a ser identificado como uma ameaça à soberania recém conquistada. Nesse contexto, como seria normal que ocorresse, as sucessivas *nacionalizações* veiculavam conteúdo político simbolicamente muito maior do que a mera *expropriação* da propriedade estrangeira podia

⁴¹³ HOFFMAN, L. *The Law and Business of International Project Finance*. Cit., p. 296 et seq.

comportar⁴¹⁴. De forma proclamada, tratava-se do pagamento de uma dívida histórica, produto de anos de exploração colonial⁴¹⁵. Na esfera política internacional, reivindicava-se a formulação de uma nova ordem econômica internacional consolidada num novo direito internacional que contemplasse não somente as aspirações e os valores das nações desenvolvidas, mas também aqueles dos países em desenvolvimento⁴¹⁶.

Paralelamente, o mencionado processo de interconexão dos mercados financeiros ganhava corpo, expandindo de maneira paulatina os limites das finanças globais para além das fronteiras dos países industrializados. À medida que o volume dos fluxos públicos regredia proporcionalmente em relação aos privados, os Estados começavam a revelar as primeiras dificuldades em financiar autonomamente o desenvolvimento de sua infraestrutura⁴¹⁷.

Conforme observado no início deste capítulo, a participação de entidades privadas no desenvolvimento de infraestruturas não é um fator novo⁴¹⁸. Contudo, também é verdade que se tratou de um movimento tumultuado em que fundos privados e públicos alternavam-se na supremacia do financiamento dessas obras. O renascimento do *project finance* ocorre exatamente nesse contexto, em que as carências econômicas de países

⁴¹⁴ Embora juridicamente não se verifiquem diferenças substanciais entre *nacionalização* e *expropriação*, ideologicamente a primeira exhibe claras feições nacionalistas, enquanto a segunda, feições puramente econômicas.

⁴¹⁵ Tão logo desembaraçados da letargia colonial, os países em desenvolvimento (então chamados de países do Terceiro Mundo) uniram-se em torno de uma causa comum. As demandas por assistência da comunidade internacional em prol do desenvolvimento passaram a multiplicar-se nas mais variadas esferas, institucionalizadas (CNUCED, 1964) ou não (as grandes Conferências dos países em desenvolvimento: Bandoung, 1955; Belgrado, 1961; Cairo, 1964; Lusaka, 1970; Argel, 1973; Colombo, 1976; Havana, 1979; Nova Déli, 1983; Harare, 1986). PELLET, Alain. *Le droit international du développement*. Cit.

⁴¹⁶ “Essa situação é extremamente incômoda, notadamente para os Estados do Terceiro Mundo, confrontados com a necessidade de cumprimento das regras de um direito concebido e desenvolvido sem levar em consideração as suas particularidades.” HUCK, H. M. *Contratos com o Estado: aspectos de direito internacional*. São Paulo: Gráfica Editora Aquarela S.A., 1989. p. 10.

⁴¹⁷ “Traditionally, large scale public-sector projects in developed countries were financed by public-sector debt; private-sector projects were financed by large companies raising corporate loans. In developing countries, projects were financed by the government borrowing from the international banking market, multilateral institutions such as the World Bank or through export credits. These approaches have begun to change, however, as privatization and deregulation have changed the approach to financing investment major projects, transferring a significant share of the financing burden to the private sector.” YESCOMBE, E. R. *Principles of project finance*. Cit., p. 1.

⁴¹⁸ “The ‘concession’ that developed in France from the Middle Ages and the Renaissance provides an early example of private investment in public services. After a pause during the French Revolution, the majority of infrastructure projects of the 19th century were developed through concessions, including railways, gas and electricity.” DELMON, J. *Partnership in infrastructure: sorting out the forest from the trees: BÖT, DBFO, DCMF, concession, lease...* Cit., p. 55.

recentemente saídos da letargia colonial contrapunham-se à formidável expansão dos recursos privados⁴¹⁹. No entanto, para que a aliança econômica entre a necessidade financeira dos países em desenvolvimento e a abundância de recursos no mercado internacional fosse consolidada, faltava superar o obstáculo político que os dividia.

Muito embora já houvesse algumas normas internacionais regulando os investimentos estrangeiros, foi nesse contexto de oposições que se edificaram as bases do atual direito internacional dos investimentos. De um lado, os interesses privados, ansiosos por maior segurança face aos crescentes riscos políticos, confrontavam-se ao interesse público, assentado na tão duramente conquistada soberania política. No âmbito desse embate, permeado por proposições puramente ideológicas revestidas de tecnicidade contestável, três teorias econômicas sobre os investimentos estrangeiros destacaram-se.

A teoria clássica, forjada sobre as bases do liberalismo econômico, proclamava as benesses do investimento estrangeiro aos países anfitriões. A tradução jurídica desses propósitos propugnava a adoção de medidas protetoras aos capitais privados em detrimento da soberania nacional, preferencialmente por meio da internacionalização do tema. A teoria da dependência, popularizada na América Latina e logo após disseminada a outros cantos do globo, elevou-se como um contraponto à teoria clássica. Na visão dos teóricos dessa corrente, o investimento estrangeiro, em linhas gerais, apenas perpetuava um sistema de dominação no qual subsidiárias de corporações multinacionais operavam na qualidade de representantes de seus Estados de origem. Finalmente, aponta-se o surgimento de outra vertente situada a meio caminho entre as duas teorias precedentes. Formulada num contexto em que o comunismo deixara de ser uma opção viável e em que crises econômicas sucessivas revelavam as limitações do

⁴¹⁹ “Private sector participation in infrastructure has had a tumultuous past. But the last 30 years have brought this occasionally popular option for infrastructure development into its own, from the oil fields of Texas and the North Sea to the Private Finance Initiative and the Public Private Partnership in the United Kingdom, substantial projects in China and throughout Asia, the Middle East to Australia, South America and the ends of the earth. One of the most popular approaches to private sector participation in utility infrastructure development is BOT.” DELMON, J. Partnership in infrastructure: sorting out the forest from the trees: BOT, DBFO, DCMF, concession, lease... Cit., p. 56.

livre mercado para alcançar os objetivos do desenvolvimento, tais teorias mesclam medidas de estímulo e controle dos investimentos estrangeiros⁴²⁰.

Interessante notar como cada uma dessas teorias foi em certa medida endossada pelas diferentes organizações internacionais. Em organizações como a ONU, em que o critério democrático (uma voz, um voto) propiciava maior eco às reivindicações dos países em desenvolvimento, maior receptividade foi dada às teorias mais intervencionistas e protetoras da soberania nacional. Por outro lado, em entidades dominadas pelos países desenvolvidos, como a OCDE, o Banco Mundial e o FMI, o liberalismo econômico foi adotado com muito maior vigor.

Conforme veremos detalhadamente na segunda parte deste trabalho, a diferença vital entre as ações empreendidas pelas IFIs em relação àquelas preconizadas por outras organizações internacionais foi, sem sombra de dúvida, a consolidação num mesmo pacote de reformas econômicas e recursos financeiros. Observaremos que, por meio das condições associadas a seus instrumentos financeiros, as organizações de Bretton Woods assumiram um papel chave na regulação internacional de alguns temas outrora reservados aos Estados, entre eles, estímulos à proteção dos investimentos estrangeiros. Segundo aponta Sornarajah,

*The conditions attached to loans granted by such institutions were an effective means of the dispersal of these views [economic liberalism]. Privatizations, liberalism and macro-stability were the prescriptions given by these institutions to attract foreign investment which would, it was assumed, contribute to development*⁴²¹.

No caso específico do Banco Mundial, essa tarefa é executada com peculiar eficácia. A ação concatenada das diferentes organizações que compõem o Grupo promove a adoção de medidas protetoras aos investimentos estrangeiros por meio do emprego dos mais variados instrumentos, permitindo-lhe agir em diferentes frentes e nos mais diversos níveis (seja macroeconômico, seja microeconômico). Particularmente na

⁴²⁰ SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. New York: Cambridge University Press, 3 ed., 2010. p. 47-60.

⁴²¹ Idem, *ibidem*, p. 48.

mitigação de riscos políticos associados a projetos empreendidos em países em desenvolvimento, não somente o Banco participa direta e/ou indiretamente do financiamento, como presta garantias contra riscos *não comerciais*, posicionando-se, ainda, como foro para resolução de conflitos entre investidores e Estados anfitriões. Todas essas ações guiadas pela mesma linha filosófica.

CONTRATOS COM O ESTADO

Talvez nenhum outro tema exponha com maior riqueza o confronto ideológico que pautou o desenvolvimento do direito internacional aplicável aos investimentos estrangeiros que o Contrato com o Estado⁴²². Desenvolvido num ambiente marcadamente dicotômico em que interesses distintos tentavam sobrepor-se uns aos outros, esse tema impregnado por considerações de ordem política sempre foi objeto de vivas controvérsias.

Ao longo dessa verdadeira queda de braço, o emprego da técnica jurídica foi de maneira não ocasional relativizado em detrimento de construções orientadas segundo critérios ideológicos bastante claros. Em meio a concepções econômicas oriundas das mais variadas vertentes filosóficas, formularam-se teorias jurídicas que as legitimassem. A despeito do desacordo acerca da natureza jurídica desses instrumentos e das flagrantes inconsistências teóricas presentes em grande parte das teorias que tentam explicá-los⁴²³, é inegável que sua evolução constitui-se num capítulo essencial do processo de consolidação do conjunto de regras internacionais aplicáveis aos investimentos estrangeiros.

⁴²² “Não há, entretanto, consagrada na literatura jurídica brasileira, denominação para tal ajuste. Na doutrina internacional, Cheshire, Graveson, Batiffol, Lalive, dentre outros, chamam-no de *International Agreement*, especificando, a seguir, as partes contratantes, o Estado e o particular estrangeiro. Já Verdross, elaborando original formulação teórica, denomina-o de *Quase International Agreement*, enquanto McNair o considera genericamente como *Economic Development Agreement*. Mais recentemente, a exemplo de Jennings e Fatouros, tem-se encontrado, mesmo na doutrina francesa, a denominação inglesa de *State Contracts*.” HUCK, H. M. *Contratos com o Estado: aspectos de direito internacional*. Cit., p. 11.

⁴²³ “De um lado, juristas, preocupados com a ameaça da soberania estatal aos investimentos internacionais, armam-se de teorias as mais estranhas, para buscar proteção efetiva ao contratante privado. É nessa linha que se encontram os que pretendem internacionalizar o contrato com o Estado, dando-lhe foros de tratado de Direito Internacional, com todas as consequências dessa internacionalização.” Idem, *ibidem*, p. 23.

De forma descritiva, o que se convencionou chamar Contrato com o Estado é um acordo firmado entre o Estado anfitrião do investimento e o respectivo investidor estrangeiro, ou nas palavras de Leben, “*un contrat conclu par l’Etat avec une personne privée étrangère pour une opération économique internationale (plus souvent un investissement mais pas nécessairement)*”⁴²⁴. Nesse acordo, naturalmente influenciado por considerações políticas, algumas características são recorrentes, não obstante reconhecermos que o conteúdo da avença possa variar de maneira considerável conforme o caso. Ao regularem, por exemplo, a proteção de investimentos a serem efetuados em grandes obras de infraestrutura, tais acordos, algumas vezes também chamados de acordos de desenvolvimento econômico e consolidados sob a forma de “contratos de concessão”, caracteristicamente prolongam-se por períodos bastante longos, são dotados de natural mutabilidade, contêm cláusula de estabilização e os conflitos a eles relacionados são resolvidos por meio de arbitragem⁴²⁵. A partir desses elementos, proposições originárias das mais distintas correntes teóricas foram estabelecidas a fim de definir a sua natureza jurídica.

Muito embora precedentes históricos possam ser identificados⁴²⁶, a realidade temporal dos contratos com o Estado é de fato o século XX. No início desse século, a expressão *Contrat d’Etat* já era empregada por juristas franceses especialistas em finanças públicas como sinônimo de “*contrat d’emprunt public d’Etat*”⁴²⁷. F. A. Mann, em célebre artigo publicado no *British Yearbook*, em 1944⁴²⁸, a despeito de reconhecer que grande parte desses contratos de empréstimo de fato se submetesse ao regime jurídico interno dos contratos do Estado mutuário, defendia que alguns desses instrumentos,

⁴²⁴ LEBEN, C. *La théorie du Contrat d’Etat et l’évolution du droit international des investissements*. RCADI, 2003. vol. 302, p. 212.

⁴²⁵ HUCK, H. M. *Contratos com o Estado: aspectos de direito internacional*. Cit., p. 32-33.

⁴²⁶ “[...] qu’on a pu relever la présence d’une clause de stabilisation dans un accord de concession de service postal couvrant l’ensemble ou certaines parties des territoires de la France, de l’Espagne, de l’Allemagne et des Pays-Bas, entre Philippe I^{er} d’Espagne et le Vénitien Francisco de Tassis ou Taxis, conclu en janvier 1505 et révisé plusieurs fois par la suite. Il était prévu dans cet accord que ses termes prévaudront sur toutes les ordonnances, restrictions ou autres commandements futurs contraires ‘car ainsy nous plaît-il.’” LEBEN, C. Cit., p. 212-213.

⁴²⁷ JÈZE, G. *La garantie des emprunts publics d’Etat*. RCADI, 1925. vol. 7, p. 151-236.

⁴²⁸ MANN, F. A. *Law Governing State Contracts*. (In 21 Brit. Y. B. Int’l L. 11, 1944). Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/byrint21&div=6&id=&page=>. Acesso em 25 de outubro de 2012.

devido às suas características peculiares, deveriam ser regidos pelo direito internacional.

Apesar de algumas similaridades entre esses instrumentos e os contratos com o Estado atuais, não nos parece que ambos possam ser reunidos como expressão do mesmo fenômeno jurídico. Sem prejuízo às inevitáveis críticas que se possa validamente fazer à classificação de um instituto jurídico a partir da origem territorial do capital, e não a partir da natureza da própria relação jurídica, a análise de ambos nos orienta à identificação de duas operações distintas em sua essência. Isso porque, enquanto os empréstimos implicam em mera transferência patrimonial, assimilável à especulação financeira, os contratos com o Estado recentes versam necessariamente sobre investimento em atividades produtivas.

Nesse sentido, é oportuna a explicação de Juillard ao diferenciar *investissement* (investimento produtivo) de *placement* (investimento financeiro). Segundo ele,

*La notion d'investissement est, en effet, une notion dynamique, en ce sens qu'elle ne peut se concevoir que dans la durée et dans le mouvement. La durée lui est essentielle: pour les économistes, le profit qu'un investisseur retire de son investissement est un profit différé, ce qui signifie que l'investissement ne peut qu'à moyen ou à long terme, à la différence du placement, qui peut être à court terme*⁴²⁹.

No âmbito teórico, as diferenças entre os dois multiplicam-se, repercutindo inclusive no nível de risco que os agentes estão dispostos a assumir em cada caso, o que diferencia dois ambientes próximos, no entanto, inconfundíveis: o domínio financeiro e o dos investimentos internacionais, respectivamente.

Ao longo do tempo, outras construções doutrinárias, muitas delas apoiando-se de forma indevida nos mencionados contratos de empréstimo, tentaram explicar a especificidade dos contratos com o Estado⁴³⁰. Segundo Weil, essa tipologia de contrato exibiria todas as feições de um contrato

⁴²⁹ JUILLARD, P. *L'évolution des sources du droit des investissements*. Cit. p. 24.

⁴³⁰ VERDROSS, A. *Quasi-International Agreements and International Economic Transactions*. (in *Yearbook of World Affairs*, 1964, pp. 230-247). p. 231.

internacional⁴³¹. Aplicando princípios de direito internacional privado a esse acordo, Weil deduz que nele as partes podem escolher o direito que regulará a respectiva relação jurídica; seja esse o direito do Estado contratante, de um terceiro Estado, os princípios gerais de direito, ou ainda o direito internacional. Tudo isso baseado no princípio da autonomia da vontade.

Evidentemente essa teoria enfrenta alguns obstáculos fundamentais. Isso porque não existe contrato fora de uma ordem jurídica: é apenas no seio de uma ordem jurídica que algumas relações são qualificadas como contratuais, o que lhes fornece fundamento de validade⁴³². Em outras palavras, para que, por exemplo, o princípio da autonomia da vontade, que dá suporte à escolha da lei aplicável, possa ser empregado, é antes necessário que uma ordem jurídica o reconheça como princípio aplicável aos contratos, dando-lhe assim fundamentação jurídica.

Ademais, ao empregar pressuposto extraído do direito internacional privado⁴³³, essa tese implicitamente classifica a relação jurídica estabelecida entre o investidor estrangeiro e o Estado contratante como uma relação de natureza privada, ignorando que o Estado não somente se conduz (ou deveria fazê-lo) segundo o interesse público, mas que deve fazê-lo também segundo a lei.

A fim de contornar esse obstáculo, procurou-se dissociar o que, de um lado, propôs-se chamar a ordem jurídica de base (a ordem jurídica que dá validade ao contrato) e, de outro, o direito aplicável à relação jurídica. Retomando esse desenvolvimento, Weil vai ainda mais longe ao sugerir que em algumas situações, “*lorsque leur centre de gravité se situe dans l’orbite internationale*”, até mesmo a ordem jurídica internacional pode servir de base ao contrato⁴³⁴.

⁴³¹ WEIL, P. *Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier*. (RCADI, 1969. t. 128, p. 95-240)

⁴³² LEBEN, C. *La théorie du Contrat d’Etat et l’évolution du droit international des investissements*. Cit., p. 252-253.

⁴³³ “L’institut du droit international a adopté lors de sa session de Bâle de 1991 une résolution concernant ‘L’autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre les personnes privées’. L’article 2, paragraphe 1 de cette résolution prévoit que: ‘ Les parties ont le libre choix à la loi applicable à leur contrat. Elles peuvent contenir l’application de tout droit étatique’”. JAYME, E. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*. (RCADI, 1995. vol. II, t. 251) p. 147.

⁴³⁴ WEIL, P. *Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier*. Cit., p. 186.

Mais uma vez, esse desenvolvimento, bastante criticado pela doutrina, esbarra em alguns obstáculos jurídicos. Primeiro, porque a afirmação de que o centro de gravidade desses acordos situa-se de fato na órbita internacional não é tão pacífica quanto se pretende. É inegável que a origem do capital é fator que adiciona um elemento de estraneidade importante à relação jurídica, mas em termos concretos os demais fatores que compõem a relação jurídica vinculam-na inexoravelmente ao direito interno. Muitas vezes, inclusive, o investimento é realizado por pessoa jurídica constituída pelo investidor estrangeiro no próprio território do Estado contratante. O empreendimento a que se vincula o investimento também se situa nesse território, bem como, normalmente, a maior parte de seu mercado consumidor. Em segundo lugar, retorna-se ao já discutido problema da ordem jurídica de base, afinal, “*contracts cannot be the subject of international disputes since international law contains no rules respecting their form and effect*”⁴³⁵.

Na mesma linha da internacionalização adotada por Weil, embora baseando-se em outras premissas, Mayer propõe outra abordagem ao tema. Criticando abertamente a posição de Weil, pondera com exatidão que nenhum órgão do Estado possui capacidade jurídica para fazer uma promessa imutável. A fim de elaborar um mecanismo que de alguma forma seja capaz de vincular permanentemente o Estado aos termos do contrato, faz um incrível malabarismo intelectual dissociando o que chama de *Estado-administração* do *Estado-sujeito de direito internacional*. Pondera que somente o segundo poderia vincular-se como ordem jurídica a uma pessoa jurídica externa⁴³⁶. Em síntese, sustenta que para se obter o efeito desejado seria necessário que no instrumento ficasse claro o comprometimento do segundo (Estado-sujeito de direito internacional)⁴³⁷.

⁴³⁵ FRIEDMAN, S. *Expropriation in International Law*. London: Stevens, 1953. p. 156.

⁴³⁶ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: “Artigo 27. Direito Interno e Observância de Tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado [...]”. BRASIL. Decreto 7.030 de 14 de dezembro de 2009. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm >. Acesso em 20 de novembro de 2012.

⁴³⁷ “La seule possibilité pour un acteur quelconque de lier un Etat est de sortir de son ordre et de contracter non pas avec l’Etat Administration mais avec l’Etat sujet de droit international, car celui-ci peut se lier en tant qu’ordre juridique total vis-à-vis d’une personne extérieure”. LEBEN, C. *La théorie du Contrat d’Etat et l’évolution du droit international des investissements*. Cit., p. 159-260.

Na visão de Mayer, a relação contratual entre o Estado e seus contratantes não seria submetida a direito algum, sendo tais ajustes “contratos sem lei”. Segundo ele, o importante não é a existência de uma ordem jurídica que dê fundamento ao contrato, mas a simples existência de um procedimento arbitral e a possibilidade de obtenção de um *exequatur* da respectiva decisão na ordem interna⁴³⁸.

No entanto, tampouco a pragmática posição de Mayer é isenta de críticas. Inicialmente porque, a despeito de sua elaborada construção, a personalidade jurídica em direito internacional é inerente à condição do Estado, não nos parecendo relevante a distinção entre *Estado-administração* e *Estado-sujeito de direito internacional*. Além disso, o fator que nuança sua qualidade de sujeito de direito internacional, tornando válida a vinculação de sua ordem jurídica aos tratados, não é a qualidade intrínseca de sua personalidade, mas o próprio regime jurídico desses instrumentos. Consequentemente, se esse raciocínio é de fato correto, ergue-se um obstáculo fundamental à validade dessa teoria: isso porque a personalidade jurídica internacional, condição essencial à celebração de acordos sujeitos a tal regime jurídico, é atributo que entes privados definitivamente ainda não possuem. Em contrapartida, não há outro instituto cujo regime jurídico reproduza no âmbito privado os mesmos efeitos da Convenção de Viena.

Ainda assim, mesmo se considerássemos possível a vinculação do Estado como ordem jurídica por meio de um mero contrato, restaria indeterminada a extensão desse comprometimento. Isso porque até mesmo o art. 46 da Convenção de Viena sobre direito dos tratados excepciona a regra da não invocação de uma norma de direito interno em caso de violação manifesta de uma norma fundamental do Estado⁴³⁹. Pode-se razoavelmente indagar se a imposição de restrições à atividade legislativa

⁴³⁸ MAYER, P. La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat. *Journal du Droit International (JDI)*, Paris: jan.-mar. 1986. p. 5-78.

⁴³⁹ “Artigo 46. Disposições do Direito Interno sobre Competência para Concluir Tratados. 1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental.” (grifo nosso). BRASIL. Decreto 7.030 de 14 de dezembro de 2009. Cit.

(como as existentes em algumas cláusulas de estabilização) não se incluiria nessa categoria violação manifesta de norma fundamental.

Tampouco a sugestão de estarem os contratos com o Estado suspensos no ar, constituindo-se em “contratos sem lei”, merece outros comentários, além dos já formulados à teoria de Weil. Aponta-se apenas a incongruência lógica dessa tese, que de forma indireta descredita os esforços diplomáticos despendidos para que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados fosse concretizada. Afinal, se um “contrato sem lei” é capaz de vincular a ordem jurídica de um Estado de forma idêntica àquela que o art. 27 da mencionada Convenção o faz, qual seria a utilidade de tal diploma normativo?

Ao lado dessas teorias, outras tantas tentativas foram formuladas com o objetivo de internacionalizar a relação jurídica estabelecida entre o Estado anfitrião e o investidor estrangeiro, retirando (ou ao menos reduzindo) a influência do poder soberano do primeiro sobre o contrato. Algumas delas se enveredaram pela aplicação do direito internacional privado, ou de um ainda opaco direito transnacional⁴⁴⁰, outros inovaram, como fez Verdross, na elaboração do que chama *quasi-international agreements*⁴⁴¹.

Beneficiados pelo distanciamento que apenas o recuo histórico é capaz proporcionar, verificamos que as teorias que buscam a pura e simples internacionalização desses contratos partem de duas premissas cuja sustentação na atualidade revela-se abalada. A primeira delas relaciona-se à exigência de igualdade entre as partes numa relação contratual, o que em certa medida garante a autonomia da vontade dos contratantes; a segunda, ao próprio conteúdo do contrato com o Estado.

⁴⁴⁰ “Le droit transnational constituerait donc un *tiers ordre juridique*, distinct à la fois des droits internes et du droit des gens, tiers ordre encore contesté et critiqué par certains juristes — bien à tort selon nous — mais qui tend peu à peu à obtenir ses lettres de créance. Il s'agit d'un droit en partie spontané, en partie créé délibérément par les opérateurs du commerce international et par les institutions internationales, en partie de création prétorienne et notamment arbitrale. Ce droit est largement admis aujourd'hui ou, en tout cas, toléré par les Etats comme correspondant aux besoins des relations économiques et commerciales internationales”. LALIVE, J-F. *Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées: développements récents*. (RCADI, 1983. vol. 181, p. 31).

⁴⁴¹ VERDROSS, A. *Quasi-International Agreements and International Economic Transactions*. Cit.

Não se enquadram no escopo deste trabalho maiores considerações acerca da autonomia da vontade⁴⁴². Vale no entanto destacar que grande parte das teorias que pregam a internacionalização dos contratos com o Estado fazem-no com o objetivo de equilibrar a relação entre as partes. A esse respeito, Weil é bastante claro ao apontar que

*un contrat purement de droit interne, c'est-à-dire enraciné dans un droit interne (en pratique celui de l'Etat contractant) et régi par des règles internes n'est pas à prendre en compte pour la théorie des contrats d'Etat. En effet, un tel contrat interne est sous la maîtrise totale de l'Etat contractant et n'offre aucune des garanties d'égalisation des parties et d'extériorité du droit, recherchées par les parties privées*⁴⁴³.

Nesse mesmo sentido, mais contundente ainda é Leben, ao indicar que

*ce qui caractérisait ce type de contrat est la volonté d'égaliser la situation des deux contractants, c'est-à-dire de faire en sorte que l'Etat ne soit pas à même d'utiliser ses prérogatives souveraines pour remettre en cause le contrat, sans qu'il soit redevable de quoi que ce soit au titre de la violation du contrat*⁴⁴⁴.

Esse natural desejo de igualdade entre as partes numa relação contratual, que como visto motivaria a internacionalização dos contratos com o Estado, pode ser questionado a partir de duas perspectivas.

Sob o ponto de vista material, a procurada igualdade não deixa de ser uma abstração. Isso porque a crescente assimetria econômica na sociedade moderna torna cada vez mais difícil garantir um equilíbrio mínimo entre as partes de um contrato: questiona-se até mesmo o real poder de influência de alguns contratantes sobre o conteúdo do contrato⁴⁴⁵. A despeito de reconhecer essa assimetria, Jayme, ao analisar o comércio eletrônico, aponta uma alteração nessa tendência em algumas situações

⁴⁴² Acerca da autonomia das partes no direito internacional privado e no direito internacional, respectivamente, cf. DOLINGER, J. *Direito internacional privado* (Parte especial): contratos e obrigações no direito internacional privado. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. vol. II, p. 61 et seq.; p. 421 et seq.

⁴⁴³ WEIL, P. *Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier* (RCADI-1969, T. 128, pp. 95-240) p. 256.

⁴⁴⁴ LEBEN, *La théorie du Contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements*. Cit., p. 258.

⁴⁴⁵ MARIGHETTO, A. *O acesso ao contrato: sentido e extensão da função social do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

específicas, notadamente envolvendo a crescente participação de pequenos comerciantes no comércio digital⁴⁴⁶. Ora, se até mesmo em corriqueiras relações comerciais o equilíbrio real entre as partes não se constitui em elemento essencial do contrato, indaga-se porque seria esse um fator indispensável na relação entre o investidor e o Estado contratante.

Além disso, no caso específico dessa relação contratual, nota-se que a distribuição de poder entre as partes pode variar consideravelmente, seja em função de época, seja em função dos intervenientes. Nesse sentido, a antiga imagem de um investidor acanhado frente à incontrastável preeminência do poder estatal não parece corresponder à atual realidade. Conforme destaca Lalive com grande propriedade,

L'inégalité des parties sur le plan économique à fluctué. La force des sociétés multinationales s'est étendue, avec la croissance du commerce international. Le phénomène a pris de l'ampleur et ses manifestations principales sont apparues à propos de l'exploitation des ressources naturelles. Mais la tendance s'est atténuée depuis quelques années: le déséquilibre est moins accentué et, dans bien des cas, l'égalité est assurée. L'Etat — cela vaut notamment pour les Etats du tiers monde — compense, parfois largement, sa faiblesse économique, très variable d'ailleurs, par sa souveraineté politique, par l'influence croissante du tiers monde et la domination réelle que ce dernier exerce aujourd'hui dans bien des cas sur les organisations internationales⁴⁴⁷.

Assim, se originalmente tais teorias sempre buscaram justificar-se pela assimetria de poder entre as partes, concebendo tais contratos como instrumentos garantidores de alguma segurança ao patrimônio investido,

⁴⁴⁶ “En matière de contrats, les entreprises et leurs serveurs d’Internet cherchent à se défendre par des conditions générales figurant sur les pages publiées. En Allemagne, un serveur de vente aux enchères d’œuvres d’art utilise une clause selon laquelle ‘les principes des conflits de lois sont exclus’. De telles clauses sont nulles; l’on ne peut pas exclure tout bonnement le droit international privé dans sa totalité. Mais ces clauses démontrent bien les craintes des entreprises de devoir répondre à des demandes judiciaires dans toutes les parties du monde. Internet est caractérisé par le fait que les petits opérateurs du commerce électronique peuvent facilement accéder au marché. L’idée traditionnelle d’un déséquilibre économique et social entre la grande entreprise et le petit consommateur, le fondement des règles spéciales de conflits de lois et de juridictions qui protègent la partie la plus faible ne correspondent pas au commerce électronique”. JAYME, E. *Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation*. Académie de Droit International de la Haya (Conferência realizada em 24 de julho de 2000) p. 26.

⁴⁴⁷ LALIVE, J-F. *Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées: développements récents*. Cit., p. 32.

essa premissa, que parecia verossímil no passado, pode ser hoje razoavelmente questionada.

De fato, se é verdade que os Estados ainda detêm a soberania política, outra vertente do poder, a econômica, já não está mais em suas mãos, o que, na pior das hipóteses, equilibra a relação entre as partes. Na realidade, o contraste entre o poder político e o econômico dá-se em momentos diferentes dessa relação. Enquanto na fase de negociação e formalização as corporações internacionais, dotadas de meios financeiros e técnicos muitas vezes superiores aos dos Estados, fazem valer o seu peso econômico para obter favores excessivos de países normalmente carentes de alternativas financeiras, na fase seguinte, uma vez já consolidado o investimento, a balança passa a pender em favor do Estado anfitrião. Por razões óbvias, sob a perspectiva dos intervenientes, grandes corporações têm maior poder de barganha que pequenos investidores; grandes Estados são menos susceptíveis ao poder econômico das grandes corporações que pequenos.

A partir disso, parece-nos equivocado projetar a natureza e as feições do contrato com o Estado segundo o critério finalístico, como se constituísse uma relação estática. Afinal, se de fato não há uma regra geral acerca da distribuição de poder no âmbito dessa relação contratual, qualquer fórmula geral que objetive o equilíbrio entre as partes pode provocar, em certas situações, exatamente o efeito inverso.

Contudo, esses não são os únicos questionamentos que se pode fazer quanto ao suposto desejo de paridade perseguido no contrato com o Estado. Em particular, com respeito ao conteúdo da relação jurídica estabelecida nesses contratos, a contraprestação do investimento estrangeiro é a exploração de certa atividade, geralmente mediante concessão de serviço público. A fim de otimizar os ganhos, favores como alívio fiscal, oferecimento de linhas de crédito a taxas privilegiadas e outras vantagens econômicas são conferidos ao investidor estrangeiro; vantagens que somente um ente dotado de poder político poderia oferecer. Isto é, não somente o contrato com o Estado habitualmente tem uma pessoa jurídica de direito público em um dos polos da relação, mas também, para

que esse contrato possa ser celebrado, ações de natureza soberana devem ser praticadas pelo Estado contratante.

Por via de consequência, questiona-se a afirmação de que o investidor privado, ao participar de um contrato com o Estado, busca a igualdade entre as partes ou a neutralização do poder soberano do Estado. Muito pelo contrário. Tendo em vista o conteúdo dessas avenças, a desigualdade entre as partes parece constituir-se em elemento essencial à concretização desses contratos. Em outras palavras, sem que isso necessariamente implique em qualquer juízo quanto à assimetria entre os contratantes, é exatamente essa complementaridade entre agentes de natureza distinta como o Estado e o investidor privado que caracteriza essa relação jurídica, a tal ponto que a extração do poder soberano dessa equação esvaziá-la-ia de todo sentido. Frise-se que essa álea política, suportada pelo investidor estrangeiro, além de bastante conhecida é sabidamente embutida no custo do empreendimento⁴⁴⁸.

Por esses motivos, a análise das teorias que preconizam a internacionalização dos contratos com o Estado deixa a clara impressão de elas terem sido elaboradas com um propósito muito bem definido: retirar a qualquer custo do Estado contratante o poder de interferir nos contratos que celebra. Para que isso fosse possível, pressupostos jurídicos essenciais que condicionam essa classificação foram desprezados. Em síntese, a exclusão do direito interno do Estado contratante em prol da aplicação do direito internacional (ou de um ainda mal definido direito transnacional) preconiza nada mais que a aplicação de uma ordem jurídica feita sob medida aos interesses do investidor⁴⁴⁹.

Essa indisfarçável tendência à imparcialidade fica bastante clara em alguns laudos arbitrais. As primeiras soluções de litígios envolvendo um

⁴⁴⁸ “Quel que soit le crédit qu'il puisse accorder au contractant gouvernemental, l'opérateur étranger sera conscient du fait qu'il est à la merci d'un changement de gouvernement, d'une modification brutale du plan, d'une difficulté de financement, et de divers autres aléas politiques. Notons que des risques plus ou moins comparables peuvent exister également du côté d'une grande société commerciale, d'une multinationale dont la direction et la stratégie peuvent changer et qui sont, elles aussi, à la merci de difficultés économiques.” LALIVE, J-F. *Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées: développements récents*. Cit., p. 38.

⁴⁴⁹ A esse respeito, Rigaux nos alerta tanto sobre a internacionalização como a criação de um direito transnacional, ao qual chama de direito reservado, criado pelos agentes do poder econômico pelo mundo, em cujo interior vigorariam apenas as regras que eles mesmos fixam. RIGAUX, F. *Droit public et droit privé dans les relations internationales*. Paris: Pedone, 1977. p. 373.

Estado e uma entidade privada tenderam a resolver o problema da lei aplicável a tais contratos por meio da aplicação de métodos transportados do direito internacional privado. A partir disso, o caso relativo aos pagamentos de diversos empréstimos sérvios emitidos na França consolidou a tese segundo a qual “*Tout contrat qui n'est pas un contrat entre des États en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale*”⁴⁵⁰. Por consequência lógica, o direito aplicável seria aquele escolhido pelas partes segundo a autonomia da vontade ou, no caso de ausência de vontade declarada, presumivelmente o direito do próprio Estado contratante⁴⁵¹.

Apesar da jurisprudência da CPJI, as arbitragens seguintes rejeitaram a aplicação dessas regras em detrimento da aplicação dos “princípios gerais de direito”, pobremente fundamentadas num argumento extrajurídico e parcial: a proteção dos investimentos. Essa solução, adotada de forma pioneira no caso *Lena Goldfields*, foi também posteriormente empregada no caso *Petroleum Development (Trucial Coasts) Ltd. v. Sheik de Abu Dhabi*⁴⁵². Neste último, o árbitro, não obstante reconhecer que, segundo entendimento já consolidado no direito internacional privado, a aplicação do direito de Abu Dhabi seria a solução mais adequada ao caso, optou por solução distinta ao aduzir que seria “*fanciful to suggest that in this very primitive region there is any settled body of legal principles applicables to the construction of modern commercial instruments*”. Como alternativa, decidiu pela aplicação do que chamou de “*principles rooted in the good sense and common practice of the generally of civilized nations – a sort of ‘modern law of nature’*”. Em outros termos, após afastar de forma até mesmo categórica a incidência do direito inglês, concluiu pela aplicação dos mesmos princípios que servem de base a esse direito, reconhecendo afinal que “*si le droit anglais n’était évidemment pas applicable en tant que droit interne, certaines de ses règles pouvaient l’être car elles étaient ‘so firmly grounded in reason as to form part of this broad body of jurisprudence – this modern law of nature’*”⁴⁵³. Na mesma linha, juntam-se a essas decisões

⁴⁵⁰ CPJI, série A, n° 20, 1929, decisão n° 14, p. 41.

⁴⁵¹ Caso relativo ao pagamento em ouro de empréstimos brasileiros emitidos na França: CPJI, série A, n° 21, 1929, decisão n° 15, p. 121.

⁴⁵² Decisão publicada em *International and Comparative Law Quarterly* (ICLQ), 1952, p. 247-261.

⁴⁵³ LEBEN, C. *La théorie du Contrat d’Etat et l’évolution du droit international des investissements*. Cit., p. 223.

inúmeras outras que adotam entendimento similar: *Ruler of Qatar v. International Marine Oil Company* (1953); *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company* (Caso ARAMCO 1958); *Sapphire International Petroleum Limited v. National Iranian Oil Company* (1963). Exemplos mais recentes dessa tendência são ainda os casos líbios (*Texaco v. Libia*; *Liamco v. Libia*; *BP v. Libia*), e o caso *Aminoil v. Kuwait* (1982).

Por um lado, se as teorias preconizando a internacionalização desses contratos, ao menos nos termos ora formulados, encontram sérios obstáculos jurídicos para se estabelecerem, por outro, tampouco as teorias opostas, que defendem serem os contratos com o Estado instrumentos jurídicos submetidos unicamente ao direito interno do Estado contratante, merecem maior respaldo. É bem verdade que a base jurídica desses instrumentos é majoritariamente o direito do Estado anfitrião⁴⁵⁴. Além disso, as similaridades entre esses contratos e o instituto da concessão, exportado pelo direito francês aos mais diferentes sistemas jurídicos, certamente os aproximam. No entanto, limitar o tema às meras repercussões internas desse instituto significa fechar os olhos a todo o universo de normas e relações jurídicas que tornam o tema tão rico.

Em linhas gerais, o paralelismo entre essas teorias jurídicas e as correlatas teses econômicas que historicamente lhes deram sustentação ideológica é flagrante. Nesse contexto, a internacionalização desses contratos satisfaz perfeitamente o desejo dos teóricos liberais receosos da intervenção do Estado nos negócios privados, da mesma forma que a submissão ao direito interno do Estado anfitrião acalenta os temores de interferência externa evidenciados pelos teóricos da dependência.

Ultrapassadas pela velocidade das mudanças, ambas as teorias fundam-se, no entanto, numa longínqua fidelidade das corporações privadas a seus Estados de origem que parece não mais existir. Sobre esse tema, particularmente precisa é a avaliação de Sornarajah. No que concerne às reservas dos países em desenvolvimento em relação aos investimentos estrangeiros, esse autor assinala que esta animosidade apresentou um recuo nos últimos tempos:

⁴⁵⁴ “On constate tout d’abord, au plan mondial, qu’une majorité de contrats prévoient que le droit applicable est le droit de l’Etat contractant, purement et simplement.” Idem, *ibidem*, p. 266.

In a age where communism has proved unsuccessful and the superiority of the free market economy to marshal the means of production has gained acceptance for a period, theories which are hostile to private initiative as the means of generating growth are unlikely to make headway.

Igualmente crítico com relação à posição dos liberais, aponta que “*at a time of the ongoing global economic crisis brought about by an unregulated market, it is unlikely that states would accept a view based entirely on the classical theory on foreign investment*”. Aduz, ainda, que “*The fear that multinationals pose a threat to the sovereignty of the developing states has receded with the increasing confidence of the developing states in managing their economies*”. Particularmente quanto à emancipação das corporações privadas em relação ao seus respectivos Estados de origem, conclui que

*Multinationals corporations have also left behind the role of being instruments of the foreign policy of their home states. On occasions they have even formed alliances with developing countries to the detriment of their home states. Some of the larger multinational corporations are capable of conducting foreign policy for their own benefit*⁴⁵⁵.

Em síntese, tanto uma como outra teoria parecem pecar ao abordar o tema do contrato com o Estado a partir de uma perspectiva conflituosa, esquecendo-se que o que leva investidores estrangeiros e Estados a celebrarem tais avenças é a complementaridade de propósitos, não a oposição. Ao concentrarem sua atenção nos interesses de apenas uma das partes do contrato, imediatamente perdem de vista a relação jurídica como um todo, ignorando que sua essência é a integração entre as partes.

3.4 A regulação internacional dos financiamentos estrangeiros

A localização do tema “contrato com o Estado” em item anterior ao da regulação internacional dos investimentos estrangeiros, estratégia que obviamente não exclui a identificação daquele como elemento deste, não foi casual. Com isso, procurou-se destacar o contrato com o Estado como instrumento mitigador de risco político, mas, acima de tudo, criar um

⁴⁵⁵ SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. Cit., p. 55.

artifício comparativo que nos permitisse utilizá-lo como contraponto da regulação internacional dos investimentos estrangeiros.

Conforme observado, as teorias que ao longo do tempo tentaram categorizar o contrato com Estado fizeram-no a partir de algumas premissas cujo realismo, atualmente, revela-se abalado. A fim de desvendar os elementos que entendemos importantes para o avanço do direito internacional dos investimentos e tendo sempre em vista que a análise minuciosa desse tema distancia-se do escopo desse trabalho, concentramos-nos em três pontos que nos parecem fundamentais: (1) as empresas transnacionais; (2) o papel do Estado na sociedade; (3) as transformações no direito internacional.

Apesar de o investimento estrangeiro não se constituir em tema especialmente novo, é desnecessário recuar em demasia no tempo para se apreender os principais fatores que orientam a sua regulação no âmbito internacional. Muito embora as hoje longínquas doutrinas criadas na virada do século XIX tenham significado um grande avanço em seu desenvolvimento, sobretudo a partir da desmilitarização dos litígios econômicos⁴⁵⁶, elas pertencem a uma época em que as controvérsias versando sobre investimento estrangeiro passavam forçosamente pelo diálogo interestatal e a proteção diplomática constituía-se no único mecanismo capaz de assegurar a integridade do capital investido. É dispensável assinalar que em tal cenário o investidor ficava à mercê dos interesses políticos do Estado.

Os já explorados processos de descolonização e globalização deram novo impulso ao tema, a ponto de alterarem algumas de suas premissas fundamentais. A princípio, no contexto bipolar que caracterizou o pós-guerra, forças oriundas dos mais diversos setores acabaram distribuídas segundo a lógica dicotômica própria da época, que não levava realmente em consideração as especificidades de cada agente. Nesse processo, procurou-se classificar novos instrumentos empregando técnicas conhecidas que, no entanto, mostraram-se incapazes de lhes apreender a substância com plenitude. Ademais, absorvida por ferozes oposições ideológicas, muitas

⁴⁵⁶ A esse respeito cf. a Doutrina Drago (1902) consolidada na *Convenção Drago-Porter* (1907)

vezes a técnica jurídica foi condicionada à realização de propósitos políticos.

A crescente multilateralização das relações internacionais não alterou essa tendência, apenas transportou para o seio dos organismos multilaterais os conflitos ideológicos que pautavam as relações internacionais. Nesse cenário, observou-se o alinhamento de adjetivos não necessariamente ligados, como subdesenvolvido, público, dirigista, dominado e nacionalista, em oposição a desenvolvido, privado, liberal, dominador e internacionalista. Foi no frágil equilíbrio desses ideais, levados ao extremo por seus respectivos defensores, que se fixaram as premissas fundamentais do direito internacional dos investimentos. Dessa maneira, enquanto o movimento dos países não alinhados, fazendo-se valer de sua vantagem numérica, consolidou juridicamente a doutrina nacionalista da soberania permanente sobre os recursos naturais no âmbito da Assembleia Geral da ONU, os países desenvolvidos, apoiados em seu poder econômico, voltaram-se a outras esferas, notadamente organizações de natureza econômica e a arbitragem internacional, para dar suporte a iniciativas de cunho liberal (por exemplo, a contestada doutrina Hull⁴⁵⁷, que, não obstante reconhecesse a soberania como um atributo do Estado, postulava que qualquer ato de expropriação/nacionalização deveria ser acompanhado de imediata, adequada e efetiva compensação).

Ainda que não percebido imediatamente, o avanço da globalização alterou muitas dessas dinâmicas. As antigas dicotomias foram gradualmente superadas pela emergência de um mercado global elevado à posição de árbitro de todas as questões da sociedade. Antigas fidelidades foram igualmente revistas. Numa inversão de papéis, as empresas transnacionais,

⁴⁵⁷ “In 1938, United States Secretary of State Hull stated his Government's position more specifically in a famous letter to his Mexican counterpart where he contended that the expropriation of property of American citizens in Mexico ought to entail ‘adequate, effective and prompt compensation’. [...] Recent revised drafts of this Restatement have abandoned the Hull language, however, for the ‘just compensation’ formula, but still define the latter in the absence of exceptional circumstances” to be “an amount equivalent to the value of the property taken, paid at the time of taking, or within a reasonable time thereafter with interest from the date of taking, and . . . in a form economically usable by the foreign national”. Some western writers are definite, however, in their conclusion that the Hull rule is “not sustained by the prevailing doctrinal opinion within the international community” and that “recent practice, prevailing legal opinion and the development of national property orders all speak against [this rule]”, which at any rate “was not firmly established” in international custom”. SHIHATA, I. F. I. *The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and the legal treatment of foreign investments* (RCADI-1987-III, vol. 203, pp. 95-320) p. 267-269.

então tidas, tanto por uns como por outros, como instrumentos políticos de seus Estados de origem, emanciparam-se⁴⁵⁸. Penetrando nas entranhas do Estado, passaram a se utilizar do aparelho estatal para a realização de propósitos puramente econômicos. Ignoradas (ou quase) por um direito internacional edificado sobre bases positivistas, esses agentes adquiriram uma posição bastante confortável na esfera internacional: aos seus cada vez mais extensos direitos correspondia reduzida responsabilidade.

Os contratos com o Estado revelam bem as benesses de sua posição peculiar. Ao mesmo tempo em que pregam um tratamento “igualitário” entre as partes da relação jurídica, postulando inclusive a aplicação de regras de direito internacional privado para tratamento de controvérsias relativas à lei aplicável a essas avenças, se fazem valer dos poderes soberanos do Estado anfitrião para alcançar vantagens econômicas que jamais obteriam caso a contraparte fosse um ente privado. No que concerne ao direito internacional, corporações transnacionais são também as primeiras a invocar a aplicação de normas e o estabelecimento de *standards* internacionais para proteção de seus investimentos. Em contrapartida, são bem menos categóricas quando se trata do cumprimento de normas internacionais versando sobre proteção do meio ambiente ou direitos humanos.

Outro ponto que nos parece importante destacar refere-se ao papel do Estado na sociedade. O choque ideológico provocado pelo fim dos sistemas comunistas, mas sobretudo o impacto concreto das já mencionadas transformações no sistema financeiro internacional, que restringiram a liberdade orçamentária dos Estados, alteraram as suas prioridades e forma de agir. Não podemos afirmar se, como aponta Beck, o objetivo da globalização é romper as correntes do Estado nacional. De qualquer forma, parece claro que de fato a globalização

viabilizou algo que talvez já fosse latente no capitalismo, mas ainda permanecia oculto no seu estágio de submissão ao Estado democrático do bem-estar, a saber: que pertence às empresas, especialmente àquelas que atuam globalmente, não apenas o

⁴⁵⁸ “O que é bom para o *Deutsche Bank* já deixou de sê-lo para a Alemanha. As empresas transnacionais se despedem do quadro político dos Estados nacionais e revogam *de fato* sua lealdade aos atores do Estado nacional.” BECK, U. *O que é Globalização?* Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Cit., p. 22.

papel central na configuração da economia, mas da própria sociedade como um todo – mesmo que seja “apenas” pelo fato de que ela pode privar a sociedade de fontes materiais (capital, impostos, trabalho)⁴⁵⁹.

Por via reflexa, as antigas dicotomias acabaram, senão esvaziando-se completamente, perdendo sentido numa sociedade ideologicamente pasteurizada. Indício concreto desse processo é a recente regressão das outrora tão populares e simbólicas nacionalizações em detrimento de uma forma bem mais sutil de expropriação⁴⁶⁰ realizada por meio de uma sucessão de atos que, considerados de forma conjunta, implicam na supressão de parcela significativa dos direitos do investidor.

Inseridos nessa nova configuração social, países transformaram-se em meros mercados⁴⁶¹, competindo entre si por investimentos. Nesse cenário bastante propício à apresentação de ideologias como se fossem fatos científicos, consolidaram-se uma série de *standards* e guias de conduta aplicáveis aos Estados. Conforme visto no capítulo anterior, num mundo tentando ajustar-se à racionalidade de regras estabelecidas primordialmente segundo modelos econômicos, não é surpreendente que o Estado redefina o seu papel, transformando-se em mais um agente do mercado.

Mais concretamente, nessa sociedade cada vez mais orientada por critérios de efetividade, setores inteiros antes controlados por instâncias democráticas (políticas) foram transferidos a órgãos burocráticos de natureza pretensamente técnica. Ao mesmo tempo, elementos emblemáticos da soberania nacional, como os controles ao ingresso de investimentos estrangeiros, foram gradualmente flexibilizados pelo constante avanço do direito internacional. A título exemplificativo, a banalização às vezes

⁴⁵⁹ BECK, U. *O que é Globalização?* Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Cit., p. 14.

⁴⁶⁰ “[...] The term ‘creeping expropriation’ describes a taking through a series of acts. A study by UNCTAD has referred in this context to ‘...a slow and incremental encroachment on one or more of the ownership rights of a foreign investor that diminishes the value of its investment’. [...] A plea of creeping expropriation must proceed on the basis that the investment existed at a particular point in time and that subsequent acts attributable to the State have eroded the investor’s rights to its investment to an extent that is violative of the relevant international standard of protection against expropriation.” DOLZER, R.; SCHREUER, C. *Principles of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 114.

⁴⁶¹ “[...] le glissement sémantique d’une notion à l’autre est explicite : au concept de pays est substitué celui de marché; à la notion de développement est substituée celle, plus purement économique, d’émergence.” DUFOUR, J-F. *Les marchés émergents*. Paris: Armand Colin, Coll. Synthèse, 1999. p. 2.

indevida do emprego de algumas cláusulas, como a da *nação mais favorecida*, tem levado a expansão do direito internacional dos investimentos a limites anteriormente inimagináveis. No âmbito material, observa-se a convergência de regras reproduzidas nos mais diversos modelos de tratados bilaterais de investimento, o que alguns sugerem ser a primeira etapa de sua consolidação sob a forma de costume⁴⁶².

Esse avanço, contudo, recentemente deu mostras de que pode não ser inexorável. A atual crise econômica que atingiu as principais nações desenvolvidas confirmou a procedência das críticas ao processo de desregulamentação dos mercados. Em resposta à crise, tais países não hesitaram em repetir as mesmas políticas intervencionistas em função das quais sempre repreenderam os países em desenvolvimento⁴⁶³. Tradicionalmente vistos como exportadores de capitais, esses países também se encontraram na posição de receptores de investimentos. Todavia, em período de intensas pressões populares e confrontados com a necessidade de adoção de medidas fortes para combater a crise, viram-se compelidos a lidar com as mesmas regras protetoras dos investidores que ajudaram a forjar⁴⁶⁴.

Outro evento, cuja profundidade do impacto é ainda incerta, mas que sem dúvida pode vir a influir nessa dinâmica, é a emergência econômica de alguns países em desenvolvimento. Não raro inspirados por ideologias de vertente intervencionista, esses países exibem perfil bastante distinto dos países desenvolvidos. Exemplo do que se tornou uma prática corrente desses Estados é o já mencionado ressurgimento do Estado-

⁴⁶² JALVAREZ, J. E. *Foreign Direct Investment Regime and Investment Arbitration*. Palestra proferida na Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 23 de agosto de 2012.

⁴⁶³ “The level of hostility towards it [Foreign Direct Investment] may only be a matter of degree and is not limited to certain forms of government. Today, incoming FDI emerging from the BRICs (Brazil, Russia, India or China), for example, appears to be prompting adverse reaction, including new protectionist measures, in some rich capitalist host nations.” ALVAREZ, J. E. *The public international law regime governing international investment*. (RCADI, 2009. t. 344) p. 209.

⁴⁶⁴ “More dramatic has been the fact that there has been a change in the patterns of foreign investment. Newly industrialising countries such as China, India and Brazil have become exporters of capital. Sovereign wealth funds of many small countries are playing leading roles in acquiring established business in developed countries. As a result, developed states in North America and Europe are becoming massive recipients of foreign capital. These changes will result in the assertion of sovereign control of such investments by the developed states and the selective relinquishing of the inflexible rules on investment protection that these states had built up. [...] The rules the developed states crafted to protect the foreign investment of their nationals will soon come haunt them.” SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. Cit. p. 4.

empresário, também chamado “capitalismo de estado”⁴⁶⁵. Lançando mão dos mesmos instrumentos jurídicos que permitiram às empresas transnacionais penetrar nos mais diversos mercados nacionais, esses Estados utilizam-se de estruturas empresariais por eles controladas para realização de propósitos políticos, estratégia que se constitui num desafio considerável à regulação internacional dos investimentos⁴⁶⁶.

O DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS COMO EXEMPLO DE TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

Observou-se no item referente aos contratos com o Estado que o desenvolvimento desse tema foi algumas vezes pautado por concepções que o apreendiam seja segundo a perspectiva do Estado anfitrião, seja segundo os interesses dos investidores estrangeiros, mas raramente a partir da relação jurídica constituída por ambos. Isso acabou reeditando no âmbito desses instrumentos o ambiente bipolar que orientava as relações internacionais da época. Nesse contexto, as propostas de internacionalização dos contratos com o Estado baseavam-se em argumentos precários que em certa medida respeitavam as tradicionais compartimentações da sociedade (*e.g.* nacional e internacional; público e privado). A visão equivocada desses instrumentos como criadores de uma relação jurídica estática foi certamente produto de sua época, contudo, as premissas que a justificavam deixaram de existir.

Particularmente, pensamos que esses contratos somente podem ser entendidos em sua plenitude se apreendidos a partir de uma concepção mais dinâmica dos fenômenos jurídicos. A partir disso, tratar-se-iam de modelos jurídicos originais caracterizados pela mestiçagem: sem serem vinculados a

⁴⁶⁵The rise of State Capitalism. In: *The Economist*. v. 402, n. 8768, 21 de janeiro de 2012). Disponível em: <http://www.economist.com/node/21543160>. Acesso em: 09 out. 2012.

⁴⁶⁶ “There will be entirely new types of multinational corporations entering the scene. The state-owned oil corporations of China and India are aggressively entering the field and seeking mergers with existing multinational corporations. The investment funds of many rich, smaller states like those in Singapore and Dubai as well as those newly industrialising states which have excess capital will enter the scene as actors who will shape the rules of the game. The very states which wanted strong rules in the area may balk at the prospect of these rules being used in a manner favourable to these new actors”. M. SORNARAJAH, *op. cit.* p. 5-6.

um só ramo do direito ou a um sistema jurídico específico, reúnem ao mesmo tempo referências a diversos institutos e regimes jurídicos diversos. Conforme aponta Huck, trata-se de

uma relação transcendental, porque não se pode contê-la nas tradicionais categorias do Direito. O contrato com o Estado envolve elementos de natureza e condição tão variadas que não pode ser enquadrado como manifestação de direito interno, exclusivamente, ainda que regida por ele; tampouco se pode considerá-lo como ato de Direito Internacional; não é só Direito Público, mas vai muito além do Privado, além de transcender os campos do Direito Civil e Comercial⁴⁶⁷.

Dessa forma, acreditamos que a sua internacionalização não decorre de artifícios interpretativos erigidos a partir de premissas duvidosas, mas do próprio desenvolvimento de ramos do direito internacional que passaram a incidir sobre uma relação jurídica originalmente submetida ao direito interno do Estado. A título exemplificativo, ainda que alguns continuem a vinculá-la a esse direito, o que automaticamente criaria alternativas para a exclusão de qualquer litígio por inadimplemento contratual, nada impede que um mesmo ato do Estado, conquanto não ilegal no plano interno, seja ilícito no internacional⁴⁶⁸. Esclarecedora, nesse sentido, é a opinião de Lauterpacht expressada no *caso* dos Empréstimos Noruegueses. Segundo esse grande internacionalista,

The question of conformity of national legislation with international law is a matter of international law. The notion that if a matter is governed by national law it is for that reason at the same time outside the sphere of international law is both novel and, if accepted, subversive of international law. It is not enough for a State to bring a matter under the protective umbrella of its legislation, possibly of a predatory character, in order to shelter it effectively from any control by international law. There may be little difference between a Government breaking unlawfully a contract with an alien and a Government

⁴⁶⁷ HUCK, H. M. *Contratos com o Estado: aspectos de direito internacional*. Cit., p. 23.

⁴⁶⁸ JENNINGS, R. Y. *State Contracts in international law*. (in **37 Brit. Y. B. Int'l L. 156 1961**) Disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/byrint37&div=6&id=&page=>. Acesso em 14 de fevereiro de 2012.

*causing legislation to be enacted which makes it impossible for it to comply with the contract*⁴⁶⁹.

O atual direito internacional dos investimentos não pode ser entendido de outra forma. Desenvolvido a partir dessas mesmas premissas ideológicas, esse direito passou a ganhar corpo com a multiplicação dos instrumentos jurídicos que o regulam, oriundos das mais diversas fontes. Paralelamente, o já mencionado processo de globalização alterava as bases fáticas sobre as quais esse direito se estendia. Num panorama marcado pelo esboroamento tanto das fronteiras territoriais como das ideológicas (o público e o privado, o interno e o internacional), observou-se a expansão tanto horizontal (diversificação dos temas) como vertical (profundidade) da regulação internacional.

Nesse processo de formação de um corpo de regras específicas aplicáveis aos investimentos estrangeiros, as antigas dicotomias foram, senão abandonadas, rebaixadas a segundo plano. Estruturalmente, “*Les préoccupations de sécurité cèdent progressivement devant les préoccupations de mobilité et de flexibilité*”⁴⁷⁰. No plano material, a contundência nacionalista simbolizada em atos expropriatórios diretos cedeu lugar paulatinamente a outro tipo de expropriação, dita indireta. O efeito concreto disso fez-se sentir rapidamente nas arbitragens em investimentos: na inviabilidade prática de se configurarem *expropriatórios* os atos indiretos praticados pelo Estado, as controvérsias reorientaram-se para o estabelecimento de *standards de tratamento justo e equitativo*⁴⁷¹.

No plano estrutural, a desestatização (ao menos formal) dos litígios por meio do desenvolvimento da arbitragem libertou as entidades privadas dos percalços políticos da proteção diplomática. A criação do ICSID (analisado com maior detalhamento na segunda parte) foi, nesse contexto, fundamental: não somente a sua constituição criou uma alternativa mais efetiva para a implementação das decisões arbitrais, como também a

⁴⁶⁹ Corte Internacional de Justiça. Caso Empréstimos Noruegueses (França v. Noruega, 1957). Opinião apartada de Hersch Lauterpacht. p. 37.

⁴⁷⁰ JUILLARD, P. *L'évolution des sources du droit des investissements*. Cit., p. 28-29.

⁴⁷¹ “The trend in investment arbitration is to emphasise liability on the fair and equitable standard. This results from the fact that expropriation has become difficult to establish where there is no direct taking of property. Besides, the uncertain scope of regulatory expropriation makes it difficult for expropriation to be the peg for liability.” SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. Cit., p. 466.

concentração de casos nessa instituição tem permitido repertoriar com maior eficácia as decisões arbitrais.

Ainda nesse âmbito, também a multiplicação dos tratados bilaterais⁴⁷² de investimento impactou o direito dos investimentos em diferentes níveis. Não obstante as sérias críticas que se possa formular à interpretação excessivamente abrangente da *cláusula da nação mais favorecida*, sua ocorrência cada vez mais frequente nesses tratados tem expandido o alcance da proteção aos investidores a patamares antes inimagináveis. Ao mesmo tempo, a aplicação de *cláusulas guarda-chuva* (*umbrella clauses*) contidas nesses tratados permite a tipificação de “ilícitos contratuais” como “ilícitos internacionais”, numa questionável assimilação entre “quebra de contrato” e “quebra de tratado”⁴⁷³.

Numa perspectiva mais ampla, a reedição das mesmas disposições nos diferentes modelos de tratados bilaterais de investimento tem provocado certa homogeneização do direito dos investimentos, criando a impressão (rapidamente defendida por alguns como fato) de estarmos diante de um costume internacional. Apenas uma parcela considerável dos Estados não participa de sua elaboração, ou porque não celebra tais tratados, ou porque não possuem força política e econômica suficiente para fazer valer a sua posição nessas negociações.

Esses recentes avanços não respondem, no entanto, a todos os questionamentos com os quais esse “novo” direito deve se confrontar. Repetindo a mesma tendência observada nas criticadas teorias internacionalistas do contrato com o Estado, observa-se um direcionamento claramente tendencioso em sua concepção. Movidas pelo impulso de proteção aos investidores estrangeiros, essas teorias muitas vezes banalizam a aplicação de algumas cláusulas, subvertendo-lhes até mesmo a natureza. A esse título, duras críticas podem ser feitas ao emprego da

⁴⁷² “United Nations Commission on Trade and Development (UNCTAD) reports indicate that the 1990s began with some 900 [bilateral investment] treaties and ended with over 2,900 treaties.” SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. Cit., p. 3.

⁴⁷³ “An umbrella clause is a provision in an investment protection treaty that guarantees the observation of obligations assumed by the host state vis-à-vis the investor. The most contentious issue in relation to clauses of this kind is whether, and under what circumstances, they place investments agreements, that is, contracts between the host state and the investor, under the treaty’s protection.” DOLZER, R.; SCHREUER, C. *Principles of International Investment Law*. Cit., p. 153.

cláusula da nação mais favorecida – mais adaptada para ser empregada no âmbito de um regime autocontido e originalmente criada para propiciar a extensão de direitos substantivos – como sucedâneo de cláusulas arbitrais, essas naturalmente autônomas, procedimentais e restritivas. No que concerne às cláusulas guarda-chuva, muitas vezes têm propiciado a aplicação de disposições constantes de tratados em benefício do investidor a despeito de disposições diametralmente opostas contidas no respectivo contrato com o Estado.

Nesse registro, a questão mais palpitante que se deve enfrentar talvez seja a relativa às limitações do poder regulador do Estado. Conforme assinalado, as antigas nacionalizações foram paulatinamente substituídas por um modelo mais tênue de interferência do Estado na atividade econômica. Muitas vezes, sucessivos atos regulatórios acabam por suprimir parcela significativa de direitos do investidor, tipificando o que se convencionou chamar *creeping expropriation*. Nesse cenário, pode ser bastante delicado definir a linha que delimita o que vem a ser o exercício legal desse poder e a intervenção indevida nos direitos do investidor estrangeiro. Obviamente, situamo-nos aqui não apenas no âmbito do regime jurídico internacional dos investimentos estrangeiros, mas diante de uma situação jurídica que atravessa esse direito, impactando diretamente o tema da responsabilidade jurídica internacional do Estado.

A esse respeito, faz todo o sentido a observação de Juillard ao identificar que

La double faiblesse du droit internationale des investissements internationaux, tel qu'il se dessine ainsi, vient, d'une part, de ce que les règles de circulation sont en cours de formation et, d'une autre part, de ce que les principes de traitement et de protection, tels qu'ils se sont formés, ont été purement et simplement transposés du domaine des biens étrangers au domaine des investissements internationaux.

Após apontar que uma transposição de tal gênero não é isenta de efeitos, questiona:

L'obligation de traitement et de protection, vis-à-vis des biens de l'étranger, trouve son fondement dans un impératif d'ordre éthique. En va-t-il de même, s'agissant du traitement et de la

*protection des investissements internationaux? Il y a de bons et de moins bons investissements – des investissements productifs et des investissements improductifs. Tous devraient-ils avoir droit au traitement et à la même protection?*⁴⁷⁴.

Parece-nos claro que a proteção ao investidor, conquanto desejável, não pode ser o único vetor a orientar o direito internacional aplicável aos investimentos. O próprio desenvolvimento paralelo de outras áreas contíguas ao direito internacional (*e.g.* direitos humanos, meio ambiente, relações de trabalho) também impacta as expectativas dos investidores, sem que isso se constitua em restrição ilegal a seus direitos. Nesse contexto, mesmo se ainda não dotadas de personalidade jurídica internacional, corporações multinacionais começam a se sujeitar a obrigações objetivas impostas por normas internacionais. Nada impede, inclusive, que a mesma cláusula de tratamento justo e equitativo seja também usada como elemento de defesa contra investidores faltosos⁴⁷⁵.

Essa evolução leva-nos a questionar os limites conceituais de um direito internacional dos investimentos fundado quase exclusivamente nos interesses do investidor. Numa abordagem mais dinâmica, a despeito de ser um propósito legítimo, a proteção do investimento estrangeiro não pode ser entendida de forma absoluta. Trata-se de um bem jurídico importante, contudo nem inferior, nem superior a outros tantos. Além disso, constituindo-se num propósito, jamais poderia ser identificado igualmente como um critério informador de seu próprio regime jurídico.

A partir da análise do momento atual do direito internacional dos investimentos, verifica-se que inúmeros laudos arbitrais adotados na resolução de conflitos esforçam-se na tentativa de estabelecer padrões mínimos de proteção aos investidores. Ao longo desse processo, vários conceitos de impacto, entretanto ainda relativamente vazios de significado (*e.g.* padrões internacionais mínimos de tratamento, tratamento justo e

⁴⁷⁴ JUIILLARD, P. *L'évolution des sources du droit des investissements*. Cit., p. 25.

⁴⁷⁵ “Equity is a double-edged sword, and, in ascribing blame on the basis of equity, it is necessary to look into whether the claimant also was at fault and whether the respondent’s conduct was a reaction to that fault. In this sense, a defense is created in respect of a standard that is becoming increasingly important as the basis of liability in modern investment arbitration.” SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. Cit., p. 466-467.

equitativo, legítimas expectativas, etc.), foram sucessivamente edificados sem que se chegasse a elementos norteadores palpáveis.

Isso talvez ocorra porque, na ânsia de se forjar normas adaptadas aos fins perseguidos, perderam-se de vista os elementos orgânicos que de fato compõem a relação jurídica entre investidor e Estado anfitrião. Aparentemente, o ponto central a ser definido no âmbito dessa relação entre duas pessoas jurídicas de naturezas absolutamente distintas não se relaciona à proteção do investimento em si, mas à legalidade do ato soberano (ou do conjunto de atos) que a afeta.

Nesse ponto, é interessante lembrar a estrutura do *project finance*, notadamente dos distintos papéis que podem ser desempenhados em seu âmbito. Observe-se que nada impede que um Estado participe de um projeto na qualidade de iniciador ou *sponsor*. Da mesma forma, não há empecilho algum a que um Estado, na qualidade de ente soberano, regule as relações sociais em seu território. O problema parece surgir quando essas figuras misturam-se e o Estado anfitrião passa a utilizar-se de seu poder para interferir direta ou indiretamente em determinadas relações jurídicas. Em nossa visão, esse desvio de finalidade constitui-se num *discrímen* que separa um exercício legal de atividade regulatória de um ilegal⁴⁷⁶.

A partir disso, acredita-se que se pode chegar à definição acerca da legalidade dos atos internacionais praticados pelo Estado no bojo dessa relação por meio da combinação de alguns fatores tanto objetivos como subjetivos – a natureza do ato praticado, o seu impacto material no investimento, as expectativas do investidor, a boa-fé do Estado –, que em última análise estabeleceriam contornos mais concretos da ainda um tanto fluida noção de tratamento justo e equitativo. Decisões recentes parecem nos orientar exatamente a essa direção.

⁴⁷⁶ O Projeto de Convenção Internacional versando sobre a responsabilidade internacional dos Estados por seus atos (2001) (*Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*), conquanto não ratificado e elaborado tendo em vista abrangência bem mais ampla, dá boas indicações acerca das hipóteses de responsabilização internacional do Estado. Segundo os art. 5º e 7º, ocorrerá responsabilização do Estado quando o ato praticado exibir as qualidades de um ato de governo, ainda que executado por outras entidades: “Article 7. Excess of authority or contravention of instructions. The conduct of an organ of a State or of a person or entity **empowered to exercise elements of the governmental authority** shall be considered an act of the State under international law if the organ, person or entity acts in that capacity, even if it exceeds its authority or contravenes instructions” (grifo nosso).

Em tese, há duas grandes concepções acerca da noção de tratamento justo e equitativo. A primeira apreende-o como um *standard* internacional mínimo fixado pelo costume internacional. A partir disso, conclui-se que as respectivas cláusulas contidas nos mais diversos tratados bilaterais de investimento seriam redundantes, pois somente serviriam para reafirmar uma regra geral preestabelecida. A segunda concepção diferencia-os (*standards* internacionais e cláusula), ponderando que esta, na realidade, expande o escopo dos *standards* internacionais, permitindo aos tribunais modulá-la segundo o caso concreto⁴⁷⁷.

Ora, se o estímulo à estabilidade, previsibilidade e transparência da relação jurídica são elementos essenciais dessa cláusula, seu foco inevitavelmente recai sobre a ação do Estado, de maneira implícita sobre a definição dos limites de seu poder regulador. Em contrapartida, caso levada ao extremo, a criação de um *standard* de tratamento justo e equitativo geral pode redundar na formatação de um modelo único de Estado, afetando a diversidade cultural inerente a cada nação. A título ilustrativo, as feições do Estado em países latino-americanos distinguem-se profundamente da concepção inglesa ou americana de Estado, a tal ponto que um tipo de regulação absolutamente regular, previsível e transparente adotada nos primeiros pode, sob a óptica dos segundos, ser entendida como uma violação de *standards* mínimos de tratamento justo e equitativo.

Dada a extensão e fluidez dessa noção, entende-se que a sua verificação deve ser feita a partir de cada caso, não sendo possível apreendê-la em termos abstratos⁴⁷⁸. Corroborando essa conclusão, são inúmeras as decisões na jurisprudência internacional. No caso *Waste Management v. Mexico*, por exemplo, o tribunal foi particularmente preciso ao definir que “*The standard is to some extent a flexible one which must be adapted to the circumstances of each case*”. Também nesse sentido, paradigmática foi a

⁴⁷⁷ SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. Cit., p. 349.

⁴⁷⁸ “Obviously, the standard of FET [Fair and Equitable Treatment] is a broad one, and its meaning will depend on specific circumstances of the case at issue. The tribunal in *Mondev v The United States* [*Mondev v United States*, Award, 11 de outubro de 2002, 42 ILM (2003) 85, para 118] pointed out that ‘a judgement of what is fair and equitable cannot be reached in the abstract; it must depend on the facts of the particular case’.” DOLZER, R.; SCHREUER, C. *Principles of International Investment Law*. Cit., p. 128. No mesmo sentido, *Waste Management v. Mexico*; *Lauder v. Czech Republic*; *CMS v. Argentina*.

decisão no caso *Genin v. Estonia*⁴⁷⁹. Nele, o Tribunal mostrou-se bastante sensível ao fato de a regulação ocorrer numa economia nascente, ainda não habituada plenamente ao emprego de tais controles.

Embora não defina de forma objetiva os contornos do tratamento justo e equitativo, a fórmula “caso a caso” automaticamente resolve um ponto controvertido acerca de seus critérios definidores. Tratando-se de uma cláusula que necessariamente exige um exame comparativo (justo e equitativo em relação a alguém ou alguma coisa), torna-se imperiosa a determinação de um paradigma. Por indução lógica, intui-se que os parâmetros devem ser encontrados dentro do próprio caso, não a partir de outras situações. Por outro lado, uma vez que o tratamento injusto e não equitativo decorre da prática de atos atribuíveis ao Estado e que o paradigma deve ser identificado no próprio caso, nada mais natural que se comparar as ações do Estado em questão com a conduta habitual do mesmo Estado em situações semelhantes.

Obviamente, conquanto constitua-se num paradigma válido, esse elemento não deve ser observado isoladamente. Não obstante a estabilidade seja um fator importante nessa avaliação, não se trata do único: um Estado historicamente irresponsável não se torna menos irresponsável ao perseverar em seus atos. Dessa forma, a previsibilidade deve ser também entendida sob a luz do direito nacional do próprio Estado, do direito internacional, da boa-fé inerente às relações jurídicas e das expectativas legítimas (*legitimate expectations*) do investidor.

Nesse sentido, a jurisprudência internacional fixa alguns elementos importantes para a análise dessas situações. Particularmente com respeito à atividade reguladora do Estado, define como incontestável a prerrogativa estatal. No já mencionado *Genin v. Estonia*, o tribunal reconheceu a primazia da legislação reguladora do Estado anfitrião e da submissão do investidor estrangeiro a essas regras. Conclusão similar, aliás, àquela obtida nos casos *Gami v. Mexico*⁴⁸⁰, *SD Myers v. Canada*⁴⁸¹, *Feldman v.*

⁴⁷⁹ *Genin v Estonia* (2002) 17 *ICSID Rev* 395.

⁴⁸⁰ *Gami v Mexico*, Award de 15 de novembro de 2004.

⁴⁸¹ *SD Myers v Canada*, Second Partial Award de 21 de outubro de 2002.

*Mexico*⁴⁸² e *Moldev v. United States*⁴⁸³. Da análise dessas decisões, Dolzer e Schreuer são categóricos ao indicar que “*These decisions are consistent with the right of the host state to determine its own legal and economic order*”⁴⁸⁴. O reconhecimento do poder regulador do Estado, conquanto importante, não resolve o problema da identificação de critérios que qualifiquem uma ação como violadora do *standard* mínimo do tratamento justo e equitativo.

Pode-se abstrair da jurisprudência dominante sobre o assunto dois critérios recorrentes: um inerente aos próprios atos do ente soberano, o outro relacionado ao investidor. Com relação ao Estado, suas ações são enquadradas tanto por regras de seu próprio direito interno como por regras de direito internacional. É desnecessário dizer que a violação de qualquer uma dessas regras infringe automaticamente o *standard* de tratamento justo e equitativo⁴⁸⁵. Obviamente, a amplitude desse *standard* deve ser maior do que o mero exame da legalidade de suas ações. Isso porque o Estado também tem o dever de se conduzir de maneira inequívoca, com correção, transparência⁴⁸⁶ e boa-fé. Nesse sentido, precisa é a observação de Sornarajah ao assinalar que

*The expansive view would mean that any discriminatory measure that the host state adopts could be regarded as offensive to the standard of fair and equitable. It has been used in circumstances where transparency as to laws or intentions were shown to be lacking*⁴⁸⁷.

A conduta escorregia do Estado produz, por sua vez, um clima de previsibilidade e estabilidade que possibilita ao investidor projetar seus

⁴⁸² *Feldman v Mexico*, Award de 16 de dezembro de 2002.

⁴⁸³ *Mondev v United States*, Award de 12 de outubro de 2002.

⁴⁸⁴ DOLZER, R.; SCHREUER, C. *Principles of International Investment Law*. Cit., p. 134.

⁴⁸⁵ Nesse sentido, o primeiro laudo parcial no caso *SD Myers v. Canada* foi contundente ao definir que ocorre tratamento injusto e não equitativo quando um investidor “has been treated in such as unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that is unacceptable from international perspective”, concluindo mais adiante que “That determination must be made in the light of the high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders. The determination must also take into account any specific rules of international law that are applicable to the case”. *SD Myers v Canada*, First Partial Award de 13 de novembro de 2000.

⁴⁸⁶ A falta de transparência é, por sua vez, elemento recorrente na violação da cláusula de tratamento justo e equitativo. No caso *Metalclad v. Mexico* (2 de maio de 2001) o tribunal apontou que “Mexico failed to ensure a transparent and predictable framework for Metalclad’s business planning and investment”. Em decisão similar, o tribunal do paradigmático caso *Maffezini v. Spain* (Award de 13 de novembro de 2000) indicou que “the lack of transparency with which this loan was conducted is incompatible with Spain’s commitment to ensure the investor a fair and equitable treatment”. Entendimento similar a *Waste Management v Mexico*, Award em 30 de abril de 2004.

⁴⁸⁷ SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. Cit., p. 349.

negócios, criando expectativas plausíveis em relação a seu investimento. Nesse ponto, conectam-se os dois critérios da equação que, afinal, revelam-se determinantes à caracterização do tratamento justo e equitativo: os mencionados elementos intrínsecos e extrínsecos do ato e as expectativas legítimas (*legitimate expectations*) do investidor.

Na opinião de Dolzer e Schreuer, a jurisprudência recente parece corroborar essa tese⁴⁸⁸. A esse respeito, algumas decisões são de fato dignas de destaque. No caso *Tecmed v. Mexico*⁴⁸⁹, por exemplo, o tribunal foi particularmente preciso ao indicar que

the foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations [...] The foreign investor also expects the host State to act consistently, i.e. without arbitrarily revoking any preexisting decisions or permits issued by the State that were relied upon by the investor to assume its commitments as well as to plan and launch its commercial and business activities. The investor also expects the State to use the legal instruments that govern the actions of the investor or the investment in conformity with the function usually assigned to such instruments, and not to deprive the investor of its investments without the required compensation.

De forma bastante similar, o laudo parcial no Caso *Saluka v. Czech Republic* assinalou que é razoável deduzir que o investidor estrangeiro protegido pelo tratado espera que o Estado anfitrião “*will not act in a way that is manifestly inconsistent, non-transparent, unreasonable (i.e. unrelated to some rational policy), or discriminatory (i.e. based on unjustifiable distinctions)*”⁴⁹⁰.

Dessa forma, os critérios mais elementares de tratamento justo e equitativo seriam violados pela

⁴⁸⁸ “Recent jurisprudence has emphasized that the legitimate expectations of the investor will be grounded, *inter alia*, in the legal order of the host state as it stands at the time when investor acquires the investment.” DOLZER, R.; SCHREUER, C. *Principles of International Investment Law*. Cit., p. 134.

⁴⁸⁹ *Tecmed v Mexico*, Award, 29 May 2003, 43 ILM (2004) 133.

⁴⁹⁰ *Saluka v Czech Republic*, Partial Award, 17 March 2006.

conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety – as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process. In applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of representation made by the host State which were reasonably relied on by the claimant”⁴⁹¹.

Em contrapartida, tratamento justo e equitativo seria respeitado quando “*the host State’s consistent and transparent behavior, free of ambiguity that involves the obligations to grant and maintain a stable predictable legal framework necessary to fulfill the justified expectations of the foreign investor*”⁴⁹².

Muito embora reconheça-se que se trate de temas bastante controvertidos que se encontram ainda em processo de consolidação, arriscamos algumas conclusões. Em síntese, um investidor que decide investir num dado país estrangeiro deve conhecer as regras internas a que será submetido. Parece igualmente essencial que um estudo minucioso acerca das feições políticas e econômicas do referido Estado seja feito. As legítimas expectativas decorrem exatamente dessa vasta *due diligence* elaborada pelo investidor. Na outra extremidade da relação, encontramos o ente soberano. Dele espera-se nada mais do que o elementar: que se conduza segundo a lei, de forma transparente, leal, justa e de boa-fé, produzindo um ambiente favorável à frutificação dos investimentos e ao progresso de sua sociedade.

A regulação internacional dos investimentos estrangeiros constituiu-se, portanto, na linha de frente do desenvolvimento do direito internacional. Nesse setor, a superação de antigas dicotomias dá lugar a situações concretas inusitadas aparentemente inalcançáveis a partir das categorias tradicionais do direito. É nesse contexto, situado a meio caminho entre fragmentação e especialização, que alguns ramos desse “novo” direito internacional começam paulatinamente a se edificarem. Na

⁴⁹¹ *Waste Management v Mexico*, Award em 30 de abril de 2004.

⁴⁹² *LG&E v Argentina*, Decision on liability em 3 de outubro de 2006.

passagem, observam-se algumas transformações estruturais dificilmente identificáveis como permanentes/passageiras ou gerais/setoriais: o ressurgimento do costume, a propagação de instrumentos jurídicos não categorizáveis, o desenvolvimento de processos de formação de regras jurídicas em paralelo aos procedimentos tradicionais. Nessa conjuntura, a própria noção de juridicidade torna-se opaca diante de instrumentos de natureza duvidosa, mas de efetividade indiscutível, obrigando-nos a buscar novas respostas a antigos questionamentos.

À medida que as fronteiras do mercado financeiro desbravam o mundo em desenvolvimento e os imperativos de proteção aos investimentos estrangeiros tornam-se cada vez mais prementes, multiplicam-se igualmente os novos recursos para mitigação de riscos políticos. Na próxima parte, entraremos um pouco mais nesse universo.

Parte II

Project Finance: o Banco Mundial como agente regulador

“Vivemos em tempos confusos, como muitas vezes é o caso em períodos de transição entre diferentes formas de sociedade. Isso acontece porque as categorias intelectuais que usamos para compreender o que acontece à nossa volta foram cunhadas em circunstâncias diferentes e dificilmente podem dar conta do que é novo referindo-se ao passado”.

M. Castells, *A sociedade em rede*, prefácio à edição 2010.

Nos capítulos anteriores, procuramos destacar como as drásticas mudanças na sociedade atingiram o direito internacional, alterando sensivelmente a sua estrutura. O advento das organizações internacionais foi, no âmbito desse processo, ao mesmo tempo produto e catalisador dessas transformações.

O contínuo esforço de especialização do direito internacional (processo ainda em evolução) provocou, por um lado, num sistema carente de hierarquização, uma natural fragmentação. Por outro lado, da mesma forma que o fenômeno da globalização não atingiu com idêntica intensidade todos os fatores da sociedade, tampouco a intensificação da cooperação internacional se propagou de maneira homogênea a todos os campos do direito. Essa falta de sincronia, muito bem identificada por Lotman⁴⁹³ no âmbito cultural, é característica também do direito internacional. Nesse caso, o surgimento de um novo modelo fundado na cooperação não substituiu completamente – nem parecia ser este o seu propósito – o tradicional direito internacional de coexistência. A resultante desses diversos vetores foi a segmentação do direito internacional em subsistemas de sofisticação e completude altamente variáveis.

Castells questiona, na passagem destacada, as limitações das categorias intelectuais cunhadas no passado para compreender a realidade de hoje. Transplantando essa noção para o âmbito do direito internacional, pode-se da mesma maneira questionar a efetividade dos instrumentos forjados no passado para a resolução de alguns problemas criados pela

⁴⁹³ LOTMAN, Y. *La Semiosfera*. Cit., pp. 33-34.

globalização. A fim de satisfazer as crescentes necessidades da sociedade internacional, novas ferramentas e formas de ação foram concebidas. Muitas vezes foi necessário para tanto um gigantesco esforço de flexibilização (quando não de subversão) de alguns princípios até então tidos como consolidados pelo direito internacional.

Logicamente, nada disso seria muito dramático se nos referíssemos a modelos habitando universos paralelos e incomunicáveis. Contudo, a realidade se revela muito mais complexa: a harmonização dos novos instrumentos com os princípios tradicionais do direito internacional pode se constituir em tarefa extremamente delicada.

Muito embora não sirva de parâmetro para a concepção de uma teoria geral acerca do tema – lembremos que a globalização atinge de forma heterogênea os diferentes campos do direito –, a ação do Grupo Banco Mundial na regulação internacional do *project finance* nos dá mostras de quão conflituosa pode ser a relação entre presente e passado no âmbito do direito internacional.

Criado para executar tarefas muito bem definidas no pós-guerra, o Banco metamorfoseou-se ao longo das décadas seguintes a ponto de adquirir competências regulatórias que até então não possuía. Se transformações são naturais no processo de desenvolvimento de qualquer instituição, o que tornou essa evolução peculiar e particularmente interessante foi a forma como tais mudanças ocorreram.

Capítulo 4

Banco Mundial: “da reconstrução ao desenvolvimento às finanças”

Em Foggy Botton, região central de Washington, D.C., localiza-se o centro nervoso da governança global. Sediado num imponente edifício na Rua H, o Banco Mundial tem como vizinho o Fundo Monetário Internacional (FMI), e a apenas algumas quadras de distância, encontra-se a Casa Branca.

Obviamente não se pretende, com essa breve descrição, traçar um roteiro turístico da capital dos Estados Unidos da América, mas justificar alguns necessários desvios de ordem política e histórica no âmbito de um trabalho de natureza primordialmente jurídica. Isso porque não acreditamos que se possa fazer uma investigação confiável acerca do Banco Mundial ou de suas atribuições sem que se aborde, ao menos de forma tangencial, alguns aspectos políticos e históricos que o envolvem.

Enquanto o barulho das bombas ainda ecoava na Europa, no diálogo transatlântico entre os representantes dos governos americano e britânico já se esboçavam os contornos das instituições que seriam responsáveis pelos rumos da economia mundial do pós-guerra. Seria, portanto, ingênuo imaginar que tais estruturas fossem concebidas a partir do critério democrático. Esse aspecto, aliás, é indiscutivelmente claro quando analisados os estatutos das instituições nascidas em Bretton Woods: do sistema de quotas à estrutura administrativa, o poder econômico é o elemento chave na tomada de decisões⁴⁹⁴. Percebe-se, com isso, que a mencionada proximidade da Casa Branca e do Capitólio constitui-se em muito mais do que mera referência geográfica⁴⁹⁵.

⁴⁹⁴ O Artigo V da Seção 3 dos Estatutos do BIRD define o sistema de voto no âmbito da instituição: “SECTION 3. Voting: (a) Each member shall have two hundred fifty votes plus one additional vote for each share of stock held. (b) Except as otherwise specifically provided, all matters before the Bank shall be decided by a majority of the votes cast”. BANCO MUNDIAL. *IBRD Articles of Agreement*. Washington: World Bank, 1989. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/EXTABOUTUS/Resources/ibrd-articlesofagreement.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2012.

⁴⁹⁵ A localização da sede do Banco foi originalmente um ponto de discórdia entre Estados Unidos e Reino Unido. No entanto, o peso econômico dos Estados Unidos finalmente acabou sendo determinante na escolha do país sede. Segundo o artigo V, Seção 9, (a) dos Estatutos do BIRD: “Location of Offices: (a) The principal office of the Bank shall be located in the territory of the member holding the greatest number of shares”. *Ibidem*.

Contudo, nada disso seria muito problemático se a vocação dessas instituições não fosse exatamente a governança global. Mas uma vez que o é, são inúmeras as críticas (procedentes ou não) geralmente formuladas a seus excessivos poderes, à extrapolação de seu mandato, à sua falta de legitimidade (característica diretamente relacionada a seu déficit democrático) e até mesmo à arrogância de seus funcionários.

Internamente, o Banco apresenta um elemento característico dos novos tempos: a superação das dicotomias (*e.g.* público/privado, político/técnico, jurídico/político). Um desenho talvez grosseiro, porém nada equivocado, de sua estrutura mostra um grupo de profissionais altamente técnicos, bem treinados e qualificados, dirigido, no topo da hierarquia, por representantes políticos dos Estados. Ao analisar essa pirâmide, alguns sustentam que a real governança é orientada por razões de ordem técnica a partir da soma das decisões cotidianas adotadas pelos profissionais que compõem seu quadro funcional, ou seja, que a burocracia ganha vida própria na determinação dos passos da instituição; outros apontam que o corpo técnico apenas legitima, por meio do emprego de fórmulas forjadas precisamente para este fim, decisões puramente políticas⁴⁹⁶.

Ainda que os aspectos de natureza política ocupem boa parte das discussões acerca do Banco, não se pode perder de vista os elementos circunstanciais que pontuaram a sua evolução histórica. Criado no pós-guerra com dois propósitos muito bem definidos – reconstrução e desenvolvimento –, foi desde o início aliado de seu papel de liderança no esforço da reconstrução em função dos limitados recursos que dispunha para enfrentar tal tarefa⁴⁹⁷. Apesar da inequívoca antecipação do que

⁴⁹⁶ A esse respeito, é interessante e reveladora a controvérsia nas negociações em Bretton Woods acerca do status dos membros dos diretores do Banco: “The U.K. delegation, led by Lord Keynes, strongly supported the view that executive directors should, like members of the staff, consider themselves to be international civil servants with an allegiance only to the Bank. This was completely unacceptable to the United States, which was putting up most of the money and wanted its representative on the board of directors to be subject to close governmental control. [...] In the Bretton Woods Agreements Act, Congress made it clear, if it had not been clear already, that the executive directors of the Bank and the Fund were not to be international civil servants, but would be, at least so far as the United States was concerned, answerable to their own governments”. MASON, E. S.; ASHER, R. E. *The World Bank since Bretton Woods*. Washington: The Brookings Institute, 1973. p. 30-34.

⁴⁹⁷ “Face à l’ampleur insoupçonnée de la pénurie de dollars, le plan Marshall a confié aux Etats-Unis la tâche de réunir les financements, alors que celle-ci incombait au FMI et à la Banque mondiale. Les difficultés

seria o cenário internacional ao final da Guerra⁴⁹⁸, dificilmente se poderia imaginar com exatidão a que ponto chegaria a barbárie humana: do extermínio étnico à catástrofe nuclear, o ser humano revelaria seu lado mais sombrio durante aquele conflito. Igualmente inexatas se revelariam as avaliações quantitativas acerca da extensão dos estragos provocados pela guerra⁴⁹⁹.

Voltando suas atenções à questão do desenvolvimento, o Banco participou ativamente da evolução de uma disciplina cujos fundamentos teóricos eram ainda um tanto incipientes. Deve-se reconhecer também que nem sempre as duras críticas formuladas às ações do Banco consideram as gigantescas dificuldades de sua tarefa e a pluralidade de interesses envolvidos em cada decisão e as peculiaridades daquele momento histórico: alcançar resultados extremamente ambiciosos sem o suporte de um arcabouço teórico consolidado que o orientasse, sobretudo em período tão instável como a segunda metade do século XX, não se consubstanciava de fato em objetivo elementar.

A fim de responder às sucessivas exigências de um panorama internacional em intensa mutação, o Banco viu-se confrontado com a necessidade de se adaptar. Particularmente quanto a este processo de evolução, K. Marshall, ao descrever a evolução das feições do Grupo Banco Mundial no tempo, foi bastante feliz ao intitular a sua obra: “*The World Bank: from reconstruction to development to equity*”⁵⁰⁰: raras vezes conseguiu-se, em tão poucas palavras, descrever de maneira tão precisa o desenvolvimento de uma instituição dotada de tal complexidade.

inattendues de coordination entravant la transition vers la conditionnalité des comptes courants, ont entraîné l'intégration de l'Union européenne des paiements (UEP) au système de Bretton Woods, et son administration par les pays européens plutôt que par le FMI.” EICHENGREEN, B.; KENEN, P. B. L'organisations de l'économie internationale depuis Bretton Woods: un panorama. In: *Cinquante ans après Bretton Woods*. Paris: Economica, Coll. CEPII, 1995. p. 14.

⁴⁹⁸ CARR, E. H. *The twenty years' crisis: 1919-1939*. Cit., p. 41.

⁴⁹⁹ “It is yet too soon to know the precise form or the approximate magnitude of post-war monetary problems. But one thing is certain. No matter how long the war lasts nor how it is won, we shall be faced with three inescapable problems: to prevent the disruption of foreign exchanges and the collapse of monetary and credit systems; to assure the restoration of foreign trade; and to supply the huge volume of capital that will be needed virtually throughout the world for reconstruction, for relief, and for economic recovery.” WHITE, H. D. *Preliminary Draft Proposal for a United Nations Stabilization Fund and a Bank for Reconstruction and Development of the United and Associated Nations* (in HORSEFIELD, J. K. *The International Monetary Fund: 1945-1965: Twenty years of International Monetary Cooperation*, Vol. 3, Documents. Washington: IMF, 1969). p. 37.

⁵⁰⁰ MARSHALL, K. *The World Bank: from reconstruction to development to equity*. Cit.

Não obstante as reconhecidas razões, seja de ordem política, seja técnica, que motivaram as necessárias transformações do Banco ao longo dos anos, dispositivos de ordem normativa regulamentam esse processo. No presente capítulo, nos concentraremos mais precisamente em algumas questões de caráter jurídico envolvendo a evolução institucional e funcional do Grupo Banco Mundial. Antes de adentrarmos mais precisamente no conteúdo material de seu papel regulador no âmbito do *project finance*, parece-nos importante fazer uma descrição de sua estrutura de funcionamento para que se possa compreender como a conjugação dos instrumentos institucionais gradativamente desenvolvidos ao longo de sua história propiciaram a implementação de sua atividade regulatória nesse setor.

4.1 Mandato

A instituição que deu origem ao que mais tarde passou a ser conhecido como o Grupo Banco Mundial, o BIRD (Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento), carrega em seu nome os dois propósitos que em grandes linhas delimitam a sua atuação: reconstrução e desenvolvimento.

Conforme brevemente relatado, a estrutura concebida em Bretton Woods (FMI e BIRD) mostrou-se incapaz de resolver os problemas econômicos europeus do pós-guerra; os recursos financeiros então disponibilizados rapidamente revelaram-se limitados para fazer face aos problemas de pagamento e aos custos, visivelmente subestimados, da reconstrução⁵⁰¹. Essa constatação foi inclusive objeto do testemunho do segundo presidente do Banco em audiência realizada no Congresso Americano. Não obstante o empenho inicial da instituição no fornecimento

⁵⁰¹ Até junho de 1971, o BIRD e a IDA haviam participado, entre empréstimos e créditos, de 1057 transações financeiras. Dessas, apenas 4 foram destinadas à reconstrução, exatamente os empréstimos iniciais concedidos a França, Dinamarca, Holanda e Luxemburgo; as demais 1053 foram classificadas como *development loans*. MASON, E. S.; ASHER, R. E. *The World Bank since Bretton Woods*. Cit., p. 229.

de ajuda aos países atingidos pela guerra, a partir dessa data ficaria clara a reorientação do Banco ao segundo propósito de seu mandato⁵⁰².

A solução do problema da reconstrução surgiu somente quando as bases do Plano Marshall (formalmente denominado Plano de Recuperação Europeia) foram lançadas, em 1947⁵⁰³. Entre 1948 e 1952 os Estados Unidos concederam 11,6 bilhões de dólares aos países europeus e lhes emprestaram outros 1,8 bilhões; ou seja, uma soma quatro vezes superior aos direitos de saque detidos por aqueles países junto ao FMI⁵⁰⁴.

No entanto, as autoridades americanas estimavam que a ajuda financeira, sozinha, não alcançaria os resultados esperados. Dessa maneira, seguindo-se a forte tendência institucionalizante da época, optou-se pela criação de um conjunto de organismos regionais complementares. No centro desse complexo, encontrava-se a Organização Europeia de Cooperação Econômica (OECE), instituição cujos objetivos específicos eram formulados em sua carta constitutiva em termos extremamente amplos⁵⁰⁵. Seu propósito consistia essencialmente em reforçar a cooperação entre os países europeus por meio da reunificação econômica.

⁵⁰² “McCloy presided over a major shift in institutional focus that was driven more by circumstances than by choice. The Bank’s first loans were non-project reconstruction loans to France, the Netherlands, Denmark, and Luxembourg in 1947, and there followed a trickle of such loans to economically developed countries. However, as cold war psychology became entrenched in 1947-48, the Western rationale for third-world development was powerfully reinforced. At the same time, the scale of the reconstruction need in Western Europe and Japan was quickly recognized to be far beyond the financial capacity of the young Bank. Reconstruction was taken on bilaterally by the United States in the Marshall Plan program launched in June 1947. President McCloy testified in the U.S. Congress in support of the program, but simultaneously he was urging his colleagues to recognize that the institution needed to turn to its second designated mission, development, rather sooner and more fully than had been expected.” KAPUR, D.; LEWIS, J.; WEBB, R. *The World Bank: its first half century*. Cit., p. 10.

⁵⁰³ “Nos primeiros anos de existência, o FMI se mostrou inoperante em razão das circunstâncias particulares da economia internacional, duramente afetada pela guerra. O colapso das economias europeias parecia iminente em 1947 em face das enormes dificuldades para a recuperação dos setores de infraestrutura e para reorganizar o aparato estatal necessário para retomar a iniciativa em numerosas áreas. Os esforços de reconstrução viram-se às voltas com a carência global de dólares, sério obstáculo para o desenvolvimento do comércio internacional e para o desejo das companhias norte-americanas de aumentar as exportações para outros mercados. Nesse contexto, o governo Truman alterou o curso da política econômica até então praticada para pôr em execução um vasto programa de ajuda às nações europeias, batizado de Plano Marshall em homenagem a seu idealizador.” AMARAL JUNIOR, A. do. *A solução de controvérsias na OMC*. Cit., p. 16.

⁵⁰⁴ Ao Japão, as cifras acordadas pelos americanos atingiram 950 e 250 milhões de dólares entre doações e empréstimos, respectivamente. SOLOMON, R. *O sistema monetário internacional: 1945-1976*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979. p. 29.

⁵⁰⁵ Entre eles destacavam-se: instaurar um regime de pagamentos multilaterais e atenuar as restrições ao comércio entre os países participantes (Artigo 4); reforçar, de todas as formas, o liame econômico entre os membros (Artigo 5); instaurar ou manter a estabilidade monetária e o equilíbrio financeiro (Artigo 7). L’HUIILLIER, J. A. *Théorie et pratique de la coopération économique internationale*. Cit., p. 201.

Na realidade, a criação da OEEC apresentou-se como elemento condicionante à concessão da ajuda externa americana, até porque uma de suas funções era exatamente repartir os recursos financeiros entre os diferentes beneficiários. Todavia, seu grande mérito foi identificar a ligação orgânica entre o sistema comercial e o sistema de pagamentos. A consequência prática disso foi o advento da União Europeia de Pagamentos (UEP), em julho de 1950, cujo propósito central era estabelecer um sistema de compensação de créditos entre os países-membros. Foi apenas a partir da implementação desse sistema – gerido, em parte, pelo Banco de Compensações Internacionais⁵⁰⁶ (*BIS – Bank for International Settlements*) – que se completou de fato o quadro institucional regional e foram enfim preenchidas as funções necessárias ao desenvolvimento do comércio intraeuropeu. O resultado concreto disso foi visível nos anos subsequentes: em outubro de 1950, o percentual mínimo de liberação do comércio, excluídos os contratos de Estado, elevou-se a 60%; pouco mais de quatro anos mais tarde, em janeiro de 1955, a liberação atingiria o percentual global de 90%⁵⁰⁷.

O processo de recuperação econômica europeia prolongou-se durante quase toda a década de 1950. Apesar da rápida progressão do

⁵⁰⁶ “Em 1930, dentro do Plano Young, foi criado o Banco Internacional de Pagamentos (Banco Internacional de Compensações) [BIS]. Foram seus fundadores: Alemanha, Bélgica, França, Grã-Bretanha, Itália, Japão e Suíça. Este é uma sociedade anônima submetida ao direito suíço com várias categorias de acionistas a) bancos centrais; b) bancos norte-americanos que participaram da criação; c) estabelecimentos financeiros de terceiros países; d) particulares que adquiriram ações vendidas pelos anteriores ao público. Estes últimos são muito poucos. A sua finalidade é efetuar pagamentos financeiros que lhe foram confiados por acordos específicos. A sua sede é em Bâle.” MELLO, C. D. de A. *Curso de direito internacional público*. Cit., p. 1699.

⁵⁰⁷ “Foi somente com o início do funcionamento da União Europeia de Pagamentos, a partir de julho de 1950, que uma verdadeira reforma foi realizada. Concretizando a hipótese audaciosa da fungibilidade das moedas europeias, o que correspondia, em suma, à suposição de resolução dos problemas colocados, uma compensação multilateral completa dos saldos bilaterais era organizada. Os saldos residuais após essa compensação eram liquidados em parte com créditos, em parte em ouro ou em dólares, tanto do lado dos devedores quanto dos credores. [...] Inicialmente as trocas multilaterais eram novamente possíveis na zona de influência da UEP. Simultaneamente, por um processo inverso àquele descrito mais acima, a qualidade dessas trocas melhoraram. Em segundo lugar, o funcionamento do novo sistema de pagamentos multilaterais era independente da ajuda exterior permanente. Em seguida, ele apaziguava os temores dos países-membros de perdas de montantes substanciais de suas reservas monetárias em caso de relações de trocas ‘desfavoráveis’ na Europa. E, enfim, ao assegurar o pagamento parcial dos excedentes em metais ou em moeda conversível, ele desencorajava os países europeus produtores de produtos brutos em falta no mercado mundial de dirigi-los sistematicamente à zona do dólar. Somente a aparição da UEP foi capaz de desbloquear o comércio intraeuropeu, não sendo portanto causal [...] que a política de liberação da OEEC somente tenha ganho relevo ao final de 1950.” (Tradução livre) L’HUILIER, J. A. *Théorie et pratique de la coopération économique internationale*. Cit., p. 208-209.

crescimento da produção industrial na Europa durante a vigência do Plano Marshall (1947-1951), cerca de 10% ao ano, o Reino Unido e outros países europeus restabeleceram a conversibilidade de suas moedas somente em 1958⁵⁰⁸.

No que concerne mais especificamente ao segundo propósito do BIRD – desenvolvimento –, a sua tarefa, nesse campo, não se revelou menos complicada por inúmeras razões. Destacamos, especialmente, duas delas: a falta de embasamento teórico já consolidado para implementar tal objetivo e a natureza instável da própria noção de desenvolvimento.

Conforme já descrito em maiores detalhes no primeiro capítulo, essa noção, inicialmente bastante incipiente, ganhou corpo ao longo do tempo, tornando-se cada vez mais complexa na medida em que novos temas eram a ela integrados. Historicamente, sua evolução não se resumiu, portanto, à mera passagem da abordagem quantitativa à profundidade teórica do estruturalismo, o que já seria *per se* um incremento bastante significativo. Paralelamente a essa evolução, elementos transversais, *a priori* aparentemente externos ao tema, como direitos humanos e proteção ambiental, contribuíram decisivamente para o adensamento de sua complexidade.

Muito embora o mandato do Banco Mundial tenha permanecido o mesmo desde a sua criação, o conteúdo das tarefas a ele atribuídas naturalmente acompanhou a evolução da noção de desenvolvimento e a multiplicação das demandas políticas, preconizando sua ação nos mais diversos setores. Nessas condições, o aprimoramento de sua estrutura institucional tornou-se uma condição essencial para o cumprimento eficaz de seus propósitos.

Para se entender algumas peculiaridades que marcaram a criação e, posteriormente, a evolução estrutural do Banco, é importante que viajemos no tempo aos Estados Unidos no início da década de 1940. Foi exatamente

⁵⁰⁸ “[...] a Inglaterra concordava, entre outras coisas, a tornar a libra esterlina conversível para transações correntes dentro de um ano após a data do acordo, isto é, 15 de julho de 1947. [...] Como era claro, a Inglaterra teve que suspender a conversibilidade dentro de um mês devido ao rápido dreno de suas divisas em dólares. Só em dezembro de 1958 o Reino Unido e vários outros países europeus restabeleceram a conversibilidade de suas moedas.” SOLOMON, R. *O sistema monetário internacional: 1945-1976*. Cit., p. 24-25.

nesse período que o Congresso Americano rejeitou a proposta de criação do então chamado Banco Interamericano⁵⁰⁹.

Predecessora histórica do que viria a ser o Plano White (formalmente chamado *Proposal for a United Nations Stabilization Fund and a Bank for Reconstruction and Development of the United and Associated Nations*), a proposta de criação do Banco Interamericano delineava os contornos de uma instituição financeira regional que ao mesmo tempo acumulava as principais funções que viriam a ser exercidas pelo FMI – estabilização monetária, pagamentos internacionais, etc. – e aquelas que viriam a ser confiadas ao BIRD⁵¹⁰. O fracasso dessa proposta deveu-se, entre outros motivos, à feroz oposição dos bancos comerciais americanos⁵¹¹ que fizeram pesar a sua força política sobre o Congresso⁵¹². Visivelmente, esse revés exerceu influência decisiva na elaboração do Plano White alguns anos mais tarde.

⁵⁰⁹ “On February 7, 1940, an Inter-American Financial and Economic Advisory Committee, created in the previous year by the Meeting of the Ministers of Foreign Affairs of the American Republics at Panama, adopted a resolution recommending to the Governments of the American Republics the establishment of an Inter-American Bank [*Federal Reserve Bulletin*, vol. 26 (1940), pp. 517-25]. The Committee simultaneously submitted to the Governments drafts of a convention, a charter, and by-laws for the bank. In preparing these, the committee has been assisted by a group of experts from the U.S. Departments of State and Treasury, the Board of Governors of the Federal Reserve System, and the Federal Loan Agency. Of this group, White was a member.” HORSEFIELD, J. K. *The International Monetary Fund: 1945-1965* Twenty years of International Monetary Cooperation. Cit., p. 10-11.

⁵¹⁰ “Shares in the Inter-American Bank were to be held by governments; each country was to have a member on the board of directors; and voting was to be in proportion to stock holding. The United States was to be the principal financier, and it was anticipated that borrowings would be mainly in the U.S. market. Although the proposed bank would lend for particular projects, it was not as limited as was the later World Bank to project lending. Indeed the Inter-American Bank could ‘assist in stabilizing the currencies, [...] function as a clearing house or [...] international payments, make loans, buy and sell the securities of any of the member governments or their political subdivisions or private entities, guarantee credits in gold and foreign currencies, discount bills and other credits instruments, accept deposits, and perform normal banking functions’.” MASON, E. S.; ASHER, R. E. *The World Bank since Bretton Woods*. Cit., p. 15-16.

⁵¹¹ “[...] the proposed Inter-American Bank combined the functions of an intergovernmental bank, an international stabilization fund, and an ordinary commercial bank. This proliferation of functions was one of the reasons for the failure of the project. In particular, U.S. commercial banks feared the emergence of a powerful competitor. ‘They argued that the Bank should be a bankers’ bank which could make loans to the other banks or to governments only with appropriate guarantees’.” Idem, *ibidem*, p. 16.

⁵¹² “The proposal aroused considerable opposition in Congress and in the banking community. There were fears that the Bank would unfairly compete with commercial banks in short-term credits, and that it might refinance defaulted Latin-American bonds. While the Convention and draft legislation were sent to Congress by the President in July 1940, no hearings were held until there were further discussions by the departments and the banking community, and various compromise arrangements were worked out. A hearing was held by the Foreign Relations Committee of the Senate in May 1941, but no bill was reported, and the matter was transferred to the Banking and Currency Committee. No further action was taken.” BITTERMAN, H. J. *Negotiation of the Articles of Agreement of the International Bank for Reconstruction and Development*. (in *International Lawyer*, vol. 5, n° 1, 1971) p. 61-62.

Em seu então renovado projeto, H. D. White concebeu não apenas uma, mas duas instituições com competências muito bem delimitadas, dividindo entre elas as funções que na proposta de criação do Banco Interamericano haviam sido atribuídas a um único ente. Essa divisão contornaria um problema institucional interno americano verificado durante o processo de discussão do projeto de Banco Interamericano: a distribuição de competências entre o Departamento do Tesouro e o Departamento de Estado⁵¹³. Além disso, como o principal obstáculo a ser evitado era exatamente a eventual oposição dos bancos comerciais americanos ao projeto, uma vez que o principal objetivo perseguido era a criação do “fundo de estabilização monetária”⁵¹⁴, a separação das duas instituições criava uma distração suficiente para direcionar eventuais críticas dos bancos comerciais à proposta de criação do BIRD, teoricamente aliviando as pressões sobre o Fundo.

No entanto, a maior influência do revés sofrido pela proposta de criação do Banco Interamericano fez-se sentir mais concretamente na definição do que seria o mandato do Banco. Diferentemente de seu predecessor, o BIRD, desde os primeiros esboços, exibia perfil consideravelmente mais conservador que o fracassado Banco Interamericano. Não por acaso, já o preâmbulo de seu projeto inicial claramente anunciava que

The Bank is intended to cooperate with private financial agencies in making available long-term capital for reconstruction and development and to supplement such

⁵¹³ “Unlike the British system, which concentrate in the Treasury the ultimate responsibility for all aspects of international economic relations, The U.S. governmental organization limited the Treasury’s sphere to purely financial matters. In other fields – trade, commodities arrangements, the Export-Import Bank, even aviation and telecommunications – responsibility lay with the State Department, which, under Secretary Crodell Hull, was evolving a foreign policy based on concepts of trade liberalization and on a recognition of the need for reconstruction and development finance. It was against such a background that White devised his financial institutions.” HORSEFIELD, J. K. *The International Monetary Fund: 1945-1965* Twenty years of International Monetary Cooperation. Cit., p. 13.

⁵¹⁴ “Not only its name but its coming into being were in doubt until almost the last minute. In his letter to forty-four governments inviting them to send representatives to a conference at Bretton Woods, the U.S. secretary of state described this as being ‘for the purpose of formulating definitive proposals for an international Monetary Fund, and possibly [sic] a Bank for Reconstruction and Development’. [...] the real *pièce de résistance* was an amalgamation of the Keynes and White plans into what became, in the spring of 1944, a joint statement of the experts on the International Monetary Fund.” MASON, E. S.; ASHER, R. E. *The World Bank since Bretton Woods*. Cit., p.12.

investment where private agencies are unable to meet fully the legitimate needs for capital for productive investment.

Em memorando distribuído pelo então Secretário do Tesouro do governo Roosevelt, Henry Morgenthau, essa orientação foi mais uma vez realçada: *“The primary aim of such an agency should be to encourage private capital to go abroad for productive investment by sharing the risks of private investors in large ventures”*⁵¹⁵.

Quanto a seus propósitos, também parecia inequívoca a atenção dada à reconstrução. Ainda que o desenvolvimento se constituísse em tema especialmente atrativo, notadamente para os países latino-americanos, o BIRD era efetivamente visto como a entidade responsável pelo financiamento da reconstrução do pós-guerra. Mesmo se alguns debates acerca do propósito primordial do BIRD tenham surgido, os arquitetos centrais do sistema nunca esconderam que o desenvolvimento (na época, tema ainda pouco difundido) era de fato o propósito, senão secundário, menos urgente a ser perseguido pela instituição. Algumas disposições estatutárias, como a do Artigo III, Seção 1 (b), não deixam dúvidas disso⁵¹⁶.

Esse embate não se constituía, no entanto, numa mera fixação de posições ideológicas sem ou com poucas consequências no âmbito prático. Na realidade, ele refletia uma divisão de opiniões de grupos de países muito bem identificáveis a respeito de quais deveriam ser as feições finais do BIRD. No equacionamento dessas variadas influências políticas estava, em última instância, a definição do seu mandato.

A partir disso, a proposta dos países europeus tinha em vista a situação potencialmente ambivalente de seu status na organização. Inicialmente tomadores de empréstimo, a fim de satisfazer as necessidades econômicas da reconstrução, se tornariam, num segundo momento, potenciais credores tão logo se recuperassem dos estragos provocados pela guerra. Consequentemente, defendiam, num primeiro momento, o emprego

⁵¹⁵ MASON, E. S.; ASHER, R. E. *The World Bank since Bretton Woods*. Cit., p. 18.

⁵¹⁶ “For the purpose of facilitating the restoration and reconstruction of the economy of members whose metropolitan territories have suffered great devastation from enemy occupation or hostilities, the Bank, in determining the conditions and terms of loans made to such members, shall pay special regard to lightening the financial burden and expediting the completion of such restoration and reconstruction.” BANCO MUNDIAL. *IBRD Articles of Agreement*. Cit.

mais agudo de investimentos diretos, inclusive para fins de consumo e reposição dos estoques em ouro; posteriormente, ações concentradas no fornecimento de garantias ao investimento privado⁵¹⁷.

Já a abordagem dos países latino-americanos, potenciais tomadores de empréstimo, era bem diferente. Muito embora reconhecessem a necessidade da reconstrução, logicamente a entendiam como um propósito transitório. Por outro lado, não obstante a sua boa situação econômica circunstancial, sabiam que mais cedo ou mais tarde seriam obrigados a recorrer a empréstimos no mercado externo, pagando para tanto altas taxas de juros em função do risco inerente a seu perfil econômico e a seu histórico financeiro. Seu propósito era, portanto, assegurar uma opção mais barata de financiamento em relação ao mercado bancário internacional. Preconizavam, obviamente, maior ênfase do BIRD no financiamento direto⁵¹⁸.

Finalmente, as propostas da U.R.S.S. eram reflexo de sua posição mais do que peculiar no sistema internacional. Tendo sofrido danos profundos em função da guerra, preconizava ajuda prioritária aos países mais afetados pelo conflito. Por outro lado, alheia às inspeções inerentes aos projetos, opunha-se ao uso generalizado dos recursos do BIRD⁵¹⁹.

⁵¹⁷ “The European countries were prospective borrowers during the reconstruction period, and later, lenders. They were, therefore, concerned that their position should be protected in both roles. They naturally stressed the importance of reconstruction loans in the initial period. Some of them particularly favored loans for restocking their raw materials or providing gold as reserves for currencies. Secondly, the European countries generally favored the guarantee approach. The inevitable tendency of direct loans would be for uniform rates of interest to all countries, those with good, and those with bad, debt records. The guarantee method would allow the market to differentiate, even though the guaranty of the Bank might be essential to float issues. This point was particularly stressed by the countries which had not defaulted on their publicly-issued bonds.” BITTERMAN, H. J. *Negotiation of the Articles of Agreement of the International Bank for Reconstruction and Development*. Cit., p. 70-71.

⁵¹⁸ “The less developed countries were more interested in development loans, though they recognized the need for reconstruction in the initial period. The Latin American countries as a whole had greatly increased their monetary reserves during the war, since they had continued to export their materials, while they were unable to purchase capital goods and other manufactures because of war-time restrictions. The Sterling-area countries had also acquired large holdings of Sterling which would eventually or gradually be unblocked. These monetary reserves could be drawn down in the immediate post-war period to finance imports of equipment, but the less developed countries in all areas, realized that they would later need loan financing. It was in their interest to secure funds at as low a cost as possible. Since many of these countries were still in default in 1944, they recognized that they would have great difficulty in borrowing on the private market. Even if the defaults were remedied, they would probably have to pay higher interest rates, even with guarantees. Hence they tended to favor the direct lending method.” Idem, *ibidem*, p. 71.

⁵¹⁹ “The position of the USSR was unique. It emphasized help to the countries whose economies had suffered the worst war damage. It opposed more general use of the Bank's resources, and so objected to Article I (iv) which provided for large and small *projects*, which would also involve Bank study, appraisal and inspection. These devices were scarcely consonant with the Soviet attitude on foreign or international observation visits,

Consideradas todas as posições externadas nas reuniões de Atlantic City (junho de 1944), passou-se imediatamente à redação do projeto dos Estatutos do BIRD, baseando-se essencialmente no anteprojeto americano devidamente revisado pelos ingleses⁵²⁰. No caso do BIRD, os Estatutos não apenas dão vida à instituição, como também definem os seus propósitos e, tão importante quanto, os meios colocados à sua disposição para alcançá-los. Estruturalmente, os Estatutos do BIRD dividem-se em 11 artigos temáticos que, na maioria dos casos, subdividem-se em seções⁵²¹. Ao nosso trabalho, interessam mais precisamente, os artigos relativos aos propósitos do BIRD e às suas operações, assim como os artigos referentes à interpretação e emenda dos Estatutos.

Os propósitos do BIRD, segundo o Artigo I de seus Estatutos⁵²², são na verdade dispostos em termos bastante abrangentes a fim de satisfazer as

though in 1944 the 'Iron Curtain' was somewhat less rigidly drawn than later. Obviously the USSR could not expect to float bonds on private markets. Aside from these inherent difficulties in the Russian position, which expected more than 'most favored nation' treatment in the Articles, the delegation was handicapped by language. It was the purpose of the Conference, however, to seek agreement that would include the Soviets." BITTERMAN, H. J. *Negotiation of the Articles of Agreement of the International Bank for Reconstruction and Development*. Cit., p. 71.

⁵²⁰ "The original 'purposes' clauses proposed by the U.S. were modified somewhat to include other views. The USSR wished to state, as the first purpose, 'to assist in the reconstruction and the restoration of the economy destroyed by the hostilities.' Mexico proposed that development be the first purpose with reconstruction as an aim only 'during the first post-war years.' Venezuela and Mexico proposed language for equitable treatment of both types of loan. New Zealand wished to stress high levels of employment. The U.S. language of making loans 'on conditions which amply safeguard its funds' seemed too conservative for the British, so that 'on suitable conditions' was substituted. The final language resulted from a revision of a joint U.S.-U.K. redraft, which included the various suggestions." Idem, *ibidem*, p-72-73.

⁵²¹ Artigo I (Propósitos da organização); Artigo II (Membros e o capital do Banco); Artigo III (Disposições gerais sobre empréstimos e garantias); Artigo IV (Operações do Banco); Artigo V (Organização institucional e gestão); Artigo VI (Retirada e suspensão de membros e suspensão de operações); Artigo VII (Status, imunidades e privilégios); Artigo VIII (Emendas aos Estatutos do Banco); Artigo IX (Interpretação dos Estatutos); Artigo X (Aprovação tácita), Artigo XI (Disposições finais: entrada em vigência, assinatura, início das operações).

⁵²² "ARTICLE I: Purposes. The purposes of the Bank are:

(i) To assist in the reconstruction and development of territories of members by facilitating the investment of capital for productive purposes, including the restoration of economies destroyed or disrupted by war, the reconversion of productive facilities to peacetime needs and the encouragement of the development of productive facilities and resources in less developed countries.

(ii) To promote private foreign investment by means of guarantees or participations in loans and other investments made by private investors; and when private capital is not available on reasonable terms, to supplement private investment by providing, on suitable conditions, finance for productive purposes out of its own capital, funds raised by it and its other resources.

(iii) To promote the long-range balanced growth of international trade and the maintenance of equilibrium in balances of payments by encouraging international investment for the development of the productive resources of members, thereby assisting in raising productivity, the standard of living and conditions of labor in their territories.

(iv) To arrange the loans made or guaranteed by it in relation to international loans through other channels so that the more useful and urgent projects, large and small alike, will be dealt with first.

demandas dos mais variados grupos. Mesmo se, como dito, considerações sobre a reconstrução sejam dominantes, o item (i) do Artigo I elenca ambos, reconstrução e desenvolvimento, como propósitos centrais da instituição; vocação aliás reafirmada no Artigo III, Seção 1 (a)⁵²³. A frase inicial proposta pela União Soviética, “*to assist in the reconstruction and the restoration of the economy destroyed by the hostilities*”, foi assim adaptada para também contemplar a proposta mexicana de se incluir em pé de igualdade ambos os propósitos como metas centrais. No que concerne especificamente às operações, o item (ii) parece bastante claro ao destacar o papel predominante dos investimentos estrangeiros privados na nova ordem, a função precipuamente garantidora do BIRD e a natureza aparentemente subsidiária de seus empréstimos diretos. Prova concreta disso é também o disposto no Artigo 3, Seção 4 (ii) de seus Estatutos. Ao estabelecer condições à participação do Banco em qualquer projeto, seja como garantidor, seja como investidor, ressalta que “*the Bank is satisfied that in the prevailing market conditions the borrower would be unable otherwise to obtain the loan under conditions which in the opinion of the Bank are reasonable for the borrower*”.

Todavia, a despeito do emprego ocasional de terminologia bastante vaga, o que aliás servia e tem servido muito bem aos propósitos daqueles que controlam a instituição, algumas disposições normativas estabeleciam requisitos formais para uso dos recursos do Banco. A primeira dessas restrições, que, diga-se de passagem, tem natureza absoluta e vincula tanto a concessão de empréstimos diretos como de garantias, refere-se à exigência do emprego dos recursos disponibilizados pelo Banco em “*productive purposes*”, isto é, direta ou indiretamente, os empréstimos ou garantias fornecidas pelo BIRD devem destinar-se a fins produtivos. De

(v) To conduct its operations with due regard to the effect of international investment on business conditions in the territories of members and, in the immediate postwar years, to assist in bringing about a smooth transition from a wartime to a peacetime economy.

The Bank shall be guided in all its decisions by the purposes set forth above.” BANCO MUNDIAL. *IBRD Articles of Agreement*. Cit.

⁵²³ “The resources and the facilities of the Bank shall be used exclusively for the benefit of members with equitable consideration to projects for development and projects for reconstruction alike.” *Ibidem*.

forma bastante insistente essa disposição repete-se nada mais do que cinco vezes no Artigo I, três das quais no texto do item (i)⁵²⁴.

O estabelecimento dessa restrição positiva pode ser explicada por uma série de razões. Duas delas parecem, no entanto, bastante óbvias. No âmbito interno, a experiência pregressa do Banco Interamericano havia deixado suas lições. Tudo o que as autoridades americanas queriam evitar era um novo embate com os representantes do setor bancário do país. Lembremos que os Estados Unidos contribuiriam inicialmente com cerca de quase 1/3 do capital subscrito. Nessas condições, a aprovação do Congresso Americano tornava-se uma condição *sine qua non* à própria criação do Banco. Direcionar as atividades do BIRD unicamente ao financiamento de projetos produtivos, conquanto não a eliminasse, de certa maneira aliviava a pressão política em torno de sua criação. Conforme já destacado, o propósito era criar uma instituição que, a longo prazo, estimulasse os investimentos privados, não que concorresse com os setor bancário.

A outra razão relacionava-se à eficácia dos investimentos. O direcionamento de capitais ao consumo em detrimento do financiamento de estruturas produtivas era identificado como um dos responsáveis pelos vários “calotes” ocorridos no período entre guerras. Segundo aponta Bitterman, “*The main thrust of the argument was that the quality of loans would be improved by restricting them to productive purposes in contrast to the pre-depression bonds financing wars, budget deficits or refunding old debts*”⁵²⁵.

A outra restrição, que se relaciona sistemicamente à primeira, refere-se mais precisamente ao uso dos recursos do BIRD. O Artigo III, logo na letra (a) da Seção 1, estabelece limitação expressa, geral e bastante

⁵²⁴ “Under Article I quoted above, ‘reconstruction’ and ‘development’ are tied to the concept of ‘productive purposes’. The emphasis the Articles place on the productive purposes of the loans made or guaranteed by the Bank is overwhelming, the term ‘productive’ appears five times in the text of Article I [...] The Bank was not created just to make or guarantee loans for profit as a commercial bank does. Nor was it conceived simply as mechanism to transfer resources to its members or to help them refinance existing debt. It was established as an agency of reconstruction and development to facilitate, encourage and finance the investment of capital for productive purposes.” SHIHATA, I. F. I. *The World Bank Legal Papers*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 2000.. p. 160.

⁵²⁵ BITTERMAN, H. J. *Negotiation of the Articles of Agreement of the International Bank for Reconstruction and Development*. Cit., p. 67.

clara no que concerne ao uso dos recursos. Nele, a menção a projetos, relacionados ao propósito desenvolvimento ou à reconstrução, é textual:

*Articles of Agreement III
General Provisions Relating to Loans and Guarantees
SECTION 1. Use of Resources
(a) The resources and the facilities of the Bank shall be used exclusively for the benefit of members with equitable consideration to projects for development and projects for reconstruction alike.*

Essa mesma limitação, embora com ressalvas bastante genéricas, é mais uma vez expressamente reforçada na Seção 4 (vii) do mesmo Artigo III. Neste caso, a participação do Banco em qualquer atividade, seja como garantidor, seja como investidor, é também condicionada, entre outros aspectos, à individualização de um projeto⁵²⁶. Disposições similares podem igualmente ser encontradas nos Artigos I (iv); III Seções 1 (a), 4 (i)(iii)(v), 5 (c); IV Seção 3 (a), (c); e V Seção 7.

Assim como no caso dos “fins produtivos”, a imposição do emprego das verbas concedidas pelo BIRD no financiamento de projetos específicos possuía justificativa bastante clara. Muito embora a noção de projetos fosse extremamente imprecisa, na visão dos dirigentes mundiais, somente a individualização do projeto permitiria a aplicação eficaz de princípios de governança (*accountability*). O que se buscava com isso era evitar o descontrole observado no período anterior à guerra e reflexamente persuadir a comunidade financeira acerca da boa gestão dos recursos do BIRD⁵²⁷. Além disso, politicamente o termo “projeto” dava feições particularmente técnicas às ações do Banco, assegurando também os países tomadores de verbas quanto à eventual interferência em seus assuntos internos.

⁵²⁶“Article III, Section 4 (vii):

The Bank may guarantee, participate in, or make loans to any member or any political sub-division thereof and any business, industrial, and agricultural enterprise in the territories of a member, subject to the following conditions: [...] (vii) Loans made or guaranteed by the Bank shall, except in special circumstances, be for the purpose of specific projects of reconstruction or development.” BANCO MUNDIAL. *IBRD Articles of Agreement*. Cit.

⁵²⁷ “What the country conferees, the United States included, sought to forestall, however, was a replay of the financial looseness of the 1930’s. They did not want this new (multilateral) public sector lender to fall into the pattern of nonaccountability that had become the norm in the years before the war. [...] American leadership had reason to embrace the project formula. It needed to demonstrate institutional credit worthiness to private lenders in New York [...] The financial community had to be persuaded that the Bank’s sovereign borrowers were adopting competent policies.” KAPUR, D.; LEWIS, J.; WEBB, R. *The World Bank: its first half century*. Cit., p. 7-8.

Devidamente contextualizados, os Estatutos do BIRD traçam assim um perfil bastante preciso da instituição e seus objetivos. Conforme já exposto, no diagnóstico dos dirigentes ocidentais do imediato pós-guerra a preservação da paz era traduzida, em termos econômicos, pela implementação de certo número de medidas cujos objetivos eram precisamente a liberalização do comércio, a estabilização monetária e a reconstrução das nações afetadas pelo conflito.

A partir desses pressupostos, os propósitos do BIRD – que devem guiar todas as decisões da organização (Artigo I) – adquirem particular clareza. Da leitura do Artigo I deduz-se que não se pretendia atribuir ao Banco o papel principal, seja nos esforços da reconstrução, seja nas estratégias de desenvolvimento. No centro dessa equação, comércio e investimentos privados eram vistos como os motores da transformação. Ao Banco, era atribuído papel meramente auxiliar de catalisador dos investimentos privados. Além disso, num panorama fortemente marcado pela proeminência do Estado, não se admitia qualquer referência, ainda que longínqua, a perda de soberania. A ênfase à tecnicidade, a projetos específicos e a fins produtivos assumem, nesse contexto, significado bastante lógico.

Dessa maneira, segundo o perfil descrito em seus Estatutos, o BIRD tratar-se-ia de uma instituição voltada à prestação de auxílio financeiro na implementação de projetos específicos com fins produtivos, seja visando à reconstrução, seja visando ao desenvolvimento. Para satisfazer a esses propósitos, o Banco atuaria subsidiariamente ao mercado, oferecendo garantias para estimular investimentos privados ou empréstimos diretos, quando o acesso a tais recursos fosse inviável.

4.2 A evolução das ações do Banco no tempo

Os relatos históricos acerca dos primeiros anos de funcionamento do BIRD retratam de maneira bastante diferente as feições daquela que viria a se tornar a poderosa instituição (ou grupo de instituições) que há anos tem dominado as ações globais no campo do desenvolvimento. Conforme

observado no segundo capítulo, a grande desconfiança do mercado quanto ao efetivo desempenho do Banco afastou alguns daqueles que seriam os nomes mais cotados para assumir a presidência da instituição durante os seus primeiros anos de funcionamento. Após a montagem do aparelho institucional, processo que tomou quase que a totalidade do mandato de Eugene Meyer, o primeiro presidente da entidade, o BIRD passou de fato a operar a partir de 1947, já durante o mandato de seu segundo presidente, John J. McCloy.

Logo nos primeiros empréstimos ficaria, no entanto, evidente que o direito não era visto senão como um ornamento da política institucional. Não obstante as claras limitações estatutárias concernentes às operações do Banco, os primeiros empréstimos, notadamente para França, Holanda, Dinamarca e Luxemburgo, não possuíam finalidade produtiva alguma, tampouco se relacionavam a projetos específicos. Em tempos de penúria de recursos, os primeiros empréstimos do BIRD serviram ao financiamento do consumo e ao restabelecimento das reservas em ouro das nações mais afetadas pela guerra.

Conforme já assinalado, a presidência de McCloy marcou sensivelmente a história da instituição. Além da já mencionada autonomia funcional à qual condicionou o aceite ao cargo, foi em sua gestão que se iniciou o movimento de qualificação funcional que se intensificaria nas gestões seguintes. Sobretudo a partir dos anos 50, acentuou-se o recrutamento de especialistas que, no futuro, dariam um novo perfil ao BIRD e a suas operações⁵²⁸.

Também foi nessa época que o Banco Mundial se tornaria um grupo de organizações⁵²⁹. Em 1956, seria criado o IFC (*International Finance Corporation*), em 1960, a IDA (*International Development Agency*) e, em 1966, o ICSID (*International Center for the Settlement of International Disputes*). Não obstante fosse um tema presente já nos anos 50⁵³⁰, a criação

⁵²⁸ “As a matter of imagery as well as efficiency, the expertise needed to be in-house, and by the start of the 1950s the Bank began hiring technical specialists at a much higher rate than overall staff.” KAPUR, D.; LEWIS, J.; WEBB, R. *The World Bank: its first half century*. Cit., p. 8.

⁵²⁹ A respeito da evolução estrutural do Banco, vide capítulo 5.

⁵³⁰ “Eager to increase the flow of private investment funds to war-devastated Europe after the Second World War, the United States Government included in the Economic Cooperation Act of 1948, 62 Stat. 144 (1948), Ch. 169, para. 111 (b) (3), a system for guaranteeing United States private investments in West European

da MIGA (*Multilateral Investment Guarantee Agency*), incumbida da prestação de garantias a investidores privados contra riscos de expropriação e repatriação de investimentos efetuados em países em desenvolvimento, viria a ocorrer apenas em 1988. Particularmente, a criação do IFC e da IDA representou um incremento significativo nas atividades do Banco: enquanto o primeiro possibilitou o oferecimento de linhas de crédito diretas a instituições privadas, algo vetado nos Estatutos do BIRD⁵³¹, a segunda orientou-se ao fornecimento de empréstimos a taxas mais vantajosas para países mais pobres.

Organicamente, o BIRD era no início tido como uma instituição voltada à concessão de empréstimos voltados à correção de *falhas do mercado financeiro internacional* no âmbito do financiamento de projetos de desenvolvimento. Mais recentemente, sustenta-se que uma instituição voltada à redução da pobreza na realidade deve necessariamente ter como propósito a resolução das *falhas do mercado global no processo de desenvolvimento*. A partir disso, pode-se identificar três diferentes objetivos para o Banco: “*the rectification of government failure, the rectification of information failures and the provision of global public goods*”⁵³². Esse desdobramento das feições das ações do Banco constitui-se, porém, num processo contínuo de transformação, gradualmente formatado pelos eventos que marcaram a sua história.

Observou-se que o perfil de um provedor de fundos complementar ao mercado global harmonizava-se com uma noção de desenvolvimento que reduzia esse processo basicamente à transferência de capitais. Nesse sentido, à medida que as teorias econômicas do desenvolvimento desvendavam quão complexos e singulares podiam ser os problemas estruturais dos países em desenvolvimento, as ações do Banco

countries against restrictions on the conversion of currencies. This programme was later subject to successive changes in its geographic scope, the risks eligible for cover and the agency administering it, and culminated in offering coverage to investments in developing countries against all political risks by a separate entity established for this purpose, the Overseas Private Investment Corporation (OPIC).” SHIHATA, I. F. I. *The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and the legal treatment of foreign investment*. Cit., p. 107, nota 1.

⁵³¹ O estatuto do BIRD autoriza-o a conceder empréstimos a entidades privadas, contudo, não de forma direta e observadas as condições expostas no Artigo 3, Seção 4.

⁵³² GILBERT, C. L.; POWELL, A.; VINES, D. Positioning the World Bank. In: *The World Bank: structure and policies*. Cit., p. 39.

inevitavelmente tiveram que acompanhar a sua evolução, sob pena de tornarem-se inócuas.

Parece indubitável que o processo de descolonização, iniciado no imediato pós-guerra e tendo se estendido até meados da década de 1970⁵³³, alterou de maneira brutal os parâmetros da política internacional, intensificando a tendência ao multilateralismo⁵³⁴. No plano concreto, o processo de descolonização, primeiramente, e a transição à economia de mercado dos países pertencentes ao bloco comunista, em seguida, representaram as duas maiores ondas de adesão às IFIs, transformando-as em entidades verdadeiramente universais. No caso do FMI, por exemplo, cuja adesão é condição essencial para participação do Banco Mundial, o número de países-membros saltou de 40, em 1944, para 133, em 1976, e, finalmente, 189, em 2001. O incremento do número de membros do BIRD obedeceu à mesma lógica: de 44 países presentes em Bretton Woods, hoje a organização conta com 188 membros⁵³⁵.

No âmbito político, o impacto desse fenômeno não foi de forma alguma menos significativo. A criação da Associação Internacional de Desenvolvimento (IDA) reorientou de maneira irreversível a história do Banco. Com o seu advento, o rol dos clientes do Banco conheceu um sensível acréscimo. Os países mais pobres, outrora excluídos dos programas regulares do Banco por falta de garantias de crédito ou simplesmente pela ausência de projetos sustentáveis, encontraram na IDA

⁵³³ “[...] ce que les historiens nomment ‘décolonisation’ s’inscrit dans une période plus contemporaine. Celle-ci va du 8 mai 1945, date de la victoire sur le nazisme, à 1975, année où l’Angola, dernière des colonies portugaises d’Afrique à n’être pas enconre indépendante, le diveint.” DUFOUR, J-L. *Les dècolonisations de 1945 à nos jours*. Paris: Armand Colin, 2000. p.5.

⁵³⁴ “Tandis que ces institutions cherchent et consolident leur place au cœur du nouveau contexte international qui se redessine, le processus de décolonisation s’amorce. Le nombre d’États existants jusqu’alors est multiplié par trois et leur composition se diversifie extraordinairement. Cette multiplication des sujets du droit altère profondément les paramètres de la politique internationale. Le multilatéralisme se répand et devient une caractéristique de plus en plus présente dans les relations internationales. Sur le plan économique, à la suite de la reconstruction de l’après-guerre, les échanges internationaux s’intensifient. Le commerce mondial se développe à une vitesse exponentielle et les barrières commerciales se réduisent graduellement.” MIRANDA, L. R de. *Les lettres d’intention au FMI*. Cit., p. 132.

⁵³⁵ “[...] neither the Bretton Woods delegates nor anyone else foresaw how rapidly the colonial world would disintegrate and what this disintegration would do to the organization of the Fund and the Bank and their relations with their membership. In 1947 the Bank had 45 members, of which 14 were European countries and 18 Central and South American. In 1958 the number was 67, the increase being due mainly to a rise in Asian membership from 3 to 13. In 1967 there were 106 members, and the change was due largely to the increase in African membership from 2 in 1947 to 7 in 1958, and 34 in 1967. In 1971 the Bank had a total of 116 members.” MASON, E. S.; ASHER, R. E. *The World Bank since Bretton Woods*. Cit., p. 3-4.

uma fonte de recursos mais barata e mais adaptada à sua situação econômica. Consequentemente, observou-se a natural reorientação dos projetos, doravante direcionados a ações mais concretas visando a redução da pobreza, especialmente nos âmbitos agrícola, educacional e de fornecimento de água⁵³⁶.

Paradigmático, nesse contexto, foi o mandato de McNamara. Não obstante o crescimento econômico tenha alcançado as metas traçadas para as primeiras décadas, os efeitos práticos das políticas implementadas revelavam-se insatisfatórios. Ao mesmo tempo, porém, a noção de McNamara sobre o fenômeno do desenvolvimento ia muito além da abordagem até então normalmente adotada, assumindo feições mais humanísticas. Sob sua liderança, o Banco expandiu o alcance de seus programas de erradicação da pobreza. Ao lado de iniciativas orientadas a programas objetivando a melhora efetiva da qualidade de vida da população, notadamente versando acerca de nutrição, educação e controle populacional, adicionaram-se paulatinamente temas então recentes, como o meio ambiente⁵³⁷ (mesmo se a intensificação do debate ambiental viria a ocorrer apenas nas décadas seguintes). Contudo, o grande impulso da gestão McNamara seria sentido no âmbito quantitativo. Durante esse período, verificou-se uma formidável expansão dos volumes emprestados pelo Banco: “*Bank lending expanded more than 3 times in real terms (IBRD lending, 2.8 times, IDA lending, 3.7 times); professional staff rose fourfold, The administrative budget increased 3.5 times in real terms*”⁵³⁸.

As primeiras décadas de funcionamento do Banco mostraram, assim, um desenvolvimento de sua atividade nem sempre regular, é verdade, mas constante. À medida que seu conhecimento técnico, impulsionado pelo enorme investimento em pesquisa, evoluía e seus programas tornavam-se cada vez mais complexos, consolidavam-se igualmente seus procedimentos

⁵³⁶ “It radically increased the Bank’s roll of clients (that is, IDA clients) and its potential resources. As a consequence, the new IDA protected the Bank from impairing IBRD creditworthiness by making unserviceable loans to poor countries that needed credit but could not afford it on market terms. [...] IDA quickly broadened Bank lending’s substantive scope to include agriculture, water and education.” KAPUR, D.; LEWIS, J.; WEBB, R. *The World Bank: its first half century*. Cit., p. 14.

⁵³⁷ Contextualmente, vale pontuar que a Conferência de Estocolmo (1972) ocorreu exatamente durante o primeiro mandato de McNamara (1968-1973).

⁵³⁸ KAPUR, D.; LEWIS, J.; WEBB, R., op. cit., p. 16.

internos e sua reputação como principal instituição internacional voltada ao tema desenvolvimento.

Também no que concerne à evolução de suas ações, a década de 1980 pode ser considerada um marco na história do Banco. Os programas de ajuste estrutural (SALs – *Structural Adjustment Loans*) iniciados nessa década, mais precisamente em fevereiro de 1980, alteraram a forma e a profundidade do papel regulador das IFIs.

AJUSTES ESTRUTURAIIS

Sempre houve controvérsias acerca da condicionalidade atrelada aos empréstimos concedidos pelo Banco. Nas décadas de 1950 e 1960, várias solicitações de empréstimo foram negadas pelo BIRD, notadamente a Brasil e Ceilão, Colômbia (1957), Coreia (1963) e Turquia (1954), revelando certa rejeição desses membros ao que entendiam ser uma interferência indevida do Banco em sua soberania. No caso específico da Turquia, as consequências foram ainda mais graves, precipitando a expulsão de Pieter Lieftinck, residente do Banco naquele país, sob a justificativa de intromissão indevida em seus assuntos internos⁵³⁹.

Tampouco internamente a intensificação da estratégia de se vincular a concessão de empréstimos à adoção de determinadas políticas (*policy-linked lending*) foi assunto pacífico. Nos anos 1950 e 1960, podia-se já detectar a viva divergência acerca do perfil que as operações do Banco deveriam tomar. Uma parcela significativa dos especialistas que compunham seu corpo técnico entendia que o Banco deveria acentuar sua atuação em projetos, enquanto outra parcela via nos programas e políticas uma vertente essencial de suas ações. Nada disso impedia, entretanto, a existência de certo consenso em torno da ideia de que os empréstimos ditos *nonproject* eram melhor veículo do que os empréstimos ditos *project* para influenciar a política macropolítica de seus membros.

⁵³⁹ KAPUR, D.; LEWIS, J.; WEBB, R. *The World Bank: its first half century*. Cit., p. 456.

Apesar disso, devido a uma série de razões⁵⁴⁰, inclusive de ordem prática, os empréstimos-projeto tornaram-se, na época, a principal ferramenta financeira empregada pelo Banco⁵⁴¹ (a despeito das reconhecidas dificuldades concretas que se pode algumas vezes enfrentar para estabelecer uma linha divisória clara entre projetos e programas). Essa tendência perduraria por mais de uma década, até que os programas de ajuste estrutural se banalizassem.

A transformação de uma instituição com perfil voltado prioritariamente à execução de projetos a uma que viu suas feições redefinidas pela propagação indiscriminada dos programas de ajuste estrutural foi o produto de um lento processo de evolução, mas, acima de tudo, de uma combinação de circunstâncias (internas e externas) muito bem concatenadas.

A título exemplificativo, parece desnecessário repetirmos que o processo de descolonização impactou de forma dramática a história do Banco, seus efeitos irradiando aos mais variados setores. Assim, além das já conhecidas consequências imediatas provocadas na instituição, esse processo também produziu efeitos marginais que, num segundo momento, ajudaram a remodelar as feições da organização.

Destacou-se que o contínuo processo de especialização do corpo funcional do Banco, iniciado com McCloy nos anos 1950, ganhou impulso com o passar dos anos. Além disso, o nacionalismo inerente ao processo de descolonização lançou no mercado um significativo contingente de profissionais altamente qualificados e dotados de raras habilidades práticas adquiridas em anos de serviços prestados a países em desenvolvimento. O

⁵⁴⁰ “A number of factors were at work here. One was clearly the prudence factor: it was circumspect to stay out of the kind of political fire into which the Bank had gotten in Brazil. [...] The personal profile of the Bank altered in a pro-project direction. There was also a division-of-labor factor. By the late 1950s work sharing by the two Bretton Woods institutions had further been sorted out. The IMF was to keep a cautionary watch on developing-country finances; arguably, it could run macroeconomic interference for the Bank while that institution attended to its projects. Moreover, by the end of the decade, one reason for the Bank’s focus on country policies had lost some of its urgency: the Bank no longer needed to prove that, from a policy perspective, its portfolio of borrowers warranted the Bank’s achieving a high credit rating itself.” Idem, *ibidem*, p. 458.

⁵⁴¹ “The Bank and the International Development Association (IDA), from their beginnings until June 30, 1971, granted 1,057 loans and credits. According to bank terminology, only 4 of these were for reconstruction [...] The remaining 1,053 are classified as development loans. If some 26 loans that classifies as nonproject or program loans are subtracted, this leaves 1,027 loans or credits committed for what are called ‘projects’.” MASON, E. S.; ASHER, R. E. *The World Bank since Bretton Woods*. Cit., p. 229.

cruzamento desses dois vetores *a priori* absolutamente desconectados gerou uma externalidade inesperada: a valiosa incrementação técnica dos quadros funcionais do Banco. Foram exatamente esses profissionais que ajudaram a forjar o que alguns chamam de *Knowledge Bank*⁵⁴², elemento essencial do novo perfil do Banco.

Com efeito, paralelamente às funções estatutárias originais do BIRD, a crescente capacitação técnica de seu *staff* gradualmente transformou-o numa respeitada instituição de pesquisa dotada de meios e características bastante peculiares. O vasto conhecimento técnico desenvolvido pelo Banco pode, nesse contexto, até mesmo ser classificado como um “bem público de natureza global”, na medida em que a consolidação, ao redor do mundo, das diversas experiências em matéria de desenvolvimento num repertório unificado indubitavelmente contribuiu para a formatação de políticas mais eficazes⁵⁴³.

Evidentemente, a produção de conhecimento em matéria de desenvolvimento não é uma exclusividade do Banco. Instituições de ensino, entidades privadas e mesmo países investem grandes somas em pesquisa. Porém o Banco, por suas características, ocupa uma posição singular nesse processo. É verdade que também outros entes multilaterais, como o PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento), dedicam-se ao tema, contudo somente o Banco detém meios financeiros e técnicos necessários para testar suas hipóteses empírica e globalmente. Conforme bem assinalado por Kapur, Lewis e Webb,

*The Bank brought to its client countries not only intellectual products – ideas, information, institutional assistance, and policy influence – but also substantial flows of financial resources. Furthermore, the Bank could get such resources through channels that were fairly accessible politically*⁵⁴⁴.

⁵⁴² GILBERT, C. L.; POWELL, A.; VINES, D. Positioning the World Bank. In: *The World Bank: structure and policies*. Cit., p. 49 et seq.

⁵⁴³ “[...] knowledge has aspects of a public good, and knowledge about best practice development is global public good, requiring a global solution to the provision problem.” Idem, *ibidem*, p. 50.

⁵⁴⁴ KAPUR, D.; LEWIS, J.; WEBB, R. *The World Bank: its first half century*. Cit., p. 2.

Assim, se a condicionalidade, como destaca J. Gold⁵⁴⁵, nada mais é que a vinculação entre a adoção de certo número de medidas e o acesso aos recursos financeiros da instituição, o ajuste estrutural pode ser entendido como a deriva política da condicionalidade. Consequentemente, ao concentrar-se na adoção de medidas tidas como eficazes para a resolução durável dos problemas relacionados ao desenvolvimento, a condicionalidade deslocou-se de sua justificativa original (garantir a solvência do devedor e a restituição das parcelas) para o obscuro terreno da influência política.

Conforme assinalado, muito embora a gênese dos ajustes estruturais pudesse ser notada muito antes, ou ainda que discussões acerca da conveniência de se intensificar o uso dos empréstimos ditos *nonproject* vinculados a condições políticas (*policy-linked lending*) já fosse tema recorrente nas discussões internas do Banco, faltava um elemento desencadeador do processo de ajuste estrutural.

Em 1979, num memorando endereçado a McNamara, o então vice-presidente Ernest Stern retomaria o assunto, deixando clara a sua posição:

Some time ago we discussed briefly whether the Bank could better condition its countries lending programs by linking them, more explicitly, to the macro-economic policies of our member governments. As you know, I consider this a principal issue for the evolution for the evolution of the Bank in the years ahead,⁵⁴⁶.

Apenas alguns dias antes, mais precisamente em 10 de maio, o próprio McNamara já mostrara o alinhamento entre ambos em discurso proferido na reunião da UNCTAD, nas Filipinas, ao advertir que o crescimento do protecionismo poderia solapar o desenvolvimento econômico, e propondo o “ajuste estrutural” como solução.

Propositalmente ou não, algumas experiências pregressas haviam servido como tubo de ensaio dos ajustes estruturais. Não obstante a aparente similaridade estrutural entre as diversas operações do Banco, a execução dessas em determinadas regiões do mundo ganhou nuances

⁵⁴⁵ “In the terminology of the International Monetary Fund, ‘conditionality’ refers to the policies the Fund expects a member to follow in order to be able to avail itself of credit from the Fund.” GOLD, J. Conditionality. In: *IMF Pamphlet series*. Washington: FMI, n. 31, 1979.

⁵⁴⁶ Memorandum interno endereçado a McNamara por Ernest Stern, em 16 de maio de 1979. (In KAPUR, D.; LEWIS, J.; WEBB, R. *The World Bank: its first half century*, Cit.)

particulares. No início dos anos 1960, o Banco já procurava intensificar sua influência política sobre seus membros, transformando-a num aspecto central de suas operações. A despeito de outras tentativas mais ou menos expressivas, três são geralmente destacadas como paradigmáticas: América Latina, ao longo dos anos 1960; Índia, na segunda metade da mesma década; e Indonésia, do final dos anos 1960 a 1972. É bem verdade que tais iniciativas não possuíam o detalhamento, tampouco a profundidade programática dos ajustes estruturais, contudo podem sim ser vistas como etapas importantes no desenvolvimento desses. Nessas ocasiões, sobretudo no caso da Indonésia, a interferência política do Banco foi mais longe do que jamais fora até então.

No final dos anos 1970, o Banco já possuía dois dos elementos centrais à implementação dos ajustes estruturais – recursos financeiros e conhecimento técnico. Faltava, porém, um elemento externo que os ligasse organicamente. Isso porque, num panorama internacional caracterizado pela forte liquidez, os países preferiam recorrer ao mercado a submeter-se à crescente condicionalidade embarcada nos acordos das IFIs.

Desnecessário, nesse ponto, retornarmos às já exaustivamente narradas transformações ocorridas na esfera econômico-financeira ao longo dos anos 1970-1990. A crescente internacionalização da atividade financeira expandiu a oferta de crédito aos países em desenvolvimento. Todavia, oscilações nesse mercado, aliadas às circunstâncias peculiares da economia internacional naquela época, provocaram o que se convencionou chamar a crise da dívida. A interrupção abrupta dos fluxos financeiros aos países em desenvolvimento em virtude da aversão ao risco associado ao seu endividamento excessivo limitou as opções de empréstimo, deixando-lhes poucas alternativas senão ceder à condicionalidade atrelada aos acordos financeiros das IFIs. Foi nesse contexto que os programas de ajuste estrutural consolidaram-se como principal instrumento dentre as operações das IFIs⁵⁴⁷.

⁵⁴⁷ Também durante esse período, intensificou-se a colaboração entre Banco Mundial e FMI: “[...] la prise en compte de la nature structurelle des obstacles au développement de ces pays [em desenvolvimento] stimule aussi un certain rapprochement entre le FMI et la Banque mondiale. Selon l’idée originelle de cette collaboration, le Fonds prendrait en charge les mesures d’ajustement de court terme tandis que la Banque se

Até o início dos anos 1980, os termos *estabilização* e *ajuste* eram conceitualmente empregados como sinônimos. O termo ajuste referia-se primordialmente à adoção de medidas relativas às variáveis macroeconômicas, notadamente balança de pagamentos e políticas de escopo internacional⁵⁴⁸. Porém, à medida que os resultados pouco satisfatórios dos programas de ajuste denunciavam as complexidades estruturais de economias altamente distorcidas, ficou evidente que mudanças de natureza microeconômica também deveriam integrar tais programas.

A partir disso, houve uma nítida diferenciação entre o que se passou a entender por estabilização – medidas objetivando o equilíbrio macroeconômico – e ajuste estrutural, cujas feições mais gerais passaram a englobar igualmente medidas de caráter microeconômico⁵⁴⁹. Tecnicamente, a complementaridade desses processos passou a não mais ocultar a nítida diversidade de suas novas feições. Enquanto as medidas ditas de estabilização quase invariavelmente passaram a envolver redução e/ou reorientação de gastos, em geral por meio de políticas fiscais e monetárias, o ajuste estrutural passou a ser dotado de um repertório de medidas muito mais amplo, podendo incluir reformas profundas no setor fiscal, financeiro, da administração pública, do mercado de trabalho e até mesmo privatizações.

Dessa maneira, primeiro como instrumento orientado à salvaguarda da liquidez financeira institucional, posteriormente como instrumento marcadamente político, a condicionalidade tornou-se pouco a pouco um

chargerait des questions liées à la promotion du développement, donc des mesures de long terme.” MIRANDA, L. R. de. *Les lettres d'intention au F.M.I.* Cit., p. 144.

⁵⁴⁸ “Usage of the words ‘adjustment’ and ‘stabilisation’ has occasionally been loose and their meanings have changed over time. In the early 1980s they were used somewhat interchangeably and the *World Development Reports (WDRs) 1980 and 1981* used ‘adjustment’ to refer to the *collective* response of the international financial system to the balance of payments disequilibria set in motion by the two oil price shocks of 1973-74 and 1979-80. [...] ‘Adjustment’ in this context involved recommendations for all countries facing increased current account deficits to shift resources to the production of tradeables, but it also encompassed maintaining capital flows from the current account surplus countries (essentially the oil exporters) to those in deficit. The emphasis was on macroeconomics variables, specifically the balance of payments, and on policies of international – rather than purely domestic – scope.” FERREIRA, F. H. G.; KEELY, L. C. *The World Bank and structural adjustment: lessons from the 1980s.* Cit., p. 160.

⁵⁴⁹ “[...] *stabilization* policies are those which aim to achieve broad macroeconomic equilibrium [...] by affecting the level and composition of aggregate demand. *Structural* adjustment, on the other hand, refers to any set of policies aiming to increase the efficiency with which agents perform their roles and allocate their resources, and thus has more of a supply-side focus.” Idem, *ibidem*, p. 161.

elemento essencial no funcionamento do Banco, uma consequência quase incontornável de sua evolução institucional. Dentro dessa dinâmica, observou-se, ao longo das décadas de 1980 e 1990, um claro movimento de intensificação da condicionalidade, tanto quantitativamente como qualitativamente. Por meio de um bem arquitetado deslize semântico, “políticas” gradualmente transformaram-se em “projetos”, com investimentos em reformas econômicas estruturais de caráter puramente político substituindo investimentos em infraestrutura física.

Na década de 1990, com o desmantelamento do bloco soviético, mas sobretudo devido aos fracos resultados obtidos pelos programas implementados no continente africano, a “governança” surge como nova palavra de ordem no Banco. Na prática, aos ajustes estruturais integrar-se-iam também medidas visando à reforma das instituições, notadamente reformas no âmbito legal com o fim de promover o respeito à “*rule of law*”⁵⁵⁰. Na década seguinte, sob o impulso de Wolfhenson, inaugura-se uma nova fase nas estratégias de desenvolvimento implementadas pelo Banco. Em resposta às críticas vindas das mais diversas esferas, o CDF (*Comprehensive Development Framework*) procurava redefinir o foco dos programas a fim de torná-los mais interdisciplinares. Com isso, buscava-se ir além dos aspectos meramente econômicos e financeiros para atingir igualmente elementos de natureza humana⁵⁵¹.

⁵⁵⁰ “The ‘governance’ period was inaugurated by the dismemberment of the Soviet Union, the dramatic political transformation of Eastern Europe and a severe political crisis in the African continent in the late 1980s and early 1990s. Indeed, the term governance is supposed to have emerged from a World Bank report evaluating the crisis in Sub-Saharan Africa and advancing recommendations for a minimum institutional ‘governance’ to create stable conditions in these countries and assure the effectiveness of development assistance. In this context, the ‘rule of law’ emerged as a central part of the strategy for transforming these countries into market economies. With the introduction of the rule of law as an area of legitimate Bank intervention, law reform became a priority and the Bank rapidly began to broaden its reach. During this period, the Bank favored a long-term approach for projects of judicial and legal reform and created independent loans, in the form of investment or technical assistance that were not necessarily subject to conditionality.” SANTOS, A. *The World Bank’s uses of “rule of law” promise in economic development*. In: *The new law and economic development: a critical appraisal*. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 268. Disponível em: <http://www.utexas.edu/law/faculty/pubs/as8448_pub.pdf>. Acesso em: 19 set. 2012. Cf. BOHRER, Carolina Pancotto. *Promoção do desenvolvimento e rule of law no Banco Mundial*. Tese apresentada para obtenção do título doutor em direito internacional. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2009

⁵⁵¹ “This strategy was launched as a response to the critiques of the neoliberal economic policies and sought to turn from a focus on economic growth to one of ‘interdependence’ of all aspects of development. CDF [Comprehensive Development Framework] seeks to reconceptualize development by going beyond its macroeconomic and financial aspects to focus on structural, social, and human concerns. The quest is for a

Obviamente as sucessivas transformações em sua racionalidade foram ao mesmo tempo causa e efeito do contínuo processo de evolução do Banco como instituição. Ao longo desse processo observou-se um nítido prolongamento do campo de ação do Banco, bem como a intensificação de sua influência nos assuntos internos de seus membros. Assim, compreendendo inicialmente apenas medidas de caráter macroeconômico, observou-se, ao longo do tempo, um redirecionamento ao campo microeconômico e, em seguida, a incrementação ainda mais aguda dessa tendência por meio do aprofundamento setorial.

No que concerne aos instrumentos, os SECALs (*Sectoral Adjustment Loans*), modalidade de empréstimo ainda menos voltada ao domínio macroeconômico, suplantaram os SALs como plataforma de empréstimo mais popular do Banco já em 1983-1984. Nos anos 2000, devido às severas críticas formuladas a seus acordos financeiros, o Banco exacerbou ainda mais a abordagem programática em detrimento de seus tradicionais empréstimos. Esse movimento deu origem a novas plataformas de crédito, como as Estratégias de Ajuste Setorial, SASs (*Sector Adjustment Strategies*), que dão sustentação a programas envolvendo racionalização de despesas públicas setoriais ao invés de projetos individuais⁵⁵². Mais recentemente, têm se popularizado os DPLs, Empréstimos de Políticas de Desenvolvimento (*Development Policy Lending*), cuja condicionalidade prévia (*ex-ante conditionality*) reduz os custos operacionais do Banco, particularmente com a execução dos painéis⁵⁵³. Os Empréstimos de Políticas de Desenvolvimento, DPLs (*Development Policy Lending*), cuja condicionalidade prévia (*ex ante conditionality*) reduz os custos operacionais do Banco, particularmente com fiscalização das obras, oferecem desembolsos mais rápidos⁵⁵⁴. O objetivo desse novo instrumento rapidamente popularizado “[i]s ‘to help a borrower achieve sustainable reductions in poverty through a program of policy and institutional actions that promote growth and

stable, equitable and sustainable development. The reduction of poverty, or rather freedom from poverty, has been introduced as a central part of the strategy.” Idem, *ibidem*, p. 268.

⁵⁵² GILBERT, C. L.; Vines, D. *The World Bank: an overview of some major issues*. Cit., p. 23.

⁵⁵³ BANCO MUNDIAL. *Good Practice Note for Development Policy Lending: designing development policy operations*. Washington, DC: World Bank, 2011.

⁵⁵⁴ WORLD BANK, *Good Practice Note for development Policy Lending: Designing development policy operations*.

enhance the well-being and increase the incomes of poor people. Development policy operations are supportive of, and consistent with, the country's economic and sectoral policies aimed at accelerated sustainable growth and efficient resource allocation”⁵⁵⁵

4.3 O poder de interpretar os próprios estatutos

O visível distanciamento entre os Estatutos do BIRD – instrumento que afinal define tanto seus propósitos institucionais como a forma pela qual alcançá-los – e suas ações reais naturalmente traz à tona uma série de questões relacionadas à adequação entre ambos. De fato, as ações empreendidas pelo BIRD na atualidade parecem extrapolar amplamente seu mandato, o que nos conduz à necessária investigação dos fundamentos jurídicos nos quais se calcou o seu processo de evolução institucional.

Muito embora o Artigo VIII de seus Estatutos estabeleça com exatidão o procedimento para sua emenda, isso ocorreu em apenas duas ocasiões, mais precisamente em 1965, para permitir que o BIRD concedesse empréstimos ao IFC, e em 1989, para aumentar o número de votos necessários à aprovação do processo de emenda de seus Estatutos de 80% para 85% dos votos. Depois disso, alteração estatutária alguma foi efetuada. Mas se, como visto, algumas ações do Banco parecem extrapolar o seu mandato e nenhuma alteração substancial em seus Estatutos prevê tal alargamento funcional, qual o fundamento jurídico dessas operações?

Na realidade, a expansão funcional do BIRD foi o resultado de uma bem arquitetada articulação de elementos. No centro desse processo, localizamos o que se convencionou chamar de “interpretação criativa” de seus Estatutos. No entanto, para se compreender a fundamentação jurídica subjacente à evolução funcional do BIRD, deve-se buscar, numa longínqua opinião consultiva emitida pela CIJ, o ponto de partida da teoria dos poderes inerentes ou implícitos (*implied powers*).

Já em 1949, no mencionado caso da *reparação dos danos sofridos a serviço da ONU (injuries case)*, a CIJ observou que “*the right and duties of an entity such as the Organization must depend upon its purpose and*

⁵⁵⁵ SUREDA, A. R., Cit., p. 82.

functions as specified or implied in its constituent documents and developed in practice”⁵⁵⁶. Posteriormente, em 1950, no caso *Namibia*, a Corte voltou a se pronunciar acerca da teoria dos poderes implícitos assinalando que “*Under international law, the Organization must be deemed to have those powers which, though not expressly provided in the Charter, are conferred upon it by necessary implication as being essential to the performance of its duties*”⁵⁵⁷. Alguns anos mais tarde, em outro parecer, emitido em 13 de julho de 1954, no caso do *Tribunal Administrativo da ONU*, a CIJ voltou a reconhecer a existência de “poderes inerentes” das organizações internacionais que não estariam expressamente previstos em seus Estatutos, mas decorreriam naturalmente de seus propósitos: “*s’ils ne sont pas expressément énoncés dans la Charte, sont, par une conséquence nécessaire, conférés à l’Organisation en tant qu’essentiels à l’exercice des fonctions de celle-ci*”.

Essas não se trataram, todavia, de decisões isoladas, tampouco de uma inovação jurisprudencial repentina. Cançado Trindade indica a origem dessa construção no direito constitucional americano, mais precisamente no caso *McCulloch v. Maryland* submetido à Suprema Corte em 1819⁵⁵⁸, enquanto Brownlie a justifica como aplicação do princípio da efetividade institucional⁵⁵⁹. No que concerne à sua reincidência, a teoria dos “poderes inerentes” viria a ser novamente invocada pela CIJ em outros casos, com especial destaque para o parecer consultivo de 1962 sobre *Certas despesas da ONU*. Nele, de maneira muito mais analítica, sobretudo nas opiniões apartadas, mais uma vez “A Corte admitiu *inter alia* que toda ação tomada pela ONU que se mostre apropriada para a realização de seus propósitos expressos não pode ser considerada como *ultra vires* da Organização.”⁵⁶⁰

Nesse mesmo sentido, também a doutrina mostra-se bastante tranquila no que concerne à teoria dos poderes implícitos. Além dos já

⁵⁵⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Reparação de danos sofridos a serviço da ONU (injuries case)*, 1949. p. 174 et seq.

⁵⁵⁷ *Ibidem. Status internacional do Sudoeste Africano (Namibia case)*, 1950. p. 128 et seq.

⁵⁵⁸ TRINDADE, A. A. C. *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*. Cit., pp. 194-195.

⁵⁵⁹ BROWNLIE, I. *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 686.

⁵⁶⁰ TRINDADE, op. cit., p. 191-192.

mencionados autores, Schermers, ao discorrer sobre o assunto, cita a providencial lição de Tunkin, para quem

Implied powers really exist. [...] They define powers of an organization, assuming that within the framework of these powers and functions concrete action will be taken by the organization. Such actions are deemed as indispensable for the exercise of the powers granted and are customary in international practice. Thus, for example, if the constituent instrument of an organization provides for the organization's rendering assistance to States in a specific field, but is silent about the possibility of the organization's concluding agreements with the respective States on the subject, it is reasonable to interpret such a provision as implying the powers to the organization to conclude such agreements. The conclusion of such agreements is not only necessary to effectuate a power expressly granted, but is at the present time a normal means of formalizing such relations between international organizations and States. This theory of the interpretation based on the Vienna Convention on the Law of Treaties solves also the problem of the "institutional effectiveness" of international organizations. A constituent instrument of an international organization must to be interpreted in the light of its aims and on the assumption that Member States intended to make the organization as effective as the provisions of the constituent instrument permit⁵⁶¹.

De fato, não seria razoável imaginar que um instrumento constitutivo pudesse regular minuciosamente todas as ações da organização, sem mencionar as transformações sociais com que a organização deveria confrontar-se: *"No constituent instrument of international organizations can contain legal norms for every future action of the organizations. The drafters of the constituent instrument actually never intend to insert into such detailed norms"*⁵⁶². Os poderes implícitos poderiam ser assim genericamente definidos como os poderes implicitamente conferidos à organização para cumprir o seu mandato.

⁵⁶¹ SCHERMERS, H. G. *The legal bases of international organization action*. In: *Manuel sur les organisations internationales – a handbook on international organizations*. Dordrecht; Boston; Lancaster: Martinus Nijhoff, 1998. p. 407-408.

⁵⁶² Idem, *ibidem*, p. 407-408.

Deve-se advertir, porém, quanto à aplicação desmedida dessa teoria. O mesmo Tunkin, após reconhecer o seu bem fundado desenvolvimento, alerta-nos para os perigos inerentes à banalização de seu emprego, argumentando que a teoria dos poderes implícitos “*may not be used for creating new powers*”⁵⁶³. Algumas organizações, em função desse processo, não raramente mal calculado, de extensão de sua competência, acabaram provocando até mesmo a superposição de competências com outras entidades⁵⁶⁴. Por isso, conquanto sirva de fundamento jurídico para a prática de atos não constantes de seus estatutos, a teoria dos poderes inerentes não se constitui num “cheque em branco” aos administradores das organizações internacionais, contendo evidentemente limitações de ordem material⁵⁶⁵.

No entanto, definir esses limites é na prática uma tarefa extremamente difícil. As referidas decisões da CIJ indicam os respectivos estatutos como elemento norteador, o que, ao menos em tese, é uma

⁵⁶³ Idem, ibidem, p. 407-408.

⁵⁶⁴ “While the Fund is an adjustment institution whose short-term loans are directed to financing deficits that are either inherently temporary or intended to be temporary because of the adoption of adjustment policies, the World Bank is a development institution whose long-term loans are directed to the promotion of development. [...] The Bank’s and the Fund’s provinces are therefore rather clearly demarcated, the Bank providing long-term project finance to promote development and the Fund providing short-term balance of payments finance to cover temporary overall deficits [...] The division of labor became blurred after 1974[...] because those deficits were largely structural in character, payments adjustments demanded structural change. But supervision of a program of structural change involves Fund intrusion into questions of investment priorities, microeconomic efficiency, and the structure of incentives, all of which have traditionally been the preserve of the Bank. In the late 1970s, the Bank, for its part, concluded that, since the main constraint on more acceptable rates of development was once again the balance of payments, fulfilment of its responsibilities required it to provide facility to support coherent programs of structural adjustment aimed at earning or saving foreign exchange. Thus, the traditional frontier between Fund and bank was breached from both directions. [...] the former distinctions between the roles of the Fund and the Bank – macro versus micro, demand versus supply, adjustment versus development, financial versus real, program versus project loans, short term versus long term – have been severely eroded.” WILLIAMSON, J. *The lending policies of the International Monetary Fund*. Cit., p. 617-619. Essa extensão indevida de sua competência foi, aliás, reconhecida pelo próprio FMI à ocasião da revisão das regras relativas à condicionalidade aplicável a seus acordos financeiros: “In particular, the design of the Enhanced Structural Adjustment Facility explicitly mandated at least some structural conditionality. Over time, however, the Fund was seen, in some cases, as overstepping its mandate and core areas of expertise, using its financial leverage to promote an extensive policy agenda, and thus short-circuiting national decision-making processes and overtaxing countries’ implementation capacity.” FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Fund Conditionality – A Provisional Update*. Cit., p. 1.

⁵⁶⁵ “É o que relata Rahmatullah Khan, autor de rica monografia sobre o tema, que julga oportuno advertir que a ‘adoção’ pela ONU da doutrina do ‘poderes implícitos’ nem por isso atribui *carte blanche* à Organização: não se trata de poderes extraordinários atribuídos à ONU, que a transformem em um ‘super Estado’, mas de poderes que recaem sob os propósitos professados da Organização. Aliás, a própria Corte de Haia ressaltou no caso das *Reparações de Danos* que os poderes implícitos atribuídos à ONU devem ser ‘essenciais ao desempenho de suas tarefas’. As competências da Organização veem-se, assim, determinadas, pelos seus propósitos, que devem ser respeitados para que o exercício de suas funções seja válido.” TRINDADE, A. A. C. *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*. Cit., p. 195.

recomendação mais do que razoável; afinal, as funções e poderes da organização e seus órgãos “*flow from constitutions and there are established procedures to be followed in the discharge of those functions and the exercise of powers*”⁵⁶⁶. Ao fazê-lo, a Corte logicamente reduziu a aplicação prática da teoria ao exercício de interpretação dos estatutos. Todavia, uma vez que a atividade interpretativa tem feições diferentes em cada uma das organizações internacionais, particularmente no caso das organizações de Bretton Woods, a aplicação prática da teoria dos poderes implícitos criou uma situação inesperadamente complexa.

Em regra geral, a própria organização tem poderes para interpretar suas regras internas, incluindo sua carta constitutiva. Em voto apartado no caso *Certas despesas da ONU*, Fitzmaurice aponta que

*It is no doubt true that any objection to a given exercise of powers, or to action based on the presumed existence of certain powers, must be advanced in the first instance in the organ concerned, and will be subject to a ruling by it, in the form of a motion or resolution adopted by a majority vote*⁵⁶⁷.

Nesse sentido, o Artigo IX (a) dos Estatutos do BIRD, seguindo, aliás, disposição similar prevista nos Estatutos do FMI (Artigo XXIX)⁵⁶⁸, dispõe que “(a) *Any question of interpretation of the provisions of this Agreement arising between any member and the Bank or between any members of the Bank shall be submitted to the Executive Directors for their decision*”. Em caso de descontentamento quanto ao teor da decisão, qualquer membro pode, em última instância, requerer ao Conselho de Governadores que a reveja (Artigo IX [b]). A esse respeito, uma diferença fundamental pode ser indicada entre os procedimentos de interpretação dos Estatutos do BIRD e do FMI. Enquanto no caso do Banco um eventual recurso deve ser submetido ao Conselho de Governadores, que decidirá a

⁵⁶⁶ AMERASINGHE, C. F. *Principles of the Institutional Law of International Organizations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 195.

⁵⁶⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso *Certas despesas*. 1962. p. 203.

⁵⁶⁸ “IMF Article of Agreements. Article XXIX: Interpretation

(a) Any question of interpretation of the provisions of this Agreement arising between any member and the Fund or between any members of the Fund shall be submitted to the Executive Board for its decision [...]

(b) In any case where the Executive Board has given a decision under (a) above, any member may require, within three months from the date of the decision, that the question be referred to the Board of Governors, whose decision shall be final [...]. BANCO MUNDIAL. *IBRD Articles of Agreement*. Cit.

questão por maioria simples, porém sempre segundo o critério de voto ponderado (o que confere pouca, ou nenhuma voz aos membros minoritários), no caso do Fundo um Comitê foi criado para decidir qualquer recurso interposto contra a interpretação dada pelos diretores executivos. O chamado *Committee on Interpretation* do Conselho de Governadores decidirá o recurso não pelo sistema de voto ponderado, mas pelo voto individual de cada um dos membros do comitê. Uma vez tomada a decisão, essa somente pode ser rejeitada ou alterada pelo Conselho dos Governadores, sendo necessários para tanto 85% dos votos. Ressalte-se que não obstante o Acordo de Cooperação firmado entre o Banco e a ONU dê ao primeiro a possibilidade de acessar a CIJ, trata-se de providência obviamente nunca concretizada⁵⁶⁹.

Todavia, o procedimento formal de interpretação dos Estatutos do BIRD também comporta algumas considerações. A despeito da existência de previsão normativa garantindo a possibilidade de recurso da interpretação formal dada pelos diretores executivos, tal opção, na prática, jamais foi exercida. Isso se explica por questões de ordem política, mas sobretudo em função do procedimento informal de interpretação que se estabeleceu ao longo dos anos. Muito embora o recurso a interpretações formais tenha sido muito usado no início das operações do BIRD, a partir de 1964 apenas uma interpretação formal foi editada, em 1986, por ocasião do fim do sistema cambial (padrão ouro-dólar) estabelecido em Bretton Woods.

Evidentemente a fria aplicação da teoria dos poderes implícitos às IFIs cria uma situação no mínimo anacrônica. Vale lembrar que a teoria dos poderes implícitos foi forjada no âmbito de um caso referente à ONU. Ainda que não se trate de uma providência obrigatória, a ONU tem a possibilidade de recorrer a uma Corte independente, especializada e com

⁵⁶⁹ “Decisions on interpretation in IFIs are also not subject to appeal before the ICJ or an arbitral tribunal, unlike the case of a number of the UN Specialized Agencies (FAO, WHO, IMO and ICAO). [...] The relationship Agreement between the UN and the IBRD (Article VIII), signed on August 15, 1947, entered into force on November 15, 1947 upon its approved by the UN General Assembly. This Agreement gives the Bank the possibility to seek advice from ICJ ‘on any legal question arising within the scope of the Bank’s activities other than questions relating to the relationship between the Bank and the United Nations or any specialized agency’. Such a possibility has not been considered in practice, however.” SHIHATA, I. F. I. *The World Bank Legal Papers*. Cit., p. LVII.

poderes autônomos para resolver qualquer questão envolvendo a interpretação de seus Estatutos. Outras organizações, como a Organização Internacional do Trabalho (OIT) ou a UNESCO, também submetem questões similares à CIJ⁵⁷⁰. Inúmeras vezes a CIJ pronunciou-se acerca de questões relativas a interpretações dos estatutos de organizações internacionais e, não obstante o caráter não obrigatório dos pareceres consultivos da Corte, suas decisões foram sempre implementadas pelos respectivos órgãos. O problema que se detecta no caso do BIRD é que a competência para interpretar seus Estatutos é atribuída exatamente àqueles a quem a decisão mais interessa, fator que inevitavelmente altera a natureza da decisão na medida em que preconiza uma resposta unicamente política a uma questão *a priori* técnica. Tudo isso sem mencionar que se trata de instituições guiadas pelo poder econômico, não por critérios democráticos, circunstância que praticamente fulmina qualquer oposição dos membros minoritários. Ao longo dos anos, distorções conceituais mais ou menos sutis acabaram criando novas competências, transformando a teoria dos poderes implícitos numa fórmula mágica capaz de estender indefinidamente os poderes da organização e, por via de consequência, também os poderes daqueles que a controlam. Nessas condições, o resultado da simples extensão da teoria dos poderes implícitos às IFIs, sem maiores questionamentos, pode apresentar obstáculos jurídicos muito maiores do que se poderia inicialmente imaginar.

Na prática, isso não impediu que a teoria fosse automaticamente transposta para um ambiente completamente diferente daquele em que surgiu, servindo de suporte jurídico à chamada “interpretação criativa” dos Estatutos do BIRD. Ao discorrer sobre o tema, Shihata menciona-a expressamente como base jurídica para a extensão funcional da instituição⁵⁷¹. Tecnicamente, tenta justificar a aparente incompatibilidade

⁵⁷⁰ SCHERMERS, G. *The legal bases of international organization action*. Cit., p. 407.

⁵⁷¹ “The IBRD Articles of Agreement do not mention the Bank’s ‘incidental powers’ as such, but Article V, Section 2 (f) gives the Board of Governors and the Executive Directors, to the extent authorized, the power to ‘adopt rules and regulations as may be necessary or appropriate to conduct the business of the Bank’. Explicit references to the exercise of incidental powers ‘as shall be necessary or desirable in the furtherance of its purpose’ appear in the Articles of Agreement of IFC (Article III (6) (v)) and IDA (Article V (5)(vi)), as well as in the MIGA Convention (Article 2). The concept ‘implied’ or ‘incidental’ is readily recognized at present as a general rule of the law of international organizations. See, e.g., the following advisory opinion of the

em se atribuir ao mesmo órgão o poder de aprovar políticas e operações e também de julgá-las adequadas *vis-à-vis* seus Estatutos a partir do argumento de que estaria mais equipado para definir as necessidades da instituição e de seus membros: “As already emphasized, this suggests that for IFI’s the interpretation function, while a legal process subject to rules of law, is also meant to be responsive to the needs of the institution and its members as a whole”⁵⁷².

Logicamente, o argumento de Shihata não resiste a uma análise mais atenta. Afinal, também a parte num processo judicial conhece melhor o seu caso que qualquer juiz que venha julgá-lo, fator que evidentemente não lhe confere a imparcialidade necessária para decidir seu próprio litígio. Isto é, conhecer as necessidades da instituição é elemento essencial para geri-la de modo eficaz, mas não para definir a legalidade dos atos praticados por ela. Além disso, se de fato o suporte jurídico para a tão decantada “interpretação criativa” é a teoria dos poderes implícitos, muito pouco importam as necessidades da instituição. Isso porque a teoria dos poderes implícitos apenas limita a abrangência da inovação feita por meio da atividade interpretativa, não impedindo todavia que as necessidades da instituição sejam satisfeitas de outra forma, por exemplo, por meio do processo de emenda dos Estatutos.

O próprio Shihata reconhece essa limitação material. Em mais de uma passagem alerta que “This is no suggest, however, that under the guise of interpretation, amendments could be introduced to the Articles without following the process prescribed in Article VIII”. Finalmente, admite que, não obstante a diferença entre “purposive interpretation” e “de facto amendment” possa não ser muitas vezes facilmente identificável, “no interpretation can empower the Bank to do things which serve purposes other than those prescribed in its Articles of Agreement or to contravene what is stipulated in them”⁵⁷³.

Enquanto *senior vice president e general counsel* do Banco Mundial por um período tanto longo como crítico (1983-1998), a opinião de Shihata

International Court of Justice: 1949 ICJ,174, 182; 1954 ICJ, 47. 56-77; and 1962 ICJ 151, 168.” SHIHATA, I. F. I. *The World Bank Legal Papers*. Cit., p. 158, nota 2.

⁵⁷² Idem, ibidem, p. LVII.

⁵⁷³ SHIHATA, I. F. I. *The World Bank Legal Papers*. Cit., p. 157-158.

constitui-se em valiosa fonte de informação, uma vez que não raramente representou a posição concreta do Banco Mundial. Em algumas passagens, no entanto, o relaxamento de sua sempre bem articulada argumentação jurídica deixa entrever as dificuldades inerentes às tarefas de *general counsel*. Se, por um lado, os diretores executivos, ao interpretar os Estatutos, “*are not expected to act strictly as a court of law and they should weigh carefully both the strict requirements of legal interpretation as well as the policy requirements dictated by the Bank’s objectives and its changing environment*”⁵⁷⁴, por outro, a natureza jurisdicional das referidas decisões parece pouco contestável.

Obviamente não se pode reduzir o tema unicamente à lógica jurídica. O direito é elemento importante na estrutura institucional do Banco, entretanto, não é único. Adiciona-se a esta equação o fator político e a velocidade com que se deram as transformações sociais na segunda metade do século passado. Muitas dessas mudanças ocasionaram a obsolescência de algumas disposições, quando não suprimiram completamente algumas engrenagens centrais da instituição. Paradigmático, nesse caso, foi o parecer⁵⁷⁵ versando sobre a unidade de valor que viria substituir, no âmbito do Banco Mundial, o *gold US dollar* após a adoção do câmbio flutuante para o dólar (maio de 1972) e a decisão do FMI de estabelecer o valor dos SDR (direitos especiais de saque) com base numa cesta de moedas (julho de 1974). No caso, os Estatutos faziam referência a uma unidade de valor que não mais existia⁵⁷⁶, porém, definir a unidade que a substituiria poderia muito bem constituir-se numa inovação cuja implementação exigiria a emenda dos Estatutos em vez de mera interpretação.

Em outro momento de relaxamento, Shihata volta a declarar que no exercício da atividade interpretativa, o advogado geral do Banco deve balancear ao menos três elementos: as necessidades do Banco, o interesse

⁵⁷⁴ Idem, ibidem, p. XLVIII.

⁵⁷⁵ Doc. CVBC84-1, 13 de janeiro de 1984

⁵⁷⁶ “ARTICLE II. Membership in and Capital of the Bank
SECTION 2. Authorized Capital

(a) The authorized capital stock of the Bank shall be \$10,000,000,000, **in terms of United States dollars of the weight and fineness in effect on July 1, 1944.**” (grifo nosso) BANCO MUNDIAL. *IBRD Articles of Agreement*. Cit.

de seus membros e as disposições estatutárias. Ora, a despeito do respeitável idealismo de suas palavras, imagina-se que, quando uma interpretação é solicitada, ao menos dois desses elementos estejam em aparente oposição, caso contrário não haveria necessidade de tal providência. Após a leitura do valioso depoimento do mencionado advogado geral, bem como de algumas decisões interpretando os Estatutos do BIRD, fica o sentimento de que, na prática, o que parece de fato ocorrer nessas ocasiões é muito mais um exercício de moldagem dos Estatutos à decisão previamente tomada pela direção:

While Executive Directors expect from the General Counsel legally sound analysis and advice, they are primarily interested in developing solutions on which they can agree. Their mandate is to serve the purposes and interests of the Bank and its members as a whole. It may not be enough, therefore, for the General Counsel's advice to be legally correct; it is also expected to be such as to enable the Executive Directors to perform their responsibilities in a manner which best suits the needs of the Bank's business. Meeting both requirements can prove particularly troublesome at times. Yet, the absence of the latter requirement would likely lead to continuous divergence of views among Executive Directors, rendering the advice merely a personal view based on the expediency of the moment, not a legal opinion of the General Counsel⁵⁷⁷.

Os mesmos argumentos enumerados por Shihata para justificar a “interpretação criativa” dos Estatutos do Banco podem, no entanto, induzir outra conclusão. Se é verdade que o direito não é o único elemento a ser observado no âmbito da estrutura institucional, é igualmente verdade, como dito, que se constitui num fator de extrema relevância ao seu bom funcionamento. Ao corretamente fundamentar a extensão da competência institucional do Banco na teoria dos poderes implícitos, seus diretores logicamente também vincularam os limites da liberdade interpretativa aos critérios estabelecidos por essa teoria. Assim sendo, conquanto a teoria dos poderes implícitos realmente sirva de fundamento jurídico à extensão das competências do Banco por meio da “interpretação criativa” de seus Estatutos, ela evidentemente também cria uma série de novos problemas

⁵⁷⁷ SHIHATA, I. F. I. *The World Bank Legal Papers*. Cit., p. LIX.

relacionados aos limites formais e materiais dessa atividade interpretativa, o que nos conduz diretamente à doutrina *ultra vires*.

ATOS *ULTRA VIRES*

Segundo Amerasinghe⁵⁷⁸, há dois problemas em teoria geral relativos aos atos das organizações internacionais: o primeiro, tratado de forma geral nos próximos capítulos, relacionado a seus efeitos; o segundo, referente à aplicabilidade, escopo e efeitos da doutrina *ultra vires* nesse contexto ou, em outras palavras, aos limites objetivos à aplicação da teoria dos poderes implícitos. Se a teoria dos poderes implícitos constitui-se no fundamento jurídico da evolução institucional pela via interpretativa, a teoria dos atos *ultra vires* fixa limites a essa expansão.

Há dois obstáculos materiais que geralmente são invocados à aplicação da teoria dos atos *ultra vires* no âmbito das organizações internacionais. Segundo respeitada corrente doutrinária, “*it has been asserted that the principle of ultra vires is not applicable to international organisations, and that their acts and decisions are always legal and valid*”⁵⁷⁹, entendimento oriundo da presunção de legalidade dos atos praticados por essas entidades. Contudo, o mesmo precedente que fixou essa presunção [CIJ, *Caso Namibia*], logicamente contextualizou-a como tal, não impedindo que seja, de qualquer maneira, desconstituída.

Outro motivo, esse um tanto mais técnico para afastar a aplicação dessa teoria é a ausência de um regime legal regulando-a. Nos direitos internos, a teoria dos atos *ultra vires* pode exibir feições variadas. Nos Estados Unidos, por exemplo, decidiu-se que “*an ultra vires act is one performed without any authority to act on the subject [Haslund v. City of Seattle (1976), 547 p. 2d at p. 1230]*”. O direito inglês, por sua vez, faz referência a “*acts outside or ‘beyond the scope’ of the powers of bodies and then describe the elements which constitute acts ultra vires*”. Já no direito administrativo francês, a teoria do *excès de pouvoir*

⁵⁷⁸ AMERASINGHE, C. F. *Principles of the Institutional Law of International Organizations*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2005 cit., p. 160.

⁵⁷⁹ OSIEKE, E. *Unconstitutional Acts in International Organisations: The Law and Practice of the ICAO*. in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 28, No. 1, Jan., 1979, pp. 2-3. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/758550>. Último acesso em: 10 de abril de 2012.

“to cover ‘ensemble de violations...du principe de légalité’ but more concerned about the misuse of authority or abuse of power”⁵⁸⁰. Obviamente, o produto de tal variedade de definições é o tratamento desigual desse atos, em algumas circunstâncias considerados nulos, em outros anuláveis, em outras ainda inexistentes. A partir disso, uma vez admitida a aplicação dessa teoria aos atos praticados pelas organizações internacionais, é pertinente o questionamento acerca do tratamento a lhes ser dado⁵⁸¹.

Adicione-se a tudo isso, alguns elementos de ordem prática de alta relevância, mas que evidentemente não podem orientar a resolução de uma questão teórica. Aponta, Osieke, que muitos membros relutam em contestar a legalidade de atos e decisões de organizações internacionais⁵⁸². Além disso, o sistema institucional de controle da legalidade dos atos de algumas organizações pode criar uma situação tal em que o próprio órgão que o praticara seja incumbido de definir a sua legalidade. No caso das instituições financeiras, “such as the IMF and the IBRD, if the question of [ultra] vires has been decided by a binding interpretation by an organ of the institutions of the constitutions of those organizations, [...] this decision would presumably be binding on national courts and tribunals and on transnational tribunals...”⁵⁸³. Esses fatores certamente impedem a análise imparcial acerca da legalidade dos atos praticados por essas entidades, no entanto, são incapazes de alterar a sua natureza.

A despeito dessas controvérsias, alinhamo-nos àqueles que adotam a tese da capacidade das organizações internacionais cometerem atos *ultra vires*. Afinal, trata-se de consequência natural das funções e poderes que essas entidades vem acumulando⁵⁸⁴. No caso do Banco, aliás, essa questão parece ter sido equacionada. Isso porque a criação dos *painéis de inspeção*,

⁵⁸⁰ AMERASINGHE, C. F.. *Principles of the Institutional Law of International Organizations*. Cit., p. 193.

⁵⁸¹ Cf. OSIEKE, E. *The Legal Validity of Ultra Vires Decisions of International Organizations*. in *The American Journal of International Law*, Vol. 77, No. 2, Apr., 1983, pp. 239-256. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2200852>. Último acesso em: 10 de abril de 2012.

⁵⁸² “In practice, member states have often been reluctant, for political or other reasons, to challenge the legal validity of the acts and decisions of international organizations”. Id. *Ibid.*, p. 241.

⁵⁸³ AMERASINGHE, C. F. *Principles of the Institutional Law of International Organizations*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2005. Cit., p. 197, nota 11.

⁵⁸⁴ “Even though there is some disagreement on many matters concerning *ultra vires*, the better and more accepted view is that international organizations have the capacity to commit *ultra vires* acts and that their powers are not unbridled and uncontrolled. This view is a natural consequence of the fact that functions and powers of organizations and their organs flow from constitutions and there are established procedures to be followed in the discharge of those functions and the exercise of powers”. Id. *Ibid.*, p. 195.

objetivando a análise da regularidade dos atos praticados por essa entidade, reconhece de forma implícita a existência dessa categoria de atos.

Segundo Shihata, ao interpretar os Estatutos do Banco, “*the Executive Directors should thus have adequate latitude to enable them to achieve the Bank’s objectives in the changing conditions in which the Bank operates*”. Tendo em vista que não se trata genuinamente de uma corte judicial, deve-se balancear, de um lado, as disposições normativas que regulam as atividades da instituição, de outro, seus objetivos diante de um mundo em contínua mutação. Adverte, no entanto, para os perigos a que uma interpretação criativa muito ampla pode conduzir: “*They should not, however, amend existing provisions under the guise of interpreting them. Amendment is a separate process to be undertaken under different requirements of Articles VIII. Between interpretation and amendment remains the possibility of the filling gaps, supplementing the text and allowing its provisions to meet the requirements of its purposes*”⁵⁸⁵. Através dessa atividade balanceia-se, na prática, a equação lançada por Keynes, em seu projeto original, relativa ao peso que deveria ser dado ao direito e o peso que deveria ser dado à discricção⁵⁸⁶.

A partir disso, detectam-se duas naturezas de atos *ultra vires*. Aqueles que pelo seu conteúdo extrapolam os limites do mandato institucional; aqueles que pela forma distorcem procedimentos internos. Com relação a Banco, pode-se identificar ocorrências de atos *ultra vires* de ambas as categorias.

Tratado nos itens a seguir, a extrapolação do mandato da organização através da via interpretativa, não obstante a ausência de contestações formais a essa prática, de certa forma acelerou o processo de corrosão de sua legitimidade. Já quanto aos aspectos formais desse processo, acredita-se que o próprio processo de interpretação tornou-se uma prática *ultra vires*.

Conforme observou-se, os estatutos do Banco disponibilizam duas vias para se adicionar atribuições à organização. O processo de emenda e o processo de interpretação, este último amplificado pela teoria dos poderes

⁵⁸⁵ SHIHATA, I. F. I. *The World Bank Legal Papers*. Cit., p. XLVIII.

⁵⁸⁶ Cf. KEYNES, J. M. *The collected writings of John Maynard Keynes*. Volume XXV: Activities 1940-1944. *Shaping the Post-War World: The Clearing Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 1980.

implícitos. Ocorre que, a despeito das regras aplicáveis ao procedimento de interpretação, optou-se pela adoção de um procedimento informal, que se consolidou ao longo dos anos, pela edição de pareceres do Advogado Geral do Banco. Através disso, criou-se uma outra via paralela à emenda e à interpretação, inalcançável a qualquer tipo de recurso. Sob essa perspectiva, o próprio processo de interpretação informal pode ser considerado *ultra vires*.

4.4 Aspectos jurídicos relativos à evolução do BIRD

Apesar de reconhecermos que a evolução institucional do BIRD tem sido necessária para o cumprimento efetivo de seu mandato, a forma escolhida por aqueles que o comandam pode não ter sido algumas vezes a mais adequada para a realização desse propósito. Nesse contexto, algumas interpretações dos Estatutos da instituição revelam-se no mínimo contestáveis, tão extrema é sua elasticidade, enquanto outras, ao menos numa análise *prima facie*, opõem-se frontalmente a disposições expressas de tais atos constitutivos. A partir disso, é oportuno que se indague, primeiramente, se tamanha evolução institucional (abstraído evidentemente qualquer juízo de valor acerca de sua necessidade) possui de fato amparo legal; e, posteriormente, em caso de resposta negativa, as possíveis consequências dessa deriva.

Os contornos gerais que as operações do BIRD deveriam assumir são expressos nos Estatutos da instituição. Conforme já assinalado, da análise dessas disposições pode-se estabelecer o perfil de uma instituição voltada à prestação de auxílio financeiro na implementação de projetos específicos com fins produtivos, seja visando à reconstrução, seja visando ao desenvolvimento. Para satisfazer esses propósitos, o BIRD atuaria subsidiariamente ao mercado, tanto oferecendo garantias para estimular investimentos privados como oferecendo empréstimos diretos quando o acesso a tais recursos fosse inviável. Isto é, não basta apenas que a finalidade dos recursos financeiros disponibilizados pelo Banco obedeça estritamente aos propósitos institucionais estabelecidos no Artigo I;

também quanto à forma deve-se respeitar o binômio projeto/fins produtivos. Evidentemente, essa regra não é inflexível. No item vii, Seção 4 do Artigo III dos Estatutos do BIRD, a regra do financiamento específico de projetos é reafirmada, admitindo-se, no entanto, a sua inobservância quando da superveniência de alguma circunstância especial⁵⁸⁷. Com relação à outra restrição estatutária ao uso dos recursos do Banco (orientação dos empréstimos a projetos com fins produtivos), nenhuma ressalva é feita. Assim, parece-nos inevitável que se questione a legalidade de algumas modalidades de empréstimo.

Não obstante tratar-se de elemento central de seu mandato, em momento algum os Estatutos do BIRD definem o termo “projeto”. Diante de tal silêncio, os questionamentos naturalmente multiplicaram-se, inclusive internamente no Banco, à medida que ações mais incisivas de sua parte eram exigidas como resposta às novas demandas de uma sociedade em plena transformação. Esse déficit de precisão técnica não impediu, porém, que o exercício interpretativo forjasse uma noção relativamente precisa acerca do conteúdo material veiculado por esse termo.

Não nos parece equivocado afirmar que originalmente a noção de projeto sempre remeteu à ideia de empreendimentos físicos, via de regra relacionados à infraestrutura, fator extremamente redutor de sua ação. Historicamente, a inclusão do termo “projetos específicos” tinha evidentes e muito bem conhecidas razões de ser.

Observamos nos itens anteriores que, no contexto político norte-americano, a aprovação dos Estatutos do BIRD dependia de uma conjugação de fatores bastante precisos. A forte pressão dos bancos comerciais, que já haviam sepultado a iniciativa do Banco Interamericano, impedia a criação de qualquer instituição que se constituísse numa ameaça a seus interesses. Portanto, o enquadramento preciso das atividades do Banco não era apenas um elemento essencial à definição de seu mandato, mas também um requisito de sua própria existência.

⁵⁸⁷ “Article III, Section 4. The Bank may guarantee, participate in, or make loans to any member or any political sub-division thereof and any business, industrial, and agricultural enterprise in the territories of a member, subject to the following conditions:
(vii) Loans made or guaranteed by the Bank shall, except in special circumstances, be for the purpose of specific projects of reconstruction or development.” BANCO MUNDIAL. *IBRD Articles of Agreement*. Cit.

Ainda no âmbito da política interna norte-americana, é importante apontar que a delimitação das atividades do Banco igualmente sintonizava-se com a natural cautela do Congresso Americano. Com efeito, os calotes da década de 1930 ainda estavam bastante presentes nas memórias. Logo, a aprovação de tão arrojado e custoso plano dependia do oferecimento de garantias de que tais condutas tidas como irresponsáveis não se repetiriam. Com a delimitação das ações do Banco ao financiamento de projetos específicos e sustentáveis (fins produtivos) alcançavam-se assim dois propósitos: primeiro, tornava-se materialmente viável a intensificação de medidas de controle (*accountability*) que garantissem o retorno do investimento; segundo, a estipulação de critérios técnicos (não políticos, portanto) para concessão de empréstimos reforçava a credibilidade da instituição junto aos potenciais credores privados, fator essencial para o funcionamento da engrenagem institucional⁵⁸⁸.

Outro aspecto dessa equação relacionava-se aos tomadores de empréstimo, os quais também beneficiavam-se dessa restrição da competência institucional. Lembremos que a concepção de soberania, numa época caracterizada pelo florescimento do nacionalismo, apresentava feições muito mais marcantes que nos tempos atuais. Assim, ao isolar a ação do Banco a projetos específicos, buscava-se implicitamente satisfazer o desejo dos membros de verem preservada a sua soberania frente a qualquer ameaça de interferência política⁵⁸⁹. Dado o seu caráter naturalmente técnico, a fórmula de projetos evidentemente servia muito bem a esse propósito⁵⁹⁰.

Circunstancialmente, essa fórmula também satisfazia uma necessidade da própria instituição: com a intensificação da Guerra Fria, a

⁵⁸⁸ “What the country conferees, the United States included, sought to forestall, however, was a replay of the financial looseness of the 1930’s. They did not want this new (multilateral) public sector lender to fall into the pattern of nonaccountability that had become the norm in the years before the war. [...] American leadership had reason to embrace the project formula. It needed to demonstrate institutional creditworthiness to private lenders in New York [...] The financial community had to be persuaded that the Bank’s sovereign borrowers were adopting competent policies.” KAPUR, D.; LEWIS, J.; WEBB, R. *The World Bank: its first half century*. Cit., p. 7-8.

⁵⁸⁹ “Article III, Section 5 (b). The Bank shall make arrangements to ensure that the proceeds of any loan are used only for the purposes for which the loan was granted, with due attention to considerations of economy and efficiency and **without regard to political or other non-economic influences or considerations.**” (grifo nosso) BANCO MUNDIAL. *IBRD Articles of Agreement*. Cit.

⁵⁹⁰ “This boundedness of projects was politically important. It tended to make project loans less intrusive on the sovereign sensibilities of borrowing countries.” KAPUR; LEWIS; WEBB, op. cit., p. 8.

vantagem de ser uma instituição apolítica concentrada no financiamento de projetos manteve o Banco afastado (ao menos formalmente) das controvérsias políticas. Por essas várias razões, até o final dos anos 50 a cultura do Banco tornou-se *project-led*.

Entretanto, a própria noção de projeto não permaneceu inalterada, acompanhando a natural evolução da instituição e das suas estratégias de desenvolvimento. Devido à diversificação dos projetos e ao avanço das técnicas de governança, observou-se a expansão dos projetos também a setores não necessariamente identificados com o seu objeto original, a construção de infraestruturas.

“[A loan] must always be controlled by the Bank as in the case of the French loan. Countries will want to buy things. They may not construct a bridge; or a railway; but they need to import raw material, in order to make their industries work – that’s a general project. But I don’t think we shall ever grant a loan to any country for general purposes to be determined by the country itself”⁵⁹¹

Com isso, a original imprecisão terminológica acerca do que se entendia por projeto permitiu uma significativa flexibilização de seu conteúdo ao longo do tempo sem que o disposto nos Estatutos do Banco fosse de alguma maneira subvertido ou que houvesse necessidade de se recorrer a qualquer processo de emenda. Logicamente, o alargamento indefinido desse conceito expandiu a zona cinzenta que separava os empréstimos “projetos” dos empréstimos “não projetos”⁵⁹². Ainda assim, a noção de projeto, apesar de não mais vinculada a obras físicas, permaneceu conectada à ideia de um empreendimento conceitualmente fechado (*project-*

⁵⁹¹ BIRD, Meeting of Executive Directors, *Transcript of Proceedings* (9/05/1947)

⁵⁹² “If a ‘program loan’ is defined as a loan to finance the importation of raw materials, intermediate products, and equipment related to a national development program, and ‘projects loans’ are limited to the financing of specific and independent productive installations, a clear distinction can be drawn between project and program lending. In practice the distinction is far from clear. Numerous IDA credits to the Indian railways have financed a great variety of imports – from finished items, such as rolling stock, rails, and signaling equipments, to nonferrous metal imports from the production in India of locomotives and rolling stock. (...) thus project lending as conceived by the Bank Group is very different from the financing of isolated, free standing capital installations.” MASON, E. S.; ASHER, R. E. *The World Bank since Bretton Woods*. Cit., p. 230-231.

cycle)⁵⁹³, sujeito a cronogramas de gastos e prazos bastante rígidos, e sobretudo à possibilidade rastrear os itens financiados até o seu fim declarado. Em termos mais amplos, os projetos diferenciam-se dos não projetos pela especificidade (ainda que relativa) de uns em contraste com a generalidade de outros. Nesse mesmo sentido, particularmente elucidativa foi a já longínqua noção de projeto elaborada pelo próprio Banco em seu 5º Relatório Anual:

The objective of this provision is simply to assure that Bank loans will be used for productive purposes. In effect, the only requirement which it imposes is that, before a loan is granted, there shall be a clear agreement both as to the types of goods and services for which the proceeds of the loan are to be expended and of the uses to which those goods and services are to be put. Once a determination has been made as to the most urgent needs of any member country, the only safeguard by which the Bank can assure that its resources are in fact used to meet those needs is to require, before granting a loan, that an agreement be reached with the borrower on the precise purposes of the loan. This is essentially all that specific project provisions implies⁵⁹⁴.

Apesar da considerável evolução da noção de projeto e da correlata extensão das ações do Banco a setores dificilmente identificáveis com suas feições originais, à medida que o conhecimento técnico avançava e que os problemas dos países em desenvolvimento mostravam-se cada vez mais complexos, igualmente revelavam-se claros os limites operacionais da instituição para oferecer respostas duráveis a tais problemas recorrendo unicamente à mecânica projetos/fins produtivos. Assim, a despeito da regra geral que condiciona a liberação de recursos do Banco ao financiamento de projetos específicos voltados a fins produtivos, fatores tanto internos como externos levaram-no a gradualmente priorizar os empréstimos ditos não projeto. Observamos anteriormente que a intensificação da estratégia de se vincular a concessão de empréstimos à adoção de determinadas políticas

⁵⁹³ Segundo a terminologia empregada pelo Banco, *project cycle* refere-se ao ciclo percorrido por um projeto desde a sua identificação inicial até a sua avaliação final. Nesse processo, destacam-se as seguintes fases: identificação, preparação, apreciação, aprovação, implementação, realização e avaliação dos resultados.

⁵⁹⁴ BIRD. *Fifth Annual Report, 1949-1950*. p. 7.

(*policy-linked lending*) nunca foi assunto pacífico no Banco: já nos anos 1950-1960, podia-se detectar viva divergência acerca do perfil que suas operações deveriam tomar. Argumentava-se que enquanto o Banco não mostrasse disposição a mover-se de forma mais contundente em direção a maior ampliação do financiamento de “despesas locais”⁵⁹⁵ (outra importante limitação estatutária a suas ações) e aos chamados empréstimos-programa (*program lending*), “*it can hardly be called a development institution, nor will it be in effective position to act as leader or coordinator of the development efforts of the others*”⁵⁹⁶. A crise da dívida nos países em desenvolvimento foi, nesse contexto, o gatilho que impulsionou essa formidável transformação. Faltava, no entanto, o fundamento jurídico à implementação dessa mudança. Estatutariamente, o elemento que permitiu tal metamorfose foi, não por coincidência, o mesmo que ampliou o financiamento quase indiscriminado de “despesas locais” e muitas outras derivas: as “circunstâncias especiais”.

Como vimos, o Artigo III, Seção 4 (vii) dos Estatutos do BIRD estabelece de maneira inequívoca a regra geral relativa ao uso dos recursos financeiros do Banco – “*Loans made or guaranteed by the Bank shall, except in special circumstances, be for the purpose of specific projects of reconstruction or development*” (grifo nosso) –, mas ele também traz a única hipótese legitimadora do uso excepcional desses recursos para outros fins. O problema, assim, não se situa portanto na falta de disposição legal que permita tal prática, e sim na falta de definição precisa que oriente a sua aplicação. Isso porque, conforme bem observa Shihata, “*Like the term ‘specific purposes’, the term ‘special circumstances’ is not defined in the Articles*”⁵⁹⁷. A partir disso, qualquer tentativa de análise da legalidade dos empréstimos ditos não projeto, aí também incluídos os programas de ajuste estrutural, passa necessariamente pela contextualização da noção de “circunstâncias especiais”.

⁵⁹⁵ Como regra geral, o financiamento de despesas locais – “*local expenditure*” – é expressamente vedado pelos Estatutos do BIRD [Artigo 4, Seção 3 (a)].

⁵⁹⁶ MASON, E. S.; ASHER, R. E. *The World Bank since Bretton Woods*. Cit., p. 260-261.

⁵⁹⁷ SHIHATA, I. F. I. *The World Bank Legal Papers*. Cit., p. 179.

A interpretação do disposto no Artigo I, (i)⁵⁹⁸ pode reconhecidamente servir de fundamento jurídico a outro tipo de ação institucional desvinculada da regra geral. Além disso, ainda que sujeita a controvérsias, dada a sua elasticidade, a interpretação desse propósito, que aliás encontra-se organicamente relacionado à mencionada exceção prevista no Artigo III, Seção 4 (vii), pode indiretamente nos ajudar a desvendar o real sentido do termo “circunstâncias especiais”.

Em depoimento prestado ao Congresso Americano, em 1945, Harry D. White enfatizou a importância da exceção à regra geral que autoriza o Banco a realizar empréstimos a iniciativas que não se configuravam em projetos específicos. Ao detalhar a justificativa para tal dispositivo, White foi bastante claro ao destacar que

*What we had in mind was that there may be occasions when a country finds that it is unable, without grave effects on its own economy or on the economy of other countries, to meet its current obligations without a recourse to the International Monetary Fund for a prolonged period*⁵⁹⁹.

Dadas as limitações estatutárias que impedem o FMI de realizar empréstimos de longo termo, poderia de fato ocorrer um impasse com sérias consequências econômicas tanto para o próprio membro como para outros membros.

*In those cases, the country can come to the Bank, and the Bank can talk it over with the Fund. The Bank can make a stabilization loan to that country in order that the Fund should not be burdened with the provision of foreign exchange needed by the country for a long period of years*⁶⁰⁰.

No mesmo sentido, Keynes, ao comentar o mencionado depoimento de White, em correspondência datada de 30 de março de 1945, reafirmou essa versão: “*We confirm White’s statement that the phrase in the Bank plan ‘except in special circumstances’ was specifically intended by those of us*

⁵⁹⁸ “The purposes of the Bank are:

(i) To assist in the reconstruction and development of territories of members by facilitating the investment of capital for productive purposes, including the **restoration of economies destroyed or disrupted by war**, the reconversion of productive facilities to peacetime needs and the encouragement of the development of productive facilities and resources in less developed countries.” (grifo nosso)

⁵⁹⁹ Depoimento de H. D. White ao Congresso Americano (*House Committee on Banking and Currency* – 1945).

⁶⁰⁰ *Idem, ibidem.*

*who took part in the discussion to refer to the possibility of stabilization loans”*⁶⁰¹.

Conforme apontado nos itens anteriores, não obstante os empréstimos projeto tenham dominado as ações do Banco durante as décadas iniciais, as primeiras operações realizadas não possuíam característica alguma que induzisse à conclusão de estarmos diante de um real projeto. Nesse âmbito, a fundamentação do empréstimo concedido à França (o primeiro da história do BIRD) serviu de precedente aos empréstimos similares que o sucederam. Na mesma linha das orientações adotadas por White e Keynes, a Diretoria Executiva do BIRD aduziu que

the foreign exchange needs of the [borrower] in order to restore its economy in such a general nature and the plan of the [borrower] for the restoration of its economy is consequently also such a general and flexible character as to constitute special circumstances warranting the Bank in making the loan on the terms and conditions proposed.

Ao fundamentar juridicamente os empréstimos não projeto, sobretudo os ajustes estruturais, o então Advogado Geral do BIRD retomou esses argumentos, estendendo a aplicação das circunstâncias especiais – originariamente concebidas tendo em vista a estabilização das economias afetadas pela guerra – igualmente aos países em desenvolvimento afetados por crises financeiras. Segundo Shihata,

this term [special circumstances], which seems to be less restrictive than ‘exceptional circumstances’ used in the U.K. draft of the text and in other Actual provision of the Articles [Article IV, Section 3 (b) and (c)], definitely underscores a departure from the general rule to be followed in normal circumstances. I, therefore, believe that the ‘special circumstances’ referred to in Article III, Section 4 (vii) are such circumstances as may, in the judgment of the Executive Directors, justify a departure from the general rule that Bank loans should finance specific productive purposes, whether this circumstances are country specific, related to a certain period

⁶⁰¹ “Previously confidential documents in the UK Public Record Office include the text of the following cable dated on March 30, 1945, from Keynes to Brand (British Embassy in Washington) commenting on Harry White’s statement.” SHIHATA, I. F. I. *The World Bank Legal Papers*. Cit., p. 179.

of time, or resulting from a general economic situation affecting some or all borrowing countries”⁶⁰².

Especificamente em relação aos programas de ajuste estrutural, Shihata pondera que tais programas devem obedecer a duas condições:

*One is that the government involved agrees to an adjustment program acceptable to the Bank; and the other is that the balance of payments of that country must have deteriorated seriously due to factors which are not reversible easily or quickly*⁶⁰³.

Adverte, no entanto, que mesmo se não vinculados a um projeto específico, os empréstimos “*should be made to facilitate the investment of capital for productive purposes, as this is a general requirement in all of the Bank activities*”. Conclui, finalmente, que

*Nonspecific project loans are different from specific project loans in that, instead of financing a specific productive purpose or purposes, directly or indirectly, they aim at enabling the Borrower to otherwise pursue its productive activities, e.g., by ensuring that basic requirements will be obtained in the future or by introducing appropriate policies to assist in the establishment of a climate more conducive to investment*⁶⁰⁴.

Nesse ponto, impõe-se uma distinção entre dois elementos naturalmente inconfundíveis, mas que a falta de rigor conceitual acabou, com o tempo, amalgamando. Os programas de ajuste estrutural, assim como outros programas de ajuste setorial ou os programas DPL (*Development Policy Lending*), podem todos ser categorizados sob a rubrica genérica “*nonproject lending*”. Observou-se que a ocorrência de “circunstâncias especiais” excepciona a aplicação da regra geral que limita a ação do Banco ao financiamento de projetos específicos. Contudo, não se trata, aqui, de um cheque em branco à organização. Ainda que, nessa hipótese, não esteja vinculado ao financiamento de projetos específicos, o Banco não é completamente livre para agir, devendo necessariamente orientar-se segundo os propósitos definidos no Artigo I de seus Estatutos. Assim, conquanto condicionados à ocorrência de “circunstâncias especiais” (aliás,

⁶⁰² SHIHATA, I. F. I. *The World Bank Legal Papers*. Cit., p. 179.

⁶⁰³ Idem, *ibidem*, p. 377-378.

⁶⁰⁴ SHIHATA, I. F. I. *The World Bank Legal Papers*. Cit., p. 179-180.

como qualquer outra modalidade de empréstimo não projeto), os programas de ajuste estrutural não extraem, contrariamente ao defendido por Shihata⁶⁰⁵, o seu fundamento jurídico da interpretação do Artigo III, Seção 4 (vii), e sim dos propósitos gerais elencados no Artigo I dos Estatutos do BIRD.

No entanto, a despeito de reconhecermos que alguns eventos possam caracterizar-se como “circunstâncias especiais” que autorizem os programas de estabilização patrocinados pelo Banco, a subsequente banalização e, acima de tudo, o aprofundamento da condicionalidade incorporada a esses programas representam uma deriva que parece desvirtuar o seu enquadramento jurídico original.

Mencionamos previamente que as teorias versando sobre o desenvolvimento eram ainda um tanto incipientes no imediato pós-guerra, o que fez com que os delegados presentes em Bretton Woods não vissem razão alguma que justificasse a distinção entre políticas voltadas à reconstrução e aquelas voltadas ao desenvolvimento⁶⁰⁶. Não obstante tal fato, o Banco viu-se, desde a sua criação, dividido entre dois propósitos cujas naturezas revelaram-se ser bastante diversas: muito embora nunca tenha havido real conflito entre reconstrução e desenvolvimento, na prática eles sempre exigiram estratégias absolutamente distintas, sendo, em função disso, inconfundíveis.

O desaparecimento do primeiro (reconstrução) não induziu, entretanto, o fim da antiga dicotomia. A conjugação de eventos observados sobretudo a partir dos anos 80, aliada ao crescente aprofundamento técnico acerca da complexa interrelação de elementos que caracterizam o desenvolvimento, reproduziu o que na verdade era a base da dicotomia original. Organicamente, reconstrução e desenvolvimento nada mais eram que representações concretas de duas vertentes da ação institucional. A esse respeito, particularmente precisa é a observação de Gilbert e Vines, que apontam que “*one should think of the Bank as having two ways of pursuing its objective, one appropriate for times of calm water sailing and the other appropriate for*

⁶⁰⁵ “[...] structural adjustment lending is legally based on ‘special circumstances’ exception provided for in Article III, Section 4 (vii) of the Bank’s Articles of Agreements.” Idem, *ibidem*, p. 254.

⁶⁰⁶ MASON, E. S.; ASHER, R. E. *The World Bank since Bretton Woods*. Cit., p. 4.

hurricane, and that one should analyse these problems essentially independently”⁶⁰⁷. Acreditamos que a compreensão do termo “circunstâncias especiais” passa inevitavelmente por essa contextualização.

Ao recorrermos aos trabalhos preparatórios que precederam a Convenção de Bretton Woods, identificamos uma interessante diferença entre o texto proposto pela delegação americana em Atlantic City e a versão britânica do mesmo artigo. Enquanto na proposta americana constava menção expressa a “programas e projetos”, a segunda, mais próxima da versão final, enfatizava “*special projects of reconstruction and development*”. Mais adiante, esclarecia que

*in special circumstances and in agreement with the IMF the Bank could make or guarantee a loan “which provides the borrowing country with gold or foreign exchange for the purpose of establishing its exchanges and allowing a breathing space for the recovery of its economy and the balancing of its international payments”*⁶⁰⁸.

Apesar de não dito claramente, a referência à reconstrução é nesse contexto mais do que evidente, suspeita que se reforça com os já mencionados depoimentos de H. D. White e Keynes.

A partir disso, embora a resolução dos problemas que justifiquem a interveniência do Banco não esteja condicionada a qualquer limite temporal, pode-se validamente deduzir que o termo “circunstâncias especiais”, tal como expresso nos Estatutos do BIRD, veicula a noção de contingência, tanto que sua ocorrência é tratada como uma excepcionalidade. Por analogia, mesmo se naturalmente inconfundíveis, parece-nos razoável a conclusão segunda a qual nada impedia que ambos, reconstrução e desenvolvimento, pudessem ocasionalmente compartilhar o fundamento da eventualidade que permitia enquadrar tanto a guerra como as crises financeiras nos países em desenvolvimento como circunstâncias especiais capazes de excepcionar a regra geral acerca do uso dos recursos financeiros do Banco. Até esse ponto, a atividade interpretativa do Banco autorizava a expansão de suas atividades sem que ocorresse qualquer

⁶⁰⁷ GILBERT, C. L.; Vines, D. *The World Bank: an overview of some major issues*. Cit., p. 41.

⁶⁰⁸ MASON, E. S.; ASHER, R. E. *The World Bank since Bretton Woods*. Cit., pp. 24-25.

ofensa ao disposto em seus Estatutos ou que seus propósitos fossem de alguma maneira subvertidos.

Contudo, observou-se com o tempo uma significativa deriva da interpretação original que legitimara os empréstimos não projeto. Com isso, perderam-se gradativamente de vista os fundamentos jurídicos que autorizavam a sua implementação. Nesse processo, passou-se a confundir condições e pressupostos gerais com a aprovação de programas, extirpando-se temerariamente dessa equação os elementos jurídicos que deveriam condicioná-la.

Originalmente, os empréstimos envolvendo ajuste estrutural foram concebidos objetivando um perfil muito bem definido de cliente: países de renda média (*middle-income countries*). Isso porque, tendo em vista a complexidade inerente à implementação desses programas, entendia-se que tal modalidade de empréstimo deveria ser parcimoniosamente concedida somente a membros convictos, preparados e capazes de promover grandes reformas estruturais. Como visto, a crise da dívida deu impulso à multiplicação indiscriminada desses programas, cujo emprego finalmente se banalizou. Conforme destacado por Kapur, Lewis e Webb,

*Viewed in retrospect, structural adjustment overreached itself, partly because of its unexpectedly heavy use in connection with the 1980s debt crisis and partly because of the development crisis in Sub-Saharan Africa. In so doing, it encountered procedural pitfalls*⁶⁰⁹.

De fato, a década de 1980 pode ser apontada como uma encruzilhada em que o encontro de diversos elementos consolidou a transformação institucional do Banco. Exemplificativamente, uma série de estudos acerca do desenvolvimento da África Subsaariana⁶¹⁰ enfatizou que problemas institucionais e de gestão pública situavam-se na base dos distúrbios econômicos sofridos pelos países da região. A identificação de questões de *governança* como fator central a ser equacionado e a sucessiva orientação dos programas de ajuste estrutural a esse fim impactaram de maneira dramática a adequação entre as ações do BIRD e o seu mandato,

⁶⁰⁹ KAPUR, D.; LEWIS, J.; WEBB, R. *The World Bank: its first half century*. Cit., p. 5.

⁶¹⁰ *Accelerated Development in Sub-Saharan Africa: an agenda for action* (1981); *Toward sustained development in Sub-Saharan Africa* (1984); *Sub-Saharan Africa: from crisis to sustainable growth* (1989).

atribuindo-lhe um poder regulador que na verdade nunca se vislumbrou confiar-lhe.

Conforme observado, a excepcionalidade da crise financeira, assim como ocorrera com a guerra, propiciou a fuga da regra geral dos projetos específicos, justificando a implementação de empréstimos não projeto, objetivando a estabilização econômica dos membros. Todavia, a crescente diferenciação entre medidas de *estabilização* (macroeconômicas) e *ajustes estruturais* (reformas estruturais) revelam o surgimento de um novo elemento nessa equação. Isto é, a identificação de problemas estruturais (não circunstanciais, portanto) como sendo a base dos distúrbios sofridos por algumas economias subdesenvolvidas eliminou o elemento de eventualidade que excepcionava o emprego dos empréstimos não projeto. Isso não quer dizer que os ajustes estruturais tenham perdido o seu fundamento jurídico, apenas que a condição essencial que excepcionava a regra do financiamento de projetos/fins produtivos não se encontrava mais satisfeita em alguns casos.

O componente mais perturbador desse processo não foi, todavia, o desaparecimento do elemento de excepcionalidade que legitimava alguns programas de ajuste estrutural, mas sim a completa perda de parâmetros legais nas operações do Banco. Doravante livre dos embaraços jurídicos, à medida que se acentuava a complexidade dos programas, ficava cada vez mais tênue o limite entre considerações de ordem técnica (econômica) e interferência política constante na condicionalidade embarcada em seus acordos. Tudo isso não obstante a advertência expressa contida no Artigo III, Seção 5 (b) de seus Estatutos⁶¹¹. Da mesma forma, o redirecionamento do Banco às questões estruturais em detrimento dos projetos naturalmente intensificou o volume das “despesas locais” contempladas por cada empréstimo, também ao arrepio do disposto na Seção 3 do Artigo IV. Finalmente, perderam-se de vista alguns propósitos que deveriam, ao menos em tese, guiar todas as decisões do Banco (Artigo I).

⁶¹¹ “Article III, Section 5 (b). The Bank shall make arrangements to ensure that the proceeds of any loan are used only for the purposes for which the loan was granted, with due attention to considerations of economy and efficiency and without regard to political or other non-economic influences or considerations.” BANCO MUNDIAL. *IBRD Articles of Agreement*. Cit.

Muitas das novas plataformas de empréstimo, como os DPL (*Development Policy Lending*), ao veicularem acordos absolutamente desconectados com os propósitos da instituição, exemplificam bem esse distanciamento entre as ações empreendidas pelo BIRD e seus Estatutos. Analisemos brevemente um desses empréstimos.

Em 01 de julho de 2010, a Diretoria Executiva do BIRD aprovou um empréstimo em benefício da Prefeitura do Rio de Janeiro no valor de US\$1,045 bilhões de dólares (liberados em duas parcelas), garantidos pelo Governo Federal, a serem reembolsados em 30 anos. O objetivo declarado desse empréstimo foi “*to assist the municipality of Rio de Janeiro in creating fiscal space which will be used for investments to improve the quality and efficiency of public service delivery through innovative programs in health, education and private sector development*”⁶¹². Segundo anúncio feito no *website* do próprio Banco, “*The Rio de Janeiro Municipality Fiscal Consolidation for Efficiency and Growth Development Program Lending loan supports initiatives aimed at bolstering economic growth in the Municipality and improving the quality and coverage of social services, especially in low income areas*”; acentuando que alguns dos objetivos patrocinados pelo empréstimo incluíam:

doubling the coverage of family health programs to 12% by December 2011; annual reductions in school dropout rates and increases in IDEB and IDE results; increase child and preschool education enrollment by at least 3,000 licenses per year in low income communities; reducing the number of days needed to open a business from 20 to 12.5; and measures to make the Municipality’s retirement system more sustainable”⁶¹³.

Para tanto, essas verbas seriam distribuídas setorialmente na proporção de 25% à administração pública, 25% ao setor industrial e comercial, 17% à previdência social, 17% à educação e 16% à saúde. Dentro desses setores, privilegiar-se-iam a regulação e a competitividade (17%); a educação para

⁶¹² BANCO MUNDIAL. Síntese do DPL Cidade do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/0,,contentMDK:22639618~menuPK:64282138~pagePK:41367~piPK:279616~theSitePK:40941,00.html>>. Acesso em: 13 set. 2012.

⁶¹³ BANCO MUNDIAL. Anúncio publicado no *site* do BIRD. Disponível em: <<http://go.worldbank.org/74821JA200>>. Acesso em: 13 set. 2012.

todos (17%); o desempenho do sistema de saúde (17%), governança (17%); e finanças municipais (32%)⁶¹⁴.

Na prática, porém, fins como redução da pobreza, investimento no sistema de saúde e melhoria do ensino, que constituíam-se em propósitos centrais dos PDL⁶¹⁵, passavam longe dos fins reais a que se destinava o empréstimo. Em publicação feita no *site* da própria Prefeitura do Município do Rio de Janeiro, o que já era de conhecimento público foi enfim oficialmente declarado, ou seja, que a totalidade da verba acordada pelo Banco seria usada para amortizar parte da dívida pública do Município junto ao Governo Federal:

A Prefeitura do Rio recebeu hoje (23/11) a segunda e última parcela do empréstimo de US\$ 1,045 bilhão que obteve junto ao Banco Mundial (Bird), no valor de US\$ 500 milhões (R\$ 886 milhões), para pagamento de sua dívida com a União. [...] Todo o dinheiro será usado para amortizar 25% da dívida do Rio com a União. Essa dívida, hoje, gira em torno de R\$ 5,95 bilhões. O abatimento reduziu os juros que eram pagos ao Governo Federal de IGP-DI + 9% (em 2010) para IGP-DI + 6%, atualmente⁶¹⁶.

Evidentemente, esse tipo empréstimo dificilmente identifica-se com quaisquer das modalidades autorizadas pelos Estatutos do Banco. Com isso, propósitos centrais que deveriam guiar todas as decisões da entidade, como a promoção do desenvolvimento por meio do estímulo aos investimentos privados produtivos, veem-se absolutamente descartados diante de

⁶¹⁴ BANCO MUNDIAL. Rio de Janeiro Municipality Fiscal Consolidation for Efficiency and Growth DPL. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/projects/P111665/rio-de-janeiro-municipality-fiscal-consolidation-efficiency-growth-dpl?lang=en>>. Acesso em: 13 set. 2012.

⁶¹⁵ “Development policy lending aims to help a borrower achieve sustainable reductions in poverty through a program of policy and institutional actions that promote growth and enhance the well-being and increase the incomes of poor people. Development policy operations are supportive of, and consistent with, the country’s economic and sectoral policies and institutions aimed at accelerated sustainable growth and efficient resource allocation. They typically support a program of policy and institutional actions, for example, to improve the investment climate, diversify the economy, create employment, and meet applicable international commitments. Any investment lending subcomponent included in a development policy operation is subject to the relevant operational policies for investment lending.” BANCO MUNDIAL. Operational Manual. OP 8.60, DPL Guidelines. Item 2, ago. 2004. Disponível em: <<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/EXTPOLICIES/EXTOPMANUAL/0,,print:Y~isCURL:Y~contentMDK%3A20240031~isCURL%3AY~menuPK%3A64701637~pagePK%3A64709096~piPK%3A64709108~theSitePK%3A502184,00.html>>. Acesso em: 5 dez. 2012.

⁶¹⁶ PREFEITURA do Rio de Janeiro. Banco Mundial libera os US\$ 500 milhões da última parcela do empréstimo concedido ao Rio. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/web/smf/exibeconteudo?article-id=2325250>>. Acesso em: 16 de abril de 2012.

iniciativas visando a objetivos unicamente financeiros. Nesse caso específico, assim como em diversos outros, por mais que se busque não se consegue vislumbrar, nem ao menos remotamente, quaisquer justificativas materiais que deem suporte à caracterização de uma “circunstância especial” que possa legitimar a fuga da regra geral estabelecida pelo Artigo III, Seção 4 (vii).

CONSIDERAÇÕES ESTRUTURAIS RELATIVAS ÀS TRANSFORMAÇÕES DO BIRD

Nesse capítulo, procuramos identificar o perfil adquirido pelo Banco por meio da descrição de seu desenvolvimento ao longo do tempo. A fim de investigar a legalidade de algumas fases desse processo, analisamos em particular a progressão de suas ações, com especial destaque às plataformas de empréstimo que disponibiliza. Observamos que, enquanto alguns elementos desse processo evolutivo constituíram-se de fato em hipóteses exemplares de aplicação da teoria dos poderes implícitos, outros se opuseram a disposições expressas de seus Estatutos.

Deve-se admitir, contudo, que alguns desvios de interpretação podem não afetar de maneira significativa os propósitos da instituição, tampouco alterar o seu mandato: tais desvios seriam de certa forma absorvidos pela aplicação da teoria dos poderes implícitos. Em contrapartida, o grande problema ocorre quando há subversão dos propósitos ou extrapolação do mandato atribuído à organização. Assim, conquanto não se possa prescindir da análise isolada de alguns elementos que pautaram o seu processo de evolução, apenas uma análise estrutural Banco pode indicar se as transformações por que passou realmente possuem amparo legal. Para tanto, acreditamos que seja fundamental a contraposição entre o perfil original da instituição e suas novas feições.

Pois bem, logo nas primeiras linhas do 2º Relatório Anual do BIRD, publicado em 1947, pode-se apreender quais eram, na visão dos dirigentes da época, os propósitos da organização. Após reforçar que reconstrução e desenvolvimento deveriam mover-se de forma simultânea, o relatório deixa

entrevier os meios que na época eram considerados adequados à satisfação desses fins:

*Creation of conditions of economic health throughout the world requires an increase in the present world levels of industrial and agricultural output and of international trade; this, in turn, requires both restoration of productivity in war-devastated countries and increase of productivity in underdeveloped nations*⁶¹⁷.

A percepção de que somente a recuperação dos meios de produção poderia realizar duravelmente os objetivos da reconstrução e do desenvolvimento é mais uma vez evidenciada quando se afirma que “*Recovery was conceived of primarily in terms of the rebuilding of factories, mines, railroads and other specific productive facilities*”⁶¹⁸.

Nada disso, afinal, era muito surpreendente. Diante dos malefícios provocados pelas políticas protecionistas do entreguerras, a promoção do livre comércio era tida como o elemento chave da nova ordem econômica internacional. Lembremos que originalmente concebeu-se a criação de três instituições (dentre elas o Banco) cujo funcionamento coordenado produziria a estabilidade monetária e a liberalização das barreiras comerciais, elementos tidos como essenciais à garantia da paz. Como não poderia ser diferente, a criação do BIRD obedeceu a esses princípios.

Todavia, já em 1947 podia-se constatar que os problemas do pós-guerra eram na realidade muito mais profundos e complexos do que se imaginara em Bretton Woods:

The deadening effects of the utter and prolonged disruptions of trade have been more serious than was anticipated in 1944, delays in satisfying the most elemental needs for food and fuel have been greater, and the dislocations of the industrial mechanism, of governmental organizations and patterns, and of human resources, have been of more profound significance. Unforeseen political conflicts have accentuated the economic difficulties. As a result, the requirements of recovery today are not limited to the rebuilding of individual productive facilities.

⁶¹⁷ BANCO MUNDIAL. 2º Relatório Anual do BIRD. 1947, p. 5.

⁶¹⁸ Ibidem, p. 6-7.

*They include rehabilitation and reconstruction of entire national economies*⁶¹⁹.

Em perspectiva, as passagens anteriores revelam muito mais do que se pretendeu com elas dizer. A criação das instituições irmãs de Bretton Woods foi sem sombra de dúvida uma realização extraordinária: poucas vezes antes disso um empreendimento inédito tão complexo fora concretizado com tanto sucesso. Isso não impediu que equívocos fossem cometidos. No caso do FMI, por exemplo, o seu funcionamento, ao menos tal qual arquitetado em Bretton Woods, perdurou por pouco mais de uma década: de 1958, quando finalmente a Inglaterra e outros países restabeleceram a conversibilidade de suas moedas, a 1973, quando os Estados Unidos abandonaram definitivamente o padrão ouro. Com relação ao Banco, os acontecimentos não tomaram rumo diferente.

Observou-se que a subestimação dos custos da reconstrução alijou-o de um de seus propósitos. Contudo, não foi esse o único, nem o maior equívoco cometido na época. Mencionamos que os delegados presentes em Bretton Woods não viam razão alguma que justificasse a distinção entre políticas voltadas à reconstrução e aquelas voltadas ao desenvolvimento⁶²⁰. Lembremos que, até então, perdurava a ideia de que reconstrução e desenvolvimento eram facetas do mesmo problema; logicamente passíveis de serem corrigidos com aplicação do mesmo remédio. Para satisfazer tais fins, projetou-se uma instituição cujo mandato resumia-se a dar apoio às iniciativas privadas: essas sim tidas como capazes de promover tanto o restabelecimento das economias afetadas pela guerra como o desenvolvimento dos países periféricos. Isso fica bastante claro a partir da leitura do relatório supracitado, mas sobretudo dos Estatutos do BIRD. Nesse documento, o estabelecimento da regra geral que limita a ação da organização ao financiamento de projetos específicos com fins produtivos não deixa qualquer dúvida quanto ao papel coadjuvante que se pretendeu dar à organização no âmbito do processo de desenvolvimento.

Obviamente, se os instrumentos colocados à disposição do Banco para resolver os problemas da reconstrução, conquanto limitados pelas

⁶¹⁹ Ibidem, p. 7.

⁶²⁰ MASON, E. S.; ASHER, R. E. *The World Bank since Bretton Woods*. Cit., p. 4.

escassas fontes de financiamento, pareciam tecnicamente adaptados a tais fins, em contraste, à medida que se desvendavam quão complexos e diversos podiam ser os problemas relacionados ao subdesenvolvimento, mostraram-se também nítidos o descompasso e as limitações entre os propósitos da instituição e os meios colocados à sua disposição para realizá-los⁶²¹. Isso ficou rapidamente evidente já nos primeiros anos de operação. No 4º Relatório Anual do BIRD, é admirável a surpresa da direção do Banco ao constatar “*how very undeveloped ‘less developed countries’ are*”. Concluem, assim, já no início dos anos 1950, que “*Money alone is no solution... Perhaps the most striking single lesson which the bank has learned in the course of its operations is how limited is the capacity of the underdeveloped countries to absorb capital quickly for really productive purposes’*”⁶²².

Confrontada a esse descompasso, cabia à Diretoria Executiva do Banco resolver a difícil equação entre uma grandiosa ambição institucional e um engessado mecanismo de funcionamento. Diante da improvável composição política necessária à emenda de seus Estatutos, não restou outra alternativa senão flexibilizar a sua imperatividade, o que se fez por meio da atividade interpretativa. Essa escolha não foi, todavia, isenta de consequências.

O BIRD ocupa uma posição especialmente delicada no sistema internacional, tendo que balancear interesses muitas vezes conflitantes. Nesse contexto, alcançar participação universal (ou quase universal) constitui-se em condição essencial à sua efetividade: tal participação pressupõe a crença contínua em sua legitimidade⁶²³.

⁶²¹ “The role of a project within the development process is clearest and most harmonious where the following conditions hold: growth is occurring, so that a project is an addition to the capacity of the economy; the constraints on continued growth are scarcities either of capital or of technical skills, which can be readily provide through the mechanisms of a project; and the economy is generating revenues through the public or private sectors that are sufficient to support the investments over the years after the end of project implementation. [...] Such conditions are not always found, however. Some of the most troubling cases for the Bank have arisen where the obstacles to development are complex and deeply rooted and do not lend themselves to straightforward resolution through projects. This can occur where wider policy or capacity issues hinder project implementation and cannot be addressed by the project, or where the impact of even well-implemented projects is diffused.” DUNCAN, Alex. *The World Bank as a Project Lender*. In: *The World Bank: its first half century*. Cit., vol.2, p. 386.

⁶²² MASON, E. S.; ASHER, R. E. *The World Bank since Bretton Woods*. Cit., 460-461.

⁶²³ WOODS, N. *The Challenges of multilateralism and governance*. In: *The World Bank: structure and policies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 135.

A legitimidade do Banco, por sua vez, apoia-se em algumas condições pouco flexíveis. Assim, a sua relativa independência, decorrente da prerrogativa de financiar-se autonomamente no mercado internacional, e sua *expertise* científica de certa maneira mantinham intacto, ao menos sob a perspectiva formal, seu perfil puramente técnico. O outro elemento que fechava essa equação era, inevitavelmente, o componente jurídico: “*In order to be effective, the Bank needs to be perceived by all its member countries as a legitimate multilateral organisation, pursuing predominantly development objectives in a rule-based way*”⁶²⁴.

Apontamos que o equilíbrio dos componentes político e jurídico era uma preocupação presente já em Keynes. Ao optar pela via interpretativa, ou melhor, pela deriva política decorrente do contínuo exercício interpretativo dos Estatutos do Banco em detrimento do processo de emenda, desequilibrou-se a relação originalmente estabelecida entre direito e política, movimento que incidiu de forma indireta sobre a legitimidade do Banco. Conscientes desse nítido distanciamento entre os Estatutos do BIRD e suas práticas atuais, não são poucas as vozes que hoje clamam por uma reforma das IFIs. Gilbert, Powell e Vines defendem um reposicionamento do Banco: enquanto alguns de seus propósitos teriam se perdido no tempo, outros estão longe do alcance de seus Estatutos⁶²⁵.

Além disso, é certo que o procedimento formal por meio do qual o Banco chega a suas conclusões acerca da juridicidade de algumas questões também não contribuiu ao reforço de sua legitimidade. O poder atribuído ao Banco de interpretar seus próprios Estatutos reveste a atividade jurisdicional de uma roupagem peculiar. Isso porque a imparcialidade (ao menos formal) necessária à legitimação de suas decisões é elemento ausente nas opiniões legais do Banco. Primeiro porque ele, distintamente da qualquer Corte, é juiz e parte do mesmo processo, cujo conteúdo material via de regra concerne a elemento tão delicado como a extensão de seus poderes. Tal fato seria *per se* mais do que suficiente para corroer

⁶²⁴ Idem, *ibidem*, p. 137-139.

⁶²⁵ “Naim (1994) accuses current World practices of generating dysfunctional ‘goal congestion’. The implication of a long line of such criticism (*see* KLM, 1997a, chapter 14) is that it might be desirable if the Bank could better define its focus.” GILBERT, C. L.; POWELL, A.; VINES, D. *Positioning the World Bank*. Cit., p.39 et seq.

qualquer vestígio de legitimidade presente em suas decisões. Contudo, a característica mais dramática das opiniões legais emitidas pelo Banco acaba sendo a natureza mutante e muitas vezes até mesmo contraditória de seu conteúdo.

Não obstante o esforço hercúleo muitas vezes despendido pelo Advogado Geral para tentar conciliar enunciados diametralmente opostos, a leitura desses textos induz o sentimento de estarmos não somente diante de uma decisão que deveria ser (ao menos aparentemente) imparcial, mas de um verdadeiro exercício de advocacia. Apesar do brilhantismo e da cuidadosa análise jurídica exibida em suas opiniões, a inflexibilidade de alguns conceitos é obstáculo muitas vezes materialmente insuperável. Nesse caso, as inevitáveis contradições e as constantes mudanças de orientação⁶²⁶ acabam por lhe retirar qualquer traço remanescente de legitimidade. A leitura desses pareceres, sobretudo à luz do problema institucional já citado, não nos transmite outra sensação senão aquela de estarmos diante de uma tentativa frustrada de revestir de alguma legalidade formal uma decisão previamente tomada com base em elementos eminentemente políticos.

A despeito de aparentemente alegórico, o direito desempenha, portanto, um papel extremamente relevante no funcionamento da maquinaria institucional. Embora questões políticas naturalmente permeiem os processos internos do Banco, o respeito à legalidade, conquanto não o único, permanece sendo um poderoso veículo legitimador de suas ações. Num ambiente tão conflituoso, quaisquer desvios ou incompatibilidades técnicas são vistos com grande suspeita, seja por alguns membros, seja por

⁶²⁶ Exemplificativamente, a apreciação do então Advogado Geral do Banco concernente à aplicação da *rule of law* nos dá uma boa panorâmica dessas mudanças. Álvaro Santos, numa análise meticulosa e digna de destaque, aponta com precisão a impressionante oscilação do conceito de *rule of law* no âmbito do Banco Mundial: “I trace back in time the usage of the ROL concept in the Bank and discuss how the introduction of the rule of law in the Bank was supposed to have a merely institutional meaning but it encompassed a substantive one as well. Indeed, throughout the 1990s, the World Bank’s ROL rhetoric has further broadened to include the four conceptions previously discussed. Thus, starting out reflecting an instrumental conception of the ROL, both in its institutional (Weber) and substantive (Hayek) versions, the Bank gradually expanded its rhetoric to include an intrinsic conception, in its institutional (Dicey) and substantive (Sen) versions. I will conclude the section showing how current World Bank rhetoric consists of a hodge-podge reflecting multiple conceptions of the ROL”. SANTOS, A. The World Bank’s uses of “rule of law” promise in economic development. Cit., p. 260.

seus críticos. Logo, os holofotes concentram-se em como o Banco apreende o seu próprio direito e como o aplica em suas relações.

Em linhas gerais, esse conjunto de fatores possibilitou o desenvolvimento institucional do Banco, permitindo-lhe interferir de forma muito mais aguda no processo de desenvolvimento. Em contrapartida, o recuo do direito no âmbito da estrutura institucional solapou um dos pilares sobre o qual se assentava a sua legitimidade.

No plano material, a relativização de alguns princípios fundamentais de sua constituição, como a não interferência nos assuntos internos de seus membros⁶²⁷, aliada à deriva política de suas ações, criou certo sentimento de desconfiança em alguns de seus membros. Com o vertiginoso avanço da condicionalidade (nem sempre equitativa, diga-se de passagem), aprofundou-se, por reflexo, a cisão já existente em Bretton Woods entre os países desenvolvidos, membros ocupando posição privilegiada na estrutura institucional, e os países em desenvolvimento, potenciais clientes do Banco⁶²⁸. Como observa Stiglitz, “*Conditionality – including the manner in which conditions have often been imposed – has come to be seen by many, especially within the developing world, as part of the new economic colonialism which has succeeded the old*”⁶²⁹.

Além do natural descaso decorrente desse sentimento de interferência externa, o constante aumento da complexidade dos projetos excluiu a participação de países dotados de limitada capacidade administrativa para gerir projetos executados em seu próprio território⁶³⁰. Expressão concreta do já mencionado processo de transformação observado por Dupuy, nesses casos a Organização nitidamente atravessa a autoridade

⁶²⁷ Artigo III, Seção 5 (b) dos Estatutos do BIRD.

⁶²⁸ “Much of the contemporary hostility toward IOs reflects a growing recognition that the benefits of the values advanced by IOs – centralization and independency – are not distributed equally among states. There is a growing awareness, particularly as IOs centralize their own power as well as concentrate the power of their most powerful members, that institutionalization may not have truly ‘leveled the playing field’ as advertised, even though the relative powers of rich and poor or West and ‘other’ are undoubtedly ‘more equal’ than before, when the bulk of today’s states were deemed entirely outside the domain of ‘civilized’ law. Some of the scepticism about the value of IOs as ‘neutral’ venues for regulation or discourse stems from post-modern doubts about the law’s neutrality.” ALVAREZ, J. E. *International Organizations: Then and Now*. In: *American Journal of International Law*. Washington: American Society of International Law, vol. 100, n. 2, p. 345, 2006.

⁶²⁹ STIGLITZ, J. E. Introduction. In: *The World Bank: structure and policies*. Cit., p. 4.

⁶³⁰ KAPUR, D.; LEWIS, J.; WEBB, R. *The World Bank: its first half century*. Cit., p. 36.

estatal para alcançar diretamente o cidadão, não obstante o déficit democrático que essa ação comporta.

Os resultados dessa prática mostraram-se, no entanto, bastante desanimadores. A avaliação dos programas de ajuste patrocinados pelas IFIs ao longo dos anos 1980 e 1990 consolidou a superação da ideia segundo a qual reformas econômicas poderiam ser mais facilmente realizadas sob regimes autoritários⁶³¹.

Conforme observado no capítulo 2, a revisão da condicionalidade embarcada nos acordos financeiros celebrados pelas IFIs, com o estímulo à participação nacional na elaboração e gestão dos projetos (*national ownership*), não pode deixar de ser entendida como um passo atrás nesse processo e uma nítida tentativa de reconquistar ao menos parte da legitimidade perdida, reforçando, entretanto, o sentimento de que um reenquadramento estatutário tanto do Banco como do FMI é medida essencial ao bom funcionamento dessas instituições.

⁶³¹ JAMES, H. From grandmotherliness to governance: the evolution of IMF conditionality. In: *Finance & development*. Washington: FMI, v. 35, n. 4, 1998.

Capítulo 5

A Mecânica institucional

Observou-se que as repercussões do ingresso de qualquer ente estrangeiro em um projeto, até mesmo devido à multiplicidade de regras, inclusive internacionais, que passam a incidir sobre as diversas relações jurídicas que se tecem em seu âmbito, naturalmente aumentam a sua complexidade. Estatutos jurídicos e recomendações das mais variadas ordens entrecruzam-se num mosaico de disposições que se sobrepõem umas às outras, gerando, muitas vezes, controvérsias relativas à definição do direito aplicável ao caso.

Não obstante tais obstáculos, enquanto os riscos incidentes sobre o projeto permanecem no âmbito comercial, os múltiplos instrumentos de mitigação disponíveis no mercado são capazes de contê-los de forma satisfatória. A problemática do *project finance* adquire contornos muito mais dramáticos quando aos riscos de natureza comercial adicionam-se riscos de outra natureza, em especial política, decorrentes da interferência do Estado anfitrião nesses empreendimentos.

A ação, mesmo indireta, da autoridade pública provoca impacto inexorável em qualquer empreendimento. Porém, essa não é a única forma de relacionamento que o Estado anfitrião pode ter com o projeto. Parcela considerável das hipóteses de emprego dessa técnica refere-se à edificação de obras de infraestrutura, especialmente produção de energia, oleodutos e refinarias, estradas, estações de tratamento e distribuição de água, telecomunicações e mineração: uma gama extensa de atividades nas quais a participação do Estado sempre foi incontornável. O envolvimento de um ente soberano em montagem financeira tão delicada obviamente tem repercussões das mais diversas ordens, que variam segundo as características políticas, sociais e econômicas da respectiva sociedade. Nesse contexto, a dissociação dos diferentes papéis desempenhados pela autoridade pública no âmbito de um mesmo projeto (participante do projeto e país anfitrião) pode não ser, na prática, tarefa tão fácil quanto se imagina.

Pôde-se verificar que há inúmeras formas de se mitigar riscos políticos num projeto: algumas contando com a participação de entidades públicas nacionais, outras com a participação de entidades privadas, outras ainda com a intervenção de entidades de natureza multilateral. Destacaram-se de maneira bastante breve as formas de atuação dos bancos de desenvolvimento no âmbito dessa cadeia.

A atuação do Grupo Banco Mundial na regulação internacional do *project finance* desenvolve-se a partir de diversas vertentes. Viu-se que o BIRD, de início criado para participar de projetos específicos destinados a fins produtivos, ampliou de maneira gradual a extensão de seu mandato, assumindo, por meio da condicionalidade incorporada a seus acordos financeiros, funções regulatórias estranhas a seus propósitos originais.

O crescente investimento em pesquisa credenciou o Banco como uma das principais autoridades mundiais em matéria de desenvolvimento, tanto que Gilbert e Vines chegam a defender a reorganização do Banco Mundial segundo a visão de si mesmo como “*knowledge Bank*”⁶³². Ao mesmo tempo, o Banco nunca deixou de ser uma instituição financeira. Todavia, esses dois elementos nunca se enquadrariam na mesma imagem se o Banco tivesse se autolimitado às atividades de simples intermediário financeiro. Na verdade, os volumes emprestados pelo Banco, em termos reais, nem são tão significativos se comparados aos de outras fontes, como os mercados financeiros, bancos comerciais ou até mesmo empréstimos bilaterais⁶³³. O que o torna realmente singular não é o fato emprestar dinheiro e produzir ideias, mas de agregá-los no mesmo “pacote”: “

*We refer to this as the “Bank in the Field”. In this mode, the Bank provides development skills including skills in project and program management, bundled together with its loans in a package which would otherwise be unavailable to the Bank’s low- and middle-income client countries”*⁶³⁴.

⁶³² GILBERT, C. L.; VINES, D. The World Bank: an overview of some major issues. In: *The World Bank: structure and policies*. Cit., p. 10.

⁶³³ “In fact, by 2009, BNDES was one of the largest development banks in the world, with \$222 billion in assets, lending more funds annually than the World Bank.” SANTOS, A. Carving Out Policy Autonomy for Developing Countries in the World Trade Organization: The Experience of Brazil and Mexico. In: *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville, vol. 52, n° 3, 2012.

⁶³⁴ GILBERT, C. L.; POWELL, A.; VINES, D. Positioning the World Bank. In: *The World Bank: structure and policies*. Cit., p. 51.

Essa evolução funcional, descrita de forma mais detalhada no capítulo precedente, foi essencial à consolidação da posição de destaque do Banco entre as diversas entidades que participam da regulação do *project finance*, sobretudo em projetos destinados aos países em desenvolvimento. Não se tratou essa, contudo, da única transformação do Banco.

A ampliação de suas funções foi acompanhada pelo aprimoramento paralelo de sua estrutura. Outras instituições com funções complementares ao BIRD, compartilhando a sua filosofia, foram criadas com o passar dos anos para dar suporte a operações que, em caso contrário, dificilmente seriam realizadas. Esse incremento institucional permitiu ao Grupo intervir nas diferentes etapas desse processo: concedendo empréstimos diretos a projetos, disponibilizando linhas de crédito a entidades privadas, oferecendo garantias, ou ainda resolvendo conflitos.

Pois bem, no capítulo 3, observamos como o Grupo Banco Mundial situa-se e interage com outros atores no âmbito geral do *project finance*. Nos próximos capítulos, examinaremos os principais instrumentos de sua ação. Mas não somente: fiéis aos propósitos de nosso trabalho, também nestes capítulos nos esforçaremos para identificar novas manifestações do direito internacional, numa área fortemente marcada pela globalização.

5.1 A diversificação estrutural

No capítulo precedente, pôde-se acompanhar como se deu a evolução funcional do Banco a partir de sua gênese até o presente. Sob a perspectiva teórica, esse processo evolutivo não pode deixar de ser entendido como uma reação às formidáveis transformações que alteraram as feições do mundo tal qual se conhecia. Nesse contexto, o desenvolvimento, primeiro, do mercado bancário internacional e, em seguida, do mercado internacional de títulos, tornou financeiramente possível o que na realidade se pretendia implementar desde a concepção do Banco: o financiamento do desenvolvimento através de fluxos privados. Apenas não se imaginava que a aversão aos riscos identificados nos países em desenvolvimento se

constituísse em obstáculo tão persistente, contendo a maior parte desses fluxos financeiros dentro de um circuito bastante restrito.

A fim de equacionar essa falha do mercado financeiro internacional, o Banco lançou mão de inúmeros artifícios, expandindo ao máximo seu mandato. Ainda assim, limitações materiais o impediam de realizar plenamente o papel para o qual havia sido criado. Ao longo da segunda metade do século XX, outras instituições foram edificadas, transformando o que era apenas uma instituição num grupo de instituições unidas por um propósito comum: promover o desenvolvimento no mundo.

Ao analisarem a criação e as operações da IDA, Mason e Asher ponderam que há “*several different ways of looking at the creation and operation of IDA as an affiliate of the World Bank. Each of these perspectives has some validity, but no one of them alone will suffice*”⁶³⁵. Longe de descreverem unicamente o processo evolutivo singular que deu vida à IDA, esses autores parecem identificar as feições do desenvolvimento do Grupo Banco Mundial como um todo. De fato, os críticos do Banco, seu *staff*, representantes políticos dos Estados, membros dos movimentos antiglobalização, enfim, cada indivíduo enxerga a instituição a partir de uma perspectiva. Conquanto nenhuma dessas visões esteja absolutamente descartada, nenhuma delas, considerada isoladamente, é capaz de apreender todas as peculiaridades que envolveram a evolução dessa instituição. O desenvolvimento do Banco foi na realidade a resultante de uma série de vetores das mais diversas ordens. Dessa forma, ainda que admitida a supremacia do poder econômico de seus principais membros no processo de tomada de decisões, trata-se esse de apenas um vetor dessa equação, impulsionado lateralmente por um número bastante grande de fatores.

No âmbito das relações internacionais, a guerra fria foi sem dúvida um componente importante desse processo. Nesse cenário, a troca de investimentos em larga escala por alinhamento político e militar caracterizou uma prática corrente num período importante do financiamento do desenvolvimento. A despeito das resistências internas iniciais do Banco à instrumentalização política dos projetos, a influência da guerra fria sob

⁶³⁵ MASON, E. S.; ASHER, R. E. *The World Bank since Bretton Woods*. Cit., p. 417.

suas ações foi inevitável. No final dos anos 50, a contenção do comunismo dentro de suas fronteiras provocou a mobilização irrestrita do ocidente. Ao mesmo tempo, a recuperação europeia, impulsionada pelo Plano Marshall, reorientou geograficamente as ações do Banco a países pobres considerados chave como Turquia, Irã, Paquistão, Índia, Indochina, Taiwan, Coreia e Filipinas. Essa política de contenção realizada por meio de um mix de alianças militares, intervenções e ajuda econômica e militar em larga escala constituiu-se numa variável importante da formação das instituições desse período.

Outro elemento dessa equação foi o processo de descolonização. Já no final dos anos 1950, os países em desenvolvimento haviam se tornado uma entidade *per se*, não obstante o processo de descolonização ter se estendido até meados dos anos 1970. A Conferência de Bandung (1955), nesse contexto, marcou um momento importante do movimento dos países não alinhados, consolidando um novo elemento a ser desde então considerado na política internacional, em especial devido à sua vigorosa atuação no âmbito das organizações internacionais.

Sob a perspectiva interna, a diversificação institucional do Banco respondeu à crescente necessidade de expansão de suas atividades diante de sua lista cada vez mais reduzida de clientes. Conforme observado no capítulo precedente, a recuperação europeia, o aumento da oferta de créditos privados e as limitações estatutárias do Banco representavam severas restrições a suas atividades: “*The Western Europeans and the Australians were becoming too creditworthy to borrow from the Bank. The Japanese were still large borrowers but obviously not destined to remain so*”. Por outro lado, no que concerne aos países em desenvolvimento, “*India, Pakistan, and some other major borrowers were piling up external debt so rapidly as to call into question their continued creditworthiness for loans on Banks terms. The creditworthiness of newly independent countries in Africa for interest-bearing loans was also questionable*”⁶³⁶.

⁶³⁶ “Even if the Bank had gotten off to a speedier and smoother start, the range within which it apparently would confine its assistance – the provision of loans at close-to-commercial rates of interest to cover the foreign exchange costs of productive projects narrowly defined – seemed to the less developed countries to ignore their equally urgent need for funds to finance so-called non-self-liquidating projects, ‘low-yielding and slow-yielding projects in such fields as health, education, and housing.’ MASON, E. S.; ASHER, R. E. *The World Bank since Bretton Woods*. Cit., p. 380-381.

Subjacente a esses elementos de ordem fática, a evolução da noção de desenvolvimento, muito em função inclusive da atuação do próprio Banco, revelava com mais e mais clareza que os problemas estruturais dos países em desenvolvimento diferenciavam esse processo (desenvolvimento dos países em desenvolvimento), tanto da reconstrução como do processo histórico-social correlato que culminou com o desenvolvimento das nações industrializadas. Tal constatação demandava uma nova abordagem desse fenômeno, exigindo ações de outra natureza. Como vimos, algumas dessas ações tornaram-se possíveis graças à reinterpretação de seu Estatuto, outras necessitaram da criação de outras entidades com fins complementares.

Portanto, se realmente a palavra final nesse processo de edificação coube aos países desenvolvidos, não se tratou essa de uma decisão independente, consensual e pacífica; mas sim da conjugação de uma série de fatores objetivos e subjetivos. Entretanto, nem sempre a resultante dessa equação produziu o mesmo efeito: ao longo desse processo, algumas instituições foram edificadas e desenvolveram-se, outras tiveram sua criação abortada ou postergada, sendo constituídas somente após nova alteração das circunstâncias políticas.

IDA (INTERNATIONAL DEVELOPMENT ASSOCIATION) – AID (ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE DESENVOLVIMENTO)

O advento da IDA foi, no contexto supramencionado, paradigmático. Ela foi o resultado de um impulso incessante da parte dos países em desenvolvimento, muitos dos quais ex-colônias tendo obtido a sua independência. Inseridos numa conjuntura internacional bipolar, essas nações encontraram nas organizações internacionais, sobretudo naquelas em que seu peso numérico poderia lhes ser favorável, o fórum ideal para submeter suas demandas. Ao mesmo tempo, as já indicadas limitações estatutárias do Banco concretamente impediam-no de apresentar soluções satisfatórias às reivindicações desses países. A escolha da ONU como terreno político no qual travar essa batalha mostrou-se assim bastante adequada: não somente tratava-se de instituição orientada pelo critério

democrático (não econômico), como também apresentava inúmeras plataformas em que essas demandas podiam ser formuladas⁶³⁷.

Tendo em vista as reconhecidas necessidades de financiamento desses países, não demorou muito a que propostas de criação de órgãos executivos fossem elaboradas. Já em 1949, portanto alguns anos antes do grande crescimento do movimento em prol dos países em desenvolvimento, sugeriu-se na Subcomissão de Desenvolvimento Econômico a criação da UNEDA (*United Nations Economic Development Administration*), iniciativa prontamente descartada pelo governo estadunidense e pelo Banco Mundial, de início contrários à ideia de *soft loans* (empréstimos em condições bastante favoráveis). Parecia, no entanto, claro que as reivindicações não cessariam por aí, ganhando contornos de verdadeira campanha em seus episódios seguintes. Foi o que ocorreu de forma sucessiva com a apresentação de proposta objetivando a criação da SUNFED (*Special United Nations Fund for Economic Development*) e a propagação do debate acerca do financiamento do desenvolvimento econômico ao longo de toda a década de 1950. Ao final desse período, já se admitia que, conquanto pudesse ser retardado, esse movimento não podia ser contido⁶³⁸.

A criação da IDA foi uma resposta a essas solicitações, mas constituiu-se, sobretudo, em uma saída estratégica para esvaziar a incômoda criação da SUNFED⁶³⁹: edificá-la sob os auspícios do Banco Mundial permitia aos países desenvolvidos controlá-la, o que dificilmente seria possível caso fosse consolidada sob os cuidados da ONU.

No âmbito das relações internacionais, o advento da IDA logo se transformou numa peça importante do quebra-cabeça geopolítico da época. Para que a guerra continuasse “fria” era imperativo que os movimentos de

⁶³⁷ Dentre essas chamadas plataformas destacavam-se a Subcomissão de Desenvolvimento Econômico e a ECOSOC (*Economic and Employment Commission of the Economic and Social Council*), além de outros quatro órgãos permanentes: o Comitê econômico do ECOSOC, o próprio ECOSOC, o Comitê econômico e financeiro da Assembleia Geral e a própria Assembleia Geral.

⁶³⁸ Entre 1958 e 1962, inúmeras iniciativas visando os países mais pobres foram criadas. O *Development Loan Fund* foi anexado ao programa bilateral de assistência americano (1958). Também nesse ano, foi criada uma janela específica destinada aos países em desenvolvimento no âmbito do IEB (Banco Europeu de Investimento) e surgiram o Fundo Europeu para o Desenvolvimento, a Comissão Econômica das Nações Unidas para África e a primeira iniciativa informal de coordenação da ajuda ao desenvolvimento (*Indian Aid Consortium*).

⁶³⁹ WEAVER, J. H. *The International Development Association: A new approach to foreign aid*. New York: Praeger, 1965. p. 28.

cada parte não se fizessem de forma explícita. Há certo consenso de que países dominantes (como os Estados Unidos e seus aliados políticos) precisam de instituições multilaterais, como o Banco, para alcançar objetivos que não alcançariam (ou só com dificuldade muito maior) agindo sozinhos⁶⁴⁰. Conforme apontam Abbott e Snidal, “*powerful states structure such organisations to further their own interests but must do so in a way that induces weaker states to participate*”⁶⁴¹. Por meio dessas instituições, os países desenvolvidos do ocidente estenderam seu alcance, penetrando sutilmente no domínio político interno de outros países⁶⁴².

Exemplos desse movimento foram nítidos. Nos anos 1960, as atenções estadunidenses voltaram-se para uma América Latina bastante afetada pela experiência cubana⁶⁴³. A criação do Banco Interamericano e os empréstimos da IDA para Chile e Nicarágua, países que não se constituíam em seus clientes prioritários, atestam esse esforço. No caso do Banco Interamericano, a previsão de empréstimos objetivando a satisfação de propósitos sociais em certa medida representava uma concessão estadunidense às demandas dos países da região e um avanço significativo num campo ainda controvertido (financiamento de projetos no setor social)⁶⁴⁴.

⁶⁴⁰ WOODS, N. The Challenges of multilateralism and governance. In: *The World Bank: structure and policies*. Cit., p. 135-136.

⁶⁴¹ ABBOT, K. W.; SNIDAL, D. Why States act through formal International Organisations. In: *Journal of Conflict Resolution*, vol. 42, p. 3-32, fev. 1998.

⁶⁴² Para ser efetiva, contudo, a instituição depende da participação de grande número de Estados, o que somente ocorre devido à crença em sua legitimidade. É exatamente essa legitimidade que torna algumas políticas aceitáveis para o resto do mundo. “Finally, the United States benefits from the multilateralism of the World Bank because the institution plays a vital role in making US-supported aims and policies more acceptable to the rest of the world.” WOODS, op. cit., p. 136.

⁶⁴³ “Garner, moreover, was echoing doubts that had begun to arise in the U.S. foreign policy establishment. Undersecretary of State Douglas Dillon, for instance, speaking to the senate Foreign Relations Committee in the aftermath of Fidel Castro, had pointed to the distributive failure of previous development efforts: ‘While there has been a steady rise in national incomes throughout [Latin America], millions of underprivileged have not benefited’. Yet, despite its professions of business as usual and unbending manner, the institution was in fact being transformed. Pulled by political and intellectual currents, its operations drifted toward the poor over the 1960s.” KAPUR, D.; LEWIS, J.; WEBB, R. *The World Bank: its first half century*. Cit., p. 142-143.

⁶⁴⁴ “Several of IDA’s early loans were for projects in Latin America, another region in crisis during the 1960s. Honduras, Chile, Nicaragua, Colombia, Costa Rica and Paraguay were all borrowers during IDA’s initial two years of operation. These credits coincided with a more general turn of events; between 1959 and 1960, Latin America received the full benefit of Fidel Castro’s revolution. The first effects had already appeared with the decisions to establish an Inter-American Development Bank and to surrender – after long resistance – to Latin America demands for commodity prices stabilization; a coffee agreement was signed in September 1959. The aid momentum increased in early 1960, following Cuba sweeping expropriations, its trade pact with URSS, and Eisenhower’s trip to South America. ‘Upon my return,’ he wrote, ‘I determined to

Independentemente da conveniência política que envolveu a criação da IDA, numa perspectiva mais ampla esse evento pode ser identificado como um reflexo concreto de uma mudança conceitual da própria noção de desenvolvimento. A degradação econômica acelerada dos países pobres expôs de forma mais clara os reais contornos da pobreza e do subdesenvolvimento. A fim de não se tornar irrelevante, cabia ao Banco adaptar-se a essa nova conjuntura. Porém, alguns obstáculos institucionais deveriam ser superados.

A natureza dos empréstimos da IDA, sua distinção daqueles concedidos pelo BIRD, os temores de que a complementaridade entre IDA e BIRD afetasse a credibilidade financeira do último, além da composição das fontes de financiamento da nova organização consistiam nos principais pontos controvertidos a serem equacionados para que a nova instituição fosse criada. Chegou-se mesmo a sugerir que as funções afinal atribuídas à IDA fossem delegadas ao próprio BIRD, o que se faria com a emenda de seus Estatutos. A rejeição dessa alternativa e a opção pela criação de uma nova instituição não se deram por razões de incompatibilidade técnica, e sim em função das dificuldades e armadilhas que a abertura do processo de emenda do Estatuto do BIRD poderia apresentar⁶⁴⁵.

A decisão prioritária a ser tomada relacionava-se ao financiamento da nova instituição. Conquanto não nos aprofundaremos nesse tema, ele foi objeto de vivas controvérsias. Em síntese, questionava-se se as subscrições deveriam acompanhar o critério empregado no BIRD, que, por sua vez, já havia sido uma adaptação do esquema originalmente criado para o FMI. Argumentava-se – com pertinência – que as circunstâncias econômicas existentes em Bretton Woods haviam se modificado: a dissolução dos

begin ...historic measures designed to bring about social reforms for the benefit of all the people of Latin America'." Idem, *ibidem*, p. 163.

⁶⁴⁵ "The instructions of the board of governors implied that IDA would have its own Articles of Agreement. But this was a political rather than a legal necessity. Authority to make soft loans and/or grants could have been obtained by amending the Bank's charter. Amending the Bank's existing Articles of Agreement, however, was judged too hazardous a procedure [...] 'But...to amend the Bank's charter in that respect might open discussions of the Bank charter, invite more amendments, etc., etc., and it [IDA] was therefore set up as a completely new and separate organization even though under the same top management. Another consideration was to emphasize to the world, especially to the investors in Bank bonds, the completely different financial status of the two institutions.'" MASON, E. S.; ASHER, R. E. *The World Bank since Bretton Woods*. Cit., p. 389-390.

impérios coloniais alterara de forma significativa o potencial econômico de alguns países.

A despeito dessas controvérsias, decidiu-se pela atribuição de um capital social da ordem de 1 bilhão de dólares (valor considerado baixo por alguns membros), distribuídos a partir de uma fórmula inspirada no estatuto do BIRD (5% das subscrições do BIRD referentes ao final de 1959). Os membros seriam divididos em duas categorias distintas segundo sua capacidade financeira⁶⁴⁶. Assim, tivessem todos os 68 membros do Banco na época aderido à IDA, “*its usable resources on the basis of initial subscriptions (nominally totaling \$1 billion) would have been \$786.7 million, comprised of \$763 million from the seventeen Part I countries and \$23.7 million (10 percent of \$237 million) from the fifty-one Part II countries. This would have permitted disbursements totaling \$150 million to \$160 million annually*”⁶⁴⁷.

Muito embora se constitua em entidade autônoma, a IDA mantém ligação umbilical com o BIRD, compartilhando a mesma estrutura administrativa e cadeia de comando: corpo técnico, procedimentos internos, critérios de ação, instâncias decisórias, sede e presidência⁶⁴⁸. Devido a isso, Mason e Asher chegaram a descrever a distinção entre as duas instituições como sendo uma “elaborada ficção”. Não iríamos tão longe. Isso porque particularidades estruturais de ambas permitem identificar diferenças significativas que nos conduzem muito além da simples consolidação contábil:

*it would be wrong to claim that the distinction between these two parts of the World Bank group is little more than an accounting device. This because both the criteria for the disbursement of funds and the sources of loaned funds are quite different. The Bank, as IDA, provides both development assistance and enhance access to capital*⁶⁴⁹.

⁶⁴⁶ “Desde o início das suas operações, o conjunto dos membros é organizado em dois grandes grupos: a Parte I, integrada pelos principais países doadores, e a Parte II, integrada por outros doadores com obrigações financeiras menores e pelos países elegíveis a créditos [...]”. PEREIRA, J. M. M. *O Banco Mundial com ator político, intelectual e financeiro (1944-2008)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010. p. 53.

⁶⁴⁷ “Congressional approval for U.S. participation was obtained by mid-year, thus assuring IDA of \$329 million of the \$650 million needed to bring the Articles of Agreement into force. By September 24, 1960, the charter had been signed on behalf of eight Part I governments, whose subscriptions aggregated \$597.4 million, and seven Part II governments, with subscriptions amounting to \$88.8 million, for a total of \$686.2 million.” MASON, E. S.; ASHER, R. E. *The World Bank since Bretton Woods*. Cit., p. 392 e 396.

⁶⁴⁸ PEREIRA, op. cit., p. 53.

⁶⁴⁹ GILBERT, C. L.; VINES, D. The World Bank: an overview of some major issues. In: *The World Bank: structure and policies*. Cit., p. 13.

A diferença entre as naturezas entre um fundo e um banco nuançou outras tantas controvérsias que somente o tempo veio resolver. Uma das maiores preocupações do BIRD, desde sua gênese, foi a consolidação de uma reputação sólida junto ao mercado financeiro. Disso dependia a sua autonomia financeira. Para tanto, critérios objetivos com relação à credibilidade de seus clientes e à autossustentabilidade dos projetos que patrocinava sempre foram considerados pontos chave que garantiam o reembolso das somas emprestadas. A IDA, por sua vez, constituída sob a forma de um fundo recomposto periodicamente⁶⁵⁰, nunca teve essa preocupação. Por outro lado, deveria ser seletiva quanto aos projetos dos quais participaria: diante de sua limitação financeira, algumas escolhas naturalmente excluía outras.

A partir desses elementos, indagava-se acerca da natureza dos projetos financiados pela IDA e os critérios de elegibilidade à obtenção de sua assistência. Na base desses questionamentos havia a preocupação acerca do futuro relacionamento entre as organizações, a distinção funcional entre ambas e a hipotética influência negativa da IDA na reputação do BIRD junto ao mercado.

Optou-se, afinal, por uma estratégia laxista: esquivar-se de longas discussões acerca de temas ainda controversos, transferindo o debate a outra esfera, a interpretativa. Nesses termos, a vagueza dos termos da carta constitutiva da IDA não foi um elemento acidental. Tão larga é a liberdade de ação nela prevista que Black, ao comentá-la (em apreciação um tanto exagerada), afirmou: “*We can do what we want. The charter of IDA gives the management and staff the right to do almost everything*”⁶⁵¹. Além dos imperativos de

⁶⁵⁰ “A AID tem três fontes de financiamento: doações voluntárias dos países-membros mais ricos e de alguns países ‘em desenvolvimento’ e ‘em transição’ (como Brasil, México, Coreia, Hungria, Federação Russa, Turquia, entre outros), ressarcimento de seus próprios créditos pelos mutuários e transferência da receita líquida do Bird e da CFI (descontadas de seus rendimentos anuais). A primeira fonte é responsável pela maior parte dos recursos da agência, enquanto as duas restantes respondem por percentuais variados. As doações ocorrem periodicamente a cada três anos, por meio de reposições (*replenishments*) que englobam cerca de 30 países doadores, cujo aporte, em geral, é parte do seu orçamento para Assistência Oficial ao Desenvolvimento.” PEREIRA, J. M. M. *O Banco Mundial com ator político, intelectual e financeiro (1944-2008)*. Cit., p. 53-54.

A IDA é reabastecida a cada 3 anos por contribuições de países desenvolvidos e em desenvolvimento, assim como por outras duas organizações do Grupo: o BIRD e a CFI. No último reabastecimento, a contribuição de 52 países totalizou \$49.3 bilhões de dólares. Antigos clientes da IDA, como China, Egito, Coreia e Turquia, são hoje doadores.

⁶⁵¹ WEAVER, J. H. *The International Development Association: A new approach to foreign aid*. Cit., p. 100.

maleabilidade, muitas questões permaneceram sem solução mesmo após a adoção de sua constituição.

O Artigo I de fato permite uma grande amplitude às ações da IDA. Sendo o seu propósito central – *“to promote economic development, increase productivity and thus raise standards of living in the less-developed areas of the world”* –, não se vislumbra qualquer restrição geográfica ou econômica ao alcance de suas atividades. Tampouco quanto à forma que suas ações devem assumir identifica-se limitação aparente: *“in particular by providing finance to meet their important developmental requirements on terms which are more flexible and bear less heavily on the balance of payments than those of conventional loans”*. Muito pelo contrário. A expressão *“in particular”* prioriza a concessão de empréstimos diretos sem excluir outras formas de ação, tais quais as previstas no Artigo V, Seção 2. Por fim, a ausência de critérios objetivos delimitando as suas atividades igualmente torna vaga a forma pela qual a preconizada complementaridade entre IDA e BIRD deve-se realizar, *“thereby furthering the developmental objectives of the International Bank for Reconstruction and Development (hereinafter called ‘the Bank’) and supplementing its activities”*⁶⁵².

Na verdade, os dois elementos balizadores das atividades da IDA são estipulados no Artigo V, Seção 1 (b e c). Consistem na imposição do financiamento a projetos específicos incapazes de serem financiados pelo beneficiário por meio do recurso ao BIRD ou de outras opções disponíveis no mercado. Contudo, também essas limitações são de imediato flexibilizadas por expressões que as tornam praticamente inócuas⁶⁵³. Isso

⁶⁵² “Article I: Purposes

The purposes of the Association are to promote economic development, increase productivity and thus raise standards of living in the less-developed areas of the world included within the Association's membership, in particular by providing finance to meet their important developmental requirements on terms which are more flexible and bear less heavily on the balance of payments than those of conventional loans, thereby furthering the developmental objectives of the International Bank for Reconstruction and Development (hereinafter called ‘the Bank’) and supplementing its activities.

The Association shall be guided in all its decisions by the provisions of this Article.” BANCO MUNDIAL. *IDA Articles of Agreement*. Washington: World Bank, 1960. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/ida/articles-agreement/IDA-articles-of-agreement.pdf>>. Acesso em: 30 dez. 2012.

⁶⁵³ “Article V: Operations. SECTION 1. Use of Resources and Conditions of Financing

(b) Financing provided by the Association shall be for purposes which in the opinion of the Association are of high developmental priority in the light of the needs of the area or areas concerned and, except in special circumstances, shall be for specific projects.

(c) The Association shall not provide financing if in its opinion such financing is available from private sources on terms which are reasonable for the recipient or could be provided by a loan of the type made by the Bank.” BANCO MUNDIAL. *IDA Articles of Agreement*. Cit.

porque os mencionados artigos deixam a cargo da própria instituição a definição da finalidade de suas ações, as quais “*in the opinion of the Association are of high developmental priority in the light of the needs of the area or areas concerned*”. Além disso, não definem expressões essenciais como “circunstâncias especiais” e “termos razoáveis”, dois elementos que excepcionam, respectivamente, a obrigatoriedade de se financiar projetos específicos e a imposição de recorrer ao mercado.

Concretamente, não há limitações objetivas à natureza dos projetos de que a IDA participa, tampouco ao status de seus clientes. Ainda que estatutariamente seja autorizada a contratar qualquer entidade, inclusive privada⁶⁵⁴, normalmente celebra seus acordos com entidades públicas.

A partir disso, pode-se concluir que a própria prática operacional da IDA acabou moldando a amplitude e o conteúdo de suas atividades. Dentre os 188 membros do BIRD, são, via de regra, elegíveis para receberem financiamentos da IDA apenas 81 países definidos segundo o critério econômico⁶⁵⁵. A IDA também presta auxílio a pequenas ilhas e outros países que, não obstante possuírem renda *per capita* superior aos limites fixados, não se credenciam para emprestar diretamente do BIRD. Além disso, incluem-se nessa lista os chamados “*blend countries*”: grupo hoje composto de 17 países que são ao mesmo tempo elegíveis para receberem auxílio da IDA e emprestarem do BIRD.

Em termos geográficos, cerca de metade dos clientes da IDA situa-se no continente africano. Na América do Sul, apenas a Bolívia é atualmente elegível como cliente da IDA, ainda assim na qualidade de *blend country*. Todos esses países, considerados em conjunto, são o lar de cerca de 2,5 bilhões de pessoas, das quais cerca de 1,8 bilhão sobrevivem com menos de 2 dólares por dia.

⁶⁵⁴ “Article V: Operations. SECTION 2. Form and Terms of Financing

(c) The Association may provide financing to a member, the government of a territory included within the Association's membership, a political subdivision of any of the foregoing, a public, or private entity in the territories of a member or members, or to a public international or regional organization.

(d) In the case of a loan to an entity other than a member, the Association may, in its discretion, require a suitable governmental or other guarantee or guarantees.” BANCO MUNDIAL. *IDA Articles of Agreement*. Cit.

⁶⁵⁵ A elegibilidade para auxílio financeiro da IDA depende, acima de tudo, da pobreza relativa do país, definida em termos de teto de renda *per capita* consolidada em valores atualizados anualmente (1,175 dólares para o ano fiscal 2012).

No que concerne a suas operações, um quinto do volume de recursos emprestados pela IDA tem natureza de doação, tendo o remanescente natureza de créditos de longo termo sem taxas de juros impostas. Muito embora, como dito, não haja limitações setoriais a suas atividades, naturalmente elas têm se concentrado em saúde, educação, infraestrutura, agricultura e desenvolvimento econômico e institucional⁶⁵⁶. Segundo informações obtidas junto à própria instituição, na última década (2000-2010) a IDA

provided more than 47 million people with access to a basic package of health, nutrition or population services; immunized more than 310 million children; [...] antenatal care for more than 2.5 million pregnant women. [...] helped provide over 113 million people with access to an improved water source. [...] trained more than 3 million teachers and provided more than 105 million children with new or rehabilitated classrooms. [...] has supported one of the largest schooling expansions in history, including greatly improved girls' enrollment. As part of reconstruction efforts following the Haiti earthquake, 210,000 children receive daily meals through IDA⁶⁵⁷.

IFC (INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION) – CFI (CORPORAÇÃO FINANCEIRA INTERNACIONAL)⁶⁵⁸

Não obstante inserida no mesmo contexto sócio-histórico, a criação da Corporação Financeira Internacional (IFC – *International Finance Corporation*) deveu-se a razões diversas daquelas que originaram a IDA. Conforme se observou no capítulo precedente, nunca se ocultou o papel meramente complementar que se pretendeu atribuir ao BIRD. Na estrutura da ordem econômica concebida em Bretton Woods, ao Banco incumbiria estimular os fluxos privados de investimento, considerados já naquela época o motor do desenvolvimento⁶⁵⁹. Para tanto, instrumentos operacionais das mais diversas naturezas foram-lhe atribuídos.

⁶⁵⁶ Em 2011, \$16,3 bilhões foram empenhados pela IDA, prioritariamente em programas de saúde, educação e agricultura, mas também em transporte, energia, água e infraestrutura em tecnologias de informação e comunicação.

⁶⁵⁷ BANCO MUNDIAL. International Development Association (IDA). Disponível em: <<http://www.worldbank.org/ida/what-is-ida.html>>. Acesso em: 30 dez. 2012.

⁶⁵⁸ A Convenção que criou o IFC foi ratificada pelo Brasil em 25 de junho de 1957, pelo Decreto n. 41.724.

⁶⁵⁹ “The International Bank for Reconstruction and Development (IBRD) was originally conceived as an institution that would mainly provide support to foreign investors so that they might lend for productive

Destacou-se igualmente que o caráter inovador que orientou a criação das IFIs não impediu que equívocos fundamentais fossem cometidos em diversos níveis desse processo. No âmbito conceitual, a despeito da função prioritária que se pretendeu atribuir aos investimentos de natureza privada, sempre se identificou na figura do Estado um ser racional capaz de orientar de maneira satisfatória esses fluxos financeiros. À medida que o desenvolvimento revelava-se um fenômeno cada vez mais complexo, tornavam-se também evidentes as profundas diferenças entre as nações e as limitações estruturais de certos Estados, seja para formular, seja para executar projetos de desenvolvimento. Essa conscientização ficara clara já nos primeiros anos de funcionamento do BIRD. Nesse sentido, o contraste entre o 2º e o 4º relatórios anuais do Banco é chocante.

Dentre essas lacunas estruturais, identificava-se certa fragilidade congênita dos sistemas financeiros nos países em desenvolvimento. De forma distinta do que ocorria com os países afetados pela guerra, não se tratava essa de uma situação circunstancial causada por um evento externo, mas de uma deficiência original, uma característica permanente que obstaculizava o financiamento adequado das atividades produtivas. O propósito central subjacente à criação da IFC foi, se não corrigir plenamente, ao menos atenuar os efeitos das falhas nesses mercados.

A similaridade inerente à criação de todas as organizações que se agregaram ao BIRD foi a ocorrência de períodos de gestação. O caso da IFC não foi uma exceção: não obstante seu nascimento date de 1956, propostas sugerindo sua criação são repertoriadas desde 1948. Para que essa iniciativa se concretizasse, teve de ser superada significativa hesitação no interior do próprio Banco e no governo estadunidense, além de certa hostilidade de alguns oficiais e grupos privados, cuja cooperação era necessária para sua realização⁶⁶⁰. Outra similaridade compartilhada pela

purposes on a worldwide basis, thus enhancing world investment and trade in the post World War II era.” SHIHATA, I. F. I. *The World Bank in a changing world: Selected Essays*. Dordrecht; London; Boston: Martinus Nijhoff, 1991. p. 203.

⁶⁶⁰ “Governments of industrialized countries for a time did not clearly see a need for cooperation. The private financial community, particularly in the United States, thought it might intrude on private business. Both sides were a little uncertain about the ambivalent of the proposed institution, which was to invest public funds in private sector.” MASON, E. S.; ASHER, R. E. *The World Bank since Bretton Woods*. Cit., p 345.

IFC é o fato de ter sido o seu advento a resultante da somatória de inúmeros vetores.

O primeiro desses vetores foi de ordem política. A proposta de aumento da capacidade financeira do *American Export-Import Bank* provocou reação imediata no Banco. Em carta endereçada ao Secretário do Tesouro Americano, Black⁶⁶¹, ainda na qualidade de diretor executivo do BIRD, expressou contundente oposição à iniciativa, ponderando que não somente essa medida poderia ser prejudicial, como até mesmo fatal às expectativas do Banco. O incremento excessivo das atividades das agências de crédito à exportação de fato trazia sérios problemas à instituição. Além de situá-las como concorrentes diretas, fosse no fornecimento de créditos aos países em desenvolvimento, fosse na captação de recursos junto ao países desenvolvidos, em certa medida essas instituições solapavam as bases sob as quais edificaram-se as IFIs. Não esqueçamos que, na época, ainda era bastante viva a memória das políticas unilaterais do período entreguerras. Com a institucionalização do multilateralismo buscou-se exatamente criar um ambiente global em que o livre mercado pudesse florescer sem embaraços. Sob essa perspectiva, tais iniciativas, conquanto não frontalmente contrárias a esses propósitos, eram vistas como ameaçadoras ao espírito que orientara a edificação da ordem econômica internacional do pós-guerra na medida em que falseavam a competição.

Igualmente político, o mesmo movimento dos países em desenvolvimento que mais tarde impulsionaria a criação da IDA, também influenciou o advento da IFC. Segundo os historiadores oficiais do Banco, Mason e Asher, a disseminação da ideia de criação da IFC no seio da ONU constituiu-se em fator crucial para a sua concretização:

during this period ECOSOC generated schemes for financing economic development, such as the United Nations Economic Development Administration (UNEDA) and the Special United Nations Fund for Economic Development (SUNFED), which were so repugnant to conservative secretaries of the U.S.

⁶⁶¹ Em sua carta, Black sugere a criação de uma nova instituição, vinculada ao BIRD, que atuasse precisamente no financiamento do setor privado em países em desenvolvimento: essa foi a primeira sugestão formulada em tais termos. (in MASON, E. S.; ASHER, R. E. *The World Bank since Bretton Woods*. Cit)

*Treasury that, by comparison, the notion of an IFC came in time to seem to them positively attractive*⁶⁶².

Tampouco internamente no BIRD a proposta de criação da IFC era amplamente aceita. No entanto, contava com o apoio de McCloy, presidente do BIRD que deixaria o cargo durante o período de gestação da nova instituição, Black, seu sucessor, e Garner, vice-presidente do BIRD e defensor entusiasta da iniciativa privada, que se tornaria o primeiro presidente da IFC. Certamente, apoiadores de tanto peso não foram sem influência sobre a decisão final de se criar a IFC.

Parece-nos inócuo, nesse ponto, indagar se a criação da IFC na verdade consistiu numa mera estratégia de distração ou se foi o fruto da real convicção acerca de uma falha de mercado recorrente em países em desenvolvimento que deveria ser corrigida. Se o decepcionante orçamento que finalmente lhe foi atribuído orienta-nos à primeira hipótese, a conjugação dos inúmeros fatores que contextualizaram a sua criação nos conduz ao sentido inverso. De qualquer forma, a longo prazo, esse detalhe pouco influenciou no desenvolvimento dessa que se tornou uma instituição incrivelmente importante e bem-sucedida no financiamento do desenvolvimento no mundo. Particularmente no âmbito do Grupo Banco Mundial, um elemento chave de sua engrenagem.

Ultrapassados os obstáculos iniciais ao incremento de suas atividades, a IFC consolidou-se como a maior instituição global dedicada com exclusividade ao desenvolvimento do setor privado nos países em desenvolvimento. Contando com 184 membros, a IFC atua em mais de 100 países, orientada por alguns propósitos diretores: mobilizar outras fontes de financiamento para o desenvolvimento de empresas privadas; promover a competitividade num ambiente de livre mercado; prover suporte para companhias e outros atores privados; e, numa perspectiva geral, auxiliar na criação de empregos e na melhoria das condições de vida da população⁶⁶³. A

⁶⁶² Id Ibid., p. 347.

⁶⁶³ “Em 2007 [IFC] contava 179 membros e uma carteira de compromissos acumulados de US\$32,2 bilhões, acrescidos de US\$7,5 bilhões de empréstimos consorciados. Para o exercício financeiro daquele ano, os compromissos chegavam a US\$11,4 bilhões, acrescidos de US\$4,8 bilhões mobilizados para 372 projetos em 85 países. Tem mais de 3.100 funcionários, dos quais 49% trabalham na sede e o restante em mais de 80 escritórios espalhados pelo mundo.” PEREIRA, J. M. M. *O Banco Mundial com ator político, intelectual e financeiro (1944-2008)*. Cit., p. 53.

fim de satisfazer esses propósitos, a IFC basicamente lança mão de instrumentos de três gêneros: financiamentos (diretos e indiretos); tomada de participação (opção disponível a partir de 1961); e garantias⁶⁶⁴.

A partir de 1984, a IFC obteve a sua independência financeira mediante a autorização de emissão de seus próprios títulos no mercado financeiro internacional. Logo em seguida, em 1989, alcançou a nota AAA junto às principais agências de cotação (*rating agencies*). Nos anos 90, intensificaram-se seus esforços na incrementação de maior transparência e na adoção de padrões sociais e ambientais mais rigorosos, notadamente a partir da revisão de seus procedimentos nessas áreas (1998), movimento que se aprofundou em 2003 e 2009, respectivamente com a adoção e extensão dos Princípios do Equador. A partir de 2007, a IFC alinhou-se ainda mais às demais organizações do Grupo ao focalizar suas ações em países clientes da IDA. No primeiro ano, os investimentos destinados a esses países cresceram cerca de 75%, logo, concentrando mais da metade dos investimentos da instituição.

ICSID (INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES) – CIRDI (CENTRO INTERNACIONAL PARA RESOLUÇÃO DE DISPUTAS EM INVESTIMENTO⁶⁶⁵)

Conforme observado no capítulo 3, o ingresso de um investidor estrangeiro num dado projeto inevitavelmente aumenta a complexidade das relações jurídicas que se tecem no seu âmbito. Se uma parte considerável dos riscos pode ser mitigada por meio do recurso a instrumentos disponíveis no mercado, outra parte somente pode ser coberta por instrumentos de natureza pública. Ainda assim, uma parcela significativa dos riscos presentes no projeto pode permanecer descoberta. Em última instância, resta o apelo às vias judiciais ou à arbitragem.

⁶⁶⁴ “The mandate of IFC is not limited to foreign investment but extends to the promotion of private investment generally. IFC is also authorized to provide investment ‘in such form or forms as it may deem appropriate in the circumstances,’ including *inter alia* loan syndication, equity participation and underwriting of bond issues. IFC’s assistance is made without the guarantee of the member country or any other country.” SHIHATA, I. F. I. *The World Bank in a changing world: Selected Essays*. Cit., p. 205.

⁶⁶⁵ Tradução livre. O Brasil não é parte da Convenção da Washington.

O grande número de nacionalizações ocorridas durante a descolonização expôs as fragilidades do sistema internacional na proteção do investidor estrangeiro. No âmbito local, o recurso ao judiciário nunca foi uma alternativa muito atrativa aos investidores estrangeiros. Nessa época, persistia o temor de falta de imparcialidade das cortes nacionais, estimulado por um sentimento de repulsa generalizada aos investidores estrangeiros⁶⁶⁶. O recurso à proteção diplomática, única via externa oficial então disponível à preservação dos direitos dessa categoria de investidor, ao depender da iniciativa do Estado de nacionalidade do investidor, muitas vezes era prejudicado por interesses de ordem política. Ao mesmo tempo, a arbitragem *ad hoc*, embora se constituísse numa alternativa interessante, encontrava as mesmas resistências estatais à implementação de suas decisões. Nesse caso, o sentimento de falta de imparcialidade alimentado pelos investidores estrangeiros em face das cortes locais mudava de lado: era o Estado anfitrião que via as cortes arbitrais em certa medida inclinadas em prol dos interesses dos investidores. Fazia-se necessário um meio alternativo de resolução de conflitos, cujas decisões fossem de observância obrigatória pelos Estados. A criação do ICSID foi uma resposta a essa demanda.

Em 1961, Aron Broches, então Advogado Geral do BIRD, propôs a celebração de uma Convenção versando sobre resolução de conflitos em matéria de investimento. Impulsionada pelos países desenvolvidos, essa ideia tomou fôlego e apenas quatro anos após (18/03/1965) o projeto elaborado pelos diretores executivos do BIRD era aprovado em Washington, entrando em vigor em 14 de outubro de 1966, após a ratificação de 20 países⁶⁶⁷. A Convenção de Washington (*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*) tentou combinar a flexibilidade da arbitragem e a força cogente de uma convenção internacional.

⁶⁶⁶ DOLZER, R.; SCHREUER, C. *Principles of International Investment Law*. Cit., p. 214.

⁶⁶⁷ Em julho de 2012, 158 países haviam assinado a Convenção e 157 haviam depositado o seu instrumento de ratificação.

O ICSID, organização internacional⁶⁶⁸ criada pela Convenção para acolher conciliações e arbitragens entre Estados contratantes e nacionais de outros Estados contratantes [Artigo 1, (2) da Convenção de Washington], é composto de um Conselho Administrativo e de uma Secretaria. Sua ligação íntima com o Banco não foi ocultada pela Convenção, tanto que ao Presidente do BIRD também é atribuído o posto de Presidente (sem direito a voto) de seu Conselho Administrativo (Artigo 5). Árbitros e conciliadores designados entre pessoas reconhecidamente qualificadas compõem o painel de conciliadores e o painel de árbitros mantidos pelo ICSID.

Não obstante a grande controvérsia acerca da definição jurídica de investimento, a competência do ICSID, na forma do Artigo 25 (1), “*shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State*”⁶⁶⁹. Ao oferecer uma alternativa à proteção diplomática, a Convenção visa à despolitização dos conflitos versando sobre investimento. Isso fica particularmente claro diante do contido no Artigo 27 (1), que limita o escopo da proteção diplomática na hipótese de competência do ICSID⁶⁷⁰.

Respeitando os princípios da arbitragem, a Convenção adota expressamente a regra da *competence-competence*, reservando ao tribunal a prerrogativa de julgar qualquer controvérsia envolvendo o caso que lhe fora submetido, inclusive questões envolvendo a sua própria competência (Artigo 41). Ainda nessa linha, reconhece a total liberdade das partes na

⁶⁶⁸ “The Centre shall have full international legal personality. The legal capacity of the Centre shall include the capacity: (a) to contract; (b) to acquire and dispose of movable and immovable property; (c) to institute legal proceedings.” BANCO MUNDIAL. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. Chapter I, Section 6, Article 18. Washington: World Bank, 1965. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_en-archive/9.htm>. Acesso em: 30 dez. 2012.

⁶⁶⁹ Em 1978, o Conselho Administrativo do ICSID instituiu a Facilidade Adicional (*Additional Facility Rules*), que expandiu a competência do ICSID tanto para receber procedimentos envolvendo uma parte que não fosse nacional de um país membro ou um país não membro, como alargando a competência da organização a casos que, deduzidos sob o regime dessa facilidade, não fossem diretamente originados de um investimento.

⁶⁷⁰ “No Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention, unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute.” BANCO MUNDIAL. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. Chapter II, Article 27 (1). Cit.

definição do direito aplicável ao caso. Por outro lado, diante da impossibilidade de se proferir uma decisão *non liquet*, deve o tribunal, na ausência da definição do direito aplicável ao caso pelas partes, aplicar o direito do Estado contratante. Tudo isso sem prejuízo de uma decisão adotada *ex aequo et bono*, se assim as partes desejarem [Artigo 42 (1), (2), (3)].

Com respeito à *Award*, o Artigo 54 estabelece procedimento ligeiramente mais facilitado à sua execução se compararmos ao que estabelece, em dispositivo similar, a Convenção de Nova York de 1958, relativa ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras⁶⁷¹ (ratificada pelo Decreto n° 4.311, de 23 de julho de 2002). No caso do ICSID, as partes contratantes comprometem-se a considerar uma *Award*

*as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state*⁶⁷².

Nesse caso, limitam-se os procedimentos de revisão e anulação àqueles previstos respectivamente nos Artigos 51 e 52 da Convenção.

Observe-se, ainda, que *Awards* adotadas pelo ICSID devem ser necessariamente executadas no território do Estado contratante que faz parte da arbitragem, não podendo sê-lo no território de outros membros em que o Estado devedor possua bens. Isso porque o Artigo 55 da Convenção estabelece de forma expressa que as disposições do Artigo 54 não devem

⁶⁷¹ “Artigo III. Cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias e as executará em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada, de acordo com as condições estabelecidas nos artigos que se seguem. Para fins de reconhecimento ou de execução das sentenças arbitrais às quais a presente Convenção se aplica, não serão impostas condições substancialmente mais onerosas ou taxas ou cobranças mais altas do que as impostas para o reconhecimento ou a execução de sentenças arbitrais domésticas.” BANCO MUNDIAL. Convenção sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras feita em Nova York, em 10 de junho de 1958. Ratificada pelo Decreto n° 4.311, de 23 de julho de 2002. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/conv_sentencas_arbitrais_estrangeiras_1958.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2012.

⁶⁷² BANCO MUNDIAL. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. Chapter IV, Section 6, Article 54. Cit.

ser entendidas como derogatórias do regime de imunidade diplomática dos Estados⁶⁷³.

MIGA (MULTILATERAL INVESTMENT GUARANTEE AGENCY) – AMGI (AGÊNCIA MULTILATERAL DE GARANTIAS EM INVESTIMENTO)

Como as demais organizações que compõem o Grupo Banco Mundial, a MIGA sofreu os mesmos efeitos das mencionadas transformações na cena política internacional. Todavia, alguns desses acontecimentos, ao invés de impulsionar a sua criação, postergaram-na por cerca de quatro décadas, transformando o seu período de gestação no mais longo de todas as instituições do grupo.

As primeiras discussões no Banco acerca da promoção dos investimentos estrangeiros por meio da criação de um sistema de garantias contra riscos não comerciais registram-se em 1948⁶⁷⁴, mesmo ano, lembremos, em que o governo dos Estados Unidos passou a atuar com mais vigor na extensão do programa nacional de estímulo aos investimentos estrangeiros feitos por seus nacionais. Em reação a essa iniciativa, o Banco lançou-se no desenvolvimento de vias similares de ação. Uma delas, como observado acima, deu origem à IFC, a outra, que mais tarde daria vida à MIGA, perdeu-se em meio a discussões de ordem política e a certo ceticismo da sociedade internacional.

Nessas quatro décadas que se intercalaram entre a formulação da ideia original e a efetiva constituição da MIGA o tema sempre esteve em pauta, no entanto, com intensidade oscilante em função da conjuntura política. Após a recepção bastante fria da proposição em 1948, o assunto foi retomado somente em 1950 num memorando interno intitulado “*Means*

⁶⁷³ “Nothing in Article 54 shall be construed as derogating from the Law in force in any Contracting State relating to immunity of that State or of any foreign State from execution.” BANCO MUNDIAL. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. Chapter IV, Section 6. Cit.

⁶⁷⁴ “The first record of this discussion is to be found in a confidential draft memorandum dated 3 March 1948, entitled ‘Proposed Plan for Guaranteeing Foreign Private Investments Against Transfer Risk and Certain Other Risks’. [...] The draft memorandum, though written without attribution, was referred to later in the Bank’s files as the memorandum of Mr. C. A. McLain, the first General Counsel of the Bank.” SHIHATA, I. F. I. The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and the legal treatment of foreign investments. Cit., p. 107.

of stimulating private foreign investment: specific suggestions". Nesse novo memorando, propunha-se a criação de um fundo garantidor ("*insurance fund*") para os investimentos estrangeiros contra riscos como nacionalização sem devida compensação, guerra e inconvertibilidade monetária. Fora do Banco, a sociedade internacional também começava a orientar-se nessa direção. Todavia, o foco muitas vezes desviava-se a iniciativas de caráter bilateral.

Conquanto aparentemente similares, havia uma distinção fundamental entre a proteção dos investimentos estrangeiros pela via multilateral e pela via bilateral. Na primeira, o propósito essencial consistia na promoção do desenvolvimento. Nesse caso, os investimentos privados seriam uma ferramenta para implementar esse propósito e a sua proteção funcionaria como medida estimuladora desses fluxos. Na segunda, o que se pretendia era a proteção do patrimônio do investidor nacional, pouco importando o impacto concreto dos investimentos. A confusão dessas duas vertentes da proteção do investimento estrangeiro traz ainda hoje sérias repercussões, prejudicando a consolidação de regras internacionais mais confiáveis nesse setor.

A despeito disso, a ideia de criação de uma entidade destinada à garantia de investimentos estrangeiros contra riscos não comerciais foi pouco a pouco se disseminando nos diversos setores da sociedade internacional. Nesse movimento, destacou-se na Europa a criação, em 1959, do "*Guarantee Fund against Political Risk*" no contexto da cooperação euroafricana. Merece também menção, nesse processo, a sugestão do então vice-presidente dos Estados Unidos, Richard Nixon, ao propor a criação de um fundo internacional para garantia de investimentos contra riscos políticos a ser gerido por uma entidade autônoma⁶⁷⁵. Retomada pelo Banco, essa sugestão reacendeu o interesse na criação de uma iniciativa desse gênero.

⁶⁷⁵ "We should initiate, through international organizations such as the World Bank, studies which could examine the feasibility of setting up a privately operated international investment guaranty fund. Its object would be to protect both present and future investments from the hazards of expropriation, devaluation, blocked currencies, and similar risks." NIXON, Richard. "Private investment and the economic change". In: *The Department of State Bulletin*. v. 37, n° 958, out.-dez. 1957, p. 706. Disponível em: <http://archive.org/details/departmentofstat3757unit>. Acesso em: 28 nov. 2012.

O primeiro relatório relativo ao seguro multilateral de investimentos (*Multilateral Investment Insurance*) foi apresentado no início de 1962 e imediatamente transmitido a outras entidades representativas de setores da sociedade internacional. A recepção positiva da Câmara de Comércio Internacional (ICC – *International Chamber of Commerce*) e do Comitê de Assistência ao Desenvolvimento da OCDE (DAC – *Development Assistance Committee*) impulsionou a sequência dos trabalhos. Mais tarde, em 1964, a primeira Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD – *United Nations Conference on Trade and Development*) divulgou o estudo aos países em desenvolvimento.

Apesar disso, o primeiro projeto de convenção internacional para criação da *International Investment Insurance Agency* (IIA) foi recebido com ceticismo e apatia pela diretoria executiva do Banco. Surgido em 1966, seria logo em seguida revisado, em 1968, não obstante o inesperado apoio expressado na UNCTAD II. Em certa medida, como expressado por McNamara em 1968, o interesse do Banco nesse tema dependia diretamente do interesse demonstrado por seus membros: a despeito do crescente interesse dos membros, havia ainda discórdia acerca de alguns pontos considerados essenciais ao projeto. Numa perspectiva geral, os temas controvertidos eram nada mais que uma expressão concreta da oposição política entre países desenvolvidos e em desenvolvimento⁶⁷⁶. Diante do impasse, a preparação de um novo projeto de convenção foi solicitada. A terceira versão desse projeto (1972), completamente remodelada, foi

⁶⁷⁶ “After receiving responses from some 44 countries, of which 36 were in principle supportive of the scheme or interested in pursuing it further, the Committee of the Whole resumed its meetings on 19 March 1970. Its initial discussions showed that a number of countries including Japan, Germany, Canada, some Latin American countries and a few others were still not prepared to join a scheme of this type. Other countries such as the United States and the United Kingdom had reservations on certain aspects of the draft, especially the lack of financial participation by host countries in the financing of the IIA and in the loss-sharing arrangements. Later discussions revealed, however, some growing interest on the part of major capital-exporting countries such as the United States, the United Kingdom and Japan. Yet, controversy continued over important policy issues. In addition to the issue of financial participation by developing countries, major

controversial issues included subrogation of the IIA to the rights of compensated investors, the voting structure in the IIA's governing bodies, the organizational link with the Bank and the settlement of disputes between the IIA and its member countries. Although the majority of the Committee agreed, in its meeting of 7 January 1971, that it should continue to study the subject, some members were still questioning the propriety of even discussing the proposal in the councils of the Bank.” SHIHATA, I. F. I. *The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and the legal treatment of foreign investments*. Cit., p. 119.

expedida aos membros do Banco, permanecendo esquecida por quase uma década.

A retomada da ideia, em 1981, não se deveu à causalidade. A mudança na administração do Banco renovara o ímpeto privatista e a crença no papel central do investimento privado estrangeiro no processo de desenvolvimento⁶⁷⁷. Paralelamente, intensificava-se o volume dos fluxos privados no mercado financeiro internacional, ao mesmo tempo em que as economias desenvolvidas conheciam um período de clara estagnação, iniciado mais precisamente nos anos 1970. Nessa conjuntura bastante favorável ao desenvolvimento de iniciativas estimuladoras da orientação de investimentos privados a novos mercados, nada mais natural que os trabalhos relativos à criação de uma entidade que garantisse investimentos estrangeiros contra riscos políticos fossem retomados.

A falta de convicção dos diretores do Banco, fossem eles contrários ou favoráveis à criação de uma agência dotada de tal competência, não impediu que um novo projeto fosse elaborado. Nesse novo documento, apresentado em 1984, a IIIA, rebatizada MIGA (*Multilateral Investment Guarantee Agency*), era apresentada sob nova perspectiva. Num contexto de crise financeira em que os investimentos estrangeiros nos países em desenvolvimento haviam recuado de forma significativa, a nova instituição reivindicava o papel de instrumento de “*international public policy serving common concerns, and not a one-sided mechanism for the protection of foreign investors against the actions of their host governments*”⁶⁷⁸. No memorando interno⁶⁷⁹, que serviria de base ao projeto de convenção, veiculavam-se as feições que se pretendia dar à nova instituição. Sob essa nova roupagem, seu propósito

⁶⁷⁷ “The selection of A. W. Clausen as President of the Bank in 1981 brought to the top of the institution a strong believer in the role of the private sector, including private foreign investment, in the development process. His direct and long experience in international banking and finance made him particularly aware of the relevance and importance of non-commercial risks as a major impediment to the flow of international investment. Predictably, he approached the issue with an enthusiasm that was rather absent in the Bank's senior management in earlier years. In his first annual address, before the Bank's Board of Governors in 1981, Mr. Clausen referred to the need to ‘improve the investment climate for potential investors and ‘potential recipients alike’ and presented the multilateral investment guarantee scheme as an instrument for the creation of ‘a synergism of co-operation between capital-exporting and capital-importing countries’.” Idem, *ibidem*, p. 126.

⁶⁷⁸ SHIHATA, I. F. I. *The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and the legal treatment of foreign investments*. Cit., p. 131.

⁶⁷⁹ “*Main Features of a Proposed Multilateral Investment Guarantee Scheme*” Memorando interno do BIRD datado de 30 de abril de 1984.

consistia em estimular e promover o fluxo de recursos privados a empreendimentos produtivos situados no território de seus membros, basicamente por meio de dois instrumentos: fornecimento de garantias contra riscos não comerciais e desenvolvimento de uma variedade de atividades relacionadas à produção e disseminação de informação.

A fim de conciliar o interesse institucional de expandir o escopo das ações da MIGA para cobrir tipos não tradicionais de investimento particularmente relevantes para os países em desenvolvimento e a necessidade econômica e técnica de restringir suas operações, optou-se por uma definição ampla, porém mais conservadora dessas. Uma visão que permitia um início mais lento e uma progressão paulatina na medida em que a experiência da instituição e suas reservas financeiras se consolidassem.

Apresentado em 1984, o novo projeto foi novamente submetido à consulta dos membros e das mais diversas entidades da sociedade internacional. No primeiro semestre de 1985, a nova versão revisada foi aberta a ratificação. Em 1988, a Convenção de Seul criava a MIGA⁶⁸⁰.

Repetindo o mesmo esquema estrutural do BIRD, a MIGA é composta por um Conselho de Governadores, uma Junta Diretiva (*Board*) e o quadro pessoal (*staff*) gerido pelo seu Presidente. Os dois últimos órgãos são responsáveis, respectivamente, pelas operações e pelo funcionamento cotidiano da agência (Artigos 30 a 33 da Convenção).

No que concerne a seu propósito, reeditou-se a estratégia originalmente adotada no memorando interno de 1984 do BIRD. Nesse sentido, o Artigo 2 é bastante claro ao destacar que o objetivo da agência é

promover o fluxo de investimentos produzidos entre os países-membro e, em particular, os fluxos dirigidos aos membros em desenvolvimento, complementando, dessa forma, as atividades do Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento (doravante denominado Banco), a Corporação Internacional de Financiamento e outras instituições internacionais de financiamento para o desenvolvimento.

⁶⁸⁰ A Convenção de Seul foi ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 698 de 8 de dezembro de 1982.

Não obstante tratar-se de entidade autônoma, a referência expressa ao BIRD e à IFC vincula-a organicamente ao grupo, ênfase mais uma vez observada no Artigo 35⁶⁸¹.

A fim de satisfazer seus objetivos, à MIGA foi atribuído mandato bastante elástico. Assim, não obstante sua ação concentre-se na expedição de garantias (aí incluídos cosseguros e resseguros), está autorizada também a:

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

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

Nesse caso, sempre ressalvada a proibição de interferir nos assuntos políticos de qualquer membro (Artigo 34).

Com respeito a suas operações, as garantias que oferece limitam-se à mitigação de riscos não comerciais que ocasionem barreiras à transferência de capital; expropriação (ou medidas similares); quebra de contrato; e guerras e convulsões sociais congêneres [Artigo 11 (i), (ii), (iii), (iv)].

Shihata relata que objeções à criação da MIGA originavam-se de duas fontes distintas. A primeira era alguns países em desenvolvimento (um grupo pequeno em número, mas estridente na oposição à criação de uma entidade como a MIGA), que, nas palavras do ex-Advogado Geral e Vice-presidente do BIRD, *feared that the agency's guarantees would deprive them of their privileged position as the preferred hosts of foreign investments under the mistaken assumption that, with the availability of guarantees, all countries would be equally attractive to investors*". No entanto, mais realista era a percepção de que tais países reagiam segundo a ideologia predominante na época:

A general suspicion also seemed to have prevailed among representatives of developing countries that the proposal was merely a scheme to provide further

⁶⁸¹ “Artigo 35. Relação com Organizações Internacionais. Nos termos da presente Convenção, a Agência deverá cooperar com as Nações Unidas e com outras organizações intergovernamentais com responsabilidades especializadas em campos correlatos, em especial o Banco e a Cooperação de Financiamento Internacional.” BRASIL. Decreto nº 698, de 8 de dezembro de 1992. Promulga a Convenção que Estabelece a Agencia Multilateral de Garantia para Investimentos (MIGA), concluída em Seul em 11 de outubro de 1985, e que entrou em vigor para o Brasil, em 23 de setembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0698.htm>. Acesso em: 30 dez. 2012.

*protection to foreign investments against the actions which host governments may justifiably take in the exercise of their economic sovereignty*⁶⁸².

A crise financeira nos países em desenvolvimento inevitavelmente alterou a conjuntura internacional, atenuando também, na passagem, a oposição desses países, ao mesmo tempo em que a mudança na apresentação dos propósitos da MIGA deu nova perspectiva ao tema.

A outra fonte de objeções situava-se exatamente nos países desenvolvidos. Motivados por interesses nacionais, esses países haviam estabelecido seus próprios programas oficiais para cobertura de riscos políticos.

*Once they did so, a few of them seemed to fear competition from an international agency which, in the view of some, might undermine the relative advantages of their respective national schemes and their efforts to establish better substantive standards for the treatment of foreign investments through bilateral treaties*⁶⁸³.

Ao longo do processo de negociação, esse ponto constituiu-se num dos principais obstáculos à criação de uma nova entidade voltada para esse fim. Talvez por isso, o relacionamento entre a MIGA e outras entidades congêneres tenha recebido tratamento especial na Convenção de Seul. O espírito cooperativo que deve orientar tais relações é expressamente determinado pelo Artigo 19, inclusive com a possibilidade de cosseguro e resseguro pela MIGA das garantias prestadas por entidades nacionais públicas (Artigo 20) ou privadas (Artigo 21), observando-se unicamente os limites operacionais da agência (Artigo 22).

Com o passar dos anos, também as ações da MIGA convergiram para os mesmos setores que passaram a orientar as ações das outras organizações do grupo, agregando redução da pobreza e políticas ambientais ao conjunto de critérios que condicionam suas atividades⁶⁸⁴. Destacam-se, assim, estratégias focadas em projetos sensíveis, como aqueles situados nos chamados “países IDA”; em regiões afetadas por

⁶⁸² SHIRATA, I. F. I., *The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and the legal treatment of foreign investments*. Cit., p. 156-157.

⁶⁸³ Idem, *ibidem*, p. 156.

⁶⁸⁴ “As a multilateral development agency, MIGA only supports investments that are developmentally sound and meet high social and environmental standards. MIGA applies a comprehensive set of social and environmental performance standards to all projects and offers extensive expertise in working with investors to ensure compliance to these standards.” BANCO MUNDIAL. Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA). Disponível em: <<http://www.miga.org/whoweare/index.cfm>>. Acesso em: 30 dez. 2012.

conflitos; envolvendo montagens contratuais complexas em infraestrutura e indústria de extração, especialmente consolidadas sob a forma de *project finance*, com repercussões ambientais e sociais; e projetos de cooperação sul-sul.

5.2 O “sistema” Banco Mundial e o setor privado

Para fins puramente analíticos, dissociamos a evolução funcional e a estrutural do Banco. Essa estratégia permitiu-nos descrever com bastante clareza os fatores que as influenciaram. Todavia, se sob a perspectiva analítica esse exercício se justifica, seria equivocado imaginar que ocorreram processos distintos. Na realidade, tratou-se de dois vetores de um mesmo movimento, cuja resultante foi a extensão da competência e da estrutura do Banco, doravante constituído de um grupo de instituições.

É difícil dizer com precisão como os artífices do Grupo Banco Mundial imaginavam a cooperação entre as diversas agências que o compõem. Mais incerta ainda parece-nos a afirmação de que eles podiam antever como essa multiplicação de organizações influenciaria na transformação do grupo como um todo. Muito embora todas essas organizações sejam de forma mais ou menos estreita atreladas à instituição “mãe” (BIRD), tudo indica que eram inicialmente apreendidas como entidades complementares, dotadas de funções inconfundíveis. Esperava-se, portanto, que cada uma delas apresentasse desenvolvimento paralelo e independente⁶⁸⁵.

Isso ficou particularmente claro à ocasião da criação da IDA. As preocupações em diferenciá-la do BIRD, em função dos temores de que a sua credibilidade financeira fosse afetada, influíram de forma decisiva na definição das feições da nova entidade. Nesse sentido, ao estabelecer os contornos do relacionamento entre a IDA e o BIRD, o Artigo VI, Seção 6 do Estatuto da IDA não deixa dúvida acerca da distinção, sobretudo

⁶⁸⁵ “Conservative board members wanted to restrict IBRD money to ‘conventional loans’, confining the new activities to IDA and IFC. This segregation, they sought, would best protect the purity of the Bank.” KAPUR, D.; LEWIS, J.; WEBB, R. *The World Bank: its first half century*. Cit., p. 181.

financeira, entre eles⁶⁸⁶. No âmbito funcional, não se concebia diferença material entre os setores de atuação de ambas – lembre-se que as ideias de *soft loan* e investimentos no setor social eram vistas com certa reprovação por alguns membros poderosos do BIRD. Imaginava-se a IDA, *grosso modo*, como uma reprodução do Banco, apenas destinada a socorrer membros incapazes de preencher os requisitos financeiros necessários para credenciarem-se aos programas por ele patrocinados. Segundo o projeto original, a elegibilidade para financiamentos da IDA não seria determinada pelas características do projeto, mas pela balança de pagamentos do mutuário. Em outras palavras, pela ausência de credibilidade financeira junto ao BIRD, isto é, falta de reservas internacionais que garantissem o reembolso de financiamentos sob taxas de mercado. Nesse contexto, a IDA emprestaria para países capazes de bem empregar as verbas concedidas, contudo com restrições creditícias decorrentes de endividamento externo ou baixo potencial exportador. Ideias que, em tese, afastavam-na da condição *soft loan*. Na prática, contudo, a evolução da IDA não somente não correspondeu ao que havia sido previsto, como também o pretendido isolamento cirúrgico entre as duas organizações nunca existiu.

Os primeiros projetos patrocinados pela IDA, visando à melhoria do fornecimento de água, reduziram a resistência ao ingresso da organização no setor social. Paulatinamente, as mesmas justificativas que a autorizavam a financiar projetos “não necessariamente produtivos” serviram de base à deriva funcional do próprio BIRD. Subjacentes aos argumentos legais que possibilitaram ao BIRD ingressar em outros setores (notadamente por meio da elaboração de programas de ajuste estrutural), encontramos igualmente razões de ordem material. Isso porque na medida em que o Banco penetrava de maneira mais profunda na realidade dos países em desenvolvimento,

⁶⁸⁶ “Article VI: Organization and Management. SECTION 6. Relationship to the Bank:

(a) The Association shall be an entity separate and distinct from the Bank and the funds of the Association shall be kept separate and apart from those of the Bank. The Association shall not borrow from or lend to the Bank, except that this shall not preclude the Association from investing funds not needed in its financing operations in obligations of the Bank.

(b) The Association may make arrangements with the Bank regarding facilities, personnel and services and arrangements for reimbursement of administrative expenses paid in the first instance by either organization on behalf of the other.

(c) Nothing in this Agreement shall make the Association liable for the acts or obligations of the Bank, or the Bank liable for the acts or obligations of the Association.” BANCO MUNDIAL. *IDA Articles of Agreement*. Cit.

ficava mais clara a mudança da natureza dos problemas enfrentados por esses países: quanto mais pobre o país, mais básicas eram as suas necessidades e mais escassos os recursos financeiros disponíveis para satisfazê-las. Da aprovação do primeiro crédito acordado pela IDA (maio de 1961) até o final daquela década (portanto, antes que McNamara alterasse definitivamente as feições originárias do Banco), as operações do grupo já haviam se reorientado aos pobres⁶⁸⁷.

A criação da IDA derrubou as paredes do BIRD, colocando-o face a face com uma redefinida noção de desenvolvimento e com uma missão carregada de urgência política: o combate à pobreza. Numa perspectiva mais global, o advento da IDA representou uma significativa alteração no foco do próprio BIRD. No entanto, embora algumas dessas transformações tenham sido de fato provocadas pela influência da própria IDA, acredita-se que se tratou esse de um processo de mutação previamente iniciado. Alterações na conjuntura internacional haviam incidido sobre a lista de clientes do Banco, modificando-a. Devido a suas limitações estatutárias, o BIRD via-se paradoxalmente impossibilitado de prestar assistência aos países mais pobres. Ao mesmo tempo, crises econômicas afetavam alguns de seus clientes habituais ao corroer a sua capacidade financeira e, por consequência, o seu crédito no mercado internacional.

A lenta, porém contínua reorientação geográfica das ações do Banco ficou ainda mais evidente após a criação da IDA. Empréstimos para Europa, Austrália, Nova Zelândia e Japão, que juntos concentravam 43% das verbas concedidas pelo Banco em 1950, caíram gradualmente para 21% entre 1961 e 1969 e 7% entre 1968 e 1969. Em contraste, após o advento da IDA, um terço do total dos empréstimos após 1960 foi alocado na Índia e no Paquistão, os dois maiores clientes do Banco nesse período e, por coincidência, duas das mais populosas e pobres nações do mundo. Em 1969

⁶⁸⁷ “Loans to agriculture – the overwhelming source of livelihood of the poor – rose from 2 percent of pre-IDA development lending to 11 percent during the 1960s, and reached 20 percent in the last two years of the decade. Education and water received only 4 percent between 1961 and 1969, but a much larger allocation was in the pipeline of projects in stage of identification, appraisal, and negotiation.” KAPUR, D.; LEWIS, J.; WEBB, R. *The World Bank: its first half century*. Cit., p. 140-141.

o Banco já havia se tornado “o” Banco para os países pobres, assumindo a redução da pobreza como seu propósito central⁶⁸⁸.

Conforme apontam Kapur et al., essa transformação do Banco expôs a aparente incompatibilidade entre duas facetas distintas de sua personalidade: “*all three presidents [Black, Woods e McNamara] wrestled with and sought to resolve the problem between the Bank’s Wall Street and poverty-alleviation personas*”⁶⁸⁹. Em outros termos, era necessário adequar o propósito original do Banco (promoção do desenvolvimento impulsionado pela iniciativa privada) e suas novas aspirações (combate à pobreza realizada primordialmente por meio de projetos de caráter público). A própria evolução da noção de desenvolvimento de certa forma acomodaria essas duas agendas.

O estatuto do BIRD [Artigo I (i, ii)] estabelece que o Banco é autorizado “*to supplement private investment by providing, on suitable conditions, finance for productive purposes out of its own capital, funds raised by it and its other resources*” somente quando “*private capital is not available on reasonable terms*”. Contudo, conforme destaca Shihata, “*this latter ‘supplementary’ role became for decades the Bank’s only method of financial intervention*”⁶⁹⁰. De fato, a atribuição de papel central ao setor privado na promoção do desenvolvimento não foi acompanhada do respectivo suporte financeiro: durante as primeiras décadas de operação do grupo o financiamento direto ao setor privado foi caracterizado pela timidez.

Poder-se-ia imaginar que, por serem instituições ainda jovens, talvez fosse necessário um tempo maior para que as novas entidades associadas ao Banco funcionassem de forma adequada. Certamente, tratou-se esse de um fator relevante, porém incapaz de motivar tamanha inação. Isso porque tampouco o próprio BIRD, instituição igualmente autorizada a

⁶⁸⁸ “‘Development’ had acquired a morally discriminatory sense, becoming a near synonym for poverty alleviation across countries, that is, for raising poor countries toward the income levels of the rich.” KAPUR, D.; LEWIS, J.; WEBB, R. *The World Bank: its first half century*. Cit., p. 140.

⁶⁸⁹ Idem, *ibidem*, p. 173.

⁶⁹⁰ “[...] the first IBRD participation in a private loan syndicate with commercial banks took place only in 1983, and its first guarantee of commercial loan (one of 6 such guarantees made until the end of FFY91) was approved in May 1984 [Loan No. B-4 to Brazil (approved on May 31, 1984)].” SHIHATA, I. F. I. *The World Bank in a changing world: Selected Essays*. Cit., p. 203-204.

conceder empréstimos ao setor privado, a despeito de operacional desde 1947, pouco atuara nessa área durante todo esse período.

Esses dados devem ser, no entanto, manipulados com cuidado. O reduzido número de garantias fornecidas pelo BIRD nas primeiras décadas de suas operações explica-se também por uma questão de ordem prática. Na época, era financeiramente conveniente para os países-membros emprestar diretamente do Banco em vez de buscar garantias para empréstimos comerciais. Da mesma forma, o motivo para o fraco fluxo de verbas em benefício de entidades privadas decorria de um problema da mesma natureza: os membros apresentavam certa relutância em cogarantir empréstimos feitos por empresas privadas. Isso não demonstra descaso do Banco em face da iniciativa privada, muito pelo contrário. Devido à condicionalidade embarcada em seus acordos, empréstimos concedidos a entidades públicas muitas vezes reverteram-se em benefícios indiretos ao setor privado. É inevitável, entretanto, o reconhecimento de que o sistema não funcionava da forma como fora planejado.

É desnecessário, nesse ponto, retomarmos os já exaustivamente explorados eventos que, a partir dos anos 80, reformularam os contornos da conjuntura internacional. No seio do Banco, esses eventos produziram dois processos paralelos que em certa medida acomodaram suas duas agendas. A globalização da atividade financeira proporcionou o redirecionamento do Banco ao seu foco original ao mesmo tempo em que a crise da dívida, acompanhada da estagnação dos fluxos oficiais, tornou aparente o alto potencial de crescimento dos investimentos diretos estrangeiros como fonte externa de recursos para os países em desenvolvimento⁶⁹¹. No âmbito operacional, o excessivo endividamento dos países em desenvolvimento produziu as condições necessárias à propagação dos programas de ajuste estrutural.

Nessas circunstâncias, nada mais natural que os programas de ajuste fossem direcionados a criar as condições necessárias para que esses países transformassem-se em destinos atrativos para esses fluxos. A partir disso, intensificou-se a complementaridade das ações das várias organizações que

⁶⁹¹ SHIHATA, I. F. I., *The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and the legal treatment of foreign investments*. Cit., p. 157.

compõem o grupo. Uma vez que os reflexos do endividamento externo afastavam os investidores estrangeiros, IDA e BIRD, em seus programas (muitas vezes em parceria com o FMI), lançaram-se ao ataque dos problemas estruturais dessas economias. Ao mesmo tempo, a IFC e, mais tarde, ICSID e MIGA passaram a intervir no âmbito microeconômico, atuando diretamente junto ao setor privado⁶⁹².

Isso não impediu que, por vezes, houvesse confusão entre essas ações. Contudo, não somente essa superposição enfatizou a promoção do setor privado como o propósito geral do grupo, como também intensificou a cooperação nesse campo. Com o devido tempo, equilibraram-se as ações no âmbito dos programas. À medida que o investimento privado, sobretudo estrangeiro, consolidou-se como força motriz dos projetos, observou-se a convergência de ações do grupo para esse setor.

Todavia, a perseguida complementaridade não fez da reunião de algumas organizações automaticamente um grupo. Também o Banco e o FMI têm ligação íntima, tanto que somente os membros do FMI são elegíveis para serem membros do Banco (Artigo II, Seção 1 do Estatuto do BIRD). No que concerne à cooperação entre eles, inúmeros acordos foram celebrados com o propósito de estimulá-la, o que gerou a edificação de programas de ajuste cofinanciados por ambos⁶⁹³, fator que sem sombra de dúvida atesta a complementaridade de suas ações. Apesar disso, não se verifica, nesse caso, a formação de um grupo. Na realidade, o que faz do

⁶⁹² “The IBRD and its affiliates, known as the World Bank Group, have thus two organizations (MIGA and ICSID) devoted exclusively to the promotion of *foreign* investment, whether private or government owned, one (IFC) devoted to the assistance of *private* investment generally, and two (IBRD and IDA) empowered to assist the private sector, with the former having an explicit mandate to promote *foreign private investment*, in particular.” SHIHATA, I. F. I., *The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and the legal treatment of foreign investments*. Cit., p. 206-207.

⁶⁹³ Destaca-se, nesse caso, a produção dos *Policy Framework Papers* produzidos no âmbito dos SAF (*Structural Adjustment Facility*) e dos ESAF (*Enhanced Structural Adjustment Facility*), a partir de 1999 substituídos pelo PRGF (*Poverty Reduction and Growth Facility – PRGF*). “Dans la pratique, après la demande faite par un État membre d’accéder à une FAS, les staffs du Fonds et de la Banque mondiale préparent un brouillon contenant les principales lignes du cadre général des politiques souhaitées (*Policy Framework Paper – PFP*). Ce plan est ensuite négocié par les différentes parties et, une fois les négociations abouties, le document de politique structurelle final (PFP) contenant les mesures que le pays sera amené à prendre est soumis à chacune des institutions afin d’être indépendamment apprécié.

La mise en place commune d’un tel programme en association avec la Banque mondiale est assez avantageuse pour le FMI. Sur le plan pratique, cette mobilisation conjointe des moyens économiques et techniques suppose un programme mieux achevé et donc théoriquement plus efficace. Sur le plan politique, le Fonds, grâce à la Banque mondiale, trouve là une façon de contourner artificiellement les restrictions normatives imposées à sa conditionnalité.” MIRANDA, L. R. de. *Les lettres d’intention au F.M.I.* Cit., p. 200.

Banco Mundial um grupo e não uma mera reunião de organizações dotadas de fim correlato é uma combinação de elementos, tanto formais como materiais, que lhe dão unidade e coerência de funcionamento.

O BANCO MUNDIAL E O *PROJECT FINANCE*

Formalmente, os elementos que dão unidade ao grupo vão muito além de um *website* compartilhado. Referências à vinculação entre as organizações podem ser facilmente destacadas em suas cartas constitutivas. No que concerne, por exemplo, aos propósitos, verifica-se grande sinergia entre todas as organizações do grupo. Independentemente do grau de autonomia de cada uma delas, a vinculação à organização mãe, o BIRD, é inegável. Emblemática, nesse sentido, é a complementaridade expressa no Artigo I do estatuto do IFC:

O propósito da Corporação é promover o desenvolvimento econômico incentivando o crescimento da empresa privada produtiva nos países-membros, especialmente nas áreas menos desenvolvidas, complementando assim as atividades do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento [...].

Termos esses bastante similares àqueles encontrados no Artigo I da carta constitutiva da IDA – “*thereby furthering the developmental objectives of the International Bank for Reconstruction and Development [...]and supplementing its activities*” – e no Artigo II da Convenção de Seul: “*thus supplementing the activities of the International Bank for Reconstruction and Development [...] the International Finance Corporation and other international development finance institutions*”.

Com respeito à afiliação, a elegibilidade para se tornar membro dessas organizações é igualmente reservada aos membros do BIRD (Artigo II do Estatuto da IFC, Artigo II do Estatuto da IDA, Artigo 67 do Estatuto do ICSID e Artigo IV do Estatuto da MIGA)⁶⁹⁴. No caso da IDA e da IFC, essa imposição é ainda reforçada ao condicionar a permanência do status de membro à continuidade da filiação ao Banco (Artigo V, Seção 3 do Estatuto do IFC e Artigo VII, Seção 3 do Estatuto da IDA).

⁶⁹⁴ Devido à sua condição peculiar, também à Suíça é aberta a possibilidade de se tornar membro da MIGA.

A despeito dessa forte vinculação, a autonomia dessas organizações é destacada em diversas passagens. No caso da IDA, o Artigo IV, Seção 6 (a) estabelece expressamente que: “*The Association shall be an entity separate and distinct from the Bank and the funds of the Association shall be kept separate and apart from those of the Bank*”, concluindo, na letra (c) da mesma Seção, que “*Nothing in this Agreement shall make the Association liable for the acts or obligations of the Bank, or the Bank liable for the acts or obligations of the Association*”. Disposições dotadas da mesma natureza são presentes no Estatuto da IFC (Artigo III, Seção 8 e Artigo IV, Seção 6). No entanto, o compartilhamento de governadores, seus respectivos suplentes e conselho de diretores⁶⁹⁵ com o Banco denota uma coesão muito mais profunda do que a mencionada autonomia sugere. Mesmo no caso da MIGA e do ICSID, cujas características especiais induzem maior liberdade, a atribuição da presidência de sua *Board* ao Presidente do BIRD, ainda que sem direito a voto [Convenção de Seul, Artigo 32 (b); Convenção de Washington, Artigo 5], abala essa ideia, que é definitivamente desfeita com o compartilhamento da mesma sede⁶⁹⁶.

Muito embora esses elementos constituam-se em indícios reveladores de estarmos diante de um real grupo de entidades, tomados isoladamente não são suficientes para caracterizar um grupo. O fator que de fato parece lhes dar unidade e imprimir coerência a seu funcionamento é o compartilhamento de uma mesma filosofia, que orienta suas ações.

Com efeito, nas paredes de mármore do saguão principal do edifício que acolhe a sede do BIRD, lê-se a frase “*Our Dream is a World Free of Poverty*”. Conforme observado ao longo desses dois últimos capítulos, não se tratava esse do propósito original do Banco, mas de um objetivo forjado com o tempo sob a força de eventos que remodelaram a sociedade internacional e suas necessidades. Sob o impulso de fatores tanto endógenos como exógenos, o Banco evoluiu drasticamente, transformando a redução da pobreza em seu fim e a promoção dos investimentos privados no meio para alcançá-lo. Foi exatamente a combinação dessas duas agendas em princípio distintas que deu unidade e coerência de funcionamento ao grupo.

⁶⁹⁵ Estatuto da IFC, Artigo IV, Seção 2 (b) e Seção 4 (b); Estatuto da IDA, Artigo IV, Seção 2 (b) e Seção 4 (b).

⁶⁹⁶ Estatuto da IFC, Artigo IV, Seção 8; Estatuto da IDA, Artigo IV, Seção 8; e Estatuto do ICSID, Artigo 2.

A emergência do *project finance* no âmbito do Banco ocorreu exatamente nesse período de remodelação. Isso não quer dizer, no entanto, que antes disso o Banco não possuísse mandato ou instrumentos necessários que lhe permitissem atuar nesse setor. Lembremos que o financiamento de projetos específicos com fins produtivos sempre se constituiu no principal meio por meio do qual realizaria seus propósitos. Para tanto, poderia tanto conceder empréstimos, inclusive para entidades privadas, como acordar garantias a investimentos. Na mesma linha, desde 1956, foi atribuído à IFC o mandato de promover o desenvolvimento do setor privado de seus membros. Contudo, as condições para a realização dessas tarefas ainda não estavam plenamente consolidadas antes dos anos 1980.

A insustentabilidade do modelo de desenvolvimento caracterizado pelo predomínio de empresas públicas, tão em voga nos anos 1960-70, fora finalmente decretada pela falência das políticas de substituição de importações, cada vez mais restritas devido ao crescimento do débito soberano e ao aumento das restrições orçamentárias. Na sequência, o colapso das economias planificadas e a abertura econômica do leste europeu enterraram definitivamente as expectativas em torno do socialismo⁶⁹⁷. Essa combinação de eventos, associada a outros fatores, provocou a reorientação do Banco para o financiamento direto do setor privado, expondo o que já era perceptível no final dos anos 1950: a grandeza dos desafios a serem enfrentados e a inelasticidade dos fluxos públicos de financiamento faziam com que a única fonte expansível capaz de satisfazer as necessidades dos países em desenvolvimento fosse realmente o capital privado⁶⁹⁸.

Nesse contexto, em que o recurso ao endividamento externo mostrava suas limitações, os IDE, Investimentos Diretos Estrangeiros (*Foreign Direct Investment* – FDI), apresentavam-se como a fonte mais conveniente de financiamento. Da mesma forma que constituíam um aporte

⁶⁹⁷ SHIRATA, I. F. I. *The World Bank in a changing world: Selected Essays*. Cit., p. 208.

⁶⁹⁸ “However, we must recognize that government aid cannot possibly meet the problem with which we are confronted. The total amount of investment which must flow from capital-surplus areas like the United States to capital-deficit areas during the next few years must substantially increase rather than decrease. The only source of investment funds that can be greatly expanded is private capital. It is consequently the only source that can possibly meet the need.” NIXON, R. *Private investment and the economic change*. Cit., p. 705.

direto ao setor produtivo, não distorcendo as variáveis macroeconômicas, não encareciam a asfíxiante dívida soberana⁶⁹⁹.

Como parâmetro, os fluxos globais de IDE cresceram de US\$ 10 bilhões, em 1970, para algo próximo a US\$ 100 bilhões, em 1987. A participação dos Estados Unidos como receptor cresceu de 35% (entre 1980 e 1983) para 44% durante o período compreendido entre 1984 e 1987.

No que concerne aos países em desenvolvimento, as transferências líquidas de recursos à sua destinação por meio de empréstimos de longo prazo atingiram US\$ 29 bilhões no período compreendido entre 1981 e 1985. Nos cinco anos subsequentes (1986-1990), em função da crise da dívida, os mesmos empréstimos atingiram um volume *negativo* de US\$ 145 bilhões. Seguindo a mesma tendência, contudo com oscilação bem menor, os IDE em direção a países em desenvolvimento, que em 1975 representavam cerca de 29% do total global, atingiram algo em torno de 14% em 1988. Queda certamente explicada pela aversão ao risco⁷⁰⁰.

Quanto à distribuição desses fluxos, em 1975, os países em desenvolvimento do ocidente foram o destino de 39,6% dos IDE. Em 1986, essa parcela caiu para 26,7%, ao mesmo tempo em que a participação relativa da Ásia passou de 20% a 34,8%. Com relação ao continente africano, o declínio foi constante (19,9%, em 1970, para 12,7%, em 1975, e 4,4%, em 1986), refletindo a deterioração das condições econômicas e políticas do continente. Individualmente, a distribuição desses fluxos também foi desigual. Entre 1981 e 1990, mais da metade desses recursos direcionou-se para apenas cinco países: México (14%), Brasil (13%), China (12,1%), Malásia (9%) e Argentina (7%)⁷⁰¹.

Esse processo de reorientação filosófica, inclusive do próprio Banco, situou o financiamento do setor privado no centro das atenções. Com a redução da resistência política dos países em desenvolvimento em relação aos investimentos estrangeiros, criou-se certo consenso em torno do papel catalisador do crescimento econômico representado por eles. A partir

⁶⁹⁹ Na medida em que os IDE dependem diretamente do retorno do projeto financiado, passaram a constituir-se numa fonte prioritária de investimento, em detrimento de fluxos financeiros cujo retorno dependia diretamente de juros (aumento da dívida).

⁷⁰⁰ BANCO MUNDIAL. *World Debt Tables, 1990-1991*. Washington: World Bank, 1990.

⁷⁰¹ SHIHATA, I. F. I. *The World Bank in a changing world: Selected Essays*. Cit., p. 239.

disso, medidas tendentes a estabelecer um clima mais favorável à recepção desses fluxos passaram a ser adotadas.

Nas organizações internacionais, os desenvolvimentos seguiram o mesmo curso. Na ONU, esse movimento foi mais visível no âmbito do PNUD e da CNUCED. Contudo, também outras iniciativas acompanharam essa tendência, como a UNIDO (*United Nations Industrial Development Organization*) e o UNCTC (*United Nations Centre on Transnational Corporations*): no caso da primeira, destacam-se as iniciativas no sentido de promoção de investimentos estrangeiros; no caso da segunda, a elaboração de um Código de Conduta para as corporações transnacionais. No âmbito da OCDE, merece destaque o “*Guidelines for Multinational Enterprises*”, adotado em 1976 pela Declaração sobre Investimento Internacional e Empresas Multinacionais (*Declaration on International Investment and Multinational Enterprises*). Essas são apenas algumas dentre as inúmeras iniciativas orientadas à promoção dos investimentos estrangeiros adotadas na época.

Com relação ao Banco Mundial, a orientação não poderia ser diferente. Nesse sentido, tanto as operações de ajuste como um crescente número de operações de investimento passaram a enfatizar o desenvolvimento do setor privado como objetivo. Segundo o relatório de 1991, de um total de 228 operações efetuadas pelo Banco em 1990, nada menos que 150 continham disposições relativas ao desenvolvimento do setor privado⁷⁰².

No contexto interno, o grande desafio do Banco consistia em orientar o financiamento externo àqueles que mais precisavam. A análise, ainda que superficial, do destino do investimento estrangeiro mostra que, enquanto países desenvolvidos e alguns mercados emergentes continuaram sendo atrativos mesmo durante a crise, países mais pobres (paradoxalmente aqueles que mais necessitavam de investimento) haviam sido completamente riscados do mapa do investimento estrangeiro.

Pois bem, observou-se que a aproximação das duas agendas do Banco – erradicação da pobreza e promoção do investimento privado –

⁷⁰² Cf. BANCO MUNDIAL. *Private Sector Development: Strengthening the Bank Group Effort*. Washington: World Bank, 1991.

finalmente deu unidade ao grupo e coerência a suas ações. Isso não lhe garantia, no entanto, papel decisivo na regulação internacional do *project finance*. Descreveu-se, no capítulo anterior, como o desenvolvimento da pesquisa no interior da instituição, transformando-a numa autoridade em matéria de desenvolvimento (*Knowledge Bank*), foi acompanhado, em paralelo, pela evolução de seu poder econômico. Até aqui, nenhuma revolução aparente pode ser identificada: outras instituições igualmente disponibilizam linhas de crédito, muitas vezes em volume muito maior que o Banco, enquanto outras tantas entidades produzem conhecimento na área do desenvolvimento sem que isso lhes confira posição privilegiada na regulação de qualquer tema. Porém, como já mencionado, o que torna as ações do Banco tão especiais não é o fato de emprestar dinheiro e produzir ideias, mas de agregá-los no mesmo “pacote”: “*L’irruption de la conditionnalité des accords du FMI et des prêts de la BIRD et de la BID dans les années 1980 a établi pour la première fois un lien entre les opérations financières multilatérales et le contexte macroéconomique des pays emprunteurs*”⁷⁰³.

5.3 Condicionalidade

Pode-se definir condicionalidade como a ligação entre a execução de certo número de ações e o acesso a recursos financeiros de uma dada fonte⁷⁰⁴. Nessa mesma linha, o ex-Advogado Geral do FMI, Joseph Gold, definia-a como “*the policies the Fund expects a member to follow in order to be able to avail itself of credit from the Fund*”⁷⁰⁵. Muito embora uma definição similar possa ser adotada no âmbito do Banco Mundial, pode-se validamente investigar se se trata essa de definição universal de condicionalidade. Afinal, também bancos privados impõem certo número de prerequisites à liberação de seus empréstimos. Resta saber se estamos diante, nesse caso, de fenômeno da

⁷⁰³ SAUNIER, P. Le système financier et monétaire international. In : HAQUIANI, Z.; SAUNIER, P. *Droit international de l'économie*. Cit., p. 106).

⁷⁰⁴ “La conditionnalité peut se définir à partir de ses finalités. Cette notion, exprimée dans les relation interétatiques ou dans le cadre d’une organisation intergouvernementale, a en effet pour l’objet de déclencher un processus juridique, économique ou financier.” PIQUEMAL, A. *La notion de ‘conditionnalité’ et les organisations internationales économiques et financières*. In: *Mélanges en l’honneur du Doyen Pual Isoart*. Paris: Pedone, 1996. p. 306.

⁷⁰⁵ Cf. GOLD, Joseph. Conditionality. In: *IMF Pamphlet series*. Cit.

mesma natureza (condicionalidade) ou de fenômeno semelhante, porém diverso.

De modo simplificado, entretanto não tão distante da realidade, pressupõe-se que a concessão de empréstimos seja a atividade central dos bancos privados, sejam os beneficiários desses empréstimos entidades privadas ou públicas. Na prática, bancos privados dissociam com clareza as *condições* (ou *prerrequisitos*) do *ato de emprestar per se*. Isso porque, para poder emprestar, bancos devem antes captar recursos; logo, o retorno desses empréstimos constitui-se em engrenagem fundamental de seu mecanismo de funcionamento. Devem, portanto, observar as condições do mercado e de seu hipotético cliente para determinar adequadamente os riscos (fator inerente a suas atividades) e sua recompensa. Nesse processo, a análise do país em questão é rotina indispensável: ela determina aspectos essenciais do contrato final ou até mesmo conduz à não concretização do negócio. Tratando-se de financiamento de empréstimos soberanos, esse exercício pode influenciar tanto o comportamento como a política doméstica e internacional do país em questão:

Borrowing countries realize this and act accordingly. A major consideration is to impress their bankers favorably. They will often not mention these considerations publicly; at times, they will do so, even sending emissaries to the banks to explain and defend their policies, even though countries' policies will not be part of the terms of a loan contract⁷⁰⁶.

Resta saber se, nesse caso, o banco privado desempenha o papel de entidade reguladora ou de um poderoso, contudo ainda mero agente de mercado⁷⁰⁷. Lembre-se que qualquer parte numa relação contratual pode estabelecer os requisitos que condicionam a sua participação na respectiva relação sem que isso a transforme num agente regulador. Por outro lado, reconhece-se igualmente que, em circunstâncias nas quais o poder econômico desempenha papel tão decisivo, definições tornam-se fluidas e classificações adquirem complexidade inusitada. De qualquer maneira, é

⁷⁰⁶ FRIEDMAN, I. S. Private Bank Conditionality: Comparison with the IMF and the World Bank. In: *IMF Conditionality*. Washington: Institute for International Economics, 1983. p. 119.

⁷⁰⁷ Independentemente da resposta a essa questão, não se deve atribuir valor reduzido à avaliação da reputação dos países por entidades privadas. Na prática, essas entidades influenciam os mercados, influenciando indiretamente na escolha das políticas adotadas pelos países. Por outro lado, a efetividade dessas recomendações não é necessariamente indicador de sua juridicidade, tampouco de que seus promotores assumam o papel de agentes reguladores.

importante apontar que no âmbito dessa relação interessa aos bancos privados unicamente o retorno de seu investimento: essa é a razão de ser dos prerequisites que antecedem o ato de emprestar.

No contexto das IFIs a condicionalidade nasce e desenvolve-se no seio do FMI. Ultrapassadas as discussões iniciais acerca do acesso automático (*Automatic Fund*) vs. acesso controlado (*Management Fund*) aos recursos do Fundo, a condicionalidade instalou-se de forma definitiva na rotina da instituição, conhecendo um crescimento exponencial até atingir o seu ápice nos anos 80-90⁷⁰⁸.

A justificativa filosófica inicial para a condicionalidade não se diferenciava muito daquela indicada pelos bancos privados. Numa conjuntura em que a evolução negativa de seus recursos financeiros em relação a outros parâmetros da economia internacional (e.g. comércio internacional) contrastava com o aumento das demandas de crédito, especialmente da parte dos países em desenvolvimento⁷⁰⁹, os calotes tornaram-se uma preocupação crescente para o Fundo⁷¹⁰: sendo o FMI, como o próprio nome indica, um “fundo”, conta basicamente com os recursos provenientes das quotas-parte para cumprir sua missão. A partir disso, a circulação de seus recursos financeiros é identificada como uma peça central em seu mecanismo de funcionamento. Consequentemente, o reembolso das somas emprestadas constitui-se em condição indispensável à manutenção de sua liquidez. Sem isso, suas ações estariam seriamente

⁷⁰⁸ “Bien que le premier accord contenant des conditions date de 1954 (accord *stand-by* célébré avec le Pérou) et que l’apparition des premiers critères de réalisation (*performance criteria*) soit déjà enregistrée en 1957 (accord *stand-by* célébré avec le Paraguay), l’emploi habituel des conditions et des critères de réalisation dans les accord *stand-by* ne se vulgarise qu’au cours de la décennie suivante. [...] Sa progression suit une trajectoire linéaire tout au long des années 70. En 1979, après une révision exhaustive, le cadre légal élaboré en 1968 est consolidé sous la forme d’une directive concernant l’application de la conditionnalité dans les arrangements financiers sponsorisés par le FMI (*Guidelines on conditionality for the use of the Fund’s resources and for stand-by arrangements*). [...] En dépit des critiques les plus variées, elle continue à se placer au devant de la scène depuis 1979. Une des preuves concrètes en est la progression des financements soumis à une forte conditionnalité par rapport au total des décaissements effectués par le Fonds pendant cette période. Ils passent de 25%, dans la période allant de 1975 à 1979, à 59% entre 1980 à 1984. Ils finissent par atteindre 66% dans la seconde moitié de la décennie.” MIRANDA, L. R. de. *Les lettres d’intention au F.M.I.* Cit., p. 187-189.

⁷⁰⁹ “[...] alors que, jusqu’à la fin de 1978, les pays industrialisés avaient obtenu 62% des tirages, les PVD en ont obtenu 98% depuis 1979.” LELART, M. *Le système monétaire international.* Cit., p. 81.

⁷¹⁰ “Depuis le début des années 80, les arriérés sont devenus une source de profonde préoccupation, car ils compromettent la liquidité du FMI et imposent des frais aux autres pays membres.” FUNDO MONETARIO INTERNACIONAL. Departamento de Tesouraria. *Organisation et opérations financières du FMI.* Washington: FMI, 2001. Série des brochures, n° 45-F. p. 153.

comprometidas. A condicionalidade apresentou-se, nesse contexto, como a solução para a equação aparentemente insolúvel entre a intensificação das ações do FMI e a salvaguarda de seus recursos financeiros⁷¹¹.

No âmbito estatutário, ainda que não exista menção expressa acerca da condicionalidade, o endurecimento das condições de acesso aos recursos financeiros do FMI é medida absolutamente compatível com sua carta constitutiva. Nesse sentido, o Artigo I, Seção V dos Estatutos do FMI, ao enumerar os objetivos da instituição, é de extrema clareza ao condicionar a disponibilidade dos recursos financeiros do Fundo ao oferecimento de garantias adequadas. Mesma preocupação expressa no Artigo V, Seção 4 e no Artigo V, Seção 3 (a) da mesma convenção. Conforme veremos, as críticas que habitualmente se faz à condicionalidade das IFIs não se concentram na contestação da existência da condicionalidade, questão já superada em meados dos anos 1950, mas na sua extensão material.

Além da salvaguarda de seus recursos, outra justificativa foi forjada ao longo dos anos para legitimar a condicionalidade do Fundo: o cumprimento de seu mandato. De fato, diferentemente de instituições bancárias privadas, a constituição do FMI obedeceu a imperativos de outra natureza. Os acordos de Bretton Woods possuem a particularidade de serem uns dos primeiros, senão os primeiros tratados multilaterais a criar formalmente um “código de conduta” aplicável às transações econômicas entre Estados. O funcionamento desse sistema pode ser *grosso modo* reduzido a dois princípios de base: o reconhecimento da independência nacional na formulação de políticas internas e a submissão dessas políticas nacionais ao código de conduta adotado pelos Estados membros⁷¹². Nesse sistema, de início equilibrado quanto aos elementos técnicos e políticos, cabia ao Fundo exatamente promover a implementação do mencionado código. Ainda que se possa questionar o que de fato sobrou desse código nos dias de hoje, notadamente após o abandono do sistema de paridades monetárias fixas, pode-se identificar nessa missão a outra justificativa da condicionalidade. Nessas condições, a condicionalidade do FMI é orientada

⁷¹¹ MIRANDA, L. R. de. *Les lettres d'intention au F.M.I.* Cit., p. 48-53.

⁷¹² GUITIAN, M. The unique nature of the responsibilities of the International Monetary Fund. In: *IMF Pamphlet series*. Washington: FMI, N. 46, 1992. p. 12.

por dois vetores: a salvaguarda de sua liquidez e a realização de seus propósitos institucionais.

Conforme observado no capítulo precedente, a condicionalidade consolidou-se no âmbito do Banco Mundial nos anos 1980, mais precisamente quando os empréstimos *nonproject* intensificaram-se, notadamente com os SALs. Contudo, a história da condicionalidade no Banco iniciara-se na década anterior, antes, portanto, que McNamara efetuasse a revolução dos ajustes estruturais.

Na realidade, a transformação de uma instituição financeira conservadora numa instituição prioritariamente voltada ao desenvolvimento começou com Woods. Ao assumir a presidência do Banco, ele reorientou o foco da instituição para o crescimento econômico dos países em desenvolvimento, analisando sobretudo os fatores que o prejudicavam. Com isso, moveu o Banco para além da análise meramente creditícia dos países, desenhando um quadro mais meticuloso acerca de sua real situação econômica.

Paradigmático, nesse processo, foi o recrutamento de I. S. Friedman, trazido diretamente do Fundo para o Banco para ocupar o posto de Conselheiro da Presidência para assuntos econômicos. Sob a influência desse defensor convicto da condicionalidade, os avanços nesse setor foram consideráveis. Apesar da confusão ocasional entre as ações do Banco e do Fundo em função da contínua extensão da condicionalidade de cada um deles, podia-se identificar, já naquele período, aquele que viria a se tornar o terreno de ação prioritário do Banco: as políticas de longo termo, reformas e ajustes; não somente de natureza econômica, mas também social.

No âmbito do Banco, a condicionalidade veio a exibir feições peculiares que a situariam a meio caminho entre a “condicionalidade” dos bancos privados e a condicionalidade do Fundo. Realmente, assim como acontece com os bancos privados, o Banco depende de sua reputação no mercado para poder captar os recursos financeiros empregados no

cumprimento de sua missão⁷¹³, preocupação inexistente no FMI. Segundo Friedman, “*In the World Bank, ability to access private capital markets to fund its loan portfolio creates incentives to behave more like the commercial banks than the Fund*”⁷¹⁴. Por outro lado, os propósitos constitutivos do Banco fazem com que ele necessariamente seja obrigado a assumir riscos que seriam inaceitáveis para bancos comerciais. Afinal, se uma de suas razões de ser é exatamente a correção de falhas do mercado, a aversão ao risco não pode dominar as suas políticas de empréstimo: “*Therefore, unlike a commercial bank, usage of the loans rather than their financial quality becomes crucial. A commercial bank, first and foremost, must protect the financial quality of its portfolio*”⁷¹⁵.

Todavia, a posição do Banco tampouco se identificava inteiramente com a posição do Fundo. Ao Banco, nunca fora atribuída a responsabilidade de fiscalizar a implementação de “código de conduta” algum. Conforme vimos no capítulo precedente, nem mesmo foi-lhe de início conferido poder regulador. Sua política de empréstimos sempre foi ditada por seus propósitos. Assim, na medida em que a noção de desenvolvimento evoluía e as demandas com relação às ações do Banco diversificavam-se, alterava-se de forma reflexa a condicionalidade incorporada a seus acordos financeiros. A partir do momento em que o processo de desenvolvimento institucional conferiu-lhe poder regulador originalmente inexistente e que a erradicação da pobreza consolidou-se como seu propósito central, o escopo da condicionalidade do Grupo expandiu-se a setores até então impensáveis.

É verdade que (ao menos em tese) o Banco não tem o poder de ditar políticas econômicas a serem seguidas pelos países-membros, limitando-se a fazer da adoção de determinada ação política uma pré-condição à aprovação de empréstimos. Também é verdade que o potencial mutuário, como em qualquer negócio jurídico, pode recusar-se a emprestar sob tais condições: “*The borrower cannot object, in principle, to conditionality or, in principle, to specific conditions. The borrower can simply refuse to borrow and look for another*

⁷¹³ “Elles [les banques multilatérales] sont des emprunteurs avant d’être des prêteurs.” HAQUIANI, Z.; SAUNIER, P.. *Droit international de l’économie*. Cit., p.73.

⁷¹⁴ FRIEDMAN, I. S. Private Bank Conditionality: Comparison with the IMF and the World Bank. In: *IMF Conditionality*. Cit., p. 115.

⁷¹⁵ Idem, *ibidem*, p. 115.

lender if the conditions are not accepted”⁷¹⁶. Essa premissa vale tanto para as condições impostas pelo Banco Mundial como para aquelas impostas por qualquer entidade privada. Tais ponderações devem, no entanto, ser apreciadas com muita precaução.

Particularmente, a despeito da razoabilidade da posição acima indicada, acredita-se não haver identidade possível entre a condicionalidade das IFIs e aquela praticada por bancos comerciais. Questiona-se até mesmo se seria correto classificar como condicionalidade os prerequisites gerais que condicionam a concessão de empréstimos por bancos comerciais. Obviamente, não se nega o poder de influência desses poderosíssimos atores do cenário internacional, apenas se interroga acerca da natureza desta sua suposta condicionalidade. Para tanto, aponta-se três fatores distintivos.

O primeiro deles refere-se à posição das IFIs no sistema financeiro internacional. Como visto, os bancos privados apresentam-se como agentes num mercado não tão diversificado, é bem verdade, mas aberto à competição. Nesse mercado, conglomerados bancários das mais variadas nacionalidades e composições competem entre si, impondo, cada um deles, condições mínimas que entendem dever ser preenchidas por potenciais clientes. Além disso, assumem a parcela de risco que julgam adequada segundo a sua política interna e as normas prudenciais que regulam a sua atividade. Nesse contexto, a decisão entre adequar-se às recomendações dessas entidades ou recusar-se a emprestar incumbe unicamente ao cliente. Conquanto tentadora, a assimilação da atividade dos bancos comerciais à desempenhada pelas IFIs parece-nos equivocada, sobretudo quando se fala em programas de ajuste que, como se sabe, comportam carga condicional mais intensa.

Observou-se, nos capítulos anteriores, que o extraordinário desenvolvimento do mercado financeiro internacional, inicialmente impulsionado pela reciclagem de petrodólares no seu segmento bancário, apresentava liquidez suficiente para suprir as necessidades de financiamento dos países em desenvolvimento. Nesse contexto de

⁷¹⁶ FRIEDMAN, I. S. Private Bank Conditionality: Comparison with the IMF and the World Bank. In: *IMF Conditionality*. Cit., p. 117.

abundância financeira, caracterizado pelo laxismo⁷¹⁷ no que concerne à análise de risco, o recurso ao Banco e à condicionalidade embutida em seus empréstimos evidentemente não se mostrava uma opção vantajosa.

Esse fato poderia facilmente induzir a conclusão de estarmos diante de entidades concorrentes, justificando, nessa hipótese, a alegação de que o país-membro (potencial tomador de empréstimo) tem realmente o poder de optar por um ou por outro, recusando-se a emprestar segundo os termos e condições estabelecidas pelas IFIs. Em tese, esse argumento é de fato convincente; na prática, contudo, a situação de um país que recorre a programas de ajuste apresenta nuances bastante diversas.

Segundo o Artigo I (ii) dos Estatutos do BIRD, compete-lhe “*To promote private foreign investment by means of guarantees or participations in loans and other investments made by private investors; and when private capital is not available on reasonable terms*” (grifo nosso). Em outras palavras, não incumbe ao Banco concorrer com o setor privado, mas promovê-lo, agindo diretamente somente quando os investimentos oriundos desse setor não se mostrarem disponíveis em termos razoáveis. Nessas condições (o que se verificou concretamente nos anos 1980), o recurso aos programas de ajuste patrocinados conjuntamente pelo Banco e pelo Fundo não se apresentava como uma opção entre outras tantas disponibilizadas pelo mercado, mas como um recurso de última instância (*last resort*)⁷¹⁸. A partir disso, questiona-se a margem real de escolha de um membro que se encontra nessa situação.

O segundo elemento distintivo entre os prerequisites exigidos pelos bancos privados e a condicionalidade embarcada nos acordos patrocinados pelo Banco relaciona-se ao regime jurídico de ambos. Conforme observado no capítulo 3, contratos de empréstimos soberanos, ainda que sujeitos à incidência de algumas regras internacionais, são normalmente regidos por uma ordem jurídica nacional⁷¹⁹ (geralmente a do Estado mutuário). Como dito, nesses contratos há uma nítida separação entre a fase de análise do

⁷¹⁷ Cf. DROUIN, Michel. *Le financement du développement*. Paris: Armand Colin, 1998.

⁷¹⁸ WILLIAMSON, J. The lending policies of the International Monetary Fund. In: *IMF Conditionality*. Cit., p. 607-608.

⁷¹⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Empréstimos Sérvios. CPJI, série A, n° 20, 1929, decisão n° 14, p. 41.

preenchimento dos prerequisites que condicionam a concessão do empréstimo e o contrato de empréstimo *per se*. Certamente, a opinião dos bancos influencia a tomada de decisões políticas por parte do Estado, porém, tais decisões não fazem parte do contrato de empréstimo⁷²⁰.

Em contraste, observar-se-á no próximo capítulo que os acordos financeiros celebrados entre o Banco e seus membros são classificados como acordos internacionais⁷²¹, aplicando-se a eles o regime jurídico de direito internacional. Tais acordos extraem seu fundamento jurídico diretamente de convenções internacionais. Por conta disso, as condições a eles expressamente anexadas tem força cogente, obrigando o respectivo membro a observar o seu cumprimento.

Finalmente, há que se destacar um último elemento de natureza estrutural diferenciador entre a condicionalidade e os prerequisites exigidos pelos bancos privados. Dentre os elementos que condicionam a concessão de um empréstimo pelo Banco Mundial há disposições de duas naturezas distintas: (1) critérios de elegibilidade e acesso a seus recursos e (2) condicionalidade. Os primeiros estabelecem condições gerais de acesso normalmente relacionadas de forma direta ou indireta ao mutuário e às características intrínsecas do projeto; já a condicionalidade relaciona-se à destinação dos recursos acordados.

A título exemplificativo, o acesso aos serviços prestados pelas agências que compõem o Banco é, via de regra, restrito a seus membros ou a seus nacionais. Além disso, há critérios específicos a serem preenchidos: à IFC compete fomentar o desenvolvimento do setor privado (Artigo I, IFC), logo, seus clientes são empresas privadas (Artigo III, IFC); à IDA

⁷²⁰ FRIEDMAN, I. S. Private Bank Conditionality: Comparison with the IMF and the World Bank. In: *IMF Conditionality*. Cit., p. 117-119.

⁷²¹ Referimo-nos, aqui, unicamente aos acordos celebrados entre o Banco e seus membros. No caso de acordos passados com o FMI, há certa controvérsia quanto à sua natureza jurídica. Enquanto alguns tendem a classificá-los como meros *gentlemen's agreements*, outros os classificam como acordos internacionais. Entre os primeiros, destacam-se: GOLD, J. The legal character of the Fund's stand-by arrangements and why it matters. In: *IMF Pamphlet series*. Washington: FMI, n. 35, 1980. p. 2; JACKSON, J. H.; DAVEY, W. J.; SYKES, A. O. Jr. *Legal problems of international economic relations: cases, materials and text on national and international regulation of transnational economic relations*. St. Paul: West Publishing Co., 1995. p. 1031-1032. Entre os segundos, LOWENFELD, A. F. *International economic law*. New York: Oxford University Press, 2008.; CARREAU, D. *Le Fonds Monétaire*. Cit. No que concerne ao próprio FMI, sua posição é categórica: "Stand-by arrangements are not international agreements and therefore language having a contractual connotation will be avoided in stand-by arrangements and letters of intent." FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. Artigo 3 da Decisão n° 6056-(79/38), de 2 de março de 1979.

compete precipuamente promover o desenvolvimento econômico em países menos desenvolvidos (Artigo I, IDA), incapazes de acessar empréstimos do Banco ou empréstimos de fontes privadas em condições razoáveis [Artigo V, seção 1 (c), IDA]; à MIGA, que tem o objetivo de encorajar o fluxo de investimentos com fins produtivos a seus membros, incumbe prestar garantias contra riscos não comerciais relativos a investimentos efetuados em um país-membro e provenientes de outro país membro [Artigo 2 (a), MIGA]. Quanto ao BIRD, conforme já observado, além de critérios de elegibilidade indicados em seu Estatuto, deve-se também procurar garantir o reembolso das quantias emprestadas. Assim como em qualquer instituição financeira privada, um estudo acerca das condições econômicas do mutuário é realizado para se estabelecer a viabilidade econômica da operação. A análise dos critérios de elegibilidade situa-se exatamente nessa fase.

Conforme se verá adiante, a condicionalidade vincula a liberação de recursos à implementação, pelo mutuário, de determinadas ações relacionadas aos propósitos da instituição. A delimitação aparentemente clara entre prerequisites e condicionalidade apresenta, na prática, desafios bastante complexos. Apesar disso, pode-se determinar que o preenchimento dos requisitos e condições de acesso depende de uma análise preliminar à aprovação do acordo, enquanto a condicionalidade geralmente relaciona-se às ações que devem ser tomadas pelo mutuário ao longo do projeto. Há uma ligação orgânica entre os recursos emprestados pelo Banco e essas medidas, elemento inexistente no âmbito das relações financeiras privadas.

O CONTEÚDO MATERIAL DA CONDICIONALIDADE

Vimos, ao longo dos dois últimos capítulos, que as políticas preconizadas pelo Banco evoluíram, seja quanto à extensão material, seja quanto à profundidade, na medida em que os desafios enfrentados pelo mundo em desenvolvimento tornavam-se cada vez mais complexos. Observou-se, também, que o desenvolvimento institucional do Grupo alcançou a maturidade somente quando as duas agendas do Banco foram

unificadas. A condicionalidade foi, nesse processo, o fator que relacionou duas feições distintas do Banco: instituição financeira e centro de pesquisa (*Knowledge Bank*). Por meio dela, o Banco encontrou um meio bastante eficaz para influenciar as políticas executadas por seus membros.

Pois bem, muito se fala sobre a condicionalidade: a sua vertente liberal, a sua abrangência excessiva, a interferência inapropriada que propicia nos assuntos internos dos membros. Mas, afinal, quais seriam a sua fonte, o seu fundamento, as regras que a orientam e os seus respectivos limites? Para responder a essas perguntas, é indispensável que se percorra os meandros da organização e do contexto em que se situa.

Retrospectivamente, apontou-se que a criação das organizações de Bretton Woods constituiu-se numa resposta ao protecionismo e às desvalorizações competitivas que marcaram o período entreguerras. Sublinhou-se, ainda, que a ordem econômica inaugurada no pós-guerra, a despeito da fracassada constituição da Organização Internacional do Comércio, privilegiava o livre comércio e a estabilidade monetária, traduzida, naquela conjuntura, no sistema cambial de paridades fixas. A ligação entre o Banco e o FMI tornou-se, nesse contexto, quase orgânica, tão recorrentes são as referências recíprocas em suas cartas constitutivas. O ponto mais emblemático desse fenômeno talvez seja a subordinação da filiação ao Banco à participação do FMI (Artigo II, Seção 1; Artigo VI, Seção 3, BIRD) e, de forma escalonada, a subordinação à admissão à IDA, à IFC e à MIGA à participação do Banco. Conforme indica Saunier, “*chacune de ces organisations dispose de la personnalité morale, mais leur imbrication a pu les faire paraître comme les différents ‘guichets’ d’une même entité*”. Conclui-se, com isso, que

*Ce dispositif institutionnel conditionne l’obtention des crédits pour le développement à l’observance de la discipline monétaire préconisée par le FMI, autre institution spécialisée des Nations Unies. Relié de la sorte à l’organisation mondiale, ce réseau d’institutions financières installées à Washington domine le système financier institutionnel*⁷²².

A partir disso, se a condicionalidade das IFIs, como observado, fundamenta-se em dois elementos distintos – a preservação da capacidade

⁷²² SAUNIER, Ph. *Le système financier et monétaire international*. in Droit international de l’économie, Paris: Ellipses Editions, 2007. p. 75.

financeira e a realização de seus propósitos institucionais –, o liberalismo, elemento subjacente à criação dessas entidades, constitui-se em valor comum a lhes orientar. Mais especificamente no que concerne ao Grupo, outros vetores, com o tempo, foram adicionados na composição da condicionalidade.

A despeito das incertezas relacionadas ao conceito de desenvolvimento⁷²³, propósito central da instituição, firmaram-se, com a prática, algumas noções essenciais. A partir dos anos McNamara, a consolidação do combate à pobreza como agenda prioritária do Banco reorientou as suas ações⁷²⁴. Retomado por todas as agências, a esse objetivo foi atribuído *status* de linha unificadora das ações do Grupo. Isso ficou particularmente evidente na reorientação das ações da IFC, notadamente a partir dos anos 2000: em 2007, por exemplo, os investimentos da IFC nos países IDA cresceu 75%, destinação de aproximadamente metade dos projetos patrocinados pela IFC. Do mesmo modo, a maior atenção aos pobres passou a fazer parte da estratégia da MIGA. Segundo informações colhidas em seu próprio *website*, o foco de suas atividades passou a se concentrar em áreas em que de fato sua intervenção pode produzir maior impacto: países IDA, zonas de conflito, cooperação sul-sul, e projetos envolvendo indústrias extrativas, sobretudo aquelas associadas a impactos ambientais e sociais.

Os Estatutos do Banco não delineiam apenas seus propósitos, mas também os meios para alcançá-los. Nos termos do Artigo I, fica assim claro o papel prioritário atribuído aos financiamentos privados, sobretudo estrangeiros⁷²⁵, apreendidos pelo Banco como o motor do desenvolvimento:

⁷²³ “There is no definition of the two key concepts of ‘project’ and ‘development’, two key concepts in the constituent instruments. Since projects for development are the means for the MDBs to fulfil their objectives, what is a project and what is the meaning of development are essential questions to understand the operations of the MDBs and their expansion.” SUREDA, A. R. *The law applicable to the activities of International Development Banks*. Local: RCADI, 2004. vol. 308 , p. 101.

⁷²⁴ “The Bank's mission is sustainable poverty reduction. Poverty encompasses lack of opportunities (including capabilities), lack of voice and representation, and vulnerability to shocks. The Bank's support for poverty reduction is focused on actions, consistent with its mandate, to increase opportunity, enhance empowerment, and strengthen security. Within this broad framework, a critical priority is promoting broad based growth, given its proven importance in reducing poverty.” BANCO MUNDIAL. *The World Bank Operations Manual*. Operation Policies (OP 1.00). Disponível em: <<http://go.worldbank.org/FZ7WFCCYU0>>. Acesso em: 30 dez. 2012.

⁷²⁵ “The Development Committee, recognizing, [...] that the promotion of private foreign investment is a common purpose of the International Bank for Reconstruction and Development, the International Finance

disposição similar encontrada, aliás, nos propósitos da IFC (Artigo 1, IFC) e da MIGA (Preâmbulo e Artigo 2, MIGA). Nessas condições, estabelece-se uma vinculação indissolúvel entre suas duas agendas: a promoção do desenvolvimento, focalizada na erradicação da pobreza, por meio do estímulo às fontes privadas de investimento.

Concretamente, as ações do Grupo (e por via de consequência, a condicionalidade nelas embarcada) visam criar condições atrativas a esses investimentos atuando simultaneamente em diferentes frentes. Alguns desses setores têm historicamente recebido atenção especial do Banco. Nesse âmbito, a estabilidade política, econômica e jurídica⁷²⁶ são fatores essenciais à promoção dos investimentos estrangeiros, assim como níveis mínimos de eficiência e honestidade da administração pública e a existência de infraestrutura adequada em todos os níveis (física, humana e institucional). Completa esse quadro a atitude favorável, tanto da sociedade como do governo, em relação aos investimentos privados. Conforme aponta Shihata, é interessante notar que *“almost all these factors require government involvement. This is only natural; private sector flourishes in a well organized society, under market-friendly policies and with well developed physical and social infrastructure”*⁷²⁷.

A partir desses objetivos, as políticas preconizadas pelas IFIs apresentaram significativa variação material ao longo dos anos, segundo a conjuntura a ser enfrentada, a ideologia dominante e, sobretudo, a avaliação dos resultados obtidos pelos próprios projetos. Conforme assinalado no capítulo anterior, inicialmente concentrada em medidas de caráter macroeconômico, consideradas de estabilização, a condicionalidade incorporada aos programas de ajuste estrutural pouco a pouco passou a

Corporation and the Multilateral Investment Guarantee Agency; that these institutions have pursued this common objective through their operations, advisory services and research; [...]" BANCO MUNDIAL. World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment. Disponível em: <<http://italaw.com/documents/WorldBank.pdf>>. Acesso em: 30 dez. 2012.

⁷²⁶“(a) A minimum of political stability, coupled when required by insurance against political risks, is a basic element in a acceptable investment climate [...]; (b) The government’s economic and financial policies have a direct effect on the stabilization of the economy and therefore on inflation, foreign exchange and interest rates. Inappropriate or continually changing policies have a pervasive negative effect on the investment climate; (c) A legal and regulatory framework which protects property and contractual rights, ensures a fair and quick settlement of disputes and establishes a fair and stable labor/management relationship is a fundamental element in the stability and flexibility needed for the investment environment.” SHIHATA, I. F. The World Bank in a changing world: selected essays. Cit., p. 234.

⁷²⁷Id Ibid, p. 234-235.

contemplar também medidas de caráter microeconômico. Traduzido em termos mais palpáveis, além de temas como “*la réduction du format des États, à la réduction des déficits budgétaires, à la réduction de l’inflation, à la redéfinition des taux de change, à l’ouverture des aux investissements étrangers, à l’augmentation des recettes d’esportation et à la mise en place de systèmes fiscaux. Dans certains cas, ces ressources peuvent servir à des opérations de restructuration de la dette*”⁷²⁸, incorporaram-se, paulatinamente, medidas relativas às privatizações de empresas públicas (muitas das quais o Banco havia ajudado a criar)⁷²⁹, remoção de barreiras à entrada e operações de investimentos, reforma na legislação trabalhista, liberalização das barreiras comerciais e, de maneira mais geral, otimização dos sistema legal/regulatório. Relatos da época (início dos anos 1990) não deixam dúvida acerca da finalidade das ações do Banco: “*In particular, the Bank Group is increasingly supporting legal and regulatory reforms directed specifically at improving the environment for PSD [Private Sector Development]*”⁷³⁰.

Em tempos mais recentes, destacam-se avanços da condicionalidade em duas direções distintas. No âmbito material, considerações de ordem não econômica, como as relativas ao meio ambiente⁷³¹, têm ganhado cada vez mais espaço nos projetos financiados pelo Banco⁷³². No nível operacional, maior destaque tem sido dado à participação dos países-membros na formatação dos projetos (*ownership*): devido aos resultados considerados frustrantes dos programas de ajuste efetuados ao longo dos anos 1980-1990, reformularam-se as diretrizes (*guidelines*) orientando as operações tanto do Banco como no FMI⁷³³. Especificamente quanto ao

⁷²⁸ SAUNIER, Ph. *Le système financier et monétaire international*. Cit., p. 106.

⁷²⁹ “Reflecting a dramatic change in approach, the Bank has in recent years supported the restructuring and privatization of public enterprises including those which it had helped create or finance”. SHIHATA, I. F. I. *The World Bank in a changing world: selected essays*. Cit., p. 215.

⁷³⁰ Id. *Ibid.*, p. 212.

⁷³¹ Cf. HANDL, G. *Multilateral Development Banking: Environmental principles and concepts reflecting general international law and public policy*. The Hague; London; Boston: Kluwer Law International, 2001.

⁷³² Disposições versando sobre meio ambiente (OP 4.00, BP 4.00, OP 4.01, BP 4.01, OP 4.02, BP 4.02, OP 4.04, BP 4.04, OP 4.07, OP 4.36, BP 4.36); disposições versando sobre povos indígenas (OP 4.10, BP 4.10); disposições versando sobre a mulher (OP 4.20, BP 4.20). BANCO MUNDIAL. *The World Bank Operations Manual*. Cit.

⁷³³ “Pour que cette promotion du leadership national soit effective, on préconise également l’application parallèle de 4 autres principes: la modération des mesures d’ajustement (*parsimony*), l’individualisation des programmes (*tailoring*), la clarté dans la spécification des conditions (*clarity*) et une coordination accrue (*coordination*) avec d’autres acteurs de la scène internationale, spécialement avec d’autres institutions multilatérales comme, par exemple, la Banque mondiale. L’interaction de ces principes doit normalement produire, en théorie, un plus grand engagement des gouvernements concernés et des résultats plus

Banco, a diretiva que orienta as suas ações faz referência à apropriação do projeto pelo país beneficiário (*ownership*) em diversas passagens. Em todas elas, o acento é colocado no comprometimento do respectivo membro em relação ao projeto⁷³⁴.

AS FONTES E OS LIMITES DA CONDICIONALIDADE

Além das regras gerais aplicáveis a qualquer sujeito de direito internacional, a principal fonte a orientar as ações de uma organização internacional é sua respectiva carta constitutiva: dela extraem-se os seus propósitos, além dos poderes, implícitos e explícitos, necessários à sua realização. Conquanto constitua-se no mais importante instrumento a governar as suas ações, não se trata do único. Como visto, não raramente tais documentos são elaborados em termos bastante amplos para evitar o recurso frequente a desgastantes processos de emenda. Nessa hipótese, eventuais lacunas operacionais são preenchidas tanto pela via interpretativa como pela edição de regras internas complementares. Em qualquer desses casos, a consonância com os termos da carta constitutiva é obrigatória⁷³⁵.

Assim como no FMI, não se encontra nos Estatutos do BIRD menção alguma à condicionalidade. Ainda assim, a estipulação de condições de acesso a seus recursos financeiros é medida absolutamente compatível com sua carta constitutiva. Ao longo desse instrumento, referências à incolumidade do patrimônio da instituição⁷³⁶ são recorrentes,

satisfaisants en matière d'ajustement [Cf. FMI, *Guidelines on Conditionality*: Décision n° 12864-(02/1002) du 25 septembre 2002].” MIRANDA, L. R. de. *Les lettres d'intention au F.M.I.* Cit., p. 255-256.

⁷³⁴ Vide *The World Bank Operations Manual*: OP 4.00 (item 5); OP 6.00 (item 2, a); OP 8.60 (item 3); OP 13.16 (itens 1 e 2); OP 14.40 (item 1).

⁷³⁵ Shihata descreve com extrema clareza esse processo no âmbito da MIGA, aplicável, em termos semelhantes, a outras instituições do Grupo: “MIGA's guarantee operations will be governed by various instruments. The basic framework is, of course, provided by the Convention. To avoid the need for frequent amendments, the Convention's provisions are cast in broad terms, but envisage that they will be elaborated upon from time to time in regulations, rules and policies to be issued by the Agency's Board of Directors. Operational regulations have already been approved in draft form by a Preparatory Committee of signatory countries of the Convention and are expected to be issued in due course by MIGA's Board. (These draft regulations are referred to hereafter as the ‘Regulations’.) Once issued in final form, the Regulations will be binding on MIGA's management. However, they may be changed at any time by the Board, thus permitting MIGA's guarantee programme to develop in response to the changing needs of member countries and investors.”. SHIHATA, I. F. I. *The World Bank in a changing world*: Selected Essays. Cit., p. 158.

⁷³⁶ “Artigo III, Seção 4 (v): In making or guaranteeing a loan, the Bank shall pay due regard to the prospects that the borrower, and, if the borrower is not a member, that the guarantor, will be in position to meet its

assim como a preocupação com o emprego das somas emprestadas em projetos que obedeçam aos propósitos da entidade⁷³⁷: como observado acima, os dois fatores que servem de fundamento à condicionalidade do Banco.

Ainda que se possa remotamente identificar nos Estatutos do Banco as bases jurídicas de sua condicionalidade, a consolidação desse instrumento institucional, que se tornou essencial à implementação de sua atividade reguladora, deu-se pela via complementar. Além do *By-Laws* do BIRD, conjunto de regras complementares aos Estatutos que tem por função regular o funcionamento da instituição, há outros tantos documentos, de conteúdo técnico ou político, cuja natureza ambígua deixa dúvidas quanto à sua força cogente. A análise desses instrumentos remete-nos diretamente ao campo dos atos internos das organizações internacionais.

Observou-se, no capítulo precedente, que os atos internos das organizações internacionais (explícita ou implicitamente previstos) derivam de sua carta constitutiva. Conforme reconhece Brownlie, “*Organizations have considerable autonomy in making rules on internal matters such as procedure and the relations of the organization and its staff*”⁷³⁸. Nesse contexto, as mencionadas cartas constituem-se em limites naturais às suas ações (teoria *ultra vires*). Ao mesmo tempo, parece-nos bastante complicado proceder a uma classificação geral desses atos por dois motivos intimamente relacionados: (a) a diversidade das organizações internacionais; e (b) a ausência de uma teoria geral dos atos das organizações internacionais que dê suporte a esse exercício.

Organizações internacionais são entidades extremamente distintas umas das outras⁷³⁹. No que concerne à sua estrutura, sua constituição

obligations under the loan; and the Bank shall act prudently in the interests both of the particular member in whose territories the project is located and of the members as a whole.” BANCO MUNDIAL. *IBRD Articles of Agreement*. Cit.

⁷³⁷ “Artigo III, Seção 5 (b): The Bank shall make arrangements to ensure that the proceeds of any loan are used only for the purposes for which the loan was granted, with due attention to considerations of economy and efficiency and without regard to political or other non-economic influences or considerations.” Idem, *ibidem*.

⁷³⁸ BROWNLIE, I. *Principles of Public International Law*. Cit., p. 693.

⁷³⁹ “Proceder a uma classificação das organizações internacionais parece um exercício difícil e de resultados incertos. Sabe-se, no entanto, que sua diversidade é muito grande na abrangência espacial – número de Estados e regiões geográficas – e nos objetivos almejados – políticas, militares, científicas, econômicas, e

envolve distribuição de poder bastante peculiar entre a organização e o domínio jurisdicional doméstico reservado de seus membros, bem como entre os diversos órgãos da organização entre si⁷⁴⁰. A partir disso, identifica-se uma clara distinção teórica entre a organização “sujeito de direito internacional” e a organização “*forum político*”⁷⁴¹, criando-se, com isso, a impressão de estarmos diante de dois espaços distintos. Broches chega mesmo a sugerir uma reclassificação distintiva entre o que chama de “*internal law of international organizations*”, mais precisamente “*the law dealing with the constitutional and other internal operations and procedures of international organizations, including their constitutional powers, their decision-making processes and their administrative practices*”, e o direito externo das organizações internacionais (“*external law of international organizations*”), segundo ele, “*the law dealing with the external relations of international organizations, including their relations with member States to the extent that these relations are not directly governed by their charter or other constituent instrument, and their relations with non-member States, other international organizations and, finally, with private persons*”⁷⁴². Não sem assinalar, contudo, o caráter meramente doutrinário dessa distinção, além de suas reservas, sobretudo quanto à existência de um suposto direito externo das organizações internacionais⁷⁴³.

Segundo Celso D. de Albuquerque Mello, “Tal fato decorre de as organizações possuírem uma personalidade distinta da dos seus Estados-membros”⁷⁴⁴. Isso talvez explique o entendimento de Barberis, que considera os estatutos internos das organizações internacionais “relativamente autônomos”, assemelhando-se à ordem jurídica interna de qualquer pessoa internacional,

tantas outras, inclusive com objetos ditos universais.” NASSER, S. H. *Fontes e normas do Direito Internacional: um estudo sobre a soft law*. São Paulo: Atlas, 2006. 2. ed., p. 132.

⁷⁴⁰ BROWNLIE, op. cit., p. 685.

⁷⁴¹ “Moreover, the study of the legal nature of international organizations presents significant difficulties because, on one hand, international organizations, as already has been pointed out, are a specific form of relations among states and, on the other hand, enter into international relations as individual entities.” TUNKIN, G. I. *Theory of international law*. Cit., p. 306.

⁷⁴² BROCHES, A. *International legal aspects of the operations of the World Bank*. Cit., p. 302.

⁷⁴³ “Having suggested this distinction, I must say that from the point of view of doctrine its validity is not free from doubt. The internal law of international organizations, as defined, can be recognized as a separate, and relatively young, branch of international law. It can be argued, on the other hand, that what I term the external law of international organizations falls within existing broad fields of international law such as the law of treaties and of privileges and immunities. Accordingly, so the argument would run, there is no basis for a separate so-called external law of international organizations.” Idem, *ibidem*, p. 302-303.

⁷⁴⁴ MELLO, C. D. de A. *Curso de direito internacional público*. Cit., p. 316.

e estando fora, portanto, do direito internacional. Posição essa criticada por Mello ao destacar que “Estes estatutos são uma das maneiras pelas quais se manifestam as normas internacionais, não interessando saber se o seu âmbito de aplicação é restrito ou não”⁷⁴⁵.

Particularmente, alinhamo-nos à opinião desse último. Muito embora reconheçamos o papel ambivalente desempenhado pelas organizações internacionais, a criação teórica de dois espaços distintos, na prática, parece não passar de uma ilusão. Isso porque

*Les ‘règles de l’Organisation internationale’ attribuent à l’organisation, de manière expresse ou implicite, un pouvoir normatif interne destiné à régir son fonctionnement et son administration ainsi qu’à l’adapter à l’évolution de ses activités et de l’environnement international dans lequel elle évolue. Les destinataires de ces règles sont, en principe, l’organisation elle-même et les sujets de son droit interne, c’est-à-dire les institutions de celle-ci, les États membres en tant qu’éléments intégrés à l’OI, certains particuliers tels que ces agents et fonctionnaires et, dans certains cas également, les personnes physiques et morales*⁷⁴⁶.

A partir disso, ainda que se considerem dois espaços distintos, a ausência de isolamento entre eles torna essa divisão dualista tão inverossímil quanto inútil.

Outro elemento que torna difícil o estabelecimento de uma classificação geral acerca dos atos das organizações internacionais é a ausência de uma teoria geral que lhes dê suporte, fator, aliás, diretamente relacionado à diversidade estrutural das organizações internacionais.

Com efeito, da diversificação funcional e estrutural das organizações internacionais decorre inevitavelmente a diferenciação quanto a seus propósitos e seu funcionamento. Observou-se que, enquanto a representatividade em alguns órgãos de algumas entidades exerce-se por meio de critérios paritários (e.g. Assembleia Geral da ONU), outros, como o Conselho de Segurança, são dotados de acesso restrito, enquanto outros, ainda, funcionam segundo o sistema de voto ponderado (e.g. FMI, BIRD). Obviamente, conquanto não seja o único critério a influir na análise dos

⁷⁴⁵ Idem, *ibidem*, p. 316.

⁷⁴⁶ DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M. *Les organisations internationales*. Paris: Economica, 2002. p. 113. (Collection Droit International.)

efeitos dos atos das organizações internacionais, a representatividade impacta de forma decisiva essa apreciação⁷⁴⁷.

Há que se considerar, também, a diversidade de nomenclaturas e conteúdos, que podem variar de organização para organização, de órgão para órgão. Por exemplo, ainda que se defenda que algumas resoluções possam excepcionalmente obrigar alguns membros da organização⁷⁴⁸, há certo consenso que, via de regra, elas não veiculam normas obrigatórias; fato que não impede que, num segundo momento, as identifiquemos como base de direito costumeiro⁷⁴⁹. Além disso, alguns atos de natureza meramente declaratória podem apresentar repercussões concretas inesperadas. Nesse caso, há o grande risco de que sejam tomados pelo que não são⁷⁵⁰. Ainda assim, a despeito de se tratar de tema bastante analisado, na prática é difícil estabelecer regras genéricas capazes de abranger todas as suas manifestações⁷⁵¹.

Essa conjugação de elementos talvez explique a ausência de uma teoria geral que estabeleça um tratamento sistemático dos atos das organizações internacionais. Afinal, se a análise de um só tipo de ato pode

⁷⁴⁷ “Today the principle of majority decision is commonly adopted, and voting rules may vary considerably between various organizations and organs of the same organization. In some bodies, such as the International Monetary Fund, weighted voting has been introduced and the United Nations Security Council five permanent members have a voting privilege known as the ‘veto’. The trend away from the principle of unanimity and other aspects of the existing voting systems create considerable problems of controlling the powers of organizations.” BROWNLIE, I. *Principles of Public International Law*. Cit., p. 687.

⁷⁴⁸ “Algumas resoluções, decisões ou, genericamente falando, produtos de deliberação no seio das organizações internacionais têm caráter evidentemente jurídico. Elas constituem o que se pode chamar de direito derivado, obrigatório para os membros da organização que, por definição, delegaram àquela essa capacidade normativa.” NASSER, S. H. *Fontes e normas do Direito Internacional: um estudo sobre a soft law*. Cit. p. 133.

⁷⁴⁹ “As resoluções não configuram expressamente na enumeração do artigo 38 do **Estatuto** da Corte, mas de longa data se reconhece que podem ser invocadas como eventual manifestação do *costume*.” ACCIOLY, H; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, P. B. *Manual de direito internacional público*. Cit., p. 191. “A resolution not in itself binding may prescribe principles of international law and be, or purport to be, merely declaratory. However, the mere formulation of principles may elucidate and develop the customary law.” BROWNLIE, I. *Principles of Public International Law*. Cit., p. 691-692. “As a consequence, the standards, statements, and other instruments at issue *do not impose legally binding obligations*. Nevertheless, these matters although they remain legally unregulated become the object of agreed guidelines, or statements of common position or policies. These may thus lay the ground or constitute the building blocks, for the gradual formation of customary rules or treaty provisions. In other words, gradually ‘soft law’ may turn into law proper.” CASSESE, A. *International law*. Cit., p. 196.

⁷⁵⁰ “It is important above all, in our view, not to confuse the actual effectiveness of recommendations of international organizations with their legally binding nature. Not only legal norms may be effective. The effectiveness of a norm as such does not make it legal. Moral norms in a number of instances are more effective than certain legal norms, but they continue to remain moral norms.” TUNKIN G. I. *Theory of international law*. Cit., p. 178.

⁷⁵¹ ACCIOLY; NASCIMENTO E SILVA; CASELLA, op. cit., p. 191.

apresentar tal complexidade, basta que se imagine uma teoria que abranja todos⁷⁵². Por outro lado, permanece necessário distinguir os atos não obrigatórios dos obrigatórios ou, nas palavras de Cassese, “*How can one distinguish soft law from a legally binding undertaking?*”⁷⁵³

Em resposta a essa questão, Amerasinghe aponta que

*Whether interpretation in a given case is clear or otherwise, what is important is that in a given context all the relevant provisions of, and circumstances surrounding, a constitution must be considered. [...] A second element to be considered is the intent behind the resolution concerned [...] On the other hand, constitutional “intention” is hierarchically superior to the intent behind the resolution*⁷⁵⁴.

Ou seja, além da respectiva carta constitutiva, que, como já visto, delimita o poder de ação da entidade, deve ser considerado também o aspecto volitivo, sugestão endossada por Cassese⁷⁵⁵. Em outras palavras, na ausência de uma teoria geral aplicável às diversas categorias de atos das organizações internacionais, propõe-se a análise individualizada de cada ato, esquivando-se assim de definições muitas vezes sujeitas a controvérsias, como a de *soft law*.

No que concerne à condicionalidade e ao tratamento dos investimentos estrangeiros, destacam-se particularmente dois documentos emblemáticos: *The World Bank Operations Manual*, também conhecido como *Bank Guidelines*, e o *World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*.

⁷⁵² “Institutional acts cover a broad range. They cover mainly the making of administrative rules such as rules of procedure of organs, rules creating subsidiary organs (including such organs as UNEF and the ONUC) and the rules governing their operations, staff regulations and rules, rules and decisions relating to financial and budgetary arrangements (e.g., under Article 17 of the Charter of the UN, Article IV of the FAO constitution and Article 56 of the WHO constitution), acts connected with the management of assets and investments, external administrative rules (e.g., UN regulations on the registration of treaties, regulation on non-governmental organizations, ICAO regulations on publication information and language regulations) and administrative arrangements and implementing regulations (e.g., headquarters agreements and implementing rules, agreements on collaboration), establishment of administrative tribunals (which are not subsidiary organs, but are established under the general power to regulate and deal with relations with staff, if not specifically established under the constitution), the making of contractual and other arrangements to support the institutional aspects of organization’s operation (e.g., contracts for supplies and services connected with offices, building construction contracts and contracts for security services) and the creation of special organs.” AMERASINGHE, C. F. *Principles of the Institutional Law of International Organizations*. Cit., p. 165.

⁷⁵³ CASSESE, A. *International law*. Cit., p. 196.

⁷⁵⁴ Idem, *ibidem*, p. 163.

⁷⁵⁵ “It all depends on the *intention* of the authors of the specific document [...]” Idem, *ibidem*, p. 196.

Códigos de conduta não constituem uma categoria jurídica típica. Assim, como qualquer outro ato emanado de organizações internacionais, tais instrumentos podem ou não ser dotados de força cogente⁷⁵⁶. Também nesse caso são as intenções de seus criadores e o contexto em que são concebidos que determinam tanto seus efeitos como aqueles a serem por eles atingidos. A partir disso, algumas *guidelines* veicularão recomendações⁷⁵⁷, princípios de boas práticas, etc. – disposições via de regra consideradas não obrigatórias⁷⁵⁸ –, enquanto outras veicularão ordens, procedimentos operacionais, entre outras considerações de ordem técnica.

Tome-se, por exemplo, as *World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*. Produzidas por um grupo de trabalho composto pelo Presidente do BIRD, da IFC e da MIGA e pelos respectivos Advogados Gerais, sob o impulso do Comitê de Desenvolvimento do Banco Mundial e com o envolvimento do FMI, não parecem exibir feição alguma que lhes atribua força vinculante à ação dos países-membros do Banco.

No âmbito formal, apesar de versar sobre tema eminentemente político, trata-se de documento da lavra de um grupo de trabalho desprovido de legitimidade para criar regras gerais que obriguem os membros da organização. Além disso, a despeito da evolução da condicionalidade do Banco e do fato de se comportar como guardião de certa ortodoxia financeira, notadamente em matéria de nacionalizações⁷⁵⁹,

⁷⁵⁶ “Mais uma vez, deve-se notar que um tal código [código de conduta] pode ser obrigatório se assim decidirem seus autores. O mais comum é, no entanto, que se trate de instrumentos não obrigatórios e, portanto, de natureza recomendatória.” NASSER, S. H. *Fontes e normas do Direito Internacional: um estudo sobre a soft law*. Cit. p. 135.

⁷⁵⁷ “Recommendations may serve as ‘support for future action’, or act as a ‘cadre de reference’ for such action. Recommendations must be seen in their context as ‘proteiforme’.” DELUPIS, I. The Legal value of recommendations of international organisations. In: *International Law and International System*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1987. p. 60-61.

⁷⁵⁸ “[...] acts that are not binding or do not share the same effect, such as ‘recommendations’, may or may not have the same legal effect, depending on the constitutional context from which they derive.” AMERASINGHE, C. F. *Principles of the Institutional Law of International Organizations*. Cit., p. 163. “Les traités constitutifs de la plupart des OI leur attribuent le pouvoir d’adopter des actes qui ont la nature de recommandations et invitent un ou plusieurs destinataires à adopter un comportement déterminé qui peut être une action ou une abstention. Une invitation en tant que telle n’impose pas, en principe, de comportement obligatoire, bien qu’elle puisse dans certain cas produire des effets juridiques.” DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M. *Les organisations internationales*. Cit., p. 116.

⁷⁵⁹ DINH, N. Q.; DAILLIER, P.; PELLET, A. *Droit international public*. Cit., p. 1072.

convém sempre lembrar que “*La Banque mondiale [...] n’a pas de compétence normative en matière de circulation des capitaux*”⁷⁶⁰.

Sob a perspectiva material, os termos de tais *guidelines* não nos orientam para outra direção. A linguagem propositiva permeia a quase integralidade do documento. Em seu preâmbulo, destacam-se referências a “*guidelines representing a desirable overall framework which embodies essential principles meant to promote foreign direct investment*”, ou “*therefore calls the attention of member countries to the following Guidelines as useful parameters*”. No item 1, relativo ao escopo de sua aplicação, observa-se que “*These Guidelines may be applied by members [...] as a complement to applicable bilateral and multilateral treaties and other international instruments to the extent that these Guidelines do not conflict with such treaties and binding instruments*”⁷⁶¹.

A partir disso, há certo alinhamento de posições na doutrina ao entendê-los como documentos propositivos, contudo não obrigatórios. Nesse sentido, Amerasinghe é bastante contundente em sua análise⁷⁶², posição compartilhada por Dinh, Daillier e Pellet, para quem “*Les ‘Principes directeurs pour le traitement de l’investissement étranger’ approuvés le 21 septembre 1992 par le Comité de développement de la B.I.R.D., constituent un guide, non obligatoire, à l’action des États dans ce domaine*”⁷⁶³.

Um exemplo de *guidelines* dotadas de natureza bem diversa é o *The World Bank Operations Manual (Bank Guidelines)*. Trata-se de um conjunto de regras, revisado periodicamente, elaborado originalmente para regular as ações do *staff* do Banco. Seu advento, fundado na teoria dos poderes implícitos (não decorrendo, portanto, de previsão expressa dos Estatutos do Banco), foi parte do processo de desenvolvimento estrutural da

⁷⁶⁰ Idem, ibidem, p. 1102.

⁷⁶¹ BANCO MUNDIAL. World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment. Cit.

⁷⁶² “[...] the Development Committee of the Boards of Governors of the IMF and IBRD (a joint ministerial committee) in September 1992 reviewed and called to the attention to the member countries the *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment* prepared by the World Bank Group. The report to the Development Committee made early explained that the World Bank Group could not issue binding rules to govern the conduct of member States in any field. It is clear that these *Guidelines* were never intended to be, cannot be or are not dispositive, therefore. They do not seem to be in the nature of the declaration of the law either. They remain only guidelines which the World Bank (and the IMF) suggest should be followed.” AMERASINGHE, C. F. *Principles of the Institutional Law of International Organizations*. Cit., p. 188.

⁷⁶³ DINH, N. Q.; DAILLIER, P.; PELLET, A. *Droit international public*. Cit., p. 1102.

instituição⁷⁶⁴. Nele, destacam-se inúmeras disposições das mais variadas naturezas – reafirmação dos propósitos da organização, mecânica dos acordos (desembolso, prazos, pagamentos, etc.), setores sensíveis ao Banco, etc. –, algumas delas de caráter operacional, outras, nitidamente político.

Alvarez identifica esses *guidelines* como uma forma particularmente poderosa de direito institucional, diferentes em forma e propósito das tradicionais recomendações das organizações internacionais: “*The Guidelines, which serve to grant access to Bank’s considerable economic resources, are very different in form and purpose from the prototypical IO recommendations*”⁷⁶⁵. Realmente, a despeito de misturarem disposições de natureza diversa, são edificadas sob a forma de um manual. O tecnicismo inerente ao seu formato e a linguagem afirmativa nelas empregada conferem-lhes ares de instrumento obrigatório, ainda que a definição quanto aos destinatários dessas normas seja um tanto incerta⁷⁶⁶. Com isso, parece-nos pouco questionável a obrigatoriedade dessas *guidelines* ao *staff* da organização. Afinal, se são “*intended primarily for the use of Bank officials in the course of their work*”⁷⁶⁷, negar-lhes força obrigatória colocaria em dúvida até mesmo a sua razão de ser. Nessas condições, a discussão reorienta-se do campo da obrigatoriedade, doravante aparentemente equacionado, para o campo de seus efeitos e seus destinatários⁷⁶⁸, especialmente no que concerne a seus membros.

A partir de uma perspectiva eminentemente formalista, fundada na classificação dualista das regras das organizações internacionais, parece razoável afirmar que as *guidelines* formariam o que se chamaria de direito interno da organização, obrigando os respectivos funcionários e órgãos

⁷⁶⁴ ALVAREZ, J. E. *International Organizations as Law-makers*. New York: Oxford University Press, 2006. p. 235.

⁷⁶⁵ Idem, *ibidem*, p. 235-236.

⁷⁶⁶ Atos das organizações podem ser direcionados a qualquer indivíduo interno da organização (órgão ou corpo funcional), membros, bem como outras organizações, não membros, indivíduos, etc. (Cf. AMERASINGHE, C. F. *Principles of the Institutional Law of International Organizations*. Cit., p. 164).

⁷⁶⁷ Idem, *ibidem*, p. 235.

⁷⁶⁸ “The World Bank is also considerably more precise with respect to the intended binding force of its Guidelines than are many other IOs with respect to the effect of their recommendations. Since 1992, the Bank has identified distinct categories of its Guidelines, indicating that some ‘Operational Standards’ (such as ‘Operational Policies’ and ‘Bank Procedures’) are mandatory for Bank staff while others (such as ‘Good Practices’) are merely persuasive. It is also easier to find clear cases of hard enforcement of the Bank’s Guidelines than for the typical GA resolution.” ALVAREZ, J. E. *International Organizations as Law-makers*. Cit., p. 236.

(não atingindo os membros, suscetíveis apenas ao que se chamaria direito externo). Aplicando-se a esses atos unilaterais a teoria geral dos atos jurídicos, seria de fato inadmissível que elas criassem obrigações jurídicas a terceiros. As *guidelines* limitar-se-iam, portanto, a instruir os acordos celebrados pelo Banco, esses sim dotados de poder vinculante. Nessas condições, esses acordos seriam na realidade atos contratuais isolados, não havendo, por conta disso, “ingerência” possível do Banco nos assuntos internos de seus membros, pois a própria aceitação das condições contratuais (políticas preconizadas pelo Banco) constituir-se-iam num exercício de soberania⁷⁶⁹.

Todavia, se tudo é realmente tão simples como a dedução jurídica acima faz parecer, qual seria então a razão desse desconforto generalizado em relação à ideologia liberal preconizada pelas IFIs? Mais ainda, a que seriam reduzidas as demais funções do Banco (*Knowledge Bank* e agência de desenvolvimento)? Finalmente, se o acordo entre o Banco e o membro mutuário não passa de um ato isolado, como dar racionalidade única não apenas às ações de uma única instituição, mas do Grupo como um todo?

Observou-se, no capítulo 4, que os Estatutos do Banco estabelecem não apenas um propósito à instituição, mas igualmente uma forma para realizá-lo. Nesse capítulo, verificamos como as transformações internas e no cenário internacional aproximaram as duas agendas do Banco. Por fim, ao falarmos da condicionalidade, diferenciamos os acordos do Banco dos contratos financeiros celebrados por bancos privados: vimos que, enquanto esses, nos contratos que celebram, objetivam somente o retorno das quantias investidas, a razão de ser daqueles é a realização de seu propósito institucional.

Pois bem, focalizar a atenção nos acordos celebrados pelo Banco, tomando as *guidelines* como meros acessórios desses acordos, nos dá uma

⁷⁶⁹ “De tels clauses conditionnelles font parfois l’objet de critiques sur la base de l’‘ingérence’, mais elles sont destinées en dernier ressort à renforcer la cohérence du projet, ainsi que sa viabilité économique et financière une fois que l’accord s’est fait ser le montage entre l’État demandeur et ses différents partenaires, avec au premier chef la Banque Mondiale [...] la conditionnalité est négociée entre l’I.F.M. et les pouvoirs publics (même si l’exercice peut apparaître parfois déséquilibré) et acceptée en dernier ressort par les gouvernements. Elle ne porte pas atteinte formellement à leu souveraineté.” PIQUEMAL, A. La notion de ‘conditionnalité’ et les organisations internationales économiques et financières. In: *Mélanges en l’honneur du Doyen Pual Isoart*. Cit., p. 313-318.

ideia reduzida da realidade, descaracterizando a complexidade das relações que se tecem no seio da instituição. Na verdade, as *guidelines* dão rigidez aos acordos do Banco; são elas que estabelecem a sua posição, deduzindo em termos concretos os propósitos institucionais. Isso porque as operações do Banco não se esgotam em si: sem propósitos a serem perseguidos, perdem completamente o fundamento jurídico.

Pondera Alvarez que “*Operational standards that are incorporated in loan and credit agreements between the Bank and borrowing states become binding as a matter of at least contract and possibly as matter of bilateral agreement*”⁷⁷⁰. A partir disso, poderíamos ser levados a crer que de fato as *guidelines* obrigam apenas o *staff* do Banco e que para que o membro seja obrigado a segui-las seja necessária a celebração do acordo. Poder-se-ia sustentar, com isso, que tais acordos são apenas sucedâneos criados para artificialmente dar força obrigatória a medidas que naturalmente não têm esse caráter⁷⁷¹. Acredita-se que a realidade seja um pouco mais complexa que isso.

Os empréstimos acordados pelo Banco constituem-se em atos complexos⁷⁷². São uma etapa importante, contudo, apenas uma etapa, de um programa muito mais amplo, que tem nas *guidelines* instrumentos reguladores essenciais. Sob essa perspectiva, as *guidelines* podem ser apreendidas a partir de duas óticas. Consideradas isoladamente, são normas operacionais, não tendo o propósito de veicular políticas (ainda que na prática o façam), apenas de orientar as ações do Banco. Ao constituírem-se em regras operacionais da organização, no plano individual inevitavelmente vinculam os funcionários do Banco e também os membros da organização que pretendam obter empréstimos.

Há, no entanto, também aspectos de ordem geral. Como assinalado, ainda que tenha na atividade financeira um de seus principais instrumentos

⁷⁷⁰ ALVAREZ, J. E. *International Organizations as Law-makers*. Cit., p. 236.

⁷⁷¹ “Like some of the actions of UN political bodies, the Guidelines are internal administrative law that, incidentally binds some states directly (through loan commitments) and other states indirectly, by casting normative ripples far afield”. Idem, *ibidem*, p. 238.

⁷⁷² “[w]hen the Executive Directors of the IBRD or the IDA decide to make a loan or a credit, this is done by taking a decision to approve a loan or credit to the member concerned. This approval, unlike the decision of the IMF Board, thus not in itself complete the loan or credit agreement. However it is arguable that it creates a right in the member concerned to have the loan agreement completed and the loan made and imposes on the organization a corresponding obligation to make the loan, subject to such consideration as the intervention of *force majeure* or supervening conditions that may be applicable”. AMERASINGHE, C. F. *Principles of the Institutional Law of International Organizations*. Cit., p. 173.

de ação, o Banco também é um poderoso produtor de conhecimento e uma agência de desenvolvimento. A partir desse prisma, as *guidelines* traduzem em medidas concretas o conhecimento produzido pela instituição. Numa perspectiva ainda mais ampla,

[...] they [Bank Guidelines] are part of an inter-institutional web of hard and soft law that is dense and qualitatively different from sources of international law before the age of international organizations. As Kingsbury notes, the Guidelines emerged from, and now operate within, a diffuse normative process involving iteration, elaboration, and application of norms among a much wider set of actors than the Article 38 sources of law presume: other IOs, national law-makers, indigenous peoples, NGOs, market actors, scholars, and many others⁷⁷³.

Nesse âmbito, discussões acerca da obrigatoriedade desses instrumentos perdem completamente o sentido. Na realidade, ainda que se esforce para dar feições jurídicas aos *guidelines*, ao Banco parece pouco importar a sua força constringente. Lembre-se que o Banco possui meios próprios, jurídicos ou não, para fazer valer seus direitos e interesses. Nesse caso, aos olhos do Banco, muito mais relevante que a *opinio juris* acerca de sua obrigatoriedade, parece ser a sua efetividade real. Dessa forma, se a análise isolada de algumas dessas regras pode nos induzir a crê-las não obrigatórias, apreendê-las como engrenagens que compõem o mecanismo de funcionamento do Banco dá-nos uma visão absolutamente diversa de sua natureza. Sob essa perspectiva, confronta-se a um denso conjunto de regras de conduta que finalmente dá racionalidade às ações do grupo, unificando-o⁷⁷⁴.

Ao focar-se em suposta *não-obrigatoriedade* dos *guidelines*, o discurso formalista não apenas oculta faceta essencial desses instrumentos, mas também serve aos interesses do próprio Banco: entendê-los como instrumentos não jurídicos evita o desconforto provocado pelas acusações de ingerência nos assuntos internos de seus membros e violação do *Artigo*

⁷⁷³ ALVAREZ, J. E. *International Organizations as Law-makers*. Cit., p. 238

⁷⁷⁴ “By requiring that the Bank, and, to the extent the terms are incorporated in its loans, its borrowers, comply with such instruments, the Bank strengthens compliance with both soft and hard law produced by it and other IOs. The World Bank Guidelines, no less than some treaties, are a mechanism to ‘harden’ a dense network of otherwise ‘soft law’ norms or treaties whose terms are vague or that have drawn few parties”. ALVAREZ, J. E., cit., p. 237.

IV, *Seção 10*, BIRD⁷⁷⁵. Além disso, expurgam-se as controvérsias assinaladas no capítulo antecedente acerca dos limites materiais à evolução de sua condicionalidade. A longo termo, a ausência de contestação de seu conteúdo impede que se interfira na elaboração de proposições com vocação a consolidarem-se sob a forma de costume⁷⁷⁶.

⁷⁷⁵ “La règle de la *non-intervention* dans les affaires intérieures des États constitue également un corollaire fondamental de la souveraineté étatique [...] qui doit être respecté dans la politique d’assistance au développement. Cette obligation est assez souvent rappelée expressément dans les statuts des organisations internationales [...] Au cours de la dernière décennie, la pratique de la ‘conditionnalité politique’ de l’octroi de l’assistance s’est développée sur un autre terrain, celui de la protection internationale de l’État de droit, de la démocratie et des droits de l’homme. Plus facilement admise en termes de politique étrangère, elle n’en pose pas moins la même question de principe: le consentement de l’État bénéficiaire reste-t-il libre?” N. Q. DINH, P. DAILLIER, A. PELLET, cit., p. 1072.

⁷⁷⁶ “To the extent they [guidelines] encourage or compel states to adopt certain norms, solidify state practice that may generate custom, or encourage the development of general principles of law [...] If they are forms of customary law or general principles, they are neither created nor evinced in the ways those sources traditionally are”. ALVAREZ, J. E., pp. 237- 238.

Capítulo 6

O financiamento de projetos no âmbito do Grupo Banco Mundial

Muito se fala do papel desempenhado pelas organizações de Bretton Woods na promoção da ordem neoliberal, processo identificado de maneira mais nítida a partir dos anos 1970. Tomada em perspectiva, a ação conjunta do Banco, do FMI e, posteriormente, também da OMC consiste na concretização de um longínquo projeto de controle, cuja profundidade atual, no entanto, ultrapassa em muito aquela vislumbrada na época de sua concepção. Em diversos momentos, a contínua extensão do mandato das IFIs provocou até mesmo confusão entre as atribuições de início inconfundíveis dessas organizações⁷⁷⁷. Completada por outras iniciativas informais ou por organizações regionais ou de menor poder econômico, essa tríade constitui-se num dos principais agentes reguladores da economia internacional. Isso tudo independentemente das discussões que se pode haver acerca do nível de desregulamentação do setor econômico-financeiro, do efetivo exercício do poder regulatório por quem de direito, ou ainda, do fato do processo de desregulamentação, em si mesmo, ter sido fruto de uma escolha política premeditada e, portanto, uma opção por um modelo regulatório definido.

Particularmente no que concerne ao Banco Mundial, descreveu-se como a sua evolução funcional fez-se acompanhar de um desenvolvimento estrutural paralelo que o transformou num grupo de instituições. A sinergia entre essas duas vertentes do mesmo processo conduziu-nos a um contexto que lhe conferiu um poder regulador originalmente imprevisto, capacitando-o a intervir em diferentes frentes da regulação internacional e criando as condições necessárias à implementação de suas políticas.

No âmbito material, a condicionalidade embarcada em seus acordos financeiros acabou extrapolando os limites internos da organização, assumindo feições de norma internacional. Pode-se evidentemente questionar diversos elementos desse mecanismo, desde a extensão material

⁷⁷⁷ WILLIAMSON, J. The lending policies of the International Monetary Fund. In: *IMF Conditionality*. Cit, p. 617-619.

dessas regras, passando pelo alcance jurídico dos instrumentos que as veiculam, até o sério déficit democrático de sua confecção. Sob o aspecto formal, essa regulação é efetuada por meio de instrumentos específicos: alguns de natureza muito bem determinada, outros nem tanto.

Esse capítulo será dedicado a esses instrumentos, empregados pelo Banco na regulação internacional do *project finance*. É importante assinalar que apesar de influir, mesmo que de forma indireta, em projetos situados em quaisquer países, a intensidade de sua influência é, por razões óbvias, inversamente proporcional ao nível de desenvolvimento do país sede do projeto. Em termos concretos, o Grupo Banco Mundial intervém em várias etapas do *project finance*.

Apontou-se que iniciativas de financiamento de projetos identificadas já nos séculos XIII e XIV remetiam-nos à fórmula de autossustentabilidade do empreendimento. Todavia, a despeito de corporificarem a regra do *cash flow*, esses projetos eram, em sua grande maioria, levados a cabo por um único ou poucos investidores, não exibindo, portanto, a intrincada montagem financeira típica dos projetos atuais. Em tempos mais recentes, assinala Dupont que

*jusqu'à la première guerre mondiale (1914) – et peut-être même jusqu'à la grande crise (1930) – des mécanismes traditionnels (investissements privés directs et surtout émissions des pays et des emprunteurs étrangers sur les marchés européens) fonctionnaient qui, dans la philosophie politique de l'époque, semblaient apporter aux demandeurs de capitaux pour le développement économique une contribution positive, sinon suffisante*⁷⁷⁸.

Também nesses casos, acredita-se referirem-se a situações distintas. O mundo descrito por Dupont apresentava contornos diversos do atual. Naquele, a interconexão dos mercados financeiros ainda não se efetivara, a colonização constituía-se em prática corrente e as relações econômicas realizavam-se num mundo predominantemente de direito privado⁷⁷⁹. Dessa forma, muito embora a noção de *project finance* não seja realmente uma invenção recente, suas feições atuais, repaginadas pelo advento da interconexão dos mercados financeiros e pelo processo de descolonização,

⁷⁷⁸ DUPONT, C. Les institutions internationales bancaires de financement du développement. In: *Les banques de développement dans le Monde*. Paris: Dunod, 1964. vol. 1, p. 70.

⁷⁷⁹ CARREAU, D. *Le Fonds Monétaire International*. Paris: Armand Colin, 1970. p. 7-8.

exibem complexidade inigualável se comparadas a suas manifestações anteriores.

Hoffman aponta três fontes gerais irradiadoras de normas incidentes sobre o *project finance*: o país anfitrião, o setor privado e as agências multilaterais⁷⁸⁰. Por razões óbvias, o país anfitrião ocupa um lugar central nessa configuração. Mesmo que se tente desnacionalizar a maior quantidade possível de operações envolvendo o projeto, o sistema jurídico do país anfitrião inevitavelmente apresentar-se-á como a base sobre a qual se desenvolverá outras tantas operações que demandam uma base territorial. Quanto às entidades privadas, sérias contestações à sua classificação como reais agentes reguladores não impedem o reconhecimento que “*financial institutions, law firms with project finance specialities, and industrial groups have developed contracts and procedures that form part of the basis of the project finance structure*”⁷⁸¹. O Banco Mundial, por sua vez, situa-se na terceira categoria de agentes: ao lado de entidades como UNCITRAL, OCDE, entre outras, propõe-se a intervir de diferentes maneiras no projeto com o intuito de reduzir os riscos legais e políticos, promovendo um ambiente satisfatório aos investimentos privados.

A fim de se entender a forma e a profundidade da intervenção do Grupo Banco Mundial no âmbito do *project finance*, deve-se evitar tanto a abordagem individualizada de cada instituição que o compõe como a apreensão de cada instrumento isoladamente. Sugere-se que tampouco se reduza a noção de grupo à mera somatória de individualidades: no caso do Banco, a despeito de identificarmos em cada instituição níveis variáveis de autonomia em relação à organização “mãe”, o compartilhamento dos mesmos propósitos e de uma lógica de ação permite-lhe adquirir homogeneidade tal que ultrapassa a simples complementaridade. Nesse caso, ainda que com fins analíticos focalize-se um ou outro instrumento ou instituição, não se pode perder de vista que a regulação é exercida pelo

⁷⁸⁰ HOFFMAN, S. L. *The Law and business of International Project Finance*. Cit., p. 20.

⁷⁸¹ “A project finance loan agreement produced by one major law firm is often identical in important provisions to an agreement generated by another firm. Similarly, financial institution credit risk allocation and risk enhancement requirements vary little from institution to institution. Finally, trade organizations, such as the Edison Electric Institute, have developed and published ‘model’ contracts. These private-sector standards help to produce a consistent framework for financings, and reduce transactions costs.” Idem, *ibidem*, p. 20.

Grupo ao longo de toda a cadeia do projeto; acima de tudo, que os instrumentos regulatórios diretos e indiretos concatenam-se, dando corpo a um conjunto de regras veiculadas por meios pouco ortodoxos de formação do direito que, considerados separadamente, poderiam ser entendidos como *a priori* não vinculantes.

Lembre-se ainda que, a despeito de estar inequivocadamente vinculada ao direito internacional, a regulação das atividades dessas instituições é feita por normas especiais (seus estatutos e demais normas internas), que criam ambientes bem peculiares caracterizados pelo obscurecimento das tradicionais fronteiras público/privado, nacional/internacional, jurídico/não jurídico, etc. Nesse cenário, procedimentos e sanções jurídicas são muitas vezes evitados em detrimento de saídas negociadas e, se necessário, da aplicação de reprimendas de caráter político ou econômico.

Finalmente, numa perspectiva global, pode-se verificar nesse ambiente o cenário descrito por Casella ao identificar a crise da pós-modernidade como um período de transição de um modelo clássico obsoleto a um novo modelo ainda conceitual e operacionalmente inacabado⁷⁸². Se a tão propalada fragmentação do direito internacional é ou não de fato uma etapa obrigatória no processo de especialização dessa disciplina é um dado a ser confirmado. De qualquer forma, a concatenação de instrumentos regulatórios diretos e indiretos, jurídicos e não jurídicos, aliada à intensificação da cooperação internacional entre as diversas entidades atuantes nesse âmbito, nos faz vislumbrar o que talvez venha a ser a etapa seguinte, na qual os temores envolvendo a fragmentação serão gradualmente superados pela formação de um corpo cada vez mais homogêneo de disposições comuns aplicadas por diferentes entidades atuantes no setor.

⁷⁸² ACCIOLY, H.; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, P. B. *Manual de direito internacional público*. Cit., p. 924.

6.1 Operações financeiras

Dentre os inúmeros instrumentos diretos empregados pelo Banco Mundial na regulação internacional do *project finance*, os mais conhecidos talvez sejam os empréstimos. Por meio deles, o Banco Mundial intervém de maneira ativa na formatação dos projetos ao condicionar a aprovação e o desembolso de recursos financeiros ao preenchimento de requisitos bastante rigorosos determinados em suas *guidelines*.

As três instituições do Grupo envolvidas na concessão de empréstimos são o BIRD, a IDA e a IFC. Muito embora ocasionalmente se verifique certa sobreposição de atividades entre algumas instituições, fenômeno de ocorrência mais usual entre o BIRD e a IFC, o compartilhamento dos mesmos princípios diretores evita, nesse caso, o surgimento de antinomias ou orientações incompatíveis. Além disso, a intensificação da cooperação entre elas conferiu a cada uma papel bastante distinto, incrementando ainda mais a eficácia das políticas que preconizam⁷⁸³. Com isso, “*most operations can benefit from the expertise and input of both institutions, and therefore the Bank and IFC solely cooperate – the Bank taking the lead in the dialogue with the governments, and IFC contributing its expertise at the corporate level*”⁷⁸⁴.

De forma concreta, enquanto a IFC direciona suas diversas plataformas operacionais exclusivamente ao fomento da atividade privada, BIRD e IDA, a despeito da inexistência de restrições estatutárias à sua atuação nesse setor, concentram suas atividades em entidades públicas, seja financiando projetos específicos, seja promovendo ajustes estruturais. Esse embaralhamento de competências de instituições orientadas por princípios similares e atuando em níveis e etapas distintos do projeto acaba estendendo a condicionalidade do Grupo, ainda que de forma indireta, a todos os participantes (privados ou públicos) do projeto.

⁷⁸³ “To avoid overlap in the activities of the Bank Group institution, particularly between the Bank and the IFC, in the field of privatization, recently approved coordination measures require them to work in complementary fashion. The Bank is generally expected to play the leading role in providing *policy advice* on the enabling environment, the related laws and regulations, or the broad classification of enterprises, whereas IFC is expected to play the leading role in the *structuring and implementing of specific privatization transactions*.” SHIHATA, I. F. I. *The World Bank in a changing world: selected essays*. Cit., p. 217.

⁷⁸⁴ Idem, *ibidem*, p. 222-223.

Juridicamente, para obter tal efeito, o Banco lança mão de instrumentos de natureza e sofisticação variável, alguns deles de difícil enquadramento em categorias tradicionais do direito. Mesmo se a pertinência da análise individualizada desses modelos jurídicos é sem dúvida alguma muito grande, deve-se mais uma vez relembrar que não se tratam de instrumentos destacáveis de seu contexto: são engrenagens de uma máquina dotada de alta complexidade.

EMPRÉSTIMOS SOBERANOS

Conforme observado no capítulo 3, as operações do BIRD e, por extensão, também as da IDA devem respeitar, salvo a ocorrência de circunstâncias especiais, dois requisitos essenciais: destinarem-se a projetos específicos com fins produtivos. A partir disso, desenvolveram-se dois grandes modelos de empréstimo amparados por diferentes plataformas de crédito: os empréstimos a projetos específicos (*project lending*) e os empréstimos a programas (*program lending*). Muito embora ambos impactem o *project finance* de forma distinta (no entanto, não concorrente: os primeiros, de maneira individualizada, ao focalizar detalhes específicos do projeto; os segundos, de forma indireta, ao criar um ambiente propício ao desenvolvimento geral da atividade privada), ambos exibem natureza e feições similares, podendo ser entendidos como manifestações de uma mesma categoria jurídica.

Ultrapassadas as discussões acerca da personalidade jurídica internacional das organizações internacionais, já explorada nos primeiros capítulos deste trabalho, e a consequente constatação de seu poder para celebrar tratados (*treaty making power*), resta saber se os acordos financeiros do Banco possuem ou não natureza jurídica de tratado, o que vincularia o seu regime jurídico ao direito internacional público.

Reuter define tratado como “*une manifestation de volontés concordantes imputables à deux ou à plusieurs sujets de droit international et destinée à produire des effets de droit selon les règles du droit international*”⁷⁸⁵. A Convenção de Viena

⁷⁸⁵ REUTER, P. *Introduction au droit des Traités*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995. p. 26.

sobre o Direito dos Tratados, em seu Artigo 2 (a), em termos similares, define-o como “*um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica*”⁷⁸⁶. Não obstante a amplitude dessa definição ao abranger tanto os tratados solenes como os acordos de forma simplificada⁷⁸⁷ e as críticas que se possa eventualmente formular ao seu caráter cíclico, trata-se de dispositivo de clareza inequívoca e bastante útil ao equacionamento de número considerável de problemas conceituais.

Dessa definição, alguns elementos essenciais à classificação de um instrumento jurídico como tratado são estabelecidos. No que concerne especificamente às partes, estaremos frente a um tratado apenas quando concluído entre Estados. Acrescente-se a isso a figura das organizações internacionais, cujo poder para celebrar tratados, como visto, decorre historicamente não da lei, mas de construção jurisprudencial⁷⁸⁸. Conquanto essencial, a mera participação desses entes não induz automaticamente à conclusão de estarmos diante de um tratado: a relação jurídica em questão deve também ser regida pelo direito internacional.

Lauterpacht, já em seu primeiro relatório à Comissão de Direito Internacional sobre o Direito dos Tratados⁷⁸⁹ identificou como característica comum de todos os “acordos” entre Estados o fato de serem regidos, ainda que em última instância, pelo direito internacional, razão que o levou a incluir todos os acordos entre Estados em sua definição de tratado. Broches aparentemente referenda essa posição ao apontar que

It would indeed seem true that even if an agreement between subjects of international law should be made expressly subject to the municipal law of one of the parties, violations of the agreement could give rise to an international claim. This would always be so if no municipal forum was provided for. And even if the agreement did provide for the submission of disputes to municipal

⁷⁸⁶ Definição que se repete no Artigo 2, 1 (a) da Convenção de Viena de 1986 sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais.

⁷⁸⁷ RANGEL, V. M. *Direito e relações internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 222.

⁷⁸⁸ A Convenção de Viena de 1986 sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, em 29 de dezembro de 2012, ainda não havia entrado em vigor.

⁷⁸⁹ Doc. A/CN.4/63.

*courts, an international claim might be made if one of the parties alleged a denial of justice*⁷⁹⁰.

Não obstante a poderosa lógica subjacente ao desenvolvimento teórico de Lauterpacht, tal definição peca pela amplitude. Afinal, há inúmeros acordos entre Estados desprovidos seja de natureza jurídica, seja de natureza jurídica internacional; englobá-los na mesma categoria jurídica parece mais confundir que resolver eventuais problemas inerentes à sua implementação.

Mais próxima da versão adotada pela Convenção, a definição de Fitzmaurice, que sucedeu Lauterpacht como relator na referida Comissão de Direito Internacional, retoma a construção de seu predecessor, dando-lhe maior flexibilidade. Apesar da convergência de opiniões em torno da exigência de que essa relação jurídica constitua-se unicamente entre entes dotados de personalidade jurídica internacional, em sua visão dever-se-ia também limitar a classificação de tratado somente àqueles instrumentos regidos pelo direito internacional⁷⁹¹. Com isso, automaticamente excluir-se-ia dessa categoria jurídica algumas formas contratuais, como a compra e venda de imóveis, além de outras relações que, apesar de interestatais, seriam reguladas pelo direito interno⁷⁹²:

*Unless the treaty itself otherwise provides, or such an intention is clearly apparent from the text, or from surrounding circumstances, all questions relating to its conclusion, validity, force, effect, application, execution, interpretation and termination, will be governed by international law.*⁷⁹³

Em outras palavras, Fitzmaurice manteve as linhas gerais do pensamento de Lauterpacht ao definir tratado como qualquer acordo de vontades celebrado unicamente entre sujeitos de direito internacional, adicionando a necessidade de que tal ajuste seja regido pelo direito internacional, o que somente não ocorreria em caso excepcionais, quando expressamente previsto ou claramente inferido do instrumento.

⁷⁹⁰ BROCHES, A. *International legal aspects of the operations of the World Bank*. Cit., p. 340.

⁷⁹¹ “An international business contract concluded between a company based in state A and another enterprise located in state B is subject to one or another national legal system, but it is not a treaty under international law. Similarly, private law contracts between states, i.e. for the sale and purchase of goods, are usually concluded under the national law of one of the parties.” MALANCZUK, P. *Akehurst’s modern introduction to International Law*. London: Routledge, 1997. p. 38.

⁷⁹² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *International Law Commission Yearbook (ILCY)*, 1956. vol. II, p. 117.

⁷⁹³ *Idem*, *ibidem*, p. 108.

Acrescente-se a essa equação outros elementos formais e materiais inerentes, segundo a doutrina, à celebração de qualquer ato jurídico. Anzilotti, em seu clássico *Cours de Droit International*, elenca as quatro condições que considera essenciais à existência/validade de qualquer ato jurídico:

*Les 4 conditions que la doctrine générale du droit considère comme requises pour l'existence, ou, respectivement, pour la validité de cette catégorie de faits juridiques – que l'usage dominant distingue des autres en les appelant des actes juridiques, – à savoir, un sujet capable, un objet approprié, une volonté existante et dépourvue de vices, des formes convenables, se rencontrent également dans notre domaine, mais avec des modalités particulières, correspondant aux caractères de l'ordre juridique dont il s'agit*⁷⁹⁴.

Sem prejuízo de outros elementos formais também identificados ao longo da Convenção⁷⁹⁵, destacamos, neste âmbito, o *animus contrahendi* inerente a qualquer relação de natureza contratual e que pode constituir-se em fator fundamental para diferenciarmos um tratado propriamente dito de algumas formas de *gentlemen's agreements*. Esse elemento, num ambiente tão fortemente impregnado pelo princípio da soberania como o direito internacional⁷⁹⁶, desempenha um papel essencial na definição da natureza jurídica de certos atos e, conseqüentemente, na determinação da extensão de seus efeitos.

Questiona-se, no entanto, a atualidade da noção mais abrangente de tratado, tendo-se em vista as feições peculiares dos novos instrumentos formatados pela prática jurídica internacional. De fato, um acordo internacional pode ser apenas parcialmente regido pelo direito internacional sem que isso faça dele um tratado, ou, nas palavras de Reuter “*un accord international de forme particulière, mais s'apparentant étroitement aux traités entre Etats*”⁷⁹⁷. Broches propõe, nessa linha, uma definição paralela e mais estreita de tratado, justificada pela considerável diferença existente entre

⁷⁹⁴ ANZILOTTI, D. *Cours de droit international*. Paris: Panthéon Assas, 1999. p. 339.

⁷⁹⁵ Vide, por exemplo, Artigos 46 e seguintes da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

⁷⁹⁶ “Within the community of nations this essential feature of the rule of law is constantly put in jeopardy by the conception of the sovereignty of States which deduces the binding force of international law from the will of each individual member of the international community. This is the reason why any inquiry of a general character in the field of international law finds itself at the very start confronted with the doctrine of sovereignty.” LAUTERPACHT, H. *The function of law in the international community*. New Jersey: The Lawbook exchange, Ltd., 2005 p. 3.

⁷⁹⁷ REUTER, P. *Introduction au droit des Traités*. Cit., p. 29.

“agreements that are immediately, and those that are only in the last resort, governed by international Law”. Em sua visão, a aplicação da noção de tratados somente àqueles acordos imediatamente regidos pelo direito internacional far-se-ia em contextos determinados, por exemplo, no âmbito do processo de registro desses instrumentos na ONU⁷⁹⁸.

Apesar de adicionar alguns elementos importantes à caracterização dos tratados, tampouco essa proposta de Broches é completamente isenta de críticas. Isso porque, a despeito de englobar número significativo de situações jurídicas, inúmeras outras permanecem sem resposta. Aponta Reuter que “*Le problème qui apparaît en pratique peut être d’établir si, en présence d’un accord déterminé relatif, par exemple, à un emprunt, il s’agit d’un traité ou d’un contrat soumis au droit national, alors que les parties n’ont pas précisé ce point*”. A fim de resolver esse impasse, sugere que “*On tranchera éventuellement la question en considérant l’objet du contrat et les circonstances qui ont enoutré sa conclusion*”⁷⁹⁹.

Pois bem, no caso específico dos acordos celebrados pelo BIRD e pela IDA, estamos diante de instrumentos que dão corpo a relações jurídicas bastante complexas, exibindo pontos de conexão múltiplos, seja com o direito internacional geral, seja com o direito interno da própria organização, ou ainda com a ordem interna de seus membros. Num contexto em que se verifica grande confusão entre normas que regem o comportamento da organização internacional e normas que efetivamente regem as relações jurídicas de que participa, pode ser difícil atribuir valor às disposições mediata e imediatamente governadas pelo direito internacional e àquelas regidas pela ordem interna do país-membro. Apesar

⁷⁹⁸ “However, when a definition is required within a given context, this will often furnish grounds for preferring one definition to others. For instance, the difference between agreements that are immediately, and those that are only in the last resort, governed by international law assumes real relevance in a codification of the law of treaties, such as Fitzmaurice’s, which is intended to deal with such matters as framing and conclusion of treaties, validity, interpretation and termination. For these purposes a definition which did not exclude the private commercial type of agreement would be distinctly unhelpful. And in interpreting the term ‘international agreement’ in the provision of the United Nations Charter which prescribes the registration and publication of such instruments, I think one is equally justified in excluding agreements which are only ultimately, rather than immediately, governed by international law.” BROCHES, A. *International legal aspects of the operations of the World Bank*. Cit., p. 342-343.

⁷⁹⁹ REUTER, P. *Introduction au droit des Traités*. Cit., p. 31.

dessas ressalvas, no caso dos acordos em questão, tudo parece orientar à sua classificação como acordos internacionais⁸⁰⁰.

Já em 1947, quando a personalidade jurídica internacional das organizações internacionais ainda não havia sido consolidada, o projeto que viria a ser ratificado como o quadro regulador dos empréstimos do BIRD, não obstante evitando a qualificação conceitual expressa desses negócios, adotava de forma velada⁸⁰¹ a posição segundo a qual os direitos e obrigações oriundos dessas relações seriam regidos pelo direito internacional. Além disso, o fato de serem registrados como tratados junto à ONU⁸⁰², a despeito de não se constituir em fator suficiente para caracterizá-los como tal, serve como indício de sua qualificação, expressando pelo menos o *animus contrahendi* de uma das partes da relação – no caso, o Banco.

Particularmente quanto aos empréstimos feitos a entes soberanos, alinhamo-nos à posição de Broches também por outros motivos. Aponta o ex-Advogado Geral do BIRD que

the agreements provide for consultation between the parties on all matters relating to the loan, including financial and economic conditions in the territories of the borrowing or guaranteeing country, for access to the territories of the borrower or guarantor (as the case may be), for far-reaching tax exemptions, for freedom from foreign exchange restrictions.

E conclui, de forma precisa, que

*The agreements deal with other matters which one would not find in agreements between private parties. In some cases there are provisions regarding use of budgetary appropriations and other matters of executive and legislative governmental concern, even less consistent with the concept of a private commercial contract.*⁸⁰³

⁸⁰⁰ “My conclusion will be that they are international agreements governed by international law.” BROCHES, A. *International legal aspects of the operations of the World Bank*. Cit., p. 316. No mesmo sentido, cf. SUREDA, A. R. *The law applicable to the activities of International Development Banks*. Cit., p. 9-252.

⁸⁰¹ “The rights and obligations of the Bank and the Borrower under the Loan Agreement and the Bonds shall be valid and enforceable in accordance with their terms notwithstanding the law of any state, or political subdivision thereof, to the contrary.” WORLD BANK. *International Legal Aspects of the Operations of the World Bank*. Section 7.01 of Loan Regulations No. 3, (June 15, 1956).

⁸⁰² “Because of their character as international agreements, loan and guarantee agreements made between the Bank and those of its members which are also members of the United Nations are registered with the Secretariat of the United Nations in accordance with the provisions of Article 102 of the U.N. Charter and the Regulations issued thereunder.” BROCHES, op. cit., p. 353.

⁸⁰³ Idem, ibidem, p. 343.

Isto é, muito embora a ordem jurídica interna do respectivo membro seja elemento sempre presente nesses negócios (sendo, notadamente em casos de ajustes estruturais, muitas vezes objeto desses acordos), o núcleo da relação jurídica, bem como suas feições, tanto formais como materiais, inevitavelmente nos conduzem a qualificá-la como regidas de modo substancial pelo direito internacional.

Lembre-se, ainda, que não se trata de instrumentos autônomos, desconectáveis de seu ambiente original, muito pelo contrário. A sua razão de ser somente pode ser apreendida dentro do contexto em que evoluem. Se é verdade que a matéria versada nos tratados não exclui a sua qualificação como tal⁸⁰⁴, também nos parece razoável pensar que o conteúdo de determinados acordos nos induz a classificá-los como tratados. Materialmente, os instrumentos mencionados incorporam em suas disposições as referências e *standards* definidos nas regras internas do Banco. Nesse âmbito, sua força obrigatória é o elemento chave que justifica a sua existência como engrenagem desse grande mecanismo institucional. Além disso, em função da vinculação das verbas emprestadas a determinadas atividades, o desembolso desses recursos respeita rigorosos critérios de implementação. Não somente o Banco impõe condições à aprovação de seus acordos, ele também acompanha e avalia a execução das obras em seus painéis (*Panels*), condicionando o desbloqueio do saldo remanescente ao desempenho satisfatório do projeto. Dentre outras, são exatamente essas características que fazem com que as operações de um banco multilateral de desenvolvimento distingam-se organicamente das operações regulares de um banco comercial.

Muito embora entendamos que o raciocínio acima aplique-se igualmente a empréstimos acordados a não membros (nesse caso, acordados com a garantia de um membro)⁸⁰⁵, estamos menos convencidos quanto à generalização automática dessa tese também aos acordos envolvendo subdivisões políticas dos Estados⁸⁰⁶.

⁸⁰⁴ REZEK, J. F. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 14.

⁸⁰⁵ BANCO MUNDIAL. *IBRD Articles of Agreement*. Cit., Artigo III, Seção 4 (v).

⁸⁰⁶ Parece-nos razoável indagar se, nesses casos, há de fato um fenômeno de atribuição excepcional de personalidade jurídica a uma entidade que na realidade não a possui; se se opera uma espécie imprópria de representação do Estado; ou ainda, se estamos simplesmente diante de um caso de responsabilidade do

Vimos que a capacidade jurídica em direito internacional é elemento essencial à celebração de tratados. Aponta Reuter que “*Cette condition est satisfaite sans contestation pour les Etats et les organizations intergouvernementales internationales auxquelles une certaine capacité de conclure traités a été reconnue*”. Reconhece, no entanto, embora ao arrepio da definição de tratado segundo o Artigo 2 (a) da Convenção de Viena, que, em hipótese excepcionais, “*il arrive que les parties à un accord soient, non pas directement les Etats, mais des services de l’Etat, plus ou moins décentralisés, ou même des personnes morales de droit public (communes, établissements publics, agences, etc.)*”. Sugere, nesses casos, que para se identificar a real natureza da relação, “*il faut rechercher si le service engage l’Etat; en cas de réponse négative, se posera alors la question de savoir s’il s’agit d’un accord international de forme particulière, mais s’apparentant étroitement aux traités entre Etats*”⁸⁰⁷.

A partir dessas ponderações, acredita-se que, na hipótese de uma das partes da relação jurídica ser uma subdivisão política do Estado, o fator determinante a ser analisado é a atribuição (ou não) pela respectiva ordem interna de capacidade jurídica internacional a essa entidade política⁸⁰⁸. No caso brasileiro⁸⁰⁹, por exemplo, “O governo federal no Brasil não será responsável se um Estado membro da federação concluir um acordo sem que seja ouvido o Poder Executivo federal, nem seja aprovado pelo Senado”⁸¹⁰. Segundo as constituições

Estado pelos atos praticados por suas subdivisões políticas. Segundo Brownlie, “In the normal case, such capacities are probably exercised as agents for the union, even if the acts concerned are done in the name of the component state”. BROWNLIE, I. *Principles of Public International Law*. Cit., p. 58-59.

⁸⁰⁷ REUTER, P. *Introduction au droit des Traités*. Paris : Presses Universitaires de France, 1995. p. 29.

⁸⁰⁸ “Le régime juridique de tels accords n’est pas établi une fois pour toutes. Il pose souvent des problèmes délicats, tous liés à l’identification de leur nature juridique ; celle-ci sera déterminée cas par cas en fonction d’un faisceau d’indices dont les principaux seront l’objet du contrat et les circonstances qui ont entouré sa conclusion. C’est de toute façon au regard des règles du droit interne de chacune des parties que l’n devra apprécier leur capacité et leur compétence contractuelle.” DUPUY, P-M. *Droit international public*. Paris: Dalloz, 2004. p 262.

⁸⁰⁹ “No Brasil a contratação de empréstimos externos pelos Estados, municípios e Distrito Federal é regulamentada pelo Decreto nº 74.157, de 6/6/74. Os pedidos de empréstimo deverão ser ‘apresentados pelos Chefes dos Poderes Executivos’ simultaneamente aos seguintes órgãos para aprovação: a) Secretaria de Planejamento da Presidência da República; b) Ministério da Fazenda; c) Comissão de Empréstimos Externos. O procedimento nestes acordos parece ser o seguinte: a) A Assembleia Legislativa, no caso do estado, autoriza o empréstimo; b) o Governador pede a aprovação aos órgãos mencionados no Decreto 74.157/74; c) é solicitada a autorização do Senado. Havendo o aval do Tesouro na contratação do empréstimo, o acordo será publicado no *Diário Oficial* da União. Ainda sobre acordos concluídos pelos estados, a revogação é feita pelos Governadores. [...] Salienta Rezek que um estado-membro da federação brasileira não pode contratar com uma organização internacional a não ser que seja empréstimo.” MELLO, C. D. de A. *Curso de direito internacional público*. Cit., nota 6-A, p. 269.

⁸¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 215.

suíça e alemã, “*component states are permitted to exercise certain of the capacities of independent states, including the power to make treaties*”⁸¹¹. Nos Estados Unidos, as entidades federativas “também podem concluir acordos, pelo menos é o que estabelece a Constituição, mas na prática jamais o fizeram para não violar a ‘*treaty-making power*’ do governo federal”⁸¹². Já no Canadá, somente o governo federal é dotado de capacidade jurídica para celebrar tratados, apesar das províncias também reivindicarem essa prerrogativa⁸¹³. Entende-se, nessas hipóteses, que a análise deve ser feita caso a caso: uma vez que a capacidade jurídica para celebrar tratados constitui-se em requisito essencial à conclusão de tais instrumentos jurídicos, a ausência desse elemento pode eventualmente gerar a nulidade do acordo.

Quanto aos empréstimos feitos a entidades privadas, ainda que sob a tutela do respectivo membro, julga-se serem essas figuras jurídicas distintas das demais, sendo tratadas mais adiante juntamente com as garantias.

OPERAÇÕES DIRETAS ENVOLVENDO ENTIDADES PRIVADAS

As operações diretas envolvendo entidades privadas, isto é, operações sem qualquer participação de país-membro, são o domínio da IFC. Não obstante o início hesitante de suas operações, o crescimento exponencial de sua participação no desenvolvimento do setor privado de seus membros, notadamente dos países em desenvolvimento, acompanhou a tomada de consciência, no Banco, do papel central a ser desempenhado pela empresa privada como motor do crescimento. Nesse cenário inclui-se, como observado, a emergência do *project finance*.

Assim como as outras agências que compõem o Banco, a despeito de atuar num setor bem definido, os reflexos da participação da IFC num dado projeto irradiam efeitos por toda a cadeia. Assim, o simples fato de ser uma organização internacional que participa de maneira direta do projeto produz

⁸¹¹ BROWNLIE, I. *Principles of Public International Law*. Cit. p. 58.

⁸¹² MELLO, C. D. de A. *Curso de direito internacional público*. Cit., p. 215. Cf. BROWNLIE, op. cit. p. 59.

⁸¹³ MELLO, op. cit., p. 215. Cf. BROWNLIE, op. cit. p. 59.

um efeito reconfortante nos demais participantes em face da perspectiva sempre presente de materialização do risco político.

This gives it a strong catalytic role in many projects, especially in mobilizing loans from other financial institutions through syndications (B-loans). IFC, the lender of record, extends the advantages it derives as a multilateral institution to other participants in the syndicated loan, which may enable IFC's clients to obtain financing on better terms and allows financial institutions to finance at lower perceived risk⁸¹⁴.

Nesse mesmo sentido, reconhece Hoffman que

Commercial lenders are also attracted by IFC involvement, believing that the host government will be more likely to support a project in its country because of the IFC involvement. In fact, one of the greatest benefits of IFC involvement is the ability of the IFC to mobilize other financing sources⁸¹⁵.

Em adição a esse aporte intangível, a IFC também atua de forma direta nos projetos, tanto compartilhando riscos com investidores privados como ajudando a reduzir os riscos inerentes ao projeto por meio de sua *expertise*⁸¹⁶. De forma mais concreta, além da assistência técnica que fornece⁸¹⁷, ela intervém no *project finance* com o emprego de instrumentos de três diferentes tipos: garantias; empréstimos; participação acionária.

No que concerne à participação acionária da IFC em empresas privadas, algumas regras básicas devem ser obedecidas. Tais operações são autorizadas desde 1961, em virtude da emenda que revogou a letra (b) da Seção 2 do Artigo III de seus Estatutos⁸¹⁸, que expressamente impedia a tomada de participação pela IFC. A nova redação do mencionado artigo, em termos bastante amplos, libera-a para “investir seus fundos da forma, ou formas,

⁸¹⁴ INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. Project finance in development countries. *Lessons of experience* n° 7. Washington, 1999, p. 28.

⁸¹⁵ HOFFMAN, S. L. *The Law and business of International Project Finance*. Cit., p. 258-259.

⁸¹⁶ “By helping reduce project risk through appraisal and structuring skills. IFC's emphasis on careful appraisal and its broad experience in difficult environments can help sponsors structure a financially, technically, and environmentally sound project. The agency's knowledge and understanding of different business environments may also facilitate the actual investment process by helping to secure administrative or regulatory approvals.” INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, cit., p. 27.

⁸¹⁷ “In addition, IFC offers *advisory services* to international investors and governments in mobilizing both domestic and foreign private capital for investment purposes. These services have been expanding since 1988. While IFC previously offered advice only in connection with projects financed by it, it now offers its consultant services independently of project financing especially in the restructuring and privatization of specific public enterprises.” SHIHATA, I. F. I. *The World Bank in a changing world: selected essays*. Cit., p. 260.

⁸¹⁸ BANCO MUNDIAL. *Estatutos do IFC*. Redação original do Artigo III, Seção 2 (b): “A Corporação propriamente dita não exercerá direito de subscrever, ou de converter qualquer investimento, em capital social.”

que considerar apropriada(s) para as circunstâncias”⁸¹⁹. A despeito dessa liberdade significativa de ação, a IFC pode adquirir participação no capital social de empresas desde que de forma passiva e minoritária⁸²⁰. A única exceção a essa regra ocorre em casos extremos, como inadimplência ou insolvência. Somente nessas condições, a fim de proteger seus interesses, a instituição está autorizada a tomar as medidas que entender necessárias à preservação de seus direitos⁸²¹.

No caso de empréstimos propriamente ditos, a ação da IFC pode se realizar de duas formas: os chamados “A” *Loans*, financiados pelos recursos próprios da instituição; e os “B” *Loans*, empréstimos sindicalizados. No primeiro caso, há pouca diferença entre tais instrumentos e os instrumentos empregados por bancos privados em suas atividades regulares. Materialmente, esses empréstimos oferecem taxas e termos “não concessivos” muito distintos daqueles praticados pela IDA e pelo BIRD⁸²². No segundo caso (“B” *Loans*), o mecanismo financeiro empregado é dotado de maior sofisticação. Sob essa estrutura financeira, a IFC fornece recursos financeiros ao projeto; em seguida vende participações (*B loans*) a investidores privados: “[IFC] retains the ‘A’ loan portion. Under the IFC umbrella, the commercial bank ‘B’ loans are treated in the same way as the IFC ‘A’ loans: The IFC documents and administers the loans, and collects and distributes payments and collateral pro rata among itself and the ‘B’ loan lenders”⁸²³. Isto é, por meio dessa estratégia, a IFC repassa aos investidores privados os mesmos privilégios que goza como organização internacional.

Independentemente das diferentes plataformas que a IFC dispõe para realizar os seus propósitos, todas compartilham um traço comum: de maneira distinta ao que ocorre com os acordos celebrados entre o BIRD e a IDA e seus membros, nenhuma delas possui natureza jurídica de tratado.

⁸¹⁹ Estatutos do IFC. Artigo III, Seção 2.

⁸²⁰ Estatutos do IFC, Artigo III, Seção 3 (iv): “a Corporação não assumirá a responsabilidade pela gestão de qualquer empresa na qual tenha investido nem exercerá direito a voto com esta ou qualquer outra finalidade que, em sua opinião, esteja no escopo do controle gerencial”.

⁸²¹ Estatutos do IFC. Artigo III, Seção 4: “Proteção de interesses. Nenhuma das disposições deste Convênio impedirá a Corporação de exercer os direitos que considerar necessários para a proteção de seus interesses em caso de inadimplência real ou eventual de algum de seus investimentos, insolvência real ou eventual da empresa na qual tal investimento tenha sido feito, ou outras situações que, em sua opinião, ameacem ou coloquem em risco tal investimento.”

⁸²² HOFFMAN, S. L. *The Law and business of International Project Finance*. Cit., p. 287.

⁸²³ Idem, *ibidem*, p. 259.

Obviamente, não se fala em tratado quando uma das partes não possui personalidade jurídica internacional, mas as justificativas não se limitam a esse aspecto.

Poder-se-ia eventualmente argumentar, como Broches faz para justificar o regime de direito internacional das garantias fornecidas pelo BIRD⁸²⁴, que a necessidade de aprovação do respectivo membro⁸²⁵ alteraria a substância desses acordos. No entanto, sem prejuízo às críticas que se possa formular à própria posição de Broches, trata-se aqui, de qualquer maneira, de hipótese diversa, pois a entidade política não figura nessa relação sob qualquer título.

Ademais, contrariamente ao que ocorre naquele caso, não somente o núcleo da relação é regido pelo direito interno, como essa característica revela-se essencial às pretensões da instituição. Nesse ponto, aliás, de especial precisão é a análise feita por Pereira acerca das atividades da IFC. Após elencar a gama de atividades da IFC (“financia projetos empresariais específicos, participa como sócia do capital de empresas, empresta para bancos intermediários e presta assessoria técnica a corporações interessadas em mobilizar fundos em mercados de capital”), conclui que essa instituição “Opera em condições comerciais, razão pela qual investe exclusivamente em projetos com fins lucrativos e aplica taxas de mercado a todos os seus produtos e serviços”⁸²⁶. Diante disso, parece-nos difícil qualificar as operações do IFC de outra forma⁸²⁷.

⁸²⁴ BROCHES, A. *International legal aspects of the operations of the World Bank*. Cit., p. 351.

⁸²⁵ Estatutos do IFC. Artigo III, Seção 3 (ii): “a Corporação não financiará qualquer empresa no território de um de seus membros, caso este se oponha a tal financiamento.”

⁸²⁶ PEREIRA, J. M. M. *O Banco Mundial com ator político, intelectual e financeiro (1944-2008)*. Cit., p. 64.

⁸²⁷ No mesmo sentido, cf. SUREDA, A. R. *The law applicable to the activities of International Development Banks*. Cit., p. 123. “The private sector investment arm of the World Bank Group, IFC, does not include a specific choice of law provision in its loan agreement, unless participants in the IFC loans or the circumstances of the operation require otherwise. IFC prefers to maintain the freedom of determining the most convenient forum for a suit and not specify the applicable law. If the agreement stated that the law of a particular country was applicable, and the forum was not in that country, IFC would ‘face the burden of proving that law before a judge who cannot take judicial notice of such law and who might have no familiarity with it’”

GARANTIAS⁸²⁸

As garantias naturalmente são instrumentos de destacada importância na promoção dos investimentos estrangeiros privados nos países em desenvolvimento⁸²⁹, tendo cada uma das organizações que compõem o grupo a sua própria plataforma operacional nesse setor.

Em resposta ao relatório sobre as diferentes opções de garantia disponibilizadas pelo Grupo, elaborado por um comitê independente constituído especialmente para esse fim, a direção do Banco argumentou que cada entidade tem seu próprio mandato e que os instrumentos destinados à sua realização refletem essa especificidade; somente alguns desses instrumentos partilham o mesmo escopo⁸³⁰. Todavia, tão ampla gama de opções provocou inevitáveis distorções no programa de garantias do Grupo. Segundo identificado pelo comitê independente, esses instrumentos teriam sido concebidos para serem complementares; não, como muitas vezes ocorre na prática, concorrentes. Apesar disso, da criticada complexidade que essa diversidade acarreta e da ainda incipiente (não

⁸²⁸ Apesar das diferenças conceituais entre *guarantee* (“The agreement by a guarantor to assume the responsibility for the performance of an action or obligation of another person or entity and to compensate the beneficiary in the event of nonperformance”) e *insurance* (“A practice or arrangement by which a company provides a guarantee of compensation for specified loss in return for payment of a premium [...] Unlike guarantees, insurance is typically a bilateral rather than a three-party contractual relationship. Insurance also tends to work through the asset rather than the liability side of the underlying relationship, although there are exceptions and the two are economically equivalent”, empregaremos o termo “garantia” em seu sentido genérico, englobando suas mais diversas manifestações, a exemplo do praticado pelo próprio Banco. Cf. BANCO MUNDIAL (Independent Evaluation Group). *The World Bank Group Guarantee Instruments 1990-2007: An Independent Evaluation*. Washington: World Bank, 2009, pp. xxxi-xxxii e 5.

⁸²⁹ “Guarantees have been effective in promoting key WBG [World Bank Group] strategic objectives, particularly in facilitating the flow of investment to high-risk sectors and countries. The additionality – or unique contribution of these guarantee instruments – has derived from the WBG’s relationship with host countries, its capacity to absorb risks that the private sector is unwilling or unable to bear, and its focus on the objectives of poverty reduction and sustainable development. Guarantee instruments remain important for the WBG’s priorities.” BANCO MUNDIAL (Independent Evaluation Group). *The World Bank Group Guarantee Instruments 1990-2007: An Independent Evaluation*. Cit., p. xi.

⁸³⁰ “Each WBG institution has a mandate that is defined under its charter. According to these mandates, each member of the group serves the needs of its clients. The International Bank for Reconstruction and Development (IBRD) and the International Development Association (IDA) clients are, first and foremost, member governments. IBRD and IDA guarantees, which require a sovereign counter-guarantee, play a role that is distinctly different from that of MIGA insurance and IFC guarantees. This difference is evident in the structure and use pattern of these products: IFC guarantees do not have a sovereign counterguarantee and are used chiefly as unfunded loans to support primarily private sector clients; MIGA provides mitigation of political risk for crossborder investments. Bank guarantees are mostly used for complex projects in high-risk situations that require government commitment, with the ongoing Bank engagement with the country and the sector as primary factors in choosing this instrument. In fact, only a small fraction of these guarantee products have a common risk mitigation function.” Idem, *ibidem*, p. xvii.

obstante crescente) cooperação nesse setor, reconhece-se que finalmente a abundância nesse caso acaba disponibilizando os meios necessários a que se propõe.

No que concerne mais precisamente aos instrumentos, destacam-se, no âmbito do BIRD-IDA, as garantias parciais a risco e a crédito (*Partial Risk Guarantee* – PRG e *Partial Credit Guarantee* – PCG); as primeiras orientadas ao setor privado para mitigar riscos políticos, as segundas para suportar empréstimos comerciais tomados pelos governos, bem como lançamento de *bonds* para financiar projetos de investimento. Quanto à IFC, identificam-se quatro diferentes plataformas, todas elas voltadas a entidades privadas e caracterizadas por não contar com qualquer tipo de contragarantia ou contrapartida soberana. No caso da MIGA, entidade cujo propósito é exatamente a promoção dos investimentos privados estrangeiros, sobretudo por meio do fornecimento de garantias parciais, suas operações são guiadas por dois requisitos básicos: os riscos devem ser *não comerciais* e o objetivo, o de proteger *investimentos diretos estrangeiros*. Parece desnecessário imaginar que, salvo as operações da IFC, que trabalha em bases predominantemente de direito privado, a complexidade das plataformas de garantia disponibilizadas pelas demais entidades do grupo oferece desafios substanciais à sua categorização.

Com efeito, muito embora se constituam em modelos jurídicos bem peculiares, exibindo, ao mesmo tempo, características que os vinculam ao direito internacional e feições de documentos comerciais, até este ponto foi possível classificar os instrumentos analisados segundo categorias tradicionalmente conhecidas. Contudo, há certo número de relações jurídicas que se tecem nesse âmbito cuja classificação impõe especial desafio aos operadores do direito. Essas relações levam-nos às fronteiras da inovação jurídica, parecendo não se encaixar exatamente em nenhuma das categorias formais.

Exemplos desse tipo de ajuste, que podem ser agrupados como expressões de um mesmo modelo, podem ter natureza jurídica distinta, como é o caso dos empréstimos feitos pelo BIRD a entidades privadas e das garantias fornecidas pela MIGA. Não obstante consolidem relações

jurídicas inconfundíveis, todas elas parecem exibir um traço estrutural comum: a triangularidade, elemento inerente, aliás, às garantias.

Tome-se, por exemplo, a hipótese de operações patrocinadas pelo BIRD tendo como beneficiárias empresas privadas. Nesse caso, segundo a regra do Artigo III, Seção 4 (i) dos Estatutos do BIRD, o membro no qual o respectivo projeto é situado deve figurar como garantidor da relação⁸³¹. Cria-se, por meio desse artifício, a relação triangular acima mencionada. É bem verdade que a pouca utilização desse formato e os meios paralelos que possui o Banco para satisfazer as suas pretensões acabaram reduzindo o interesse nesses instrumentos. No âmbito teórico, contudo, podem-se formular inúmeras indagações acerca da natureza dessas relações.

Situação ligeiramente diversa, mas bastante similar no âmbito estrutural, ocorre nos acordos concluídos pela MIGA. Conforme observado, para realizar os seus propósitos, a MIGA, entre outras atividades, “*shall: (a) issue guarantees, including coinsurance and reinsurance, against non-commercial risks in respect of investments in a member country which flow from other member countries*”⁸³². No nível operacional, estando reunidas todas as condições exigidas para implementação da garantia, a MIGA pagará compensação ao seu titular, sub-rogando-se, em virtude de disposição contratual, nos direitos deste [MIGA, Artigo 18 (a)]. Os direitos da Agência serão reconhecidos por todos os membros [MIGA, Artigo 18 (b)].

Em ambas as situações, a relação jurídica de base (o empréstimo) é regida pelo direito privado, muitas vezes o direito interno do respectivo país anfitrião. Parece-nos óbvio que, sendo uma das partes uma entidade desprovida de capacidade jurídica internacional, é inevitável o afastamento liminar da hipótese de sua categorização como tratado⁸³³. Ocorre, no

⁸³¹ “Artigo III, Seção 4. The Bank may guarantee, participate in, or make loans to any member or any political sub-division thereof and any business, industrial, and agricultural enterprise in the territories of a member, subject to the following conditions: (i) When the member in whose territories the project is located is not itself the borrower, the member or the central bank or some comparable agency of the member which is acceptable to the Bank, fully guarantees the repayment of the principal and the payment of interest and other charges on the loan.” BANCO MUNDIAL. *IBRD Articles of Agreement*. Cit.

⁸³² Convenção MIGA, *Artigo 2, (a)*

⁸³³ “In the circumstances, the loan agreement between the Bank and the non-governmental borrower, being an agreement between a subject of international law and an entity which does not possess that quality, is

entanto, que não se trata essa da única relação jurídica estabelecida nesse contexto. No primeiro caso (empréstimos do BIRD a entidades privadas), um membro necessariamente “*fully guarantees the repayment of the principal and the payment of interest and other charges on the loan*”. No segundo caso (garantia fornecida pela MIGA), ao sub-rogar-se nos direitos do beneficiário da garantia, ativa-se igualmente a relação jurídica entre a organização e o país-membro que é parte no contrato original. Se a relação jurídica de base, em ambos os casos, não possui natureza de direito internacional, as relações jurídicas acessórias parecem, em contrapartida, possuí-la.

Não obstante reconhecer a dificuldade de se enquadrar essas relações jurídicas, Broches, ao analisar especificamente o primeiro caso, alega que “*while normally a guarantee is thought to be accessory in all respects to the principal debt, this is not so in the case of the Bank's loan transactions*”⁸³⁴. Argumenta que, nas garantias fornecidas pelo BIRD, as obrigações do membro que “garante” a operação não são as mesmas de um avalista comum, mas iguais às de um codevedor. Pondera ainda que constituindo-se a operação de empréstimo em elemento importante, no entanto, apenas um elemento de uma relação mais ampla entre o Banco e o respectivo membro, acabaria sendo absorvida pelo caráter internacional do contexto em que está inserido. Ressalva, porém, de maneira um tanto ambígua, que “*This is not the same as saying that the loan agreement itself thereby becomes an international agreement, and that it is governed by international law. But it does justify the internationalization of the loan agreement to the extent of insulating it from the effect of municipal law*”. Nesse caso, poder-se-ia validamente questionar o regime jurídico aplicável a esses instrumentos, uma vez que nem o direito interno, nem o direito internacional aplicar-se-iam. A resposta, segundo Broches, estaria nas próprias regras internas do Banco⁸³⁵, que, como se viu no capítulo anterior,

certainly not an international agreement governed by international law”. BROCHES, A. *International legal aspects of the operations of the World Bank*. Cit., p. 351.

⁸³⁴ BROCHES, A. *International legal aspects of the operations of the World Bank*. Cit., p. 351.

⁸³⁵ “It seems perfectly proper for the guaranteeing member and the Bank, both subjects of international law, to agree that this shall be so, and they do so agree by accepting Section 7.01 of Loan Regulations No. 4 as governing the transaction. To put it somewhat differently, while the borrower could not contract itself out of the application of municipal law, the Bank and the guaranteeing member may do so in respect not only of their own relationship but also (with the borrower's consent evidenced by the borrower's acceptance of Section 7.01) of that between the Bank and the borrower.” Idem, *ibidem*, p. 351-352.

não seriam *a priori* fontes de direito, apenas orientações à ação de seus funcionários.

Levado a cabo o entendimento preconizado pelo ex-Advogado Geral do BIRD, estaríamos não somente expandindo o escopo interno dessas regras, mas também as projetando para além das fronteiras institucionais, atingindo, no caso, particulares. Com isso, confirmar-se-iam as nossas suspeitas de que a produção teórica do Banco, a consolidação desse conhecimento em normas de serviço e os instrumentos que utiliza para realizar seus propósitos são apenas engrenagens de um mesmo mecanismo, limitando-se esses últimos a legitimar e dar força obrigatória a regras que naturalmente são desprovidas dessa qualidade.

No que se refere às considerações de ordem técnica, igualmente a posição de Broches não é isenta de críticas. O Estatuto do BIRD, em seu Artigo III, Seção 4 (i) é de clareza inequívoca ao dispor que o membro “*fully guarantees the repayment*”, não se verificando qualquer menção a corresponsável, codevedor, ou qualquer outra disposição que induza equiparação entre o “garantidor” e o devedor principal. Ademais, o caráter acessório é intrínseco às garantias, independentemente do contexto em que esteja inserido. Sendo essa relação causal entre a garantia e a relação jurídica de base um elemento incontornável de sua existência, parece-nos impossível reverter os papéis como sugerido.

A despeito da complexidade inerente aos contratos da MIGA, fator que sem dúvida atribui maior densidade à relação triangular entre as partes, estruturalmente repetem-se os mesmos problemas verificados acima.

Particularmente, acreditamos que o equívoco de Broches não se situa na abordagem do problema, mas na tentativa de aplicar a esses instrumentos modelos jurídicos que visivelmente não são adaptados à sua realidade. Entendemos ser na prática impossível isolar essas relações umas das outras, devendo, portanto, serem apreendidas em conjunto. A dificuldade situa-se exatamente no fato de as qualificações disponíveis terem sido forjadas num mundo dicotômico (*e.g.*: público/privado;

nacional/internacional; etc.), segundo critérios que não nos parecem, no caso em foco, de grande utilidade⁸³⁶.

A exemplo do processo de transformação que impactou os “Contratos com o Estado”, pensamos serem esses acordos dotados de natureza híbrida, ou como diz Huck ao referir-se a eles, uma relação de transcende as categorias tradicionais do direito, apresentando feições de inúmeras naturezas que, ao mesmo tempo, não podem ser identificadas a uma só categoria jurídica⁸³⁷. Quanto à sua regulação, ela é feita por um emaranhado de normas das mais diversas naturezas, englobando disposições oriundas da ordem interna dos países, normas gerais de direito internacional, normas internas da organização e, até mesmo, um certo direito global ainda em gestação e dotado de feições pouco definidas; cada uma delas regulando, ao mesmo tempo, diferentes aspectos dessa relação jurídica.

PAINÉIS (*INDEPENDENT INSPECTION PANELS*)

A despeito de não se constituírem em operações financeiras, os painéis tornaram-se elemento inovador nas operações do BIRD-IDA, podendo ser situados no organograma das operações do Banco a meio caminho entre os empréstimos e a solução de conflitos.

Segundo Shihata⁸³⁸, a criação dos painéis independentes de inspeção (1993⁸³⁹) respondeu a críticas de duas fontes de natureza absolutamente distintas, no entanto, simétricas e complementares. No âmbito interno, o relatório que se tornou célebre como *Wapenhans Report*⁸⁴⁰, explicitou a

⁸³⁶ Esse foi, aliás, o mesmo sentimento expressado por Alvarez em sua passagem por São Paulo em palestra proferida na Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas (*Foreign Direct Investment Regime and Investment Arbitration*), em São Paulo, no dia 23 de agosto de 2012.

⁸³⁷ HUCK, H. M. *Contratos com o Estado: aspectos de direito internacional*. Cit., p. 23.

⁸³⁸ Cf. I. F. I. SHIRATA, *The World Bank Inspection Panel: in Practice*. New York: Oxford University Press, 2000.

⁸³⁹ INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT (BIRD). *Resolution n° IBRD 93-10 (September 22, 1993)*. INTERNATIONAL DEVELOPMENT ASSOCIATION (IDA). *Resolution n°. IDA 93-6 (September 22, 1993)*. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/EXTINSPECTIONPANEL/Resources/ResolutionMarch2005.pdf>. Acesso em: 4 de janeiro de 2013.

⁸⁴⁰ As conclusões do Relatório Wapenhans foram submetidas à Diretoria Executiva do Banco com o título *Effective Implementation: Key to development impact* (R92-125), em 3 de novembro de 1992. (Cf. I. F. I.

pobre qualidade do portfólio do Banco, destacando a fraca implementação da condicionalidade atrelada a seus empréstimos. Em sua conclusão, relacionou esses efeitos ao que chamava de perversa ‘*culture of approval*’ dos empréstimos⁸⁴¹. Através dessa política de proliferação descriteriosa dos empréstimos, atenção cada vez mais reduzida era dedicada aos compromissos assumidos pelos mutuários e seus órgãos de implementação, ou ao grau de engajamento assumido pelos respectivos países em face dos projetos e das políticas neles preconizadas (*ownership*)⁸⁴².

A ideia de se criarem os painéis independentes de inspeção teria sido, ao menos em parte, originada no âmbito do Banco a partir do impacto provocado por esse relatório. Essa iniciativa visaria propiciar maior envolvimento da sociedade civil nos projetos, intensificando, por via reflexa, o comprometimento do respectivo país-membro com as políticas neles incorporadas (*project ownership*). Em última instância, criava-se uma via paralela de monitoramento da performance do Banco e suas operações⁸⁴³.

A segunda (e talvez a mais contundente) força por trás da criação dos painéis foi de origem externa: “[*t*]he new concern with the transparency of the World Bank operations and the Bank’s accountability for its role regarding them”. Impulsionando-a, encontravam-se as organizações não-governamentais, cujas críticas denunciando a ausência de prestação contas pelo Banco de suas atividades ecoaram na sociedade internacional, notadamente em certos membros poderosos, grandes subscritores do BIRD e generosos contribuintes da IDA⁸⁴⁴.

SHIRATA, *The World Bank Inspection Panel: in Practice*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 2, nota 4).

⁸⁴¹ “Shortly after the release of the Morse Commission report, an internal review of the Bank’s loan portfolio (World Bank 1992) was leaked to the public. Now known as the Wapenhans report, the review criticized the quality of the Bank’s portfolio and found that the Bank is not enforcing fully 78 percent of financial conditions in the loan agreements. Using the Bank’s own criteria, the reviewers discovered that 37.5 percent of recently evaluated projects was unsatisfactory, up from 15 percent in 1981. The report linked the decline in project quality to a ‘pervasive’ ‘culture of approval’ for loans, whereby Bank staff members perceive the appraisal process as merely a ‘marketing device for securing loan approval,’ and pressure to lend overwhelms all other considerations”. D. HUNTER, « *The World Bank New Inspection Panel: Will It Increase the Bank’s Accountability ?* » (in Center for International Environmental Law – CIEL *Brief* n° 1. Washington: 1994). Disponível em: <http://www.ciel.org/Publications/issue1.html>. Último acesso em: 03 de janeiro de 2013.

⁸⁴² I. F. I. SHIRATA, *The World Bank Inspection Panel*. Cit., p. 3.

⁸⁴³ Id. *Ibid.*, p. 3.

⁸⁴⁴ Id. *Ibid.*, p. 4.

Alguns autores⁸⁴⁵ contestam a existência dessas duas forças, alegando ser a pressão externa exercida pela sociedade internacional o único vetor a reorientar a inércia do Banco. Contesta-se até mesmo a paternidade da ideia: muito embora os painéis apresentem feições peculiares, eles não se distanciam em essência do conceito de ombudsman sugerido por Daniel Bradlow⁸⁴⁶. Conforme testemunha Hunter, “[T]he idea for the panel did not originate at the Bank; environmental and other organizations had previously advanced specific proposals for an appeals or investigative body. In 1990, the Natural Resources Defense Council outlined an independent appeals mechanism (Christensen 1990). More recently, CIEL proposed a model for an appeals function of the European Bank for Reconstruction and Development (Wold and Zaelke 1992) and joined the Environmental Defense Fund (EDF) in drafting a detailed resolution to create an independent appeals board at the World Bank (Udall and Hunter 1993). Professor Daniel Bradlow of The American University's Washington College of Law urged the Bank to appoint an ombudsman to resolve disputes over Bank projects. Policy makers from other countries and even some of the Bank's Executive Directors also voiced support for an inspection function. Ultimately, the U.S. Congress pushed for the inspection panel, making it a condition of continued funding of the Bank's International Development Association. [...] Finally, under pressure from several donor governments, the Executive Directors adopted their resolution in September (World Bank 1993a).”⁸⁴⁷

Quanto ao seu mandato, estrutura e regras de funcionamento, optou-se pela simplicidade. O propósito dos painéis resume-se a criar uma via alternativa, sem prejuízo de eventuais medidas judiciais cabíveis, para que queixas de pessoas afetadas pelas ações do Banco possam ser ouvidas e processadas. Em tese, os painéis têm o poder de conduzir investigações independentes sobre os projetos financiados, a fim de determinar se o Banco cumpre seus procedimentos e políticas operacionais, bem como se suas ações causam algum dano imprevisto à população local.

Segundo as regras instituidoras desse mecanismo, são elegíveis para solicitar instiuição de painéis “[a]n affected party in the territory of the borrower

⁸⁴⁵ Cf. L. UDALL, *The World Bank Inspection Panel: A Three Year Review*, Washington: Bank Information Center, 1997.

⁸⁴⁶ Cf. D. HUNTER, *The World Bank New Inspection Panel: Will It Increase the Bank's Accountability ?* Cit.; I. F. I. SHIRATA, *The World Bank Inspection Panel*. Cit., pp. 18-19.

⁸⁴⁷ D. HUNTER, *The World Bank New Inspection Panel: Will It Increase the Bank's Accountability ?* Cit.

which is not a single individual (i.e., a community of persons such as an organization, association, society or other grouping of individuals), or by the local representative of such party or by another representative in the exceptional cases where the party submitting the request contends that appropriate representation is not locally available and the Executive Directors so agree at the time they consider the request for inspection” (“The World Bank Inspection Panel”. Resolution n° IBRD 93-10. Resolution n° IDA 93-6: Item 12)⁸⁴⁸. Excepcionalmente, como aponta Hunter, “[T]he Executive Directors can also request an inspection on their own initiative as a group, or in ‘special cases of serious alleged violations,’ an individual Executive Director can ask for an investigation”⁸⁴⁹.

Quanto à matéria objeto dos painéis, excluem-se (a) queixas relacionadas às ações de responsabilidade de outras partes, desde que não envolvam qualquer ação ou omissão da parte do Banco; (b) queixas versando sobre aplicação de regras relativas a concorrências públicas, que respeitam a procedimento próprio no âmbito do Banco; (c) queixas deduzidas fora do prazo: após que o desembolso dos recursos tenha sido feito; (d) queixas a respeito das quais o painel já tenha se pronunciado, a não ser que fundada em algum fato novo ou circunstância na poça desconhecida⁸⁵⁰.

Em versão um tanto concentrada do procedimento, autorizada a instituição do painel nos termos dos itens 16 e seguintes da *Resolução* e efetuada a investigação, o relatório do painel é distribuído à Diretoria Executiva do Banco. Ao mesmo tempo, os administradores do Banco preparam uma resposta contendo recomendações para corrigir os equívocos cometidos, conforme apontado pelo Painel. Com base em ambos, a Diretoria Executiva finalmente decide as ações a serem implementadas no caso.

A despeito das críticas relativas à transparência apenas relativa dos painéis e sobretudo dos questionamentos quanto à sua real independência

⁸⁴⁸ “It is understood that the ‘affected party’ which the Resolution describes as ‘a community of persons such as an organization, association, society or other grouping of individuals’ includes any two or more persons who share some common interests or concerns..”. REVIEW OF THE RESOLUTION ESTABLISHING THE INSPECTION PANEL - 1996 CLARIFICATION OF CERTAIN ASPECTS OF THE RESOLUTION (October 17, 1996).

⁸⁴⁹ D. HUNTER, *The World Bank New Inspection Panel: Will It Increase the Bank’s Accountability ?* Cit.

⁸⁵⁰ “The World Bank Inspection Panel”. Resolution n° IBRD 93-10. Resolution n° IDA 93-6: Item 14.

em relação ao Banco (não se esqueça que a instituição dos painéis deve ser aprovada pela Diretoria Executiva do Banco; eles não contam com orçamento próprio; seus membros não são profissionais externos), os painéis constituem-se numa criação inovadora e sem dúvida representam uma aproximação importante entre instituição e sociedade civil. Na prática, os painéis reforçam o caráter obrigatório das regras operacionais do Banco, base jurídica das queixas, expandido seu escopo para além das fronteiras da organização, atribuindo-lhes inquestionável ar de juridicidade⁸⁵¹.

6.2 Solução de Controvérsias

A solução de controvérsias no âmbito do Grupo Banco Mundial é tema tão rico que mereceria tratamento individualizado. No entanto, assim como em outras passagens, limitações de escopo impedem-nos de explorar a fundo todas as facetas desse fenômeno, o que não prejudica o esforço de tentar apreendê-lo por meio de uma perspectiva geral, situando-o no âmbito da estrutura institucional.

Identificam-se basicamente duas naturezas de controvérsias que podem dar origem a diferentes tipos de litígios, submetidos a órgãos de resolução de litígios distintos. Não obstante aparentemente bem definida, tal classificação, na prática, pode mostrar-se menos evidente do que se sugere, dando origem a questionamentos no mínimo intrigantes.

Controvérsias versando sobre a interpretação e aplicação da convenção internacional que as constituiu são normalmente submetidas aos órgãos internos das próprias organizações⁸⁵². Iniciada em Bretton Woods, à ocasião da concepção do FMI e do BIRD, essa prática disseminou-se à maioria das instituições financeiras internacionais, independentemente das distorções procedimentais criadas ao longo do tempo. Disposições similares

⁸⁵¹ “The determination of the extent to which they were binding on the staff became essential in the context of the establishment of the Inspection Panel of the World Bank in 1993 and similar accountability mechanisms in other MDBs since then. These mechanisms have given an added dimension to the MDBs’ policies and procedures since they permit direct access to the MDBs by persons or corporations adversely affected by the failure of the MDBs to apply their own policies and procedures in the design, appraisal or implementation of projects they finance”. A. R. SUREDA, *The law applicable to the activities of International Development Banks*. Cit., p. 82.

⁸⁵² Sobre o procedimento de interpretação dos Estatutos do BIRD, vide parte II, capítulo 4.

àquelas constantes do Artigo IX dos Estatutos do BIRD são igualmente encontradas no Artigo X dos Estatutos da IDA, no Artigo VIII dos Estatutos da IFC e no Artigo 56 dos Estatutos da MIGA. Em qualquer dessas hipóteses de controvérsia envolvendo a organização e qualquer membro, a questão será submetida aos diretores executivos, cuja decisão poderá ser revista pela Assembleia de Governadores. Exceção a essa regra é controvérsia dessa natureza envolvendo não membros, caso em que a questão será remetida à arbitragem⁸⁵³.

De forma inevitável, o sistema de solução de conflitos dessas instituições é diretamente condicionado pelas imunidades previstas em seus respectivos estatutos. Assim, da mesma forma que o BIRD (Artigo VII, Seção 3), a imunidade jurisdicional da IFC (Artigo VI, Seção 3), da IDA (Artigo VIII, Seção 3) e da MIGA (Artigo 43 e seguintes) limita-se às questões envolvendo seus membros ou às controvérsias baseadas em contratos de que participa, além de contendas trabalhistas de seus próprios funcionários, o que não exclui, portanto, a possibilidade de serem demandados judicialmente em função de quaisquer atos que afetem terceiros⁸⁵⁴.

A explicação para o relaxamento do regime pleno de imunidade, regulado pela Convenção sobre os Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas da ONU⁸⁵⁵ e que, segundo alguns, já teria se consolidado em costume internacional⁸⁵⁶, nos é dada por Broches. Aponta o ex-Advogado Geral do BIRD que a base para a imunidade das organizações internacionais é funcional, isto é, “*the necessity that international organizations shall be free from the threat of interference with the exercise of their functions through*

⁸⁵³ Artigo IX (c) dos Estatutos do BIRD; Artigo X (c) dos Estatutos da IDA; Artigo VIII (c) dos Estatutos da IFC e no Artigo 57 dos Estatutos da MIGA.

⁸⁵⁴ Paradigmática, nesse caso, a sentença proferida em maio de 2011 pela 6ª Vara da Justiça Federal de Brasília nos autos da ação de rito ordinário (processo nº 3098-27.2011.4.01.3400) movida por Ailton Lopes Viana e outros em face do BIRD e do Governo do Distrito Federal. Na ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes da inexecução das obras de um projeto do Governo do Distrito Federal (GDF) patrocinado pelo BIRD, a exclusão do Banco não se deveu a qualquer alegação de imunidade, mas à sua ilegitimidade para figurar como parte naquele caso concreto: “a execução do projeto é de total responsabilidade do mutuário, no presente caso, o GDF [...]. Assim, verifico que o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD – Banco Mundial não possui legitimidade para figurar no pólo passivo [...]”.

⁸⁵⁵ Ratificada pelo Decreto nº 52.288 de 24 de julho de 1963.

⁸⁵⁶ LALIVE, J-F. *L'immunité de juridiction des Etats et des Organisations Internationales*. (RCADI 1953. vol. 84, p. 205-396)

actions brought in domestic courts”. Indica, no entanto, que no caso do Banco (raciocínio que pode também ser estendido à IFC e à MIGA), a dependência dos mercados de capitais como fonte de financiamento justifica o mencionado relaxamento no que concerne aos processos judiciais. Arremata dizendo que “*complete jurisdictional immunity might well discourage prospective investors in its securities*”⁸⁵⁷.

O problema, nesses casos, não se situa, porém, na existência ou inexistência de regras orientando a resolução desses conflitos, mas em sua aplicação prática. Isso porque, excepcionado o caso da IFC, cujas operações não são destinadas a membros e sim a entidades privadas neles situadas, nas outras hipóteses, mais claramente no caso de BIRD e IDA, mas também, em certa medida, no caso da MIGA, cuja natureza híbrida das operações inevitavelmente acaba envolvendo seus membros, há a confusão entre membros e “clientes”. Nessas situações, sobretudo em virtude das regras internas da instituição regularem também as suas atividades, pode ser difícil dissociar a competência para interpretar seus próprios estatutos e disposições contratuais de operações de que participa como parte.

Esse fenômeno fica especialmente claro no caso do BIRD. Nas disposições versando sobre a sua imunidade judicial (Seção 3 do Artigo VII de seus Estatutos), há a previsão de que o Banco pode ser demandado apenas em Cortes de membros nos quais tenha um escritório constituído, tenha apontado um representante ou tenha participado de operações envolvendo *securities*, excluindo-se de forma expressa as ações propostas por membros ou por pessoas cujas pretensões derivem de demandas de seus membros. Ora, se a maior parte das operações do BIRD é destinada a membros e se mesmo naquelas destinadas a outras entidades a garantia dos membros é total, conclui-se que as hipóteses de processamento do Banco em vias ordinárias limitam-se a casos envolvendo terceiros – de qualquer maneira, casos não diretamente relacionados a suas operações.

Finalmente, no que concerne à resolução de controvérsias envolvendo a MIGA, dois sistemas são previstos, o que lhe garante especial

⁸⁵⁷ BROCHES, A. *International legal aspects of the operations of the World Bank*. Cit., p. 309).

complexidade e permite-nos abranger, senão todas, a maioria das hipóteses de conflito em que essas organizações podem estar envolvida.

Conforme observado, a concessão de garantias por essa organização gera uma relação triangular envolvendo o beneficiário da garantia e o Estado membro em cujo território o investimento é garantido. Disso extraem-se seis diferentes tipos de controvérsia: (1) controvérsias entre a Agência e membros relacionadas à interpretação e aplicação de seus Estatutos; (2) controvérsias envolvendo a Agência e o governo de um país anfitrião relativas à sub-rogação nos direitos de investidores; (3) controvérsias envolvendo a Agência e um não membro ou um membro em demandas que não se enquadram nas duas primeiras hipóteses; (4) controvérsias entre a Agência e um portador de uma garantia por ela fornecida; (5) controvérsias entre a Agência e qualquer terceiro versando sobre demandas baseadas em contrato ou responsabilidade civil; (6) finalmente, mesmo se não envolvida diretamente como parte, a Agência interessa-se por controvérsias envolvendo investidores que portem garantias por ela fornecidas e um país anfitrião⁸⁵⁸.

Além da já analisada circunstância envolvendo interpretação e aplicação dos termos da Convenção (1), o elemento que liga as três primeiras hipóteses acima mencionadas é o fato serem reguladas pelos Artigos 56 e 57 e pelo Anexo II da Convenção. No caso da segunda e terceira hipóteses (disputas resultantes da sub-rogação nos direitos do investidor⁸⁵⁹, envolvendo *não membros* ou membros cujas demandas não se enquadrem nas opções anteriores), frustradas as obrigatórias tentativas de negociação⁸⁶⁰ e opção de conciliação⁸⁶¹, as controvérsias deverão ser

⁸⁵⁸ SHIHATA, I. F. I. *The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and the legal treatment of foreign investment*. Cit., p. 285.

⁸⁵⁹ “Not every payment by the Agency would entail subrogation to a specific claim against the host government, however. As shown earlier, certain losses, resulting from a covered loss, may not entail an obligation on the host government to compensate the investor (e.g., losses associated with the war risk). Even when subrogation is established as a matter of right, the Agency may, as a business decision, not press its claim against the host country. According to the Regulations, the President of the Agency should therefore decide in each case whether to seek recovery of payments from the host government (with the Board approval of write-offs exceeding \$ 1 million).” Idem, *ibidem*, p. 288-289.

⁸⁶⁰ BANCO MUNDIAL. *MIGA Convention*. Anexo II, Artigo 2. Disponível em:

<http://www.miga.org/documents/miga_convention_november_2010.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2013.

⁸⁶¹ *MIGA Convention*. Cit., Anexo II, Artigo 3.

resolvidas por mecanismos próprios. Isso é, arbitragem, salvo se as partes não tiverem disposto de outra forma⁸⁶².

Na forma do estipulado no Artigo 4 do Anexo II da Convenção, o tribunal arbitral aplicará “*the provisions of this Convention, any relevant agreement between the parties to the dispute, the Agency's by-laws and regulations, the applicable rules of international law, the domestic law of the member concerned as well as the applicable provisions of the investment contract, if any*”, podendo ainda decidir a questão *ex aequo et bono* se as partes assim acordarem, evitando em qualquer hipótese uma decisão *non liquet*. Em caso de conflito entre regras de direito internacional aplicáveis à disputa e qualquer outra disposição unilateral (*e.g.* direito interno do respectivo Estado), o tribunal internacional aplicará o direito internacional.

Em litígios envolvendo a Agência e um portador de garantia por ela fornecida (4), a arbitragem também é via obrigatória⁸⁶³. Mas nesse caso o direito material aplicável será aquele indicado pelas partes do respectivo contrato, mesmo se as regras internas da organização (*Operational Regulations*) parecerem deixar limitada margem de liberdade às partes, seja quanto à escolha das regras procedimentais⁸⁶⁴, seja quanto às regras de direito material aplicáveis ao caso⁸⁶⁵.

No que concerne às controvérsias entre a Agência e qualquer terceiro versando sobre demandas baseadas em contrato ou responsabilidade civil (5), aplica-se igualmente a regra geral de imunidade, da forma como já mencionado acima, sendo a organização excepcionalmente vulnerável à jurisdição do Estado em questão.

⁸⁶² *MIGA Convention*. Cit., Anexo II, Artigo 1 e Artigo 57 (b).

⁸⁶³ *MIGA Convention*. Cit., Artigo 58.

⁸⁶⁴ “Section V, Disputes, 2.16: In accordance with Article 58 of the Convention, contracts of guarantee shall provide for the submission of disputes arising between the parties thereunder to arbitration for final and binding determination. Disputes shall be submitted to an Arbitral Tribunal of one or more arbitrators. The Arbitral Tribunal shall be appointed, and the proceeding conducted, in accordance with such rules as shall be specified in the contract of guarantee. The standard contract of guarantee will refer to the Rules of Arbitration for Disputes under Contracts of Guarantee of the Multilateral Investment Guarantee Agency of January 1990 (as amended from time to time). The award of the Arbitral Tribunal shall be final and binding on the parties. Each member of the Agency shall recognize the finality and binding nature of such an award.” BANCO MUNDIAL. *MIGA Operational Regulations*. Disponível em: <<http://www.miga.org/documents/Operations-Regulations.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

⁸⁶⁵ “Section V, Applicable Law. 2.17: The Arbitral Tribunal shall apply the contract of guarantee, the Convention and, to the extent that issues in dispute are not covered by the contract, or the Convention, general principles of law, and the contract of guarantee shall so provide.” BANCO MUNDIAL. *MIGA Operational Regulations*. Cit.

Por fim, mesmo se não figura diretamente como parte, a Agência interessa-se por controvérsias envolvendo investidores que portem garantias por ela fornecidas e o país anfitrião do respectivo investimento (6), atitude até mesmo lógica em função da natureza acessória da garantia que acorda e dos propósitos da instituição⁸⁶⁶. De qualquer maneira, a forma de resolução do conflito e a lei a ele aplicável serão, nessa hipótese, aquelas acordadas pelas partes.

Não obstante a sua abrangência, o sistema MIGA de solução de controvérsias não está, evidentemente, livre de críticas. Tome-se, por exemplo, as disputas resultantes da sub-rogação nos direitos do investidor, bem como os litígios envolvendo a Agência e o portador de garantia por ela fornecida. Neste caso, a suposta liberdade contratual é estreitamente regulada pelas *Operational Regulations*, que, como visto, em tese não teriam força obrigatória. Contudo, ao serem integradas aos contratos da Agência, não somente adquirem tal imperatividade, como também extrapolam os limites institucionais, atingindo entidades privadas. No que concerne ao primeiro caso (disputas resultantes da sub-rogação da Agência nos direitos do investidor), as situações que se criam são ainda mais intrigantes.

Observou-se que na mecânica de funcionamento da MIGA, a contrapartida do pagamento da garantia é a sub-rogação da Agência nos direitos do investidor. Segundo o Artigo 18 (b) da Convenção, essa translação de direitos dar-se-ia em virtude de disposição contratual. A partir disso, a sub-rogação opera a ativação da relação jurídica entre a organização e o país anfitrião parte no contrato original. Apesar da engenhosidade dessa construção, algumas questões de natureza técnica podem ser levantadas.

A primeira delas assemelha-se, em certa medida, ao que foi dito acerca da “internacionalização” dos contratos com o Estado. Apontou-se

⁸⁶⁶ “It has, however, a clear interest in the outcome of such a dispute. In fact, its self-interest requires that events which lead to losses resulting in claims by investors against it be minimized. For these reasons, the Agency must play a role in the avoidance of disputes between insured investors and their host governments. When such disputes become inevitable, the Agency should be equally interested in their amicable settlement.” SHIHATA, I. F. I. *The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and the legal treatment of foreign investment*. Cit., p. 317.

naquela passagem que não existe contrato fora de uma ordem jurídica: apenas no seio de uma ordem jurídica é que algumas relações são qualificadas como contratuais, o que lhes fornece fundamento de validade⁸⁶⁷.

Pois bem, o mesmo se aplica ao instituto da sub-rogação. A Convenção menciona sub-rogação como se fosse um dado exato, um conceito oriundo de uma sorte de direito global cujos contornos técnicos desnecessitassem de esclarecimento. Em seguida, o Artigo 4 do Anexo II da Convenção elenca o rol de fontes aplicáveis às controvérsias, dentre as quais: os dispositivos da Convenção, qualquer acordo entre as partes, as regras internas da organização (*by-laws* e *regulations*), regras de direito internacional, a lei interna do membro envolvido, e quaisquer disposições do contrato de investimento, caso aplicáveis. A partir disso, questionam-se o conteúdo da referida sub-rogação, a ordem jurídica que lhe daria fundamento, bem como a impropriedade técnica em se alterar a relação jurídica de base por meio de um contrato acessório do qual uma das partes originárias (no caso, o país anfitrião) nem ao menos participa.

A ausência de uma ordem jurídica que lhe dê fundamento turva o conceito de sub-rogação. Muito embora em algumas situações a Agência apregoe-se na qualidade de verdadeira sucessora do investidor⁸⁶⁸, em outras age como se fosse mero cessionário de um crédito, como se os direitos sub-rogados não estivessem vinculados a um contrato subjacente. Nessas condições, mesmo se o reconhecimento da sub-rogação faz-se também em virtude de disposição convencional, imagina-se mal como um contrato de garantia (de natureza acessória), do qual não participa o país anfitrião,

⁸⁶⁷ LEBEN, C. *La théorie du Contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements*. Cit., p. 252-253.

⁸⁶⁸ "Section 4.15 of the Regulations also envisages that under MIGA's contracts of guarantee indemnified investors will be required on settlement to assign to the Agency all rights or claims subject to subrogation. The purpose of such assignments is to assure that MIGA's succession to the investor's rights and claims through subrogation will be complete and not open to doubt. Reflecting the practice of other investment insurers, MIGA's contracts of guarantee will also require indemnified investors to assign to the Agency all funds or assets related to the guaranteed investment which are received or deposited for the investors' account after the occurrence of the covered event. As a further precaution, MIGA is to be assigned any securities, titles, contracts or other documents which evidence or are otherwise relevant to rights, claims or assets subject to subrogation." I. F. I. SHIHATA, I. F. I. *The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and the legal treatment of foreign investment*. Cit., p. 239.

possa fixar os termos da sub-rogação [Artigo 18 (a)], atingindo o contrato principal de tal maneira a lhe alterar a natureza⁸⁶⁹.

Ademais, pode-se igualmente imaginar, em função da aplicação do Anexo II, Artigo 4 (g) da Convenção, algumas situações de impasse. Na ocorrência de antinomia entre o direito interno e o direito internacional, sugerem os comentários sobre a Convenção, de forma até mesmo lógica, que “*In case of a conflict between rules of international law and rules unilaterally issued by either of the parties to the dispute, international tribunals apply rules of international law*”⁸⁷⁰. Questiona-se, no entanto, como resolver uma controvérsia que dependa da definição do conceito de sub-rogação, instituto cujo conteúdo material, como dito, é muito bem determinado na ordem jurídica interna, mas ainda vacilante no direito internacional. Mais ainda, o que fazer se a aplicação desse conceito oriundo do direito interno conflitar com o direito internacional.

Todas essas críticas fariam de fato sentido se tomássemos essas relações isoladamente. Nesse caso, seria até mesmo impossível explicar a mutação da natureza do contrato de base e a maioria das questões levantadas permaneceriam sem resposta. Contudo, não nos parece ser esse o caso.

Após analisar as relações jurídicas que se tecem nessas operações, o sentimento que permanece é o de se tratar realmente uma relação triangular caracterizada pela hibridez. Ao elencar o rol de fontes aplicáveis às controvérsias, o Artigo 4 do Anexo II da Convenção nada mais faz que reforçar essa ideia. Na realidade, distintamente de um contrato de seguro habitual, a triangularidade da relação é estabelecida pela Convenção, ainda que o contrato disponha acerca dos termos da garantia. Mecanicamente, ao se operar a sub-rogação (que retira o seu fundamento de validade na ordem

⁸⁶⁹ “The fact that the MIGA's substantive rights as subrogee cannot exceed those of the compensated investor could complicate matters if such rights were to be seen only in the light of domestic law, regardless of its consistency with international law standards. Clearly, the Convention was not the appropriate document for the settlement of the controversy over what standards, if any, international law establishes for this purpose. The consensus reached on the text of Article 4 (g) of Annex II was based, however, on the assurance that principles of international law, whatever their content on this matter may be, would normally prevail over conflicting rules of the law of the host country *in an arbitration proceeding between the Agency and that country.*” Idem, *ibidem*, p. 300.

⁸⁷⁰ BANCO MUNDIAL (MIGA). Commentary on the Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency. p. 36. Disponível em: <http://www.miga.org/documents/commentary_convention_november_2010.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2013.

jurídica à qual o contrato está vinculado), ativa-se a situação potencial regulada pela Convenção. A impressão que fica é a de que o pagamento da garantia provoca efeitos distintos no particular e no país anfitrião. No primeiro caso, parece ocorrer de fato sub-rogação, tanto que se transfere também com o pagamento a titularidade de todos os bens relacionados ao investimento⁸⁷¹; no segundo caso, os efeitos do pagamento assemelham-se mais a uma cessão de crédito, cujo regime jurídico é disposto na Convenção, não no contrato.

Dessa forma, não parece que o contrato de base tenha a sua natureza alterada, mas sim que o crédito resultante do pagamento adquira autonomia em relação ao contrato. Por isso, evita-se falar em “internacionalização” do contrato, preferindo-se apreender a mencionada relação jurídica como híbrida, sujeita a uma miríade de normas das mais diversas naturezas, cada uma delas incidindo sobre aspectos pontuais dessa intrincada relação.

Obviamente, não há ainda posição consolidada nesse caso. Trata-se esse de terreno virgem, poucos tendo se aventurado nessa análise. A teoria da “internacionalização”, assim como no caso dos contratos com o Estado, satisfaz ao desejo de extrair das mãos do país anfitrião qualquer controvérsia relativa aos investimentos estrangeiros: como se toda jurisdição interna fosse politicamente orientada e todo juízo arbitral fosse isento de influências políticas e econômicas. Não nos parece essa uma justificativa tecnicamente válida.

Da mesma forma, é evidente que apreender essas mencionadas relações jurídicas como híbridas não resolve todas as questões que se pode levantar acerca desses instrumentos. Apesar disso, essa qualificação parece melhor espelhar a realidade dessas relações.

ICSID

O histórico de resolução de conflitos pelo Banco inicia-se já nos anos 1950, independente de sua aparente falta de mandato para atuar nesse setor. Entre 1951 e 1952 o Banco atuou como mediador num caso de

⁸⁷¹ BANCO MUNDIAL. *MIGA Operational Regulations*. Cit., Section III, Scope and Time of subrogation and assignment, 4.15.

nacionalização envolvendo o Irã e uma companhia inglesa de petróleo. Em 1956, no que talvez tenha sido o mais expressivo caso que contou com a mediação do Banco, há a nacionalização do canal de Suez pelo Egito. Em 1985, a assistência técnica fornecida pelo Banco contribuiu para a resolução das diferenças entre uma companhia holandesa e a Argentina. Isso tudo sem contar os casos em que o próprio Presidente do Banco foi chamado a atuar pessoalmente como mediador⁸⁷². A demanda nessa área certamente alertou para as necessidades do setor, sendo determinante para a decisão de se criar uma instituição especialmente voltada a esse fim.

A despeito da resolução de conflitos constituir-se em seu propósito central, não se atribuiu ao ICSID mandato para solucionar controvérsias envolvendo o Banco na qualidade de parte. Essa característica externa de suas atividades não o impede, muito pelo contrário, de se situar como engrenagem essencial no âmbito da mecânica regulatória dos investimentos estrangeiros posta em marcha pelo Grupo Banco Mundial.

Conforme observado no capítulo 5, a criação do ICSID motivou-se pela necessidade de se oferecer uma alternativa ao regime jurídico da proteção diplomática, visando, com isso, à despolitização dos conflitos versando sobre investimento. Uma vez que “a promoção do desenvolvimento através do estímulo aos investimentos privados estrangeiros” consiste em propósito central do Banco, a promoção de meios adequados e satisfatórios à resolução de conflitos originados nesse âmbito encaixa-se perfeitamente nas grandes linhas de seu mandato⁸⁷³. Assim, com o advento do ICSID, estrutura mais bem aparelhada para tratar desses temas, abriu-se ao Banco uma nova via de influência na relação investidor/país-anfitrião e um poderoso instrumento acelerador e regulador do direito internacional dos investimentos. Após um início de atividades um tanto hesitante, o Centro “*has become the main forum for the settlement of disputes between a foreign investor and the host state*”⁸⁷⁴. Segundo depoimento da

⁸⁷² SHIHATA, I. F. I. *The World Bank in a changing world: selected essays*. Cit., pp. 289-290.

⁸⁷³ “The nexus between a public international development bank and international arbitration may not be immediately apparent, but, in fact, it is very close. The purpose of the planned arbitration center was closely related to the major purpose of the International Bank: to encourage and accelerate economic development in the poorer countries.” BISHOP, R. D.; CRAWFORD, J.; REISMAN, W. M. *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. Haia: Kluwer Law International, 2005. p. 318.

⁸⁷⁴ DOLZER, R.; SCHREUER, C. *Principles of International Investment Law*. Cit., p. 225.

atual Secretária-Geral do ICSID, Meg Kinnear, cerca de 70% das arbitragens em investimentos da atualidade são processadas pelo Centro⁸⁷⁵.

Conforme já assinalado, não obstante ainda paire grande controvérsia acerca da definição jurídica de “investimento”, a competência do ICSID, na forma do Artigo 25 (1) da Convenção de Washington, “*shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State*”. Mas não somente. Muito embora esses se constituam em pontos nucleares orientando a sua competência, a Facilidade Adicional (*Additional Facility Rules*), instituída em 1978 pelo Conselho Administrativo, expandiu a competência da organização⁸⁷⁶. A partir de seu advento, dois regimes paralelos passaram a orientar os procedimentos distintos do ICSID: (a) o regime da Convenção⁸⁷⁷, aberto unicamente a membros; e (b) o regime da Facilidade Adicional, que abriga procedimentos que fogem do escopo da Convenção, tais como conciliações e arbitragens em que uma das partes não é um país-membro ou um nacional de um membro, disputas não diretamente originadas de um investimento e investigações. Embora as regras

⁸⁷⁵ KINNEAR, M. *Introduction to ICSID: International Centre for Settlement of Investment Disputes*. Conferência proferida na American University Washington College of Law, em Washington, no dia 5 de abril de 2012.

⁸⁷⁶ “In 1978 the Administrative Council of ICSID created the Additional Facility. It is open to parties that subject themselves to its jurisdiction in certain cases that are outside ICSID’s jurisdiction. The most important situation involves cases in which only one side is either a party to the Convention or a national of a party to the ICSID Convention. Additional categories include cases that do not directly arise from an investment and fact-finding.” DOLZER, R.; SCHREUER, C. *Principles of International Investment Law*. Cit., p. 224.

⁸⁷⁷ “Arbitration and conciliation under the Convention are entirely voluntary, but once the parties have given their consent, neither may unilaterally withdraw it. A further distinctive feature is that an arbitral award rendered pursuant to the Convention may not be set aside by the courts of any Contracting State, and is only subject to the post-award remedies provided for in the Convention. The Convention also requires that all Contracting States, whether or not parties to the dispute, recognize and enforce ICSID Convention arbitral awards.

There are several essential jurisdictional conditions for access to arbitration or conciliation under the ICSID Convention: (1) The dispute must be between an ICSID Contracting State and an individual or company that qualifies as a national of another ICSID Contracting State. (ICSID Contracting States may designate constituent subdivisions and agencies to become parties to ICSID proceedings). (2) The dispute must qualify as a legal dispute arising directly out of an investment (3) The disputing parties must have consented in writing to the submission of their dispute to ICSID arbitration or conciliation.

Under the ICSID Convention, the Secretary-General is vested with the limited power to ‘screen’ requests for institution of ICSID conciliation and arbitration proceedings, and to refuse registration, if on the basis of the information provided in request, the Secretary-General finds that the disputes is *manifestly* outside the jurisdiction of the Centre.” Website do ICSID. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=RightFrame&FromPage=Dispute%20Settlement%20Facilities&pageName=Disp_settl_facilities>. Acesso em: 5 jan. 2013.

orientando ambos os procedimentos sejam substancialmente iguais, a implementação do laudo arbitral sob o regime da Facilidade Adicional apresenta variações importantes⁸⁷⁸.

Quanto ao direito aplicável aos litígios, grande liberdade é atribuída às partes. Nos termos do Artigo 42 da Convenção, diante da ausência de acordo na determinação do direito aplicável e da impossibilidade de se proferir uma decisão *non liquet*, aplica-se o direito do Estado contratante. Tudo isso sem prejuízo de uma decisão adotada *ex aequo et bono*, se assim as partes desejarem.

Em termos estatísticos, até o ano 2000, à maioria dos litígios submetidos ao ICSID a legislação do Estado anfitrião aplicou-se como legislação de base⁸⁷⁹. Em tempos mais recentes, esse quadro apresentou uma nítida alteração, provavelmente atribuída à multiplicação dos tratados de investimento (bilaterais e multilaterais): “*In ICSID’s fiscal year 2006, twenty-one of twenty-six new cases registered with the Centre were based on bilateral and/or multilateral investment treaties. Only five were based on arbitration provisions in investment contracts*”⁸⁸⁰. Nesse contexto, é de particular precisão a constatação feita por Costa ao identificar:

Os dois principais sustentáculos do modelo atual de proteção do investimento estrangeiro: (1) a rede internacional de TBIs [Tratados Bilaterais de Investimento] e tratados regionais e setoriais de promoção e proteção do investimento estrangeiro; e (2) a arbitragem internacional de investimento realizada pelos tribunais do CISDI [ICSID]⁸⁸¹.

⁸⁷⁸ BISHOP, R. D.; CRAWFORD, J.; REISMAN, W. M. *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. Cit., p. 317-318.

⁸⁷⁹ “In cases that have been submitted to ICSID on the basis of arbitration clauses in investment agreements concluded between the parties, the clauses more often than not have addressed the question of applicable law substantive law. Most of these clauses have provided for the application of the law of the host State concerned. [...] More commonly, the reference to the law of the host State has been coupled with a reference to international law, as in the second sentence of Article 42 (1) of the Convention. That sentence has been interpreted by some as giving rules of international law a ‘dual role’ in relation to the law of the State party to the dispute, ‘that is *complementary* (in case of ‘lacuna’ in the law of the State), or *corrective* should the State’s law not conform on all points to the principles of international law.” SHIHATA, I. F. I. *The World Bank in a changing world (vol. III)*. Cit., p. 770-771.

⁸⁸⁰ MOSES, M. L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 222.

⁸⁸¹ COSTA, J. A. F. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Dissertação apresentada para obtenção do título de livre docente de direito internacional. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 26.

Atente-se para o fato que ambos (as atividades do ICSID e a rede internacional de tratados) desenvolvem-se de maneira paralela e independente, porém conexas.

As atividades do ICSID impactam a regulação internacional dos investimentos estrangeiros em dois níveis. Ao disponibilizar uma via segura e eficaz para solução de controvérsias nessa matéria, as atividades do Centro incidem diretamente sobre caso concreto, resolvendo problemas pontuais no âmbito de uma relação jurídica determinada. Exemplo de sua eficácia é o sistema simplificado para reconhecimento e execução de suas decisões (*award*). Nos termos do Artigo 54 (2) da Convenção, isso pode ser feito por meio da apresentação de uma simples cópia da decisão, certificada pelo Secretário-Geral do ICSID, ao juízo competente do Estado contratante. Há que se mencionar ainda que o índice de implementação das decisões do ICSID é extremamente elevado.

Num nível mais geral, seus laudos arbitrais moldam o direito internacional dos investimentos, dando feições concretas a termos muitas vezes vagos. Com efeito, até mesmo elementos centrais dessa disciplina ainda apresentam noções vacilantes. Conforme indica Shihata, as regras garantindo direitos aos investidores contra, por exemplo, atos expropriatórios, ou tratamento injusto e não equitativo, “*are generally expressed in the treaties in very broad terms*”. Nesse casos , incumbe aos tribunais

*the task of developing these broad rules by applying them to the facts of particular cases. Although this important work has only just begun, it has already resulted in several arbitral decisions elucidating some of the rules of the ‘new international law of foreign investment’ embodied in the treaties*⁸⁸².

Nesse contexto, merece destaque o esforço despendido pelo Centro para repertoriar, analisar e divulgar informações versando sobre investimentos estrangeiros. Uma das dificuldades ao estabelecimento de um conjunto coerente de decisões nesse setor advinha da singularidade de cada caso, mas também da natureza muitas vezes sigilosa da arbitragem. Ao consolidar certo número de conceitos referentes à Convenção que o constituiu e, sobretudo, ao publicar parte significativa de suas decisões, o ICSID tem sido peça fundamental no desenvolvimento dessa disciplina.

⁸⁸² SHIHATA, I. F. I. *The World Bank in a changing world (vol. III)* Cit., p. 771-772.

Parte dessas habilidades adquiridas com a pesquisa propiciou, inclusive, a elaboração e publicação de *cláusulas modelo (Model Clauses)*, concebidas para auxiliar as partes e uniformizar algumas disposições contratuais.

A despeito de algumas elogiáveis características, a inter-relação de alguns fatores fundamentais do mecanismo de funcionamento do ICSID pode dar margem a desvios de rota indesejáveis, gerando algumas críticas, até mesmo duras, à sua ação.

Nos termos do Artigo 25 (1), o consentimento das partes constitui-se na pedra angular sobre a qual repousa a competência do Centro. Exceção feita à forma escrita, não há, todavia, qualquer outro requisito de tempo ou forma regulando-o. Às partes é dada plena liberdade para expressar seu consentimento⁸⁸³, como, aliás, ocorre na escolha do direito aplicável ao caso. Isso não quer dizer que a declaração de consentimento não deva ser inequívoca.

Com base nessa flexibilidade, algumas construções teóricas têm expandido a noção de consentimento a limites controvertidos. A banalização do emprego de cláusulas guarda-chuva (*umbrella clauses*) em Tratados Bilaterais de Investimento tem produzido intrigantes distorções ao transformar uma mera quebra de contrato numa quebra de tratado, acionando o consentimento para a arbitragem constante nos segundos, muitas vezes ao arrepio da eleição de foro específico constante dos primeiros⁸⁸⁴. Recentemente, empregou-se até mesmo a *cláusula da nação mais favorecida* para se estender a aplicação de uma cláusula arbitral a um instrumento que não previa a arbitragem do ICSID como forma de solução de controvérsias.

No que tange à definição do termo *investimento*, conceito nuclear no âmbito do ICSID, pois determinante ao estabelecimento de sua própria competência, preferiram aqueles que conceberam a Convenção não defini-

⁸⁸³ Idem, ibidem, p. 734.

⁸⁸⁴ “ Between 1959 and 2003, the umbrella clause received little attention in academic discussion or arbitral practice, although it was often reflected in treaties. Those few authors who drew attention to the clause essentially shared the German view of the purpose of the clause as a means to elevate violations of investment contracts to the level of international law”. DOLZER, R.; SCHREUER, C. *Principles of International Investment Law*. Cit., p. 155. Cf. WEIL, P. *Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier*. Cit., p. 130.

lo⁸⁸⁵. O relatório dos Diretores Executivos do Banco Mundial sobre o ICSID explica essa ausência proposital em função da regra que exige o consentimento obrigatório das partes para instituição do procedimento. Segundo Shihata,

Parties thus have considerable freedom to determine for themselves whether, for the purposes of the ICSID Convention, their dispute arises out of an investment. The freedom is not, however, unlimited, it is not so extensive as to permit parties to submit to arbitration under the ICSID Convention disputes that clearly do not related to investments.

Explica, ainda, o ex-advogado geral do Banco que “*A simple sale of goods is often cited as an example of a transaction that clearly is not an investment*”⁸⁸⁶. De fato, conflitos versando sobre compra e venda de mercadorias são exemplos claros de transações absolutamente distintas do que se poderia considerar investimento. Há, no entanto, situações limítrofes⁸⁸⁷. No caso *Ceskoslovenska* (1997)⁸⁸⁸, o tribunal do ICSID configurou uma hipótese de inadimplemento no pagamento de um empréstimo soberano como investimento estrangeiro para fins de definição de sua competência; no caso *Fedax NV v. Venezuela*⁸⁸⁹, o mesmo ocorreu no caso de uma operação envolvendo endosso de notas promissórias.

Nada disso seria, contudo, muito dramático se os problemas relativos ao consentimento acima apontados não existissem e, sobretudo, se a própria competência do ICSID não dependesse de noção importada da economia e dotada de contornos jurídicos ainda tão volúveis⁸⁹⁰. Adicione-

⁸⁸⁵ “The Working Paper’s draft on jurisdiction did not even contain a reference to ‘investment’. Mr. Broches advised against limiting or defining disputes since it would be difficult to find a satisfactory definition and since any definition was likely to lead to jurisdictional controversies. On the other hand, a number of delegates found more precision desirable. [...] Mr. Broches insisted that the precise delimitation of the Centre’s jurisdiction was Best left to the parties.” BISHOP, R. D.; CRAWFORD, J.; REISMAN, W. M. *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. Cit. p. 325.

⁸⁸⁶ SHIHATA, I. F. I. *The World Bank in a changing world (vol. III)* Cit., p. 740.

⁸⁸⁷ À ocasião do último encontro anual da *American Society of International Law (ASIL 106th Annual Meeting, 28-31 de março de 2012)*, em meio aos protestos generalizados sobre a então recente decisão do Governo da Argentina de não honrar as decisões do ICSID, algumas vozes ergueram-se para questionar em que medida constituíam-se algumas daquelas transações em “investimentos”, bem como a parcela de risco assumida pelo investidor/especulador, nesse caso bem remunerada pelo risco país.

⁸⁸⁸ BANCO MUNDIAL (ICSID). *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*. Case N. ARB/97/4.

⁸⁸⁹ BANCO MUNDIAL (ICSID). *Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela*. Case N. ARB/96/3.

⁸⁹⁰ Apontam Dolzer e Schreuer que os regimes jurídicos dos investimentos foram construídos “upon the narrower term ‘investment’. This usage is now fully accepted even though the phrase ‘property, rights and interests’ had to a considerable extent acquired a legal meaning and the term ‘investment’ has its origin in economic terminology and needed to be understood and defined as a legal concept when first used in

se, finalmente, a essa equação um dado fático que (de maneira acertada ou equivocada) é utilizado pelos países em desenvolvimento para justificar o temor que muitas vezes expressam quanto à imparcialidade das arbitragens conduzidas pelo Centro.

Ao mapear as arbitragens conduzidas no Centro, Shihata relata que, ao menos até o ano 2000, “*Approximately three-fourths of the individuals concerned, however, have been nationals of industrial countries [...] The largest contingents of arbitrators have been American, British, French and Swiss*”⁸⁹¹. Particularmente no que concerne aos investidores, indica que

*Investors parties to arbitration proceedings under the ICSID Convention have included nationals of almost 20 different countries. Certain of the industrial country nationalities have been heavily represented. Thus, out of the 80 investors that have been parties to the proceedings, over 30 have been nationals of the United States*⁸⁹².

Além disso, essa concentração perniciososa completa-se com a enorme desproporção das nacionalidades dos profissionais atuando nesses casos:

*The great majority of the lawyers that have represented parties to the proceedings have been American. One consequence of this has been that distinctively American advocacy techniques have often marked the proceedings. The preponderance of U.S. counsel is only partly explained by the fact that many of the investors parties to proceedings have also been American. Non-U.S. parties have often also decided to retain U.S. counsel*⁸⁹³.

O problema acentua-se quando se descobre que parte considerável desses profissionais não se subtrai de desempenhar funções distintas (árbitros, advogados, *experts*) em casos diferentes, invocando muitas vezes como advogados precedentes que fixaram como árbitros. Mesmo isentando o Centro dessa responsabilidade, uma vez que esse limitar-se-ia a abrigar os procedimento arbitrais⁸⁹⁴, reconhece Kinneer que alguns profissionais

investment agreements”. Seguem explicando que “The economic debate often assumes that a direct investment involves (a) the transfer of funds, (b) a longer-term project, (c) the purpose of regular income, (d) the participation of the person transferring the funds, at least to some extent, in the management of the project, and (e) a business risk. This elements distinguish foreign direct investment from a portfolio investment (no element of personal management), from an ordinary transaction for purposes of a sale of a good or a service (no management, no continuous flow of income), and from a short-term financial transaction”. DOLZER, R.; SCHREUER, C. *Principles of International Investment Law*. Cit., p. 60.

⁸⁹¹ SHIHATA, I. F. I. Cit., p. 754.

⁸⁹² Idem, ibidem, p. 748.

⁸⁹³ Idem, ibidem, p. 756-757.

⁸⁹⁴ “The reference here is to an international investment dispute institution that is permanent in terms of its infrastructure and secretariat, even though the identity of arbitrators in particular cases is determined *pro hac*

atuando nessa área podem confrontar-se a problemas de caráter ético⁸⁹⁵, pois não há regras jurídicas que os impeçam de assim agir.

A partir disso, não são infundadas as críticas relativas à contínua extensão da noção de investimento estrangeiro a ponto de nela incluir, por exemplo, transações financeiras de natureza absolutamente incompatível com o seu desenvolvimento histórico. Sornarajah identifica essa tendência, indicando que “*Such expansive views are the product of the dominance of economic liberalism and must be regarded as passing fashions that do not accord with legal prescriptions*”. Contrário a essa expansão fundada em bases unicamente ideológicas, explica que “*Financial transactions are commercial transactions and are settled through mechanisms provided by domestic law*”. Alerta, finalmente, que “*the legitimacy of foreign investment arbitration is increasingly questioned as a result of the expansive interpretation of the provisions of investment treaties*”⁸⁹⁶.

De qualquer forma, com o ICSID o Grupo Banco Mundial fecha o círculo em torno da promoção e regulação dos investimentos estrangeiros, capacitando-se a atuar nas mais diferentes atividades que envolvam a sua constituição.

6.3 Quadro regulatório geral

A tarefa essencial de qualquer entidade reguladora é a correção de falhas no mercado em que se propõe a atuar. No caso do Grupo Banco Mundial, a realidade não é diferente. De acordo com isso, três falhas, a cuja correção o Banco se dedica atualmente, podem ser identificadas.

Contestando a motivação lógica, nos dias de hoje, de uma instituição voltada à correção de uma falha no mercado financeiro internacional que aparentemente não mais se sustenta⁸⁹⁷, Gilbert, Powell e

vice.” BISHOP, R. D.; CRAWFORD, J.; REISMAN, W. M. *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. Cit. p. 317.

⁸⁹⁵ KINNEAR, M. *Introduction to ICSID: International Centre for Settlement of Investment Disputes*. Conferência proferida na American University Washington College of Law, em Washington, no dia 5 de abril de 2012.

⁸⁹⁶ SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. Cit., p.17.

⁸⁹⁷ “One possible line of argument identifies capital market imperfections. The Bank was created at the Bretton Woods conference of 1944 as an institution for funneling capital to the war-torn global periphery in the face of liquidity-constrained capital markets. However, with the integration of global capital markets which has taken place in the past 30 years, this initial conception of the Bank now makes little sense. [...]”

Vines justificam a existência do Banco Mundial em função da resolução de falhas incidentes sobre o processo de desenvolvimento. A partir disso, indicam três tipos distintos de falhas que demandariam ações de diferentes naturezas da parte do Banco.

Além da falta de liquidez do mercado financeiro internacional, falha aparentemente já superada pela globalização dos mercados, chegou-se a atribuir ao Banco um papel redistributivo de realismo duvidoso. De fato, nenhuma das organizações que compõem o Grupo está credenciada a agir como agente global de segurança social. Por imposição estatutária, os projetos patrocinados pelo Banco devem ter fins produtivos. A redução dos sintomas externos de pobreza pode ser assim considerada um efeito colateral de ações voltadas à promoção do crescimento econômico e ao combate das *causas* da pobreza, o que não transforma a redistribuição de riquezas (sintoma do subdesenvolvimento) num propósito institucional⁸⁹⁸. Na verdade, a realização desse efeito redistributivo parece estar muito mais ligada à correção de falhas de outra natureza que às simples transferências de capital.

Em países em desenvolvimento falhas de mercado de naturezas distintas⁸⁹⁹ parecem coabitar em sociedades estruturalmente mal articuladas. Independentemente dos questionamentos acerca da conveniência ou legitimidade do envolvimento do Banco em funções de natureza privativa dos governos locais, tais falhas desdobram-se em três outras, situadas em setores e níveis diversos. No âmbito governamental, as reconhecidas deficiências no funcionamento do Estado nos países em desenvolvimento são consideradas um problema vital à implementação de políticas de desenvolvimento. A participação do Banco nesses projetos dá-se de forma direta, primordialmente por meio da concessão de empréstimos e da imposição de políticas que os condicionam. Ainda no contexto local, falhas de informação potencializam os riscos em mercados em

For IDA countries who clearly are still credit-constrained – what matters is not just the money but the ability (or not) to use it to transform policies. Thus, we will argue, supposed capital market imperfections no longer *on their own* provide a major rationale for the Bank lending.” GILBERT, C. L.; POWELL, A.; VINES, D. Positioning the World Bank. In: *The World Bank: structure and policies*. Cit., p. 42.

⁸⁹⁸ Idem, *ibidem*, p. 41.

⁸⁹⁹ Sobre as falhas de mercado, suas causas e repercussões, cf. NUSDEO, F. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. Cit, p. 138 et seq.

desenvolvimento. Nesses casos, a elevada reputação do Banco na área tem o efeito de catalisar a participação do setor privado nos projetos de que participa. Finalmente, fechando esse quadro geral, temos a produção de alguns bens públicos universais, notadamente conhecimento, relativos às políticas de desenvolvimento. Enquanto as duas primeiras falhas situam-se no nível individual de cada país, essa última é dotada de amplitude global.

NÍVEL INDIVIDUAL

As atividades do Grupo Banco Mundial assumem feições distintas à medida que a perspectiva do observador distancia-se. Ao focalizarem-se, por exemplo, o manual de operações (*Operations Manual*) ou as *Guidelines* (e.g. *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*), tem-se o sentimento de se estar diante de peças, senão desprovidas de natureza jurídica (o que, aliás, é extremamente conveniente aos administradores do Banco, uma vez que lhes garante maior liberdade de ação), de instrumentos, no caso específico do manual de operações, dotados de força obrigatória e escopo bastante limitados⁹⁰⁰. Nessa dimensão nuclear, enxergar qualquer tipo de atividade regulatória da parte do Banco realmente requer grande imaginação.

Em contrapartida, ao apreendê-las com maior recuo, observa-se que essas peças aparentemente despretensiosas são na verdade engrenagens de uma estrutura mais complexa. Isso não quer dizer que sua natureza original seja com isso alterada, apenas que, ao individualizá-las, perde-se a sua essência, a sua razão de ser. Nesse caso, a mecânica institucional, tomada como um todo, possui grandeza muito superior que a somatória das engrenagens individuais que a compõem. Sob essa perspectiva, ao serem

⁹⁰⁰ “Trial and error meant over the years that the policies of the IBRD were scattered in a variety of instruments of different status. Some reflected policies formally adopted by the Board, others may have been informally discussed by the Board in a seminar or ‘informal’ meeting, still others may have been decided by Management. Some were policy instruments of a very specific nature, others provided very general guidance. It was not always clear whether these statements were of a binding nature for the staff or examples of best practices. At times, it may have been unclear who had authority to make exceptions required by particular needs or changing circumstances as policy statements may not have been updated for a long time. To correct this state of affairs, Management decided, after consulting with the Board in late 1992, that a new set of documents would be issued : Operational Policies (OPs) and Operational Procedures (BPs) that would be binding on the staff, and Good Practice statements (GPs) that would only provide guidance.” SUREDA, A. R. *The law applicable to the activities of International Development Banks*. Cit., p. 82.

incorporadas aos acordos celebrados pelo Banco, tais regras ganham força obrigatória que originalmente não possuíam, originando, com isso, questionamentos acerca do déficit democrático existente em sua elaboração. De qualquer maneira, trata-se de engrenagens (os instrumentos contratuais do Banco e as regras internas da organização) absolutamente interdependentes que evoluem em perfeita simbiose: as regras internas dão conteúdo aos acordos, os acordos dão força obrigatória às regras. A condicionalidade complementa esse quadro, garantindo-lhes nível de implementação extremamente elevado até mesmo se comparado ao nível de implementação das legislações internas⁹⁰¹.

Ainda assim, a despeito dessa elaborada engrenagem, caso fosse mantido o seu escopo original – financiamento de projetos específicos com fins produtivos, destinando a esmagadora maioria de seus recursos a entidades públicas – seria exagerado atribuir ao Banco tamanho peso na regulação internacional do *project finance*. Contudo, não somente o seu escopo inicial ampliou-se à medida que o mundo alterava-se ao seu redor, também à sua solitária estrutura inicial foram adicionadas outras instituições dotadas de mandato complementar, compartilhando a mesma racionalidade, adeptas da mesma ideologia e motivadas pelo mesmo propósito geral. No que concerne à evolução funcional do Banco, apesar das críticas que se possa fazer à forma como ocorreu, o desenvolvimento da noção de *projeto*, o advento dos *empréstimos-programa* e a conexão, pela condicionalidade atrelada a seus acordos, de duas facetas distintas de sua personalidade (instituição financeira e *knowledge Bank*)⁹⁰² conferiram-lhe escopo e poder regulatório de início imprevistos. No nível estrutural, a multiplicação de instituições de competências correlatas, porém distintas, preencheram as lacunas existentes no projeto original do Banco, transformando-o num grupo de organizações. Assim, à medida que se recua ainda mais o olhar e que se visualiza o Banco como um grupo de

⁹⁰¹ “The Bank’s power over its borrowers – its ability to deny funds or to suspend disbursement of a loan or credit or accelerate its maturity – means that the Bank’s policy prescriptions are enforced in ways that may be more effective than is possible with respect to even the Security Council’s edicts.” ALVAREZ, J. E. *International Organizations as Law-makers*. Cit., p. 239.

⁹⁰² GILBERT, C. L.; POWELL, A.; VINES, D. Positioning the World Bank. In: *The World Bank: structure and policies*. Cit., p. 51.

instituições dotadas de engrenagens e mecanismos que se inter-relacionam de forma complementar, seu poder regulador ganha feições mais reais.

É óbvio que nada disso teria grande impacto se as transformações no cenário internacional não tivessem criado as condições necessárias à emergência dessas atividades do Grupo. Merecem destaque, nesse contexto, o processo de descolonização e a emergência do mercado financeiro internacional. Identificadas a demanda e a oferta de recursos, fazia-se necessário conectá-las, criando condições para que as desconfianças quanto às intenções políticas de uns e aos arroubos nacionalistas de outros fossem paulatinamente superadas.

Numa conjuntura em que os limites das fontes públicas de financiamento tornavam-se evidentes e os fluxos privados passavam a ser vistos como única saída viável ao financiamento do desenvolvimento, a combinação entre as duas agendas do Banco deu maior unidade e coerência ao funcionamento do Grupo. Sob esse impulso, o Banco evoluiu de forma vigorosa, transformando a redução da pobreza em seu fim e a promoção dos investimentos privados no meio para alcançá-lo.

A emergência do *project finance* no âmbito do Banco, não por acaso, faz parte dessa transformação. Inúmeros são os instrumentos empregados pelo Grupo nesse setor. Além da sempre valiosa assistência técnica, há plataformas operacionais de diversas naturezas que podem conviver perfeitamente no mesmo empreendimento. No âmbito de BIRD-IDA, as operações concentram-se na concessão de empréstimos e, em menor escala, no fornecimento de garantias parciais a risco e a crédito. Muito embora seus estatutos lhes permitam conceder empréstimos a entidades privadas, o que fazem mediante a contragarantia de membros, seu foco são realmente os empréstimos soberanos⁹⁰³. Nos casos de IFC e MIGA, o *project finance* é inegavelmente o veículo de predileção. A IFC, entidade voltada ao financiamento do setor privado, disponibiliza empréstimos diretos, empréstimos sindicalizados e tomadas de participação. Além disso, possui quatro diferentes plataformas de garantias. Diversamente do que ocorre com as demais organizações do Grupo, nenhuma dessas operações

⁹⁰³ Cf. HOFFMAN, S. L. *The Law and business of International Project Finance*. Cit. p. 283.

conta com qualquer tipo de contragarantia ou contrapartida soberana. No caso da MIGA, temos uma entidade talhada a esse fim (*project finance*), cujo propósito central é exatamente a promoção dos investimentos privados estrangeiros, sobretudo por meio do fornecimento de garantias parciais. Finalmente, o ICSID fornece um fórum altamente especializado para a arbitragem de disputas versando sobre investimento e envolvendo investidores estrangeiros e países anfitriões.

O alcance das ações do Grupo é realmente admirável, estando ele capacitado a influir em cada uma das etapas e em cada uma das relações jurídicas que se estabelecem num projeto. Essa influência ganha ainda maior densidade quando exercida sob a forma de um esforço conjunto. Tome-se, por exemplo, o caso das privatizações.

Nos anos 1980-90, a ênfase no desenvolvimento do setor privado ganhou contornos até então sem precedentes na história do Banco. Essa nova abordagem, elaborada em termos mais definidos no Relatório sobre o Desenvolvimento no Mundo de 1991 (*World Development Report – WDR 1991*), disseminou-se a todas as instituições do Grupo. A fim de melhorar a efetividade das ações no setor, implementou-se uma série de recomendações com o declarado intuito de intensificar a complementaridade das atividades do Grupo. De maneira mais concreta, essa combinação de esforços ocorria no interior de um programa mais amplo de reforma capitaneado pelo BIRD. Inicialmente sob a plataforma de um Programa de Ajuste Estrutural (SAL), num segundo momento por meio de programas mais pontuais, como o Programa de Ajuste Setorial (SECAL) ou o Programa de Reforma de Empresas Públicas (PERL), o BIRD voltava-se geralmente ao aconselhamento técnico acerca das reformas políticas estruturais e institucionais a serem empreendidas, enquanto à IFC era destinado papel mais destacado na estruturação e implementação de privatizações específicas⁹⁰⁴. À MIGA cabia, nesse contexto, o oferecimento de garantias contra riscos *não comerciais* a investidores estrangeiros interessados nessas operações. Ao ICSID, quando provocado, restava o

⁹⁰⁴ SHIHATA, I. F. I. *The World Bank in a changing world: selected essays*. Cit., p. 215 et seq.

papel residual de resolução de conflitos surgidos entre o investidor e o respectivo país anfitrião.

Há, no entanto, uma força invisível por trás da ação concatenada dessas instituições. É esse fator que diferencia um conjunto de entidades dotadas de competências complementares de um verdadeiro Grupo de organizações. Num plano mais amplo, esse elemento é representado pelo já mencionado compartilhamento dos mesmos propósitos e da mesma racionalidade. Conforme mencionado no capítulo 5, referências ao vínculo entre essas instituições podem ser obtidas até mesmo em seus Estatutos. Na prática, a sinergia entre essas organizações, frise-se, estatutariamente independentes, é evidenciada por numerosos exemplos concretos.

A sintonia mais flagrante entre as organizações do Grupo talvez seja aquela mantida entre BIRD e IDA. Mason e Asher, historiadores oficiais do Banco, chegaram a descrever a distinção entre as duas instituições como sendo uma “elaborada ficção”, tão grande é sua identidade⁹⁰⁵. Alguns chegam mesmo a empregar o termo “Banco” para referir-se à união BIRD-IDA, como se fossem uma só entidade. Guardadas as especificidades dos respectivos mandatos, ambas perseguem propósitos bem similares, obedecendo aos mesmos princípios diretores e, algumas vezes, mantendo parcerias nos mesmos projetos⁹⁰⁶. Tudo isso sem mencionar o compartilhamento de mesma direção, espaço físico e pessoal. Nas palavras de Gilbert e Vines, “*IDA and the IBRD are essentially the same organisation operating with different lending regimes and subject to different capital structures*”⁹⁰⁷.

Esse não se trata, porém, do único exemplo de colaboração envolvendo a IDA. Conforme indicado no capítulo 5, desde 2007, sob o guarda-chuva do Grupo, a IFC tem alinhado as suas ações às dessa organização, dando prioridade aos projetos de seus clientes. Posição

⁹⁰⁵ MASON, E. S.; ASHER, R. E. *The World Bank since Bretton Woods*. Cit., p. 380.

⁹⁰⁶ “These circumstances have emerged in situations in which IDA resources are insufficient to meet the needs for the project in the host country. To satisfy the IBRD Articles, however, it must conclude that the risk of nonpayment is small. To reach this conclusion, IBRD has relied upon three factors: the project must have an export-oriented operation to generate enough foreign exchange to service the debt, guarantees or other credit enhancement for the benefit of the IBRD must be in place, and project revenues must be capable of segregation for servicing of the IBRD loan.” HOFFMAN, S. L. *The Law and business of International Project Finance*. Cit., p. 285.

⁹⁰⁷ GILBERT, C. L.; VINES, D. The World Bank: an overview of some major issues. In: *The World Bank: structure and policies*. Cit., p. 13.

similar foi adotada pela MIGA ao declaradamente redirecionar suas prioridades aos países IDA (*IDA clients*).

Sinergia igualmente bastante grande ocorre entre MIGA e ICSID, entidades atuando nas duas pontas da promoção dos investimentos estrangeiros: a primeira, garantindo-os; a segunda, resolvendo controvérsias. Referências cruzadas podem ser facilmente evidenciadas na legislação que orienta suas atividades. Por exemplo, em caso de litígio regulado pelo Anexo II da Convenção MIGA, tanto o procedimento de conciliação [Artigo 3 (d)], como a própria arbitragem [Artigo 4 (e)] serão preferencialmente conduzidos sob a forma disposta pela Convenção ICSID.

De fato, respeitadas as especificidades de cada organização, o compartilhamento do alto comando não parece ser o único dado que as identifica. Por exemplo, não obstante em algumas situações terem adotado noções distintas de investimento, o que é compreensível tendo em vista a diversidade de suas funções e o sentido oposto das pressões políticas que sofrem, de forma geral abordam o tema investimentos estrangeiros de maneira bastante similar. Nesse sentido, o preâmbulo da Convenção de Washington (que contrasta com a contestada amplitude da noção de investimento estrangeiro adotada em alguns dos casos do ICSID) é bastante claro ao indicar o vínculo entre a necessidade de cooperação internacional pelo desenvolvimento, o papel dos investimentos privados estrangeiros nesse âmbito e o estabelecimento da Convenção sob os auspícios do BIRD (cujo mandato, a esta altura, já é conhecido) como forças motrizes que impulsionaram a criação do Centro. Deduzido em termos bem parecidos, o preâmbulo da Convenção de Seul (MIGA) é por sua vez complementado pelo Artigo 2, que reforça o propósito desenvolvimento como fator inerente à noção de investimento estrangeiro. Ora, se, como mencionado, a intermediação entre países em desenvolvimento e investidores estrangeiros impõe a superação das desconfianças mútuas de ambas as partes, essa abordagem parece-nos nada mais do que lógica. Ao tratar do tema no seio da MIGA, Shihata indica que, se por um lado a intensificação dos fluxos financeiros é desejável “*under conditions consistent with the developing countries’ development needs, policies and objectives*”, por outro, esses fluxos somente serão

estimulados “*on the basis of fair and stable standards for the treatment of foreign investment*”. Conclui, ponderando, que “*The availability of appropriate standards and their ‘fairness’ and ‘stability’ are thus recognized from the outset as prerequisites for the implementation of MIGA’s mandate of encouraging the flow of investments under conditions consistent with the aspirations of developing countries*”⁹⁰⁸.

Não é outra, é bem verdade, a noção adotada nas *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*. Elaborada sob os auspícios do BIRD, da IFC, da MIGA e contando com a colaboração do secretariado do ICSID⁹⁰⁹, esse documento desprovido de obrigatoriedade aparente consiste num aglomerado de “orientações”: algumas delas reproduzindo normas consolidadas de direito internacional dos investimentos, outras consistindo em meras sugestões, sem força jurídica alguma. Todavia, mais uma vez, guardado o devido distanciamento, deve-se imaginar que esses documentos sirvam na realidade a um fim.

Com efeito, na menos improvável das hipóteses, as conclusões consolidadas nesses documentos uniformizarão algumas noções controvertidas no seio dessas organizações. Num segundo momento, talvez já incorporadas aos manuais de operações, passarão também a figurar em seus acordos. Nesse ponto, alerta Alvarez que

*By requiring that the Bank, and, to the extent the terms are incorporated in its loans, its borrowers, comply with such instruments, the Bank strengthens compliance with both soft and hard law produced by it and other IOs. The World Bank Guidelines, no less than some treaties, are a mechanism to “harden” a dense network of otherwise “soft law” norms or treaties whose terms are vague or that have drawn few parties*⁹¹⁰.

Em seguida, reproduzidas no corpo de alguma Convenção ou, o que parece ser mais provável, consolidadas pela força do tempo, serão tomadas como se fossem direito internacional.

Finalmente, no que concerne à sinergia entre os mecanismos operacionais internos dessas organizações, há que se mencionar ao menos um fator essencial (talvez o mais importante deles), que muitas vezes

⁹⁰⁸ SHIHATA, I. F. I. *The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and the legal treatment of foreign investment*. Cit., p. 246.

⁹⁰⁹ “The Secretariat also took part in the work on the preparation of the World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment”. Idem, ibidem, p. 794, nota 174.

⁹¹⁰ ALVAREZ, J. E. *International Organizations as Law-makers*. Cit., p. 237.

escapa à análise dos juristas: muito embora atentas aos ritos jurídicos, tratam-se de entidades orientadas por critérios econômicos e políticos, que não hesitam em se fazerem valer de sanções de qualquer natureza para alcançar os seus propósitos. Um caso concreto atual evidencia bem isso.

Em 2012, uma série de litígios envolvendo a Argentina, no âmbito do ICSID, movimentou o mundo dos investimentos internacionais. Entre a incredulidade de alguns quanto à eficácia do sistema e a indignação de outros diante das ações do governo argentino, observou-se o aprofundamento e até mesmo a rediscussão de certo número de temas tidos, até então, como equacionados. Não obstante a riqueza das inúmeras repercussões desse fenômeno, uma delas atrai-nos especialmente a atenção.

Conforme já destacado, o propósito central do advento do ICSID foi precisamente despolitizar os litígios versando sobre investimentos internacionais ao criar uma estrutura que pudesse abrigar arbitragens envolvendo Estados e investidores privados, oferecendo uma opção supostamente mais eficaz à proteção diplomática. Lembre-se que, a despeito dos já apontados sérios problemas éticos relacionados às múltiplas funções que os poucos profissionais atuando em grande parte desses casos podem assumir em diferentes litígios, as decisões do ICSID sempre tiveram uma taxa bastante satisfatória de implementação.

Os recentes casos envolvendo a Argentina, mais precisamente o caso *CMS v. Argentina*, inaugurou um novo capítulo dessa história. Independentemente da correção dos argumentos trazidos por ambas as partes durante e após o procedimento arbitral, a reticência argentina em implementar a decisão arbitral chocou grande parcela da comunidade do setor da arbitragem em matéria de investimentos, lançando dúvidas quanto à real efetividade dos instrumentos oferecidos por essa via. Mais grave ainda, o Bank of America, cessionário dos créditos da CMS, usando toda a sua influência junto ao governo americano, acabou promovendo a “repolitização” do litígio, logicamente afetando de maneira implícita a credibilidade internacional do ICSID. Em março de 2012, o governo dos Estados Unidos, como resposta, excluiu a Argentina da lista dos países a quem concede tratamento preferencial diferenciado. Coincidentemente, no

âmbito do Banco, todas as solicitações do governo argentino tiveram seu andamento repentinamente congelado. Não se tratou, evidentemente, de negativa formal a qualquer projeto, até porque os projetos nem chegaram a ser votados, perdendo-se nos meandros da burocracia institucional⁹¹¹.

O caso argentino é emblemático não apenas por seu conteúdo e pelas interessantíssimas repercussões jurídicas que provocou, mas também porque demonstra que paralelamente ao formalismo inerente às operações do Banco, os elementos naturalmente discricionários de suas atividades abrem um significativo espaço para a promoção de condutas e políticas que, por razões estatutárias, poderiam ser contestadas caso incluídas diretamente em sua condicionalidade. Obviamente, essa prática, não admitida pelo Banco, afasta-nos do campo jurídico, lançando-nos diretamente no domínio da política. Sob essa perspectiva, esse exemplo traz à luz uma diferença de concepção considerável: se o direito é instrumento essencial ao exercício da atividade reguladora do Banco, essa não se limita às fronteiras jurídicas, também (e sobretudo) empregando artifícios políticos e econômicos para impor as suas regras.

NÍVEL GLOBAL

Numa estimativa variável, sujeita aos sobressaltos provocados por crises específicas, o contraste entre o volume dos fluxos privados e públicos destinados aos países em desenvolvimento é brutal. Entre meados dos anos 1980 e 1990, a evolução dos fluxos privados foi realmente extraordinária. Em 1995, fontes privadas foram responsáveis por mais de 80% do total dessas transferências. Nesse mesmo ano, as transferências de BIRD-IDA corresponderam a 30% dos fluxos oficiais⁹¹². Considerados também MIGA e IFC, esses números ganham mais corpo, mas ainda assim

⁹¹¹ “In practice, the Board of the Bank operates by ‘consensus’ (albeit strongly underpinned by an awareness of relative voting strengths) and US influence is often exercised less formally. When the United States does not approve of a loan or a policy, it is unlikely even to come before the Board (interviews with Executive Directors; see also Ayres, 1983). Rather, a less direct form of influence over the staff and management of the Bank the staff even proposing the loan.” WOODS N. N. The Challenges of multilateralism and governance. In: *The World Bank: structure and policies*. Cit., p. 134.

⁹¹² GILBERT, C. L.; POWELL, A.; VINES, D. Positioning the World Bank. In: *The World Bank: structure and policies*. Cit., p. 41.

não autorizam sugerir um papel relevante exercido por essas organizações. No entanto, a frieza dos números tampouco é elucidativa, encobrendo uma outra realidade fática.

Em primeiro lugar, admite-se que parte significativa desses fluxos privados não foi destinada a projetos de desenvolvimento; parcela menor assumiu a forma de Investimento Direto Estrangeiro. Em segundo lugar, a distribuição desigual dessas transferências de capitais perturba a percepção acerca da real importância do Banco para alguns países. De acordo com dados fornecidos pelo próprio Banco “*The geographical distribution of FDI [Foreign Direct Investment] flows to the developing world, however, is uneven. Four countries – the BRICs – have together absorbed 46 percent of the FDI flows into all emerging markets during 2000-2008, and 51 percent in 2008 alone*”⁹¹³, o que deixa muito pouco a ser dividido entre os demais países de renda média e menos ainda entre os países mais pobres. Esse fator talvez explique a clara diminuição da lista de clientes do Banco e a concentração dos esforços do Grupo nos países IDA. Finalmente, em terceiro lugar, tais números ocultam dados muito mais relevantes. Na realidade, a participação financeira do Grupo num projeto corresponde apenas a uma parcela das verbas empenhadas. A título ilustrativo, Pereira, ao considerar unicamente os compromissos assumidos pela IFC com referência ao exercício financeiro de 2007, aponta que estes “chegavam a US\$ 11,4 bilhões, acrescidos de US\$ 4,8 bilhões mobilizados para 372 projetos em 85 países”⁹¹⁴. Sublinhe-se que muitos dos projetos patrocinados pelo Grupo não teriam evoluído sem a sua participação, evidenciando-se com isso o papel mobilizador que desempenha. Além disso, muitas das políticas e procedimentos que preconiza são incorporados à rotina desses países, produzindo efeitos prolongados, até mesmo após o fim do projeto. Tudo isso nos remete a um aspecto imaterial inerente à personalidade forjada pelo Banco ao longo de sua existência e que relaciona dois níveis distintos, todavia conectados, de sua atividade reguladora.

É difícil identificar com precisão quando de fato o Banco passou a investir pesadamente em pesquisa. Sem dúvida o contínuo processo de

⁹¹³ BANCO MUNDIAL. *World Investment and Political Risk 2009*. Washington: World Bank, 2010. p. 16..

⁹¹⁴ PEREIRA, J. M. M. *O Banco Mundial com ator político, intelectual e financeiro (1944-2008)*. Cit., p. 53.

especialização do corpo funcional do Banco, iniciado com McCloy, ainda nos anos 1950, faz parte desse processo. Outro fato muitas vezes relatado foi o avanço promovido por McNamara. Contudo, também outros presidentes aumentaram fortemente o investimento nesse setor. O mais provável é que a acumulação de conhecimento faça parte do DNA do Banco. Suas limitações financeiras frente aos gigantescos desafios que deveria enfrentar certamente exigiram o desenvolvimento de estudos e técnicas de análise para identificar os melhores projetos a serem financiados e as melhores alternativas a serem adotadas. Pouco a pouco, o crescente investimento na área⁹¹⁵ e o acúmulo desse volume extraordinário de informações, aliado ao contínuo detalhamento e complexidade dos projetos, moldaram uma faceta própria na personalidade do Banco (*knowledge Bank*).

Se é verdade que outras entidades (*e.g.* bancos privados, universidades, etc.) também são grandes produtores de conhecimento, também é verdade que nenhum deles possui as peculiaridades do Banco. Para começar, falta-lhes motivação ou incentivo para criar tal informação, obedecendo exatamente às especificações exigidas pelo Banco, e para, enfim, disponibilizá-las⁹¹⁶. Além disso, a sua posição na sociedade internacional permite-lhe não somente formular hipóteses, mas também testá-las em situações reais, repertoriando os resultados e formatando condutas e políticas aplicadas universalmente a partir desses dados. Sob esse aspecto, o Banco é, sem sombra de dúvida, provedor de um “bem público global” de importância fundamental para a sociedade internacional. Constitui-se, reconhecidamente, na maior instituição de pesquisa em matéria de desenvolvimento no mundo e suas publicações influenciam tanto países em desenvolvimento como países desenvolvidos, além de outras organizações internacionais.

⁹¹⁵ “In 1996 the Bank’s research budget was \$25million, or about 2.5 per cent of operating expenditure. In addition, economic analysis of a more instrumental kind is carried out in operational divisions - according to Squire (chapter 4 in this volume), this Economic and Sector Work (ESW) has accounted for around 30 per cent of the Bank’s operational budget in recent years.” GILBERT, C. L.; POWELL, A.; VINES, D. Positioning the World Bank. In: *The World Bank: structure and policies*. Cit., p. 49.

⁹¹⁶ “In these circumstances, no single country or private organisation has the incentive to undertake the research necessary to create such knowledge” SQUIRE, Lyn. Why the World Bank should be involved in development research. In: *The World Bank: structure and policies*. Cit., p. 108).

Como não poderia deixar de ser, a partir dessa aura de especialista, seus conselhos, seus procedimentos e suas regras acabaram proliferando-se, ampliando o alcance das políticas que preconiza a outros atores internacionais. Nesse ponto, a influência de sua experiência pioneira sobre outras entidades pode ser sentida de diferentes maneiras.

Devido à sua originalidade, sua estrutura serviu de base a outros bancos multilaterais de desenvolvimento (BMD). Seus sucessos e também os problemas com que se confrontou auxiliaram na formatação de novas instituições. Superados, por exemplo, os temores que provocaram a criação da IDA como uma organização apartada do BIRD, o Banco Asiático de Desenvolvimento (BAD) e o Banco Europeu para a Reconstrução e o Desenvolvimento (BERD) foram edificados como uma instituição única, desprovidos de entidades afiliadas⁹¹⁷.

No que se refere às operações, um movimento similar pode ser observado. Observou-se que os instrumentos constitutivos dessas organizações consolidam apenas traços gerais e alguns princípios que devem guiar suas operações. No caso do BIRD, foi destacado que as políticas operacionais, inicialmente difusas em documentos de natureza controvertida, foram reunidas no início dos anos 1990 em manuais de operações e em outras *guidelines*. A identificação da natureza desses instrumentos, que regem as atividades dos BMD, permitiu, inclusive, o advento dos *Painéis de Inspeção* e outros mecanismos congêneres introduzidos nessas instituições. Na opinião de Sureda, essa convergência evidenciaria um movimento de harmonização das políticas operacionais dessas entidades. Como exemplo, indica que o BERD “*has even adopted by reference the policies of other institutions. Thus the Safeguard Policies of IFC on indigenous peoples, involuntary resettlement and cultural property are applicable to projects financed by the EBRD if they involve potential impacts in those areas*”⁹¹⁸.

⁹¹⁷ “The constituent instruments of these three most recent MDBs reflect the lessons of experience in several ways. First, the sponsors of the new institutions were aware that there was a need for a multiplicity of instruments and that they could be handled in a single institution. Second, the fear of contagion expressed by the IBRD at the time of the creation of IDA to be associated with a ‘soft’ lender in a single institution had proven groundless. Already the IDB Agreement, which is contemporaneous with the IDA Articles, provided for a special fund without waiting for experience to dispel the IBRD’s fears.” SUREDA, A. R. *The law applicable to the activities of International Development Banks*. Cit., p. 60.

⁹¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 82-83.

Outro exemplo que evidencia essa tendência é o das regras envolvendo as licitações internacionais em projetos contando com a participação dessas entidades. Esse conjunto de regras, desenvolvido já na primeira década de funcionamento do BIRD, foi primeiramente formalizado em 1964 sob o título *Guidelines Relating to Procurement*. A sua pedra angular é o *International Competitive Bidding* (ICB), sistema introduzido em 1951⁹¹⁹, que obedece a três propósitos fundamentais: a obtenção da melhor relação qualidade/preço; a liberalização do comércio internacional; e o oferecimento às empresas originárias de seus membros a possibilidade de participarem da concorrência⁹²⁰. Reforçando a sua conclusão, relata Sureda que essas regras

*has inspired that of the other MDBs. The IBRD has also influenced national legislation through participation of its staff in the development of the model law of UNCITRAL on procurement of goods, construction and consultants' services, and the reform of procurement legislation in developing countries. [...] The IBRD staff participated extensively in the preparation of the model law providing guidance based on its extensive experience in this area*⁹²¹.

A despeito da aparente ausência de mandato do Banco para formular políticas em matéria ambiental, tratou-se esse de um setor no qual as suas ações expandiram-se de forma fantástica⁹²². Essa é outra área na qual seus métodos de trabalho e *standards* pouco a pouco influenciaram outras entidades, contribuindo de forma decisiva para o progresso dessa disciplina, seja no direito interno, seja no direito internacional. A ação do Banco nesse setor dá-nos uma mostra interessante dessa outra faceta de seu poder regulador.

Com efeito, ultrapassado o período em que era visto como um obstáculo ao desenvolvimento econômico, o meio ambiente de fato consolidou-se como elemento central da noção de desenvolvimento

⁹¹⁹ “To ensure worldwide participation, international advertising is required with a reasonable period of time for submission of bids. Bids must be open in public to ensure the integrity of the process. ICB has been the required method to procure goods and services until the 2004 revision. Now it has become the method considered most appropriate by the IBRD but it is not anymore mandated by the Guidelines. This change responds to the nature of the operations, which has shifted to the social sectors, and the flexibility needed to harmonize policies with other lenders.” SUREDA, A. R. *The law applicable to the activities of International Development Banks*. Cit., p. 84.

⁹²⁰ SAUNIER, P. *Le système financier et monétaire international*. Cit. p. 119.

⁹²¹ SUREDA, A. R. *The law applicable to the activities of International Development Banks*. Cit. p. 86.

⁹²² Cf. HANDL, G. *Multilateral Development Banking: Environmental principles and concepts reflecting general international law and public policy*. Cit.

sustentável no início dos anos 1990. Ao longo do trajeto que nos conduziu desde a noção de “*Human Environment*”, dominante nos trabalhos de Helsinki (1972), até a noção de “*Environment and Development*”, que orientou os trabalhos na Conferência do Rio de Janeiro (ECO-92), avanços consideráveis foram feitos na área, inúmeros tratados foram assinados e o meio ambiente tornou-se um fator central a ser considerado em qualquer política de desenvolvimento. No âmbito do Banco, o tema acompanhou sua evolução exponencial.

Muito embora identificáveis até mesmo antes de 1972, debates acerca desse tema no âmbito do Banco Mundial eram ainda modestos. À medida que sua importância crescia na arena internacional, aumentava igualmente o interesse do Grupo na área. Esse movimento evidenciou-se de forma mais contundente pela formulação de diversas *guidelines*, que foram consolidadas, pela primeira vez, em maio de 1984, num manual de operações (*Operational Manual Statement – OMS 2.36 on Environmental Aspects of Bank*). A intensificação das ações do Banco nesse setor naturalmente seguiu sua rota, expandindo o alcance de suas políticas aos mais variados temas. Conforme detalhado por Shihata, o programa de ação do Banco nessa área resume-se em quatro pontos: garantir que impactos ambientais negativos provocados pelas atividades financeiras do Banco sejam corrigidos; auxiliar os membros na promoção de complementaridade entre redução da pobreza, eficiência econômica e proteção ambiental; auxiliar os membros no estabelecimento de prioridades, instituições e implementação de programas orientados à gestão ambiental; e enfrentar os desafios ambientais globais por meio da participação na GEF (*Global Environmental Facility*)⁹²³.

De forma mais concreta, as políticas preconizadas pelo BIRD na área ambiental ocupam parte considerável do seu Manual de Operações⁹²⁴. Algumas versam sobre avaliação, outras sobre planos de ação, outras ainda sobre temas mais específicos, como habitats naturais, silvicultura, gestão de recursos hídricos e uso não navegável dos cursos de água internacionais.

⁹²³ SHIHATA, I. F. I. *The World Bank in a changing world (vol. III)* Cit., p. 488-489.

⁹²⁴ BANCO MUNDIAL. *The World Bank Operations Manual*. Cit. Disposições versando sobre meio ambiente (OP 4.00, BP 4.00, OP 4.01, BP 4.01, OP 4.02, BP 4.02, OP 4.04, BP 4.04, OP 4.07, OP 4.36, BP 4.36); disposições versando sobre povos indígenas (OP 4.10, BP 4.10).

Pioneiras em seus respectivos setores, inúmeras dessas disposições não somente foram transplantadas para outras organizações, como também serviram de base para a formulação de convenções internacionais na área. A título exemplificativo, a primeira política do Banco em avaliação ambiental foi instituída em 1989, anos antes, portanto, do reconhecimento da necessidade da avaliação de impactos ambientais por uma autoridade nacional pelo Princípio 17 da Declaração do Rio sobre Ambiente e Desenvolvimento. Ilustrativamente, a imposição feita ao membro responsável pela avaliação do impacto ambiental da obra de consultar previamente as ONGs locais e os grupos potencialmente afetados pelo projeto precedeu à concepção do princípio da participação (Princípio 10 da Declaração do Rio)⁹²⁵. Ao discorrer sobre o tema, Alvarez indica que “*The World Bank’s Environmental Assessment policy has served as a model for national legislation, for other multilateral development banks, and for the Rio Declaration on Environment and Development*”⁹²⁶.

Com relação ao uso não navegável de cursos de água internacionais, o seu desenvolvimento normativo foi bastante similar. Algumas regras adotadas pelo Banco desde 1985 e consolidadas no Manual de Operações (OP 7.50 e BP 7.50) de 1994, sobretudo no que concerne à manifestação dos ribeirinhos e à preservação de seus direitos, foram praticamente transplantadas para a respectiva Convenção das Nações Unidas. Em outras passagens, como as relativas à proteção e conservação desse ambientes, a Convenção claramente adotou *standards* definidos pelas políticas do Banco⁹²⁷. Reforça Alvarez, também nesse caso, que “*Bank policy on international waterways, also part of the Guidelines, contributed to the UN Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses and has played a significant role, it is argued, in enabling lex ferenda to become customary lex lata*”⁹²⁸.

Em outros casos, como no relativo aos habitats naturais, a inicial posição de alinhamento do Banco aos tratados existentes na área (Convenção sobre Diversidade Biológica – 1992, Convenção para Proteção

⁹²⁵ SHIHATA, I. F. I. *The World Bank in a changing world (vol. III)* Cit., p. 491-493.

⁹²⁶ ALVAREZ, J. E. *International Organizations as Law-makers*. Cit., p. 239

⁹²⁷ SHIHATA, op. cit., p. 498-499.

⁹²⁸ ALVAREZ, op. cit., p. 239.

do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural – 1972⁹²⁹, Convenção sobre as Zonas Úmidas de Importância Internacional – Ramsar Convention – 1971) foi paulatinamente abandonada em prol de uma posição ainda mais rigorosa⁹³⁰. Se o comportamento de vanguarda do Banco representará um processo de reforma dessa regras, resta um dado a ser monitorado.

Além disso, as políticas preconizadas pelo Banco têm influenciado outras organizações, bancos multilaterais de desenvolvimento de atuação regional, e até mesmo entidades privadas, formando uma rede informal de agentes altamente influentes. Em junho de 2003, dez bancos provenientes de sete países anunciaram a adoção dos *Princípios do Equador*: um conjunto de regras não obrigatórias orientadas à gestão de problemas sociais e ambientais relacionados ao financiamento de projetos de desenvolvimento. “*Under the Equator Principles, participating banks will require projects to comply with IFC’s Environmental, Health and Safety Guidelines or justify any deviations from these guidelines*”. Em fevereiro de 2004, pouco mais de seis meses após, o número de Bancos participantes havia dobrado⁹³¹.

Adicione-se, ainda, os sucessivos esforços com vistas ao aprimoramento da cooperação internacional. Produto indireto de sua inegável *expertise*, representantes das organizações que compõem o Grupo Banco Mundial são habitualmente convidados a participar de colóquios, conferências e grupos de trabalho patrocinados por outras organizações. Por exemplo, o *staff* do Secretariado do ICSID, organização que se constituiu numa autoridade em material de direito internacional dos investimentos entre 1995 e 2000,

*have participated in reviews of 24 draft investment laws and 9 draft arbitrations laws. [...] Another highlight of the Secretariat’s advisory activities in this period was its participation in meetings of the Expert Group convened by the Organisation for Economic Co-operation and Development to help develop the dispute-settlement provisions of the Multilateral Agreement on Investment*⁹³².

⁹²⁹ BRASIL. Decreto n° 80.978, de 12 de dezembro de 1977. Promulga a Convenção Relativa a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2007/10/decreto-80978.pdf>>.

⁹³⁰ SHIHATA, I. F. I. *The World Bank in a changing world (vol. III)* Cit., p. 496-497.

⁹³¹ SUREDA, A. R. *The law applicable to the activities of International Development Banks*. Cit., p. 135.

⁹³² Idem, *ibidem*, p. 794, nota 174.

Reforçando essa tendência de convergência das políticas implementadas pelos bancos multilaterais de desenvolvimento, a Declaração de Roma⁹³³ (2003) representou um passo importante nesse sentido ao relacionar, inclusive, entidades privadas. Avalia Sureda que

*The effort to harmonize policies goes beyond the MDBs and includes private project sponsors and bilateral donors. In February 2003, the MDBs, OECD and bilateral agencies signed in Rome a Declaration on Harmonization of their respective requirements and policies. Current reviews and revisions to existing policies have been justified on the need to harmonize policies in order to be more effective and reduce the burden of recipient countries to comply with different sets of policies in an operation funded by multiple entities*⁹³⁴.

O cenário atual parece realmente nos orientar a essa direção.

Independentemente das críticas que se possa fazer à maneira como inúmeros instrumentos são empregados nesse processo e as preocupações quanto aos princípios (ou ausência deles) sobre os quais se baseiam essas formas de produção paralelas do “direito internacional”, é inevitável reconhecer essas organizações como poderosos agentes reguladores de algumas importantes atividades econômicas internacionais. Se sua ação parece nos conduzir a um caminho paralelo sem volta no processo de elaboração do direito internacional, parece-nos ainda incerto o resultado dessa transformação.

⁹³³ BANCO MUNDIAL. *Rome Declaration on Harmonization*, de 25 de fevereiro de 2003. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/NEWS/Resources/Harm-RomeDeclaration2_25.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2013.

⁹³⁴ SUREDA, A. R. *The law applicable to the activities of International Development Banks*. Cit, p. 83.

Conclusão

A elaboração desse trabalho inevitavelmente levou à leitura de vasto material acerca do Banco Mundial, mas não somente. Ao longo desse período, ouviram-se muitas pessoas que, em determinado momento de suas vidas, tiveram algum tipo de ligação mais ou menos duradoura com o Banco. Dentre elas, professores universitários, funcionários governamentais de países-membros, funcionários de carreira do Banco, membros de organizações não governamentais, representantes de países-membros alocados na Diretoria Executiva do Banco, ex-diretores aposentados da instituição. Cada um deles (alguns originários de países em desenvolvimento, outros de países desenvolvidos) carrega consigo uma visão peculiar acerca do Banco, forjada não somente por experiências vividas em contato com a instituição, mas também por sua história pessoal e suas convicções políticas. Disso resultaram percepções muitas vezes parciais, nem sempre racionais, mas nunca indiferentes a respeito da organização: chega até mesmo a ser interessante observar alguns deles inflamarem-se ao atacá-lo. Em defesa do Banco, fica a observação que não lhe cabe posicionar-se como substituto de Estados negligentes; seu papel deve ser acessório, não podendo ser o único responsável, como ocorre algumas vezes, pelo fracasso de algumas iniciativas.

Após ouvir relatos tão díspares (não obstante versarem sobre o mesmo objeto), acredita-se que a observação de Mason e Asher sobre a IDA aplica-se *mutatis mutandis* ao Banco como um todo. Há, realmente, “*several different ways of looking at the creation and operation of IDA as an affiliate of the World Bank. Each of these perspectives has some validity, but no one of them alone will suffice*”⁹³⁵. De fato, cada um dos entrevistados apontou um aspecto relevante da organização, contudo nenhuma dessas opiniões, isoladamente considerada, foi capaz de captar com exatidão toda a sua complexidade. Afinal, a imagem que permanece é a de um grande caleidoscópio composto por cores distintas e cujas formas metamorfoseiam-se mediante o efeito do tempo e sob pressões sociais do contexto em que evolui.

⁹³⁵ MASON, E. S.; ASHER, R. E. *The World Bank since Bretton Woods*. Cit., p. 417.

Uma dessa cores é certamente o poderoso componente político que anima a instituição pelo interior. Apontam Abbott e Snidal que “*powerful states structure such organizations to further their own interests but must do so in a way that induces weaker states to participate*”⁹³⁶. Nesse sentido, o incontestável poder de alguns de seus membros pode ser considerado um vetor inigualável na definição do futuro dessas organizações. No entanto, não se constitui na única força a animá-las. A fim de realizar seus propósitos, instituições desse gênero necessitam de clientes, sem os quais toda a sua parafernália de mecanismos, instrumentos e políticas não teria razão de ser. Para obtê-los, suas intenções devem ser (se não, ao menos parecer) genuínas.

As formidáveis transformações ocorridas na sociedade internacional, sobretudo durante a segunda metade do século XX, extinguiram parte considerável do mandato dessas instituições ao mesmo tempo em que lhes lançaram novos desafios. O processo de descolonização deu nova dimensão ao desenvolvimento, propósito remanescente do Banco após equacionada a questão da reconstrução. O avanço da pesquisa, as raízes estruturais do subdesenvolvimento e o alargamento da distância entre países desenvolvidos e em desenvolvimento tornaram a redução da pobreza sua prioridade. Desmunido de instrumentos para alcançar tão grandiosas metas, o Banco confrontou-se à necessidade de se adaptar a essa nova realidade. Para tanto, evoluiu em duas dimensões diversas, porém complementares.

Estruturalmente, a multiplicação de afiliadas dotadas de competências distintas transformou-o num Grupo de instituições. A complementaridade entre essas organizações permitiu ao Banco corrigir alguns problemas originais de concepção, mas acima de tudo equipou-o de forma mais adequada para responder às demandas de um novo mundo, repaginado pelo processo de globalização. No âmbito funcional, o contínuo alargamento de seu mandato, levado a cabo pelo artifício da “interpretação criativa” de seus Estatutos, conferiu-lhe atribuições originalmente imprevistas. As severas críticas formuladas à forma pela qual se deu essa evolução revelam um processo de corrosão da legitimidade institucional

⁹³⁶ ABBOT, K. W.; SNIDAL, D. .*Why States act through formal International Organisations*. In: *Journal of Conflict Resolution*. vol. 42, p. 3-32, fev. 1998.

que conheceu o seu ápice nos anos 1990, notadamente com a proliferação de programas de ajuste fundados em políticas neoliberais de valor duvidoso. Os resultados pouco animadores desses programas provocaram o questionamento dessas políticas, sua revisão e a incorporação de novos princípios operacionais que promovessem maior engajamento dos membros na elaboração e execução dos projetos (*ownership*). Todavia, essa correção de rota não impediu que as bem articuladas críticas à expansão das atividades do Banco expusessem os problemas de legitimidade de sua deriva funcional.

De qualquer maneira, esse processo reconfigurou completamente as feições do Banco. A partir disso, não há como não atribuir razão a Shihata quando afirma que “*The World Bank was not envisaged as an instrument for the progressive development of international Law [...]. However, through its broad development mandate the Bank has continually expanded its functions and its understandings of the scope of its possible intervention*”⁹³⁷. De fato, ampliando o raio de visão, tomando em perspectiva a ação dos bancos multilaterais de investimento e situando-se o Grupo Banco Mundial no centro desse sistema, é inevitável reconhecer que, conquanto não seja o único, trata-se de um poderoso agente regulador, cujas funções foram remodeladas com o tempo à força de sua contínua adaptação aos desafios do cenário internacional. Nesse caso, o fato de não possuir original competência reguladora não o tem impedido de efetivamente regular parcela significativa das atividades econômicas internacionais.

Não obstante constitua-se num ponto central de nosso trabalho, o Banco não é, contudo, o único tema a nos motivar. Numa perspectiva mais ampla, o Grupo Banco Mundial ou, mais precisamente, o papel desempenhado por ele na regulação internacional do *project finance* é o veículo que nos transporta através das transformações sofridas pelo direito internacional ao longo do último século. Tão importante quanto identificar o Banco como um dos agentes reguladores dessa atividade, sobretudo em projetos situados em países em desenvolvimento, é desvendar como

⁹³⁷ SHIHATA, I. F. I. *The World Bank in a changing world (vol. III)* Cit., p. 514.

desenvolveu essas atribuições e detectar os mecanismos que emprega na realização dessa tarefa.

As mudanças no direito internacional não são realmente um tema novo, o que não quer dizer que não estejam na ordem do dia. Na realidade, o contínuo movimento de transformação do direito internacional moderno estende-se no tempo. Suas raízes passaram a fortalecer-se à medida que o Estado, elemento estruturador do modelo vestfaliano, perdia sua proeminência. Sucessivas etapas desse processo conduziram-nos à conjuntura atual, em que a multiplicação das normas e organismos internacionais provoca o contínuo esboroamento da linha divisória, nem sempre tão nítida, é verdade, mas outrora mais clara, entre a competência privativa do direito interno e a competência do direito internacional. Na passagem, surgem temores (justificados ou não) quanto à fragmentação de um direito que se expande de maneira aparentemente pouco ordenada.

No entanto, essas mudanças não parecem ter impactado todas as áreas do direito internacional com a mesma intensidade. Em setores particularmente sensíveis aos efeitos da globalização, como o meio ambiente e a economia, o primeiro pela sua natureza intrínseca, o segundo pela interconexão dos mercados, a velocidade das transformações e a profundidade de seus efeitos aparentam maior contundência. Efeito colateral desse processo, a rigidez das formas tradicionais de produção do direito é rapidamente preterida em função de instrumentos inovadores de valor jurídico questionável, entretanto, capazes de oferecer respostas rápidas a necessidades imediatas. Assim, num contexto orientado pelo liberalismo, caracterizado por forte pragmatismo e quase exclusivamente baseado numa opaca noção de efetividade, novas formas de *regulação* de certas atividades dotadas de impacto internacional foram concebidas.

Importada da economia para o direito interno e desse para o direito internacional, a noção de regulação, a despeito do considerável volume técnico já produzido, não possui no âmbito internacional definição muito clara. Muitas vezes empregada como sinônimo de direito, outras com conotação absolutamente diversa, exhibe um pretensar de tecnicismo que não se confirma na prática. Pelo que se pôde perceber, apesar da

banalização de seu uso, não há uma noção, muito menos um conceito definido em direito internacional para esse termo. Neste trabalho, não obstante as vicissitudes decorrentes da importação de um conceito forjado para ser empregado num contexto específico, optou-se por identificar os fatores centrais que caracterizaram a regulação no âmbito interno a partir de experiências vividas por dois sistemas jurídicos diversos. Finalmente, preferiu-se adotar uma noção bastante ampla de regulação, que abarcasse o maior número possível de hipóteses de organização das relações sociais em determinado mercado. A partir disso, a exemplo do que ocorre também no âmbito interno, incluiu-se, além de normas jurídicas, quaisquer intervenções não normativas tendentes a equacionar falhas num determinado mercado. Reconhece-se que tal amplitude conceitual não é isenta de críticas. Ao combinar normas jurídicas e instrumentos desprovidos de força obrigatória, essa noção de fato não contribui para o esforço de classificação das normas jurídicas internacionais. Por outro lado, quer aprovemos ou não, essa escolha reflete com maior precisão a realidade das relações jurídicas nesse setor.

Nesse contexto, a conduta do Grupo Banco Mundial é um terreno fértil para exploração desses novos instrumentos de intervenção. A despeito da sempre presente preocupação do Banco com o respeito ao formalismo jurídico, o contraste entre suas ações e o direito internacional clássico pode ser situado em dois níveis: no âmbito interno, o processo de evolução do Banco desafia a teoria clássica; no externo, impulsiona um processo de formação do direito paralelo às formas tradicionais de produção.

Com efeito, as organizações de Bretton Woods destacam-se por terem sido umas das mais formidáveis criações jurídicas de seu tempo. Todavia, o caráter vanguardista de sua estrutura institucional contrastou com a inspiração ultrapassada que dominou a definição de seus mecanismos internos, esses rapidamente superados pela velocidade dos acontecimentos. No caso do FMI, por exemplo, o sistema de paridades monetárias fixas ajustáveis funcionou de forma efetiva por pouco mais de uma década: de 1958, quando finalmente a Inglaterra e outros países restabeleceram a conversibilidade de suas moedas, a 1973, quando os Estados Unidos

abandonaram definitivamente o padrão ouro. Quanto ao Banco, a subestimação dos custos da reconstrução e a concorrência de outras iniciativas (e.g. Plano Marshall) suprimiram-lhe o que era considerado o principal de seus propósitos. Com relação ao seu propósito remanescente, o desenvolvimento, as constatações não se revelaram mais animadoras. A assimilação de ambos, sugerindo que a mera transferência de capitais seria suficiente para equacionar tanto os problemas relacionados à reconstrução como aqueles relacionados ao desenvolvimento, demonstra um grande equívoco na identificação da natureza de cada um desses processos. A admiração da direção do Banco ao constatar, no 4º Relatório Anual do BIRD, “*how very undeveloped ‘less developed countries’ are*”, é complementada assim com a resignação, visível já nos anos 1950, de que “*Money alone is no solution... Perhaps the most striking single lesson which the bank has learned in the course of its operations is how limited is the capacity of the underdeveloped countries to absorb capital quickly for really productive purposes*”⁹³⁸. Confrontados a esse cenário, Banco e Fundo, então guiados por uma espécie de instinto autopreservação, lançaram-se à procura de um novo papel a desempenhar no cenário internacional.

A partir desses dados, é difícil negar a necessidade de efetuar mudanças com a qual o Banco se confrontou. O que se contesta, a esse respeito, não são as justificativas que deram impulso a seu ímpeto reformador, mas a forma pela qual essa evolução funcional ocorreu. Ainda mais porque tais transformações, na prática, acarretaram alterações substanciais em seu mandato.

Dentre as duas alternativas viáveis à expansão funcional da organização, o processo de emenda, embora tecnicamente o mais recomendado, foi preliminarmente afastado devido às dificuldades políticas em que implicava. Não obstante se constituísse em hipótese terminantemente rechaçada pelo Advogado Geral do BIRD, a opção pela via interpretativa, ao menos por um curto período, serviu de sucedâneo ao processo de emenda. Fundada na teoria dos poderes implícitos, essa estratégia expandiu as fronteiras do mandato institucional, desconsiderando

⁹³⁸ MASON, E. S.; ASHER, R. E. *The World Bank since Bretton Woods*. Cit., 460-461.

as claras limitações impostas pela doutrina *ultra vires*. Porém, o mais espantoso disso tudo não foi a aplicação muitas vezes irregular desses bem definidos institutos de direito internacional, mas sim a adoção de uma terceira via, um procedimento informal não contemplado nos Estatutos da organização. Foi dessa forma que os empréstimos-programa banalizaram-se e que a condicionalidade atrelada a seus acordos conheceu nítida deriva ideológica, solapando, entretanto (porque ação alguma é imune à causalidade), a legitimidade da instituição⁹³⁹.

O segundo cenário em que as ações do Banco constituíram-se em novas manifestações do direito internacional é o externo. Observou-se que as regras internas da organização, algumas meras recomendações, outras normas de vinculação restritas ao *staff*, à força de serem incorporadas a seus acordos financeiros passaram também a produzir efeitos e a condicionar condutas externas, revelando, ao menos no caso do Banco, as fragilidades práticas da separação entre normas internas e externas da organização⁹⁴⁰. Isso tudo sem mencionar o déficit democrático presente em sua elaboração. Nesse contexto, dois processos devem ser destacados.

No que concerne às práticas do Banco, elaborou-se um sofisticado mecanismo por meio do qual as pesquisas técnicas assumem a forma de planos de ação, esses são consolidados em regras internas, e essas regras são incorporadas a seus acordos financeiros sob o formato de condições. Individualizada cada uma dessas etapas, dificilmente atribuir-se-á valor normativo às políticas preconizadas pelo Banco, tampouco poder regulador à instituição. Apreendidas cada uma delas como engrenagens interdependentes de um mecanismo mais amplo, tem-se os contornos de um poderoso instrumento jurídico dotado de força obrigatória e meios de sanção bastante efetivos, capazes de lhe garantir níveis de implementação próximos (quando não até mesmo superiores) àqueles apresentados pela legislação interna.

⁹³⁹ “Conditionality – including the manner in which conditions have often been imposed – has come to be seen by many, especially within the developing world, as part of the new economic colonialism which has succeeded the old.” STIGLITZ, J. E. Introduction. In: *The World Bank: structure and policies*. Cit., p. 4.

⁹⁴⁰ BROCHES, A. *International legal aspects of the operations of the World Bank*. Cit., p. 302.

O alcance das políticas preconizadas pelo Banco não se reduz, todavia, à esfera individual. A reputação⁹⁴¹ que adquiriu como centro de excelência em matéria de desenvolvimento credencia-o a elaborar fórmulas e conceitos que, repetidos à exaustão e absorvidos pela sociedade internacional e pelo mercado, acabam adquirindo “ares” de normas costumeiras. Consolidadas em declarações, *guidelines*, “manuais de boas práticas”, enfim, numa série de documentos rotulados sob o controvertida nomenclatura *soft law*, tais recomendações sedimentam o terreno em áreas nas quais as dificuldades de se alcançar o consenso impedem a formação de regras internacionais mediante o emprego de processos tradicionais (*hard law*). Nesses casos, são muitas vezes identificadas como uma etapa preliminar no processo de formação do direito, por meio de convenções multilaterais ou, o que se tem tornado habitual, da consolidação de costume internacional⁹⁴².

Em tempos mais recentes, uma nova forma de emprego do *soft law* distinta das acima apontadas tem sido observada. Diante da crescente resistência dos países a comprometerem-se formalmente perante a ordem internacional, condutas têm sido harmonizadas no âmbito global por instrumentos supostamente desprovidos de força obrigatória e depois internalizadas de forma unilateral pelas legislações nacionais. A prática brasileira constitui-se num exemplo marcante dessa prática. Por exemplo, sua reticência em firmar acordos de investimento não impediu o país de reproduzir em sua Carta Constitucional dois dos pilares do direito internacional dos investimentos: o tratamento nacional⁹⁴³ e a garantia de pagamento de justa indenização em caso de expropriação⁹⁴⁴.

⁹⁴¹ Cf. BAUMAN, Z. *Identidade*: Entrevista a Benedetto Vecchi. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

⁹⁴² “As a consequence, the standards, statements, and other instruments at issue do not impose legally binding obligations. Nevertheless, these matters, although they remain legally unregulated, become the object of agreed guidelines, or statements of common positions or policies. These may thus lay the ground, or constitute the building blocks, for the gradual formations of customary rules or treaty provisions. In other words, gradually ‘soft law’ may turn into law proper.” CASSESE, A. *International law*, Cit., p. 196.

⁹⁴³ “Art. 5º, *caput*: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 dez. 2012.

⁹⁴⁴ “Art. 5º, XXIV: a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.” Idem.

Independentemente das discussões relativas à real autonomia dos países face ao direito internacional quando adotam tal prática, é inevitável reconhecer que se trata de uma forma paralela de regulação das atividades internacionais diretamente concorrente com as formas tradicionais de formação do direito.

Em síntese, realizando-se por intermédio de instrumentos jurídicos, mas também por meio de outras formas menos ortodoxas de natureza ainda não consolidada, a ação do Banco parece dar algumas amostras do que poderá vir a ser a próxima etapa de evolução do direito internacional (ou, ao menos, de parte dele). Nesse contexto, a contínua expansão das atividades das organizações internacionais sugere que nos conduzimos a um caminho sem volta no processo de elaboração do direito internacional. Todavia, o resultado dessa transformação ainda é incerto, em especial diante do que alguns defendem ser o ressurgimento do Estado. De um lado, a crise econômica nos países desenvolvidos, de outro, a premência de algumas questões fundamentais, como o meio ambiente, têm imposto às autoridades nacionais maior energia no tratamento de algumas questões. Paralelamente, observa-se o surgimento de um novo modelo de Estado empresário, especialmente popular em algumas economias emergentes. Em termos concretos, tais fenômenos podem exigir certa adaptação do direito internacional dos investimentos. O crescente endividamento de algumas economias desenvolvidas pode levar, segundo alguns analistas, à redução da amplitude da definição do termo “investimento” nos tratados bilaterais. Ao mesmo tempo, o caráter transversal e o intrincamento cada vez maior de alguns temas (*e.g.* meio ambiente e economia) demandam uma abordagem cada vez abrangente desses fenômenos. Shihata sugere que “*The experience of ICSID has already shown that its facilities for the resolution of investment disputes may be used for the settlement of environmental disputes arising out of foreign investment [...] This could also lead to an increase in the number of ICSID cases initiated by host countries*”⁹⁴⁵. No que concerne às empresas controladas pelo Estado, questiona-se se a cláusula de segurança nacional é suficiente, ou apropriada, para impedir o seu avanço. Finalmente, frente à crescente

⁹⁴⁵ SHIHATA, I, F. I. *The World Bank in a Changing World*. Cit., vol. III, p. 796.

sofisticação do direito internacional dos investimentos, chega-se mesmo a indagar se o poder de regular corre riscos⁹⁴⁶. Num cenário de tantas dúvidas, uma das poucas certezas que permanece é que o direito continuará a evoluir, pois a exemplo de qualquer fator social ele inexoravelmente sofre os efeitos do tempo e do ambiente em que se insere.

Também com relação ao Banco (instituição), parece-nos extremamente difícil antever como responderá às transformações do cenário internacional. A globalização segue a sua marcha e, em sua passagem, os problemas adquirem nova complexidade. A intensificação da mobilidade, uma faceta desses novos desafios, tem criado sérias dificuldades à gestão dos serviços públicos. Na Europa, por exemplo, um contingente populacional cada vez maior de imigrantes ilegais encontra-se sem saída numa espécie de *no man's land* social entre as crescentes restrições ao acolhimento de imigrantes impostas pelos países do bloco e as reconhecidas deficiências estruturais de seu Estado de origem.

Por outro lado, a atual crise econômica tem ampliado a pobreza em regiões em que ela não se constituía de fato num problema. Na Espanha, segundo o Instituto Nacional de Estatística, 21% da população era classificada como pobre em meados de 2011, um crescimento de 50% se comparado com 1991⁹⁴⁷. Nos Estados Unidos, o número pessoas sem-teto cresce assustadoramente, atingindo com particular intensidade a população jovem⁹⁴⁸. Ao mesmo tempo, em regiões pobres do globo, repetem-se situações recorrentes de pobreza extrema, aceleradas pela crise global: a globalização da crise parece ter reflexamente globalizado a pobreza.

Outro tema a que o Banco deverá se dedicar com ainda mais vigor é o meio ambiente. Outrora tido como um malabarismo interpretativo, a identificação da questão ambiental nos Estatutos do Banco encontra hoje

⁹⁴⁶ PAULSSON, J. Indirect expropriation: is the right to regulate at risk? In: *Making the most of international agreements: a common agenda*. Simpósio Co-organizado por ICSID, OECD e UNCTAD. Paris: OECD Headquarters, 12 de dezembro de 2005.

⁹⁴⁷ INFANTE, A. *Crise cria novos pobres na Espanha*. Artigo publicado no *website* da BBC em 16 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/08/110815_espanha_pobres1_pu.shtml>. Acesso em: 13 jan. 2012.

⁹⁴⁸ SAULNY, S. *After recession, more young adults are living on street*. Artigo publicado no *website* do New York Times, 18 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2012/12/19/us/since-recession-more-young-americans-are-homeless.html?pagewanted=all>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

respaldo em dados concretos. De acordo com o Relatório sobre o Desenvolvimento no Mundo de 2010, apesar de se tratar de um fenômeno global, as mudanças climáticas atingirão com maior intensidade os países em desenvolvimento. A multiplicação de tempestades poderá causar impactos climáticos catastróficos e irreversíveis, especialmente em zonas costeiras. Segundo projeções do próprio Banco, a despeito dos esforços empreendidos no combate à fome nas últimas décadas⁹⁴⁹, as mudanças climáticas proporcionarão um acréscimo de 100 a 400 milhões de pessoas famintas no mundo; a carência de água passará a ser um problema para um número ainda maior de pessoas⁹⁵⁰. Devido à forte dependência da exploração de recursos naturais e ao fato de parte substancial de suas populações viver em zonas expostas a riscos naturais, os países em desenvolvimento certamente suportarão os maiores prejuízos. Calcula-se que 75% a 80% dos custos decorrentes das mudanças climáticas recairão sobre esses países. Mais concretamente, o esperado aumento de no mínimo 2° C da temperatura causará uma contração do consumo por habitante na África e no sudeste da Ásia da ordem de 4% a 5%, valores significativos se considerarmos que o consumo mundial médio por habitante se retrairá apenas 1%. Na prática, haverá um alargamento da distância já abissal entre países desenvolvidos e em desenvolvimento.

Sem mencionar outros problemas com os quais será confrontado, parece-nos que, não obstante a sua evolução, o Banco não está preparado para enfrentar o cenário que se anuncia. Indubitavelmente continuará a avançar, criando novos instrumentos de ação, mas passados quase 70 anos de sua criação, as bases sobre as quais foi edificado não passam hoje de referência histórica. O anacrônico sistema de voto ponderado confere-lhe um viés político absolutamente inadequado tendo em vista as suas aspirações globais. Por conta disso, alguns países em desenvolvimento (*e.g.*

⁹⁴⁹ Há 30 anos metade da população mundial vivia em situação de pobreza extrema; hoje essa proporção é de ¼. No entanto, as necessidades permanecem enormes: o número de pessoas que sofrem com fome ultrapassou, pela primeira vez, o bilhão em 2009.

⁹⁵⁰ “À long terme, les changements climatiques représentent une menace grave pour le développement de l’humanité et à certains endroits ils mettent déjà en danger les efforts déployés par la communauté internationale en vue de réduire de la pauvreté extrême.” NAÇÕES UNIDAS (PNUD). *Rapport Mondial sur le développement humain 2007-2008: La lutte contre le changement climatique: un impératif de solidarité humaine dans un monde divisé.* Disponível em: http://hdr.undp.org/en/media/HDR_20072008_FR_Complet_rev.pdf. Acesso em 13 de janeiro de 2013.

China, Brasil, Índia) não somente deixaram de ser clientes do Banco, mas tornaram-se seus concorrentes por meio da intensificação da cooperação bilateral sul-sul. Da mesma forma, o avanço das técnicas e instrumentos de governança (*accountability*), inclusive com a participação da sociedade civil, transformaram a fórmula projeto específico/fins produtivos em uma limitação desnecessária. Finalmente, as recentes crises econômicas expuseram uma questão filosófica essencial: o capitalismo não se presta a resolver inúmeros problemas relacionados ao subdesenvolvimento. Aliás, disfunções do capitalismo são uma das causas de muitos dos problemas que o Banco se propõe a corrigir. Nesse sentido, se tinha razão Hobsbawm ao professar que a economia capitalista “está entrando em colapso diante de nossos olhos”⁹⁵¹, cabe ao Banco reinventar-se, sob pena de, não o fazendo, tornar-se irrelevante.

⁹⁵¹ HOBBSAWM, E. J. Socialism has failed. Now capitalism is bankrupt. What comes next? In: *The Guardian*, 10 de abril de 2009. Versão em língua portuguesa publicada pela *Folha de São Paulo* em 06 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/1162270-hobsbawn-o-socialismo-fracassou-agora-o-capitalismo-faliu-o-que-vira-a-seguir.shtml>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

Bibliografia

- ABI-SAAB, Georges. « *Éloge du 'droit assourdi' quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain* » (in **Nouveaux itinéraires en droit** – hommage à François Rigaux : Mélanges Rigaux, Bruxelles: Bruylant, 1993).
- ABBOT, Kenneth W. ; SNIDAL, Duncan. « *Why States act through formal International Organisations* » (in **Journal of Conflict Resolution**, vol. 42, Fev./1998, pp. 3-32).
- ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo E.; CASELLA, Paulo B. **Manual de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- AGO, Roberto. « *Communauté internationale et organisation internationale* » (in **Manuel sur les organisations internationales** – a handbook on international organizations, Dordrecht ; Boston ; Lancaster : Martinus Nijhoff Publisheurs, 1998).
- ALLAND, Denis (org.).**Droit international public**. Paris : Presses Universitaires de France , 2000.
- ALVAREZ, Jose Enrique. **International Organizations as Law-makers**. New York: Oxford University Press, 2006.
- ALVAREZ, Jose Enrique. *International organizations: then and now* (in **American Journal of International Law**: volume 100, Washington: American Society of International Law, abril 2006 – p. 324–347)
- ALVAREZ, Jose Enrique. **The public international law regime governing international investment** (RCADI-2009, T. 344, pp. 193-544).
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- AMARAL JUNIOR, Alberto do. **A solução de controvérsias na OMC**. São Paulo: Atlas, 2008.
- AMERASINGHE, Chittharanjan Felix. **Principles of the Institutional Law of International Organizations**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2005.
- ANGLIETTA, Michel (org.). **Cinquante ans après Bretton Woods**. Paris: Economica, Coll. CEPII, 1995.
- ANZILOTTI, Dionisio. **Cours de droit international**. Paris : Panthéon Assas, 1999.

- ASSIDON, Elsa. **Les théories économiques du développement**. Paris, La Découverte, Coll. Repères, 2000.
- BABB, Sarah. **Behind the development banks: Washington politics, world poverty, and the wealth of nations**. Chicago: The University of Chicago Press, 2009.
- BALANDA, Jacques Bertrand de. « *Crédit syndiqué et sûretés* » (in **Revue Banque et Droit – n° 52**, Paris: março/abril 1997)
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros editores, 1992.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. **Identidade: Entrevista a Benedetto Vecchi**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.
- BECK, Ulrich. **O que é Globalização? equívocos do globalismo: respostas à globalização**. São Paulo: Terra e Paz, 1999.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Ed. 34, 2010.
- BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Editora das Universidade Estadual Paulista, 1997.
- BELLIS, Marc. « *La subordination et les marchés financiers internationaux* » (in **Prêts participatifs et prêts subordonnés: un nouveau mode de financement**, Paris: FEDUCI, 1983)
- BÉNICHOU, Ivan ; CORCHIA David. **Le financement de projets: Project finance**. Paris: Eska, 1996.
- BENOIT, Philippe. « *Project finance at the World Bank – an overview of policies and instruments* » (**World Bank technical paper 312**, Washington: World Bank, 1996)
- BERSTEIN, Serge; MILZA, Pierre (org.). **História do Século XX: Vol. I: 1900-1945, o fim do “mundo europeu”**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2007.

- BERTRAND, René; et al. **Les banques de développement dans le monde** (vol II). Paris : Dunod, 1965
- BETTATI, Mario. « *Création et personnalité juridique des organisations internationales* » (in **Manuel sur les organisations internationales** – a handbook on international organizations, Dordrecht ; Boston ; Lancaster : Martinus Nijhoff Publisheurs, pp. 33-60, 1998)
- BEVILAQUA, Clovis. **Direito Civil dos Estados Unidos do Brasil** (vol. I). Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1944
- BIELSCHOWSKY, Ricardo. **Cinquenta anos de pensamento na CEPAL**. Rio de Janeiro: Record, 2000.
- BISHOP, R. Doak ; CRAWFORD, James ; REISMAN, W. Michael. **Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary**. Haia: Kluwer Law International, 2005.
- BITTERMAN, H. J. « *Negotiation of the Articles of Agreement of the International Bank for Reconstruction and Development* » (in *International Lawyer*, vol. 5, n° 1, 1971)
- BIZAGUET, Armand; et al. **Les banques de développement dans le monde** (vol I). Paris : Dunod, 1964
- BLÉMONT, Patrice. « *Le partenariat public-privé 'à la source'* » (in **Bulletin juridique des contrats publics** – n° 38, Paris: EFE)
- BOHRER, Carolina Pancotto. **Promoção do desenvolvimento e rule of law no Banco Mundial**. Tese apresentada para obtenção do título doutor em direito internacional. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2009.
- BORDO, Michael D.; EICHENGREEN, Barry J. « *The rise and fall of barbarous relic: the role of the gold in the international monetary system* » in **NBER Working Paper** (n. 6436). Cambridge, MA: NBER, 1998. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w6436>. Acesso em 06.08.2010.
- BORGES, Luiz Ferreira Xavier. « *Covenants – Instrumento de garantia em Project finance* » (in **Revista de direito bancário e do mercado de capitais** – ano 2, n° 5), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, maio-agosto/1999, pp. 123–135)
- BOUGHTON, James M. **Silent revolution: the International Monetary Fund, 1979 – 1989**. Washington: FMI, 2001.

- BOUGHTON, James M. «*The IMF and the force of history : Ten events and Ten ideas that have shaped the institution*» (in **IMF Working Paper 04/75**. Washington: FMI, 2004)
- BOURGUINAT, Henri. **Finance internationale**. Paris: PUF, 1999.
- BOUTMY, Emile. **Études de droit constitutionnel**. Paris: Plon, 1888. Versão digital disponível em: <http://archive.org/stream/tudesdedroitcon01boutgoog#page/n105/mode/2up>. Último acesso em : 13 de janeiro de 2013.
- BOYER, Robert. «*Les mots et les réalités* » (in **La mondialisation au-delà des mythes**. Paris: La Découverte, 2000).
- BRIERLY, James Leslie. **Direito Internacional**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 4ª. Ed., 1979.
- BROCHES, Aron. **International legal aspects of the operations of the World Bank** (RCADI-1959-III, T. 98, pp. 297-409)
- BROWNLIE, Ian. **International law at the fiftieth anniversary of the United Nations** (RCADI-1995, T. 255, pp. 9-228).
- BROWNLIE, Ian. **Principles of public international law**. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- BUIRA, Ariel. «*The Bretton Woods institutions: governance without legitimacy?* » (in **CSGR Working Paper n° 180/05**, University of Warwick, Coventry, UK, novembro de 2005)
- BUTLER, William. E. (org.). **International law and international system**, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1987.
- CAMINHA, Uinie. **Securitização**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.
- CAMPILONGO, Celso. «*Teoria do direito e globalização econômica*» (in **Direito Global**, São Paulo: Max Limonad, 1999)
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARR, Edward Hallet. **The twenty years' crisis, 1919-1939**. New York: Perennial (HarperCollins Publishers), 2001.
- CARREAU, Dominique. **Le Fonds Monétaire International**. Paris: Armand Colin, 1970.

- CARREAU, Dominique ; JUILLARD Patrick. **Droit international économique**. Paris: LGDJ, 1998.
- CASELLA, Paulo B. **Direito internacional dos espaços**. São Paulo: Atlas, 2009.
- CASELLA, Paulo B. **Fundamentos do direito internacional pós-moderno**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- CASELLA, Paulo B. «*Modalidades de harmonização, unificação e uniformização do direito – o Brasil e as convenções interamericanas de direito privado*» (in **Integração Jurídica Interamericana: As convenções interamericanas do direito internacional privado (CIDIP's) e o direito brasileiro**, São Paulo: Ltr, 1998).
- CASELLA, Paulo B. **Tratado de Versalhes na história do direito internacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- CASSESE, Antonio. **International law**. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2011.
- CAUSSAIN, Jean-Jacques ; MERCADAL Barthélémy (Org.). **Prêts participatifs et prêts subordonnés: un nouveau mode de financement: Journée d'étude de Rouen du 19 novembre 1981**. Paris: FEDUCI, 1983.
- CHEVALLIER, Jacques. «*La régulation juridique en Question*» (in **Droit et Société** n° 49, 2001, p. 827-846)
- CHEVALLIER, Jacques. «*L'état régulateur*» (in **Review Française de d'administration publique** n° 111, 2004/3, p. 473-482). Disponível em < http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=RFAP&ID_NUMPUBLIE=RFAP_111&ID_ARTICLE=RFAP_111_0473>. Acesso em 19 de março de 2009.
- CLIFFORD CHANCE. *Project Finance*. London: IFR Publishing, 1991
- COASE, Ronald. **Le coût du droit**. Paris: Albin Michel, Coleção Le Livre de Poche, 2004.
- COMTE-SPONVILLE, André. **Le capitalisme est-il moral?**. Paris: PUF, Coleção Droit, Éthique, Société, 2000.
- COSTA, José Augusto Fontoura. **Direito internacional do investimento estrangeiro**. Tese apresentada para obtenção do título de livre docente de direito internacional. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.
- CRETELLA NETO, José. «*Da responsabilidade internacional das organizações internacionais*» (in **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello**, Carlos

Alberto Menezes Direito, Antonio Augusto Cançado Trindade, Antonio Celso Alves Pereira (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008)

- DALLARI, Adilson de Abreu ; BRANCO, Adriano Murgel. **O financiamento de obras e serviços públicos**. São Paulo: Paz e Terra, 2006.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- D'ARVISENET, Philippe ; PETIT, Jean-Pierre. **Economie internationale – La place des banques**. Paris: Dunod, 1999.
- DEFARGES, Philippe Moreau. **La mondialisation**. Paris : PUF, 2002.
- DELLA GASPERA, S. « *Trente ans de déréglementation financière* » (In **Bourse et Marchés Financiers**, Cahiers Français, n° 301, mar./abr. 2001, p. 64–72)
- DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- DELMON, Jeffrey. « *Partnership in infrastructure: sorting out the forest from the trees: BOT, DBFO, DCMF, concession, lease...* » (in **Policy Research Working Paper 5173**, Washington, The World Bank Finance and Guarantees Unit, Finance Economics & Urban Department, Janeiro de 2010). Disponível em: http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/IW3P/IB/2010/01/11/000158349_20100111150559/Rendered/PDF/WPS5173.pdf. Acesso em 03 de outubro de 2012
- DELMON, Jeffrey. **Project Finance, BOT Projects and Risk**. The Hague: Kluber Law International, 2005.
- DELUPIS, Ingrid. « *The Legal value of recommendations of international organizations* » (in **International law and international system**, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pp. 47-65)
- DE VISSCHER, Charles. **Cours général de principes de droit international public** (RCADI-1954-II, T. 86, pp. 445-556).
- DE VISSCHER, Charles. **Theory and reality in Public International Law**. New Jersey: Princeton University Press, 1957.
- DHONTE, Pierre. «*Conditionality as an instrument of borrower credibility*» (in **IMF Paper on Policy Analysis and Assessment - PPAA/97/2**, Washington, IMF-African Department, 1997)

- DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel. **Les organisations internationales**. Paris: Economica, Collection Droit International, 2002.
- DJILAS, Milovan. **Conversations with Stalin**. New York: Harcourt, Brace & Company, 1962.
- DIMATTEO, Larry A. **The law of International business Transactions**. Mason. Ohio: Thomson/ South-Western West, 2003.
- DINH, Nguyen Quoc ; DAILLIER, Patrick ; PELLET, Alain. **Droit international public**. Paris: L.G.D.J., 2002.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (org.). **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo** – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008)
- DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado** (Parte especial): (vol. II) contratos e obrigações no direito internacional privado. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DOLZER, Rudolf ; SCHREUER Christoph. **Principles of International Investment Law**. New York: Oxford University Press, 2008.
- DROUIN, Michel. **Le financement du développement**. Paris : Armand Colin, Coll. Synthèse, 1998.
- DROUIN, Michel. **Le système financier international**. Paris, Armand Colin, 2001.
- DUFOUR, Jean-François. **Les marchés émergents**. Paris: Armand Colin, Coll. Synthèse, 1999.
- DUFOUR, Jean-Louis. **Les décolonisations de 1945 à nos jours**. Paris: Armand Colin, 2000.
- DUNCAN, Alex. «*The World Bank as a Project Lender*» (in **The World Bank: its first half century, vol. 2: perspectives**. Washington: Brookings Institution Press, 1997)
- DUPONT, Christophe. «*Les institutions internationales bancaires de financement du développement* » (in **Les banques de développement dans le Monde** - v. 1, Paris : Dunod, 1964, pp. 67-239)
- DUPUY, Pierre-Marie. **Droit international public**. Paris: Dalloz, 2004.

- DUPUY, Pierre-Marie. **L'unité de l'ordre juridique international** (RCADI-2002, T. 297, pp. 9-489).
- DUPUY, Pierre-Marie. «*Un Débat Doctrinal à l'Ere de la Globalisation: Sur la Fragmentation du Droit International*» (in **European Journal of Legal Studies**, Vol. 1). Disponível em: <http://www.ejls.eu/1/4FR.pdf>. Acesso em: 08/06/2011
- DUPUY, René-Jean. **Communauté internationale et disparités de développement** (RCADI-1979-IV, T. 165, pp. 9-232).
- DUPUY, René-Jean (org.). **Manuel sur les organisations internationales: a handbook on international organizations**. Dordrecht ; Boston ; Lancaster: Martinus Nijhoff Publisheurs, 1998.
- DUPUY, René-Jean. **Le droit internacional**. Paris: PUF, 2004.
- DUPUY, René-Jean. «*État et organisation internationale*» (in **Manuel sur les organisations internationales: a handbook on international organizations**. Dordrecht ; Boston ; Lancaster, Martinus Nijhoff Publisheurs, pp. 13-30, 1998)
- ECONOMIDÈS, Constantin. «*Les actes institutionnels internationaux et les sources du droit international*» (in **Annuaire Français de Droit International – Tome XXXIV**, Paris : CNRS, 1988)
- EICHENGREEN, Barry J. **A globalização do capital: uma história do sistema monetário internacional**. São Paulo: Ed. 34, 2000.
- EICHENGREEN, Barry J., KENEN Peter B. «*L'organisation de l'économie internationale depuis Bretton Woods : un panorama*» (in **Cinquante ans après Bretton Woods**, Paris: Economica, Coll. CEPIL, 1995, pp. 11-54)
- EICHENGREEN (Barry J.), TEMIN (Peter). “*The gold standard and the great depression*” in **NBER Working Paper (n. 6060)**. Cambridge, MA: NBER, 1997. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w6060>. Acesso em 06.08.2010> Último acesso em 13 de janeiro de 2013.
- EISEMANN, Pierre Michel. «*Le Gentlemen's agreement comme source du droit international*» (in **Journal du droit international - vol. 106, n° 2**, 1979, pp. 326-348)
- ENEL, José Virgílio Lopes. **Project Finance: financiamento com foco em empreendimentos: (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins)**. São Paulo: Saraiva, 2007.

- FABOZZI, Frank J.; DAVIS, Henry A.; CHOUDHRY, Moorad. **Introduction to Structured Finance**. New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., 2006.
- FENWICK, Charles G. **The progress of International law during the past forty years** (RCADI-1951-II, T. 79, pp. 1-71).
- FERGUSON, Niall. **The ascent of money: a financial history of the world**. New York: The Penguin Press, 2008.
- FERREIRA, F. H. G.; KEELY, L. C. «*The World Bank and Structural Adjustment: lessons from the 1980*» (in **The World Bank: Structure and policies**, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pp. 159-189)
- FINNERTY, John D. **Project finance – engenharia financeira baseada em ativos**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1999.
- FITZMAURICE, Gerald. **The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law** (RCADI-1957-II, T. 92, pp. 1-227).
- FOLLIOT-LALLIOT, Laurence. «*La globalisation du droit des marchés publics* » (in **Bulletin juridique des contrats publics – n° 39**, Paris: EFE)
- FRIEDMAN, Irving S. «*Private Bank Conditionality: Comparison with the IMF and the World Bank* » (in **IMF Conditionality**, Washington: Institute for International Economics, 1983).
- FRIEDMAN, Samy. **Expropriation in International Law**. London: Stevens, 1953.
- FRIEDMANN, Wolfgang. **Mudança da estrutura do direito internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.
- FUKUYAMA, Francis. **State building – gouvernance et ordre du monde au XXI^e siècle**. Paris : La Table Ronde, 2005.
- FUKUYAMA, Francis. **The end of history and the last man**. New York: Perennial (HarperCollins Publishers), 2002.
- FURTADO, Celso. «*Desenvolvimento e subdesenvolvimento*» (in *Cinquenta anos de pensamento na CEPAL - volume I*. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 239–262)
- GILBERT, Christopher L.; VINES, David (Org.). **The World Bank: structure and policies**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- GINTIS, Herbert; et al. **Moral sentiments and material interests: the foundations of cooperation in economic life**. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2005.

- GLAESER, Edward. L.; SHLEIFER, Andrei. « *The rise of the Regulatory State* » (in **Journal of Economic Literature**, XLI, Jun. 2003, p. 401-425). Disponível em <http://www.economics.harvard.edu/faculty/shleifer/files/rise_reg_state.pdf.> Último acesso em 13 de janeiro de 2013.
- GOLD, Joseph. «*Conditionality*» (in **Pamphlet series n° 31**, Washington: FMI, 1979).
- GOLD, Joseph. **Legal and institutional aspects of the international monetary system: selected essays (vol. 1 e 2)**. Washington: FMI, 1979.
- GOLD, Joseph. «*The legal character of the Fund's stand-by arrangements and why it matters*» (in **Pamphlet series n° 35**, Washington: FMI, 1980).
- GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- GRAU, Eros Roberto. **Direito posto e direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GROSS, Leo. «*The peace of Westphalia : 1648-1948* » (in **The American Journal of International Law**, Vol. 42, n° 1, Janeiro/1948, pp. 20-41). Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2193560>. Acesso em: 03/11/2010
- GUGGENHEIM, Paul. **Contribution à l'histoire des sources du droit des gens** (RCADI-1958-II, Vol. 94, pp. 1-84).
- GUITIAN, Manuel. “*The unique nature of the responsibilities of the International Monetary Fund*” (in **Pamphlet series n. 46**, Washington: FMI, 1992).
- HANDL, Günther. **Multilateral Development Banking: Environmental principles and concepts reflecting general international law and public policy**. The Hague; London; Boston: Kluwer Law International, 2001.
- HAQUIANI, Zalmai; SAUNIER, Philippe. **Droit international de l'économie**. Paris : Ellipses Editions, 2007.
- HASS, Larry; MAZZEI, Leonardo; O'LEARY, Donal. «*Setting standards for communication governance – the example of infrastructure projects*» (in **World Bank working paper n° 121**, Washington: 2007)
- HENKIN, Louis. **International Law: politics, values and functions** (RCADI-1989-IV, T. 216, pp. 9-416).
- HOBBSAWM, Eric J. **A era das revoluções: 1789-1848**. São Paulo: Paz e Terra, 2010.
- HOBBSAWM, Eric J. **A era do capital: 1848-1875**. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

- HOBBSAWM, Eric J. **A era dos impérios: 1875-1914**. São Paulo: Paz e Terra, 2010.
- HOBBSAWN, Eric J. **Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991**. São Paulo: Companhia das letras, 2008.
- HOBBSAWM, Eric. « *Socialism has failed. Now capitalism is bankrupt. What comes next?* », (in **The Guardian**, 10 de abril de 2009). Versão em língua portuguesa republicada pela Folha de São Paulo em 06 de outubro de 2012. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/1162270-hobsbawn-o-socialismo-fracassou-agora-o-capitalismo-faliu-o-que-vira-a-seguir.shtml>
- HOFFMAN, Scott L. **The law and business of international project finance**. New York: Cambridge University Press, 2008.
- HOLMES, O. W. Jr. **The path of the Law**. (in 10 Harvard Law Review 457, 1897). Disponível em: <http://www.gutenberg.org/files/2373/2373-h/2373-h.htm>. Último acesso em 13 de janeiro de 2013.
- HORSEFIELD, James Keith. **The International Monetary Fund: 1945-1965: Twenty years of International Monetary Cooperation**, Vol. 1-3. Washington: IMF, 1969.
- HUCK, Hermes Marcelo. **Contratos com o Estado: aspectos de direito internacional**. São Paulo: Gráfica Editora Aquarela S.A., 1ª Ed., 1989.
- HUNTER, David. « *The World Bank New Inspection Panel: Will It Increase the Bank's Accountability ?* » (in **Center for International Environmental Law – CIEL brief n° 1. Washington: 1994**). Disponível em: <http://www.ciel.org/Publications/issue1.html>. Último acesso em: 03 de janeiro de 2013.
- HYDE, James N. **Economic Development Agreements**. (RCADI-1962-I, T. 105, pp. 267-374).
- JACKSON, John H.; DAVEY William J.; SYKES Alan O. Jr. **Legal problems of international economic relations: cases, materials and text on national and international regulation of transnational economic relations**. St. Paul, MN: West Publishing Co., 1995.
- JACQUÉ, Jean-Paul. « *A propos de la promesse unilatérale* » (in **Le droit international – unité et diversité (Mélanges offerts à Paul Reuter)**, Paris : Pedone, 1981)

- JAMES, Harold. «*From grandmotherliness to governance: the evolution of IMF conditionality*» (in **Finance & development** - v. 35, n°4), Washington: FMI, 1998. Disponível em: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/1998/12/james.htm>. Acesso em 09/10/2012
- JAYME, Erik. **Idéité culturelle et intégration**: le droit international privé postmoderne (RCADI 1995- II, T 251, pp. 9-267).
- JAYME, Erik. **Le droit international privé du nouveau millénaire** : la protection de la personne humaine face à la globalisation. Académie de Droit International de la Haya (Conférence prononcée le 24 juillet 2000).
- JEANNENEY, Sylviane. **G. Monnaie et finances**. Paris: PUF, 1998
- JENKS, Clarence Wilfred. **El derecho comun de la humanidad**. Madrid: Editorial Tecnos, 1968.
- JENKS, Clarence Wilfred. **Direito, Liberdade e Bem-estar**. Rio de Janeiro; São Paulo; Lisboa: Editora Fundo de Cultura, 1964.
- JENNINGS, Robert Yewdall. «*State Contracts in international law*» (in **37 Brit. Y. B. Int'l L. 156 1961**) Disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/byrint37&div=6&id=&page=>. Acesso em 14 de fevereiro de 2012.
- JÈZE, Gaston. **La garantie des emprunts publics d'Etat** (RCADI 1925, vol. 7, pp. 151-236).
- JUILLARD, Patrick. **L'évolution des sources du droit des investissements** (RCADI-1994-VI, T. 250, pp. 9-215).
- KAPUR, Devesh ; LEWIS, John P.; WEBB, Richard C. **The World Bank: its first half century** (vol. 1 e 2). Washington: Brookings Institution Press, 1997.
- KELEMEN, R. Daniel; SIBBITT, Eric C. «*The Globalization of American Law*» (in **International Organizations**, n° 58, 2004, pp. 103-136) Disponível em < http://fas-polisci.rutgers.edu/dkelemen/research/kelemen-sibbitt_globalizationofamericanlaw.pdf >. Último acesso em 13 de janeiro de 2013.
- KEYNES, John Maynard. **The collected writings of John Maynard Keynes**. Volume XXV: Activities 1940-1944. Shaping the Post-War World: The Clearing Union. Cambridge: Cambridge University Press, 1980.

- KEYNES, John Maynard. **The collected writings of John Maynard Keynes.** Volume XXVI: Activities 1941-1946. Shaping the Post-War World: Bretton Woods and Reparations. Cambridge: Cambridge University Press, 1980.
- KINNEAR, Meg. **Introduction to ICSID: International Centre for Settlement of Investment Disputes.** Washington, D.C.: Conferência proferida na American University - Washington College of Law, em 5 de abril de 2012.
- KIMBALL, Warren F. **Churchill & Roosevelt, the complete correspondence** (vol. II). Princeton, NJ: Princeton University Press, 1984.
- KISSINGER, Henry. **Diplomacy.** New York: Simon & Schuster Paperbacks, 1994.
- KRUEGER, Anne O. « *Whither the World Bank and the IMF?* » (in **NBER Working Paper, n. 6327**, Cambridge, MA, NBER, 1997) Disponível em <<http://www.nber.org/papers/w6327>>. Último acesso em 13 de janeiro de 2013.
- KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna:** Novas teorias sobre o mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2006.
- KUNZ, Josef L. **La crise et les transformations du droit des gens** (RCADI 1955, vol. 88, issue II, pp. 1-104)
- LA PORTA, Rafael ; LOZEZ-DE-SILANE, Florencio ; SHLEIFER, Andrei ; VISHNY, Robert W. « *Legal determinants of external finance* » (in **Journal of Finance**, volume 52, n° 3, 1997, p. 1131–1150)
- LALIVE, Jean-Flavien. **Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées: développements récents** (RCADI 1983, vol. 181, pp. 9-234).
- LALIVE, Jean-Flavien. **L'immunité de juridiction des Etats et des Organisations Internationales** (RCADI 1953, vol. 84, pp. 205-396)
- LAUTERPACHT, Elihu. « *Gentleman's agreements* ». (in **Internationales Recht und Wirtschaftsordnung: Festschrift für F. A. Mann**, Munich: Werner Flume, 1977)
- LAUTERPACHT, Hersch. **The function of law in the international community.** New Jersey: The Lawbook exchange, Ltd., 2005.
- LAVALLE, Roberto. **La Banque Mondiale et ses filiales : aspects juridiques et fonctionnement.** Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Collections Bibliothèque de droit international 65, 1972.
- LE FUR, Louis-Erasme. **Le développement historique du droit international.** (RCADI-1932, T. 41, p. 501-601)

- LEBEN, Charles. **La théorie du Contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements** (RCADI 2003, vol. 302, pp. 197-386).
- LELART, Michel. **Le système monétaire international**. Paris : La Découverte, Coll. Répères, 2003.
- L'HUILLIER, Jacques A. **Théorie et Pratique de la Coopération Économique Internationale**. Paris: Éditions M. Th. Génin, 1957.
- LOTMAN, Yuri. **La Semiosfera**: vol. I: Semiótica de la cultura y del texto. Madrid: Ediciones Cátedra, série Frónesis, 1996.
- LOWENFELD, Andreas F. **International economic law**. New York: Oxford University Press, 2008.
- MALANCZUK, Peter. **Akehurst's modern introduction to International Law**, London: Routledge, 1997.
- MANN, Frederick Alexander. « *Law Governing State Contracts* » in **21 Brit. Y. B. Int'l L. 11** (1944). Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/byrint21&div=6&id=&page=>. Acesso em 25 de outubro de 2012.
- MARIGUETTO, Andrea. **O Acesso ao Contrato**: sentido e extensão da função social do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- MARSHALL, Katherine. **The World Bank: from reconstruction to development to equity**. New York: Routledge (Taylor & Francis Group), 2009.
- MARTY, Frédéric ; TROSA, Sylvie ; VOISIN, Arnaud. **Les partenariats public-privé**. Paris : La Découverte, Collection Repères, 2006.
- MASON, Edward S.; ASHER, Robert E. **The World Bank since Bretton Woods**. Washington: The Brookings Institute, 1973.
- MATTOUT, Jean-Pierre. **Droit bancaire international**. Paris : Revue Banque Édition, 2004.
- MATTOUT, Jean Pierre. « *O financiamento de projeto ou o poder do contrato* » (in **Revista de direito bancário e do mercado de capitais – ano 2, n° 4**), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, janeiro-abril/1999, pp. 71–79)
- MAYER, Pierre « *La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat* » (in **Journal du Droit International**, Paris: jan/fev/mar 1986, pp. 5-78)

- MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional** (Vols. I e II). Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- MERRIEN, François-Xavier. **L'État-providence**. Paris: PUF, 2007.
- MIRANDA, Luiz Ricardo de. **Les lettres d'intention au Fonds Monétaire International**. Tese apresentada para obtenção do título doutor em direito em direito e financiamento do desenvolvimento. Institut du Droit de la Paix et du Développement – Université de Nice Sophia Antipolis, 2007.
- MIRANDA, Luiz Ricardo de. **Le processus de libéralisation financières : les leçons du Brésil, du Chili et de l'Argentine**. *Mémoire* apresentado para obtenção do DEA - *Diplôme d'Études Approfondies* em direito em direito e financiamento do desenvolvimento. Institut du Droit de la Paix et du Développement – Université de Nice Sophia Antipolis, 2002.
- MOSES, Margaret L. **The Principles and Practice of International Commercial Arbitration**. New York: Cambridge University Press, 2010.
- NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e normas do Direito Internacional: um estudo sobre a soft law**. São Paulo: Atlas, 2ª. Ed., 2006.
- NEVITT, Peter. K.; FABOZZI, Frank. **Project financing**. London: Euromoneybooks, 2000.
- NIXON, Richard. « *Private Investment and the economic change* » (in **The Department of State Bulletin**, v. 37, n° 958, pp. 703-707, Out/Dez.1957). Disponível em: <http://archive.org/details/departmentofstat3757unit>. Último acesso em 28 de novembro de 2012.
- NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.
- NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.
- NUSSBAUM, Arthur. **A concise history of the law of nations**. New York: The Macmillan Company, 1947.
- NUSSBAUM, Arthur. **Uma história do dólar**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.
- OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

- ÖRÜCÜ, Esin. «*Law as transposition*» (in **The International and Comparative Law Quarterly**, vol. 51, n° 2, Abr. 2002, pp. 205-223) Disponível em < <http://www.jstor.org/stable/3663227> > Último Acesso em 13 de janeiro de 2013
- OSIEKE, Ebere. «*The Legal Validity of Ultra Vires Decisions of International Organizations*» (in **The American Journal of International Law**, Vol. 77, No. 2, Abr., 1983, pp. 239-256) Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2200852>. Último acesso em: 10 de abril de 2012.
- OSIEKE, Ebere. «*Unconstitutional Acts in International Organisations: The Law and Practice of the ICAO*» (in **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 28, No. 1, Jan., 1979, pp. 1-26) Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/758550>. Último acesso em: 10 de abril de 2012.
- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. **Le droit international à la veille du vingt et unième siècle : normes, faits et valeurs** (RCADI 1998, T. 274, pp. 9-308).
- PAULSSON, Jan. “*Indirect expropriation: is the right to regulate at risk?*”. (In **Making the most of international agreements: a common agenda**, Symposium Co-organised by ICSID, OECD and UNCTAD, Paris: OECD Headquarters, 12 de dezembro de 2005).
- PAVANI, Sérgio Augusto Zampol ; ANDRADE, Rogério Emílio (Org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: MP Editora, 2006.
- PELLET, Alain. **Le droit international du développement**. Paris : P.U.F., 1987.
- PEREIRA, Antonio Celso Alves. «*O recurso à força pelos estados e a legítima defesa no direito internacional contemporâneo*» (in **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello**, Carlos Alberto Menezes Direito, Antonio Augusto Cançado Trindade, Antonio Celso Alves Pereira (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008)
- PEREIRA, João Márcio Mendes. **O Banco Mundial com ator político, intelectual e financeiro** (1944-2008). Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2010.
- PETITEVILLE, Frank. «*Les figures mythiques de l’Etat dans l’économie du développement*» (in **Revue Problèmes économiques**, – n° 2587, octobre 1998 – p. 14–20).
- PHILLIPS, David A. **Reforming the World Bank: Twenty years of trial – and error**. New York: Cambridge University Press, 2009.

- PIQUEMAL, Alain. « *La notion de ‘conditionnalité’ et les organisations internationales économiques et financières* » (in **Mélanges en l’honneur du Doyen Pual Isoart**. Paris : Pedone, 1996, pp. 306-318).
- POGGI, Gianfranco. **A evolução do Estado moderno** – uma introdução sociológica. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.
- PORTER, Gilbert. « *Risk is not so political after all* » (in **Global Infrastructure Development: World Markets in 1999**, Washington DC: 7º Annual World Economic Development Congress, 1998, p. 63-67)
- POSNER, R. A. «Theories of economic regulation». (in **The Bell Journal of Economics and Management Science**, vol. 5, n. 2, p. 335, 1974). Disponível em: < <http://www.jstor.org/stable/3003113> >. Acesso em 21 de fevereiro de 2012.
- RACHED, Gabriel. « *A evolução das políticas de desenvolvimento do Banco Mundial no contexto das transformações internacionais* » Toulouse: VI Congresso CEISAL, 2010. Acesso em: 20.08.2012, <http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/49/61/94/PDF/GabrielRached.pdf>
- RANGEL, Vicente Marotta. **Direito e relações internacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- RAUSTIALA, Kal. « *Form and substance in international agreements* » (in **American Journal of International Law - volume 99, n° 3**, Washington: American Society of International Law, julho/2005 – p. 581–614)
- REALE, M. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- REUTER, Paul. **Droit international public**. Paris : Presses Universitaires de France, 1993.
- REUTER, Paul. **Institutions internationales**. Paris : Presses Universitaires de France, Coll. Thémis, 1962.
- REUTER, Paul. **Introduction au droit des Traités**. Paris : Presses Universitaires de France, 1995.
- REUTER, Paul. Mélanges. **Le Droit international: unité et diversité public** (Mélanges offerts à Paul Reuter). Paris: Pedone, 1981.
- REUTER, Paul. Mélanges. **Principes de droit international public**. (RCADI-1961-II, vol. 103, pp. 425-656)
- REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2007.

- RIGAUX, François. **Nouveaux itinéraires em droit: hommage à François Rigaux** (Mélanges Rigaux). Bruxelas: Bruylant, 1993.
- RIGAUX, François. **Droit public et droit privé dans les relations internationales**. Paris: Pedone, 1977, p. 373.
- ROCHE, Jean-Jacques. **Le système international contemporain**. Paris : Montchrestien, 1998.
- RODRIK, Dani. «*Why is there multilateral lending?*» (in **NBER Working Paper (n. 5160)**, Cambridge, MA: NBER, 1995)
- SALOMÃO FILHO, Calixto. «*Globalização e teoria jurídica do conhecimento econômico*», (in **Direito Global**, São Paulo: Max Limonad, 1999)
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e concorrência: estudos e pareceres**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito bancário**. São Paulo: Atlas, 2005.
- SALOMÃO NETO, Eduardo. «*O financiamento de projetos com recursos internacionais (Project finance)*» (in **Revista de direito bancário e do mercado de capitais – ano 7**), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, janeiro-março/2004, pp. 53-92)
- SALOMÃO NETO, Eduardo. **O trust e o direito brasileiro**. São Paulo: LTR,1996.
- SANTOS, Alvaro. «*Carving Out Policy Autonomy for Developing Countries in the World Trade Organization: The Experience of Brazil and Mexico* » (in **Virginia Journal of International Law, Vol. 52, n° 3**, Charlottesville, VA: 2012). Disponível em : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2030966 Acesso em 19 de setembro de 2012.
- SANTOS, Alvaro. «*The World Bank's uses of the 'rule of law' promise in economic development* » (in **The new law and economic development: a critical appraisal**, New York: Cambridge University Press, 2006). Disponível em http://www.utexas.edu/law/faculty/pubs/as8448_pub.pdf. Acesso em 19 de setembro de 2012.
- SAUNIER, Philippe. «*Le système financier et monétaire international*» (in **Droit international de l'économie**, Paris : Ellipses Editions, 2007, pp. 67-184)

- SCANNAVINO, Aimé. **Les marchés financiers internationaux**. Paris : Dunod, 1999.
- SCHERMERS, Henry G. «*The legal bases of international organization action*» (in **Manuel sur les organisations internationales** – a handbook on international organizations, Dordrecht ; Boston ; Lancaster : Martinus Nijhoff Publisheurs, 1998)
- SEKFALI, Zine. **Droit des financemets structurés**. Paris: Revue Banque Édition, 2004
- SHIHATA, Ibrahim F. I. «*Democracy and development* » (in **The International and Comparative Law Quartely** – Vol. 46, n° 03, pp. 635-643, julho 1997). Disponível em <http://www.jstor.org/stable/761277>. Acesso em: 28.02.2012.
- SHIRATA, Ibrahim F. I. **The Legal Treatment of Foreign Investment: The World Bank Guidelines**. Dordrecht ; London ; Boston: Martinus Nijhoff Publisheurs, 1993.
- SHIRATA, Ibrahim F. I. **The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and the legal treatment of foreign investments** (RCADI-1987-III, vol. 203, pp. 95-320).
- SHIRATA, Ibrahim F. I. **The World Bank in a changing world: Selected Essays**. Dordrecht ; London ; Boston: Martinus Nijhoff Publisheurs, 1991.
- SHIRATA, Ibrahim F. I. **The World Bank in a changing world (Vol. III)**. Hague ; London ; Boston: Martinus Nijhoff Publisheurs, 2000.
- SHIRATA, Ibrahim F. I. **The World Bank Legal Papers**. Dordrecht ; London ; Boston: Martinus Nijhoff Publisheurs, 2000.
- SHIRATA, Ibrahim F. I. **The World Bank Inspection Panel: in Practice**. New York: Oxford University Press, 2000.
- SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: editora Atlas, 2004.
- SOLOMON, Robert. **O sistema monetário internacional: 1945-1976**. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The international law on foreign investment**. New York: Cambridge University Press, 3ª edição, 2010.
- SQUIRE, Lyn. «*Why the World Bank should be involved in development research*» (in **The World Bank: structure and policies**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pp. 108-131)

- STIGLER, George. J. «*The Theory of Economic Regulation*» (In **The Bell Journal of Economics and Management Science**, vol. 2, n. 1, p. 3-21, 1971). Disponível em < <http://www.jstor.org/stable/3003160>> Acesso em 8 de agosto de 2008.
- STIGLITZ, J. E. «*Introduction* » (in **The World Bank: structure and policies**, GILBERT, Christopher L.; VINES, David (Org.), Cambridge: Cambridge University Press, 2000).
- SUNDFELD, Carlos Ari. «*A administração pública na era do direito global*» (in **Direito Global**, São Paulo: Max Limonad, 1999)
- SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Org.) **Direito Global**, São Paulo: Max Limonad, 1999.
- SUREDA, Andrès Rigo. **The law applicable to the activities of International Development Banks** (RCADI-2004, volume 308 , pp. 9-252).
- SØRENSEN, Max. **Principes de droit international public: cours général** (RCADI 1960, vol. 101, issue III, pp. 1-254).
- TEULON, Frédéric. **Les pays en développement**. Paris: Hachette, Coll. Les Fondamentaux, 1999.
- TIMMER, Peter. «*Quel modèle de développement* » (in **Problèmes économiques**, n° 2480, jul. 1996, pp. 1–4)
- TIMSIT, Gérard. «*Critique de la gestion pure: du changement dans le secteur public des pays d'Europe occidentale*». (In *Revue Internationale de Politique Comparée*, Vol. 11, n° 2, 2004) Disponível em <http://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/pols/documents/Critique_de_la_gestion_pure.pdf> Último acesso em 13 e janeiro de 2013.
- TIMSIT, Gérard. «*La régulation. La notion et le phénomène* » (in **Revue française d'administration publique**, N°109, 2004-1, p. 5-11) Disponível em <http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=RFAP&ID_NUMPUBLIE=RFAP_109&ID_ARTICLE=RFAP_109_0005> Acesso em 19 de março de 2009.
- TOLEDO, Anne-Marie ; LIGNIÈRES, Paul. **Le financement de projet**. Paris: Loly, 2002.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Princípios do Direito Internacional Contemporâneo**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

- TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro (ed.). **The new law and economic development: a critical appraisal**, New York: Cambridge University Press, 2006.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. **Histoire du droit international**. Paris: Economica, 1995
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. **L'expansion de la société internationale aux XIX^e et XX^e siècles** (RCADI-1965, volume 116 , issue III , pp. 89-179).
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. **Genèse et structure de la société internationale** (RCADI-1959-I, vol. 96, pp. 553-642).
- TUNKIN, Grigory I. **Theory of international law**. Massachusetts: Harvard University Press, 1974.
- UDALL, Lori. **The World Bank Inspection Panel: A Three Year Review**. Washington: Bank Information Center, 1997.
- VERDROSS, Alfred. «*On the Concept of International Law*» (in **The American Journal of International Law**, Vol. 43, No. 3 – Julho de 1949, pp. 435-440). Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2193637>. Acesso em: 12/08/2009.
- VERDROSS, Alfred. «*Quase-International Agreements and International Economic Transactions* » (in **Yearbook of World Affairs**, 1964, pp. 230-247)
- VERHOEVEN, Joe. «*Les activités normatives et quasi normatives* » (in **Manuel sur les organisations internationales** – a handbook on international organizations, Dordrecht ; Boston ; Lancaster : Martinus Nijhoff Publisheurs, 1998)
- VIRALLY, Michel. «*A propos de 'lex ferenda'*» (in **Le droit international** – unité et diversité : Mélanges offerts à Paul Reuter. Paris : Pedone, 1981).
- VIRALLY, Michel. «*La valeur juridique des recommandations des organisations internationales* » (in **Annuaire Français de Droit International**, Paris : Pedone, 1956).
- VIRALLY, Michel. «*La distinction entre textes internationaux ayant une portée juridique entre leurs auteurs et textes qui en sont dépourvus* » (in **Annuaire IDI**, Paris: Pedone, 1983, p. 166–257)
- VIRALLY, Michel. **L'organisation mondiale**. Paris: Colin, 1972.
- VINTER, Graham D. **Project finance**. Londres: Sweet & Maxwell, 1995
- WALLERSTEIN, Immanuel. «*C'était quoi, le Tiers monde?* » (in **Problèmes économiques**, n° 2684, out. 2000, pp.1-5)

- WEAVER, James H. **The International Development Association: A new approach to foreign aid.** New York: Praeger, 1965.
- WEIL, Prosper. **Le droit international en quête de son identité** (RCADI-1992-VI, T. 237, pp. 9-370).
- WEIL, Prosper. **Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier** (RCADI-1969, T. 128, pp. 95-240).
- WEIL, Prosper. « *Vers une normativité relative en droit international ?* » (in **Revue Générale de Droit International Public** – Tome LXXXVI. Paris: Pedone, 1982 – pp. 5–47)
- WENGLER, Wilhelm. « *Les conventions ‘non juridiques’ (nichtrechtliche verträge) comme nouvelle voie à côté des conventions en droit (rechtsverträge)* » (in **Nouveaux itinéraires en droit : Hommage à François Rigaux : Mélanges Rigaux**, Bruxelles : Bruylant, 1993, pp. 637-656)
- WILLIAMSON, John (org.). **IMF Conditionality.** Washington: Institute for International Economics, 1983.
- WILLIAMSON, John. « *The lending policies of the International Monetary Fund* » (in **IMF Conditionality**, Washington: Institute for International Economics, 1983).
- WISE, Edward. M. « *The transplant of legal patterns* » (in **The American Journal of Comparative Law** Vol. 38, Supplement, 1990) Disponível em < <http://www.jstor.org/stable/840531> > Último acesso em 13 de janeiro de 2013.
- WOLFENSOHN, James D. «*The Other crisis*». Discurso proferido na reunião do Conselho de Governadores do BIRD em 6 de outubro de 1998. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/NEWS/Resources/jdwsp100698-en.pdf>. Acesso em 29 de agosto de 2012
- WOOD, Philip R. **International loans, bonds and securities regulation.** Londres: Sweet & Maxwell, 1995.
- WOOD, Philip R. **Project finance, subordinated debt and state loans.** Londres: Sweet & Maxwell, 1995.
- WOODS, Ngaire. « *The Challenges of multilateralism and governance* » (in **The World Bank : structure and policies**). Cambridge: Cambridge University Press, 2000

- YESCOMBE, Edward R. **Principles of Project Finance**. Oxford: Academic Press (Elsevier), 2002.
- ZEIN, Youmna. **Les pools bancaires: aspects juridiques**. Paris: Economica, 1998.
- ZEMANEK, Karl. **The legal foundations of the international system** (RCADI-1997, T. 266).
- ZWEIGERT, Konrad ; KÖTZ, Hein. **Introduction to comparative law**. New York: Oxford University Press, 1992.

Institucionais

- BANCO MUNDIAL. **Good Practice Note for Development Policy Lending: designing development policy operations**. Washington, DC: World Bank, 2011.
- BANCO MUNDIAL. **World development report 2002 – building institutions for market**. New York: Oxford University Press, 2002.
- BANCO MUNDIAL. **World development report 2005 – a better investment climate for everyone**. New York: World Bank and Oxford University Press, 2005.
- BANCO MUNDIAL. **World Investment and Political Risk 2009**. Washington: World Bank, 2010.
- BANCO MUNDIAL. **Accelerated Development in Sub-Saharan Africa: an agenda for action**. Washington: World Bank, 1981. Disponível em: http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2000/04/13/000178830_98101911444774/Rendered/PDF/multi_page.pdf. Acesso em 12 de setembro de 2012.
- BANCO MUNDIAL. **Toward sustained development in Sub-Saharan Africa**. Washington, DC: World Bank, 1984. Disponível em: http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2000/02/17/000178830_98101901102515/Rendered/PDF/multi_page.pdf. Acesso em 12 de setembro de 2012.
- BANCO MUNDIAL. **Private Sector Development: Strengthening the Bank Group Effort**. Washington, DC: World Bank, 1991.
- BANCO MUNDIAL. **Sub-Saharan Africa: from crisis to sustainable growth**. Washington, DC: World Bank, 1989. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/1999/12/02/000>

[178830_98101901364149/Rendered/PDF/multi0page.pdf](http://www.fim.org.br/178830_98101901364149/Rendered/PDF/multi0page.pdf). Acesso em 12 de setembro de 2012.

- BANCO MUNDIAL (Independent Evaluation Group). **The World Bank Group Guarantee Instruments 1990-2007: An Independent Evaluation**. Washington: World Bank, 2009.
- BANQUE CENTRALE EUROPEENNE. « *Les évolutions récentes de la coopération internationale* » (in **Bulletin mensuel de la BCE**, Banco Central Europeu, fevereiro 2002)
- FUNDO MONETARIO INTERNACIONAL; BANCO MUNDIAL. **Strengthening IMF-World Bank collaboration on country programs and conditionality – progress report**. Washington, FMI, 2002.
- FUNDO MONETARIO INTERNACIONAL (Staff paper). **Fund Conditionality: a provisional update**. Washington, DC: FMI, 2004
- FUNDO MONETARIO INTERNACIONAL (Departamento de Tesouraria). **Organisation et opérations financières du FMI**. Washington, D.C.: FMI (Série des brochures – n° 45-F), 2001.
- INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION (IFC). **Project finance in development countries. Lessons of experience n° 7**, Washington : 1999.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso Reparação dos danos sofridos em serviço da ONU (Injuries case)*. Consulta de 11 de abril de 1949. Disponível em : <http://www.icj-cij.org/docket/files/4/1834.pdf>. Acesso em 24 de junho de 2011.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (2ª Demanda)*. Decisão de 05 de fevereiro de 1970. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5386.pdf>. Acesso em: 24 de junho de 2011.
- CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNAIONAL. *Caso Vapeur “Wimbledon”*. Decisão de 17 de agosto de 1923. Disponível em: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_01/03_Wimbledon_Arret_08_1923.pdf. Acesso em: de junho de 2011.
- CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNAIONAL. *Caso Lotus*. Decisão de 7 de setembro de 1927, série A, n° 10. Disponível em: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf. Acesso em: 13 de junho de 2011.

- MULTILATERAL INVESTMENT GUARANTEE AGENCY (MIGA),
Commentary on the Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee
Agency. Washington, D.C.: MIGA. Disponível em
http://www.miga.org/documents/commentary_convention_november_2010.pdf.
Acesso em: 3 de janeiro de 2013.