

ALCA - O processo de negociação sobre investimentos

Henri Eduard Stupakoff Kistler *

I - ANTECEDENTES

O debate sobre investimentos esteve presente na ALCA desde os seus primórdios, sendo o tema de um dos 7 Grupos de Trabalho criados pela Reunião Ministerial de Denver em 1995¹. Por sua vez, esses grupos prepararam o terreno para o início das negociações específicas de cada tema, cujo marco foi a criação dos 9 Grupos de Negociação na Reunião Ministerial de San José em 1998. Nessa ocasião, foi mantida a idéia de que o acordo deveria ter um capítulo específico destinado ao tema, sendo criado, para este fim, o Grupo Negociador de Investimentos –(conhecido pela sigla em inglês NGIN)².

Na Reunião Ministerial de San José, foi designado um mandato ao NGIN, qual seja: *"estabelecer um marco jurídico justo e transparente que promova os investimentos mediante a criação de um ambiente estável e previsível, que proteja os investidores, seus investimentos e os fluxos a eles relacionados, sem criar obstáculos aos investimentos de fora do hemisfério"*.

Como grande desafio do NGIN, reside o fato de que, a despeito de diversas tentativas, inexistente um grande acordo multilateral sobre o tema, o qual poderia servir de base para as negociações. Tradicionalmente, os acordos sobre investimento são de natureza bilateral,

¹ Ver cláusula 5 da Reunião Ministerial, Denver, Estados Unidos, 30 de junho de 1995. Os demais grupos de trabalho constituídos à época foram: Acesso a Mercados; Procedimentos Alfandegários e Regras de Origem; Padrões e Barreiras Técnicas ao Comércio; Medidas Sanitárias e Fitossanitárias; Subsídios, Antidumping e Direitos Compensatórios; e Economias Menores.

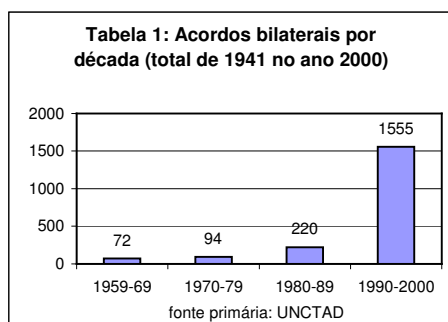
² Ver Cláusula 11 da Reunião Ministerial de San José, Costa Rica, 19 de Março de 1998. Os grupos Negociadores ali constituídos foram: acesso a mercados; investimentos; serviços; compras governamentais; solução de controvérsias; agricultura; direitos de propriedade intelectual; subsídios, antidumping, e medidas compensatórias; e políticas de concorrência.

tendo o arcabouço jurídico criado pelos mesmos grande influência sobre as tentativas de acordo multilateral.

Os acordos bilaterais sobre investimentos (BITs)

O mundo pós-guerra observou a independência de várias nações. Abolidas as prerrogativas políticas que as antigas metrópoles detinham sobre suas colônias, era natural que outros Estados desenvolvidos buscassem investir nesses novos mercados, mas que o fizessem com uma preocupação sobre a possibilidade de remessa de lucros e com os perigos da desapropriação. A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE teve participação significativa no assunto através da criação de modelos de acordo e da publicação dos Códigos de Liberalização do Movimento de Capitais e de Operações Correntes Invisíveis de 1961³. Não obstante, a formalização dos acordos foi tratada desde a década de 1960⁴ de maneira bilateral entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento (mesmo porque esses últimos não eram membros da OCDE).

Nos últimos 40 anos, como pode ser visto na tabela 1, impressiona o crescimento do número de acordos, sobretudo nos anos 90. Ao fim de 2001, haviam sido firmados 2099⁵ acordos bilaterais sobre investimentos⁶.



³ Para maiores detalhes sobre esses códigos veja <http://www.oecd.org/pdf/M000015000/M00015423.pdf>

⁴ O primeiro acordo bilateral que se tem registrado foi entre a Alemanha e o Paquistão, datado de 25 de novembro de 1959 e que só entraria em vigor em 1962. Fonte: <http://www.worldbank.org/icsid>.

⁵ Dados referentes ao final de 2001. Fonte: UNCTAD (www.unctad.org).

⁶ Um fenômeno secundário recente, mas relevante de se notar, é o incremento dos acordos entre os países em desenvolvimento. Em 2001, conforme a UNCTAD, totalizaram 66 de um total de 158 acordos.

De uma forma geral, podemos dizer que esses BITs seguem, em sua esmagadora maioria, o seguinte modelo:

- Definição de investimento baseada no conceito de ativos, ou seja, centrado no investimento externo direto;
- Cláusulas de expropriação, as quais devem ser amparadas pelo interesse público e processo legal apropriado, bem como com o pagamento de compensações apropriadas;
- Cláusulas de tratamento nacional e nação mais favorecida, que assegura o tratamento pelo menos igual ao dado a investidores nacionais e de terceiros países;
- Livre transferência de juros, dividendos e lucros, exceto em casos de crise de balanço de pagamentos (em acordo com diretrizes do Fundo Monetário Internacional - FMI);
- Mecanismos de sub-rogação de direitos de indenização dos investidores em favor das agências de seguro de crédito (em muitos casos, a existência de acordos de proteção de investimentos é condição necessária para a emissão de seguro contra riscos políticos);
- Acesso pelo investidor a mecanismos de solução de controvérsias, de natureza arbitral, para assegurar a implementação das obrigações (normalmente e conforme cada acordo, eventuais conflitos são dirimidos *pelo International Centre for Settlement of Investment Disputes* - ICSID, constituído em 1966 e vinculado ao Banco Mundial e a Câmara de Arbitragem do *United Nations Commission on International Trade Law* - UNCITRAL, constituída pelas Nações Unidas também em 1966⁷).
- Acesso aos investimentos de acordo com as leis e regulamentos do país receptor (pós-estabelecimento). Todavia, cumpre-se notar quanto a esse último ponto que os acordos mais recentes firmados por alguns países, destacando-se os Estados Unidos, seguem o modelo do pré-estabelecimento, ou seja, da garantia de direito de acesso pelas normas do próprio acordo.

⁷ A UNCITRAL foi de fato constituída em 1966. Todavia, ela foi encarregada da *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, datada de 1958, e suas regras arbitrais datam de 1972. Fonte: www.uncitral.org.

Quanto ao Brasil, reside um particular: apesar de ter firmado 14 acordos bilaterais e dois regionais no âmbito do Mercado Comum do Cone Sul - MERCOSUL (Protocolos de Colônia e Buenos Aires), nenhum deles foi ratificado pelo Congresso Nacional e, portanto, não estão em vigor.

As tentativas para um acordo multilateral de investimentos

O universo de acordos bilaterais, por um lado, formou uma base legal importante para a discussão de um possível acordo multilateral. Por outro lado, a tarefa será difícil no momento em que cada país deseja que tal acordo seja baseado em seu próprio modelo.

Durante a Rodada Uruguai (1986-94), que culminou com a criação da Organização Mundial do Comércio – OMC (1995), investimentos, em conjunto com serviços e propriedade intelectual constituíam a trindade dos denominados "novos temas"⁸. Porém, somente em duas áreas foi possível alcançar consenso sobre uma moldura de direitos e obrigações multilaterais, que resultaram respectivamente no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (conhecido pela sigla em inglês TRIPS) e no Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (conhecido pela sigla em inglês GATS).

Com relação a investimentos, o entendimento alcançado foi limitado. O acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio (conhecido pela sigla em inglês TRIMs) limita-se a formular uma lista exemplificativa de medidas de investimentos inconsistentes com os dispositivos de tratamento nacional e restrições quantitativas, como requerer o uso de índices de nacionalização de insumos ou definir percentuais de exportação para a produção.

Outra vertente alcançada pela Rodada Uruguai no tocante a investimentos é relativa às obrigações do denominado Modo 3 do GATS ou seja, à presença comercial dos prestadores

⁸ Esse rótulo não é meramente pejorativo: enquanto temos registro do comércio internacional de bens há mais de 5.000 anos (Egito antigo), somente com o advento tecnológico da computação e das telecomunicações é que se pôde pensar em comércio internacional de serviços e de propriedade intelectual.

de serviços nos países que consomem esses serviços. É importante salientar que o acordo GATS engloba o conceito de pré-estabelecimento, uma vez que prevê sanções a uma possível criação de restrições de acesso a setores previamente liberalizados.

As negociações para o “Acordo Multilateral sobre Investimentos - MAI”, que se iniciaram em 1996, consistiram em mais uma tentativa de obtenção de um acordo multilateral. Esse acordo seria negociado entre os 29 países membros da OCDE (que respondem por aproximadamente 85% dos fluxos de investimento direto no mundo) e posteriormente oferecido a adesão dos países em desenvolvimento. O Brasil, o Chile e a Argentina foram convidados a participar das negociações na condição de observadores. Todavia, essas negociações foram interrompidas em 1998, em meio a intensas campanhas de mobilização de organizações não-governamentais, e por fim com a decisão da França de se retirar das negociações, entre outras razões, receosa de assumir compromissos de desmantelamento progressivo de restrições ao investimento estrangeiro no sensível setor do audiovisual.

Por fim, em 2001, a reunião de Doha deu novamente à OMC a tentativa de montar um acordo multilateral de investimentos, com a idéia de prover um ambiente transparente, previsível e estável particularmente para os investimentos externos diretos. Esse acordo deverá englobar as cláusulas de abrangência e definições básicas; transparência; não discriminação; pré-estabelecimento baseado numa lista positiva, sob o exemplo daquela anexa ao GATS; desenvolvimento; exceções e salvaguardas de balança de pagamentos; e solução de controvérsias⁹. Esse acordo faz parte da nova rodada da OMC, prevista para estar concluída em 2005, mesmo prazo para a Área de livre Comércio das Américas - ALCA entrar em vigor. Como veremos adiante, a opção da OMC pelo pré-estabelecimento é particularmente relevante para a negociação do capítulo ALCA de investimentos.

Os acordos regionais em vigor e sua influência no processo ALCA

Além da influência dos BITs e da experiência resultante da tentativa de um acordo multilateral (MAI), dois acordos regionais sobre investimentos cumprem papel fundamental

⁹ Ver Declaração Ministerial de Doha, documento WTO/MIN(01)/DEC/1, cláusulas 20 a 22.

nas negociações da ALCA: o Capítulo 11 do Acordo de Livre Comércio da América do Norte (conhecido pela sigla em inglês NAFTA), sobre o qual a proposta dos Estados Unidos é baseada, e o Protocolo de Buenos Aires¹⁰, sob o qual foi construída a proposta inicial do MERCOSUL, mesmo porque esse acordo fixa um teto para a disciplina dos investimentos fora do bloco.

O NAFTA e o Protocolo de Buenos Aires seguem modelos díspares. Esse último é baseado nos tratados bilaterais mais antigos e prega garantias básicas para o investidor estrangeiro, circunscritas essencialmente aos casos de desapropriação ou expropriação. Estão cobertos, ainda, o tratamento nacional e o de nação mais favorecida, conforme as leis e os regulamentos existentes nos países membros, excetuando-se questões tributárias e compromissos assumidos no contexto de iniciativas da integração regional - essas últimas, cobertas pelo protocolo de Colônia.

Como o acesso aos investidores é regulamentado pelas leis de cada país, o acordo de Buenos Aires é de pós-estabelecimento. Eis a primeira grande vertente em que os dois modelos se chocam. Outra diferença importante é que o capítulo 11 do NAFTA disciplina também os investimentos no setor de serviços, enquanto que o MERCOSUL, seguindo o Modelo GATS da OMC, disciplina-os em seu acordo de serviços, denominado Protocolo de Montevideu¹¹. Como normalmente um acordo sobre investimentos é menos restritivo que um de serviços, é interesse no MERCOSUL o acesso ao setor de serviços, mesmo através de presença comercial, ser regulamentado por aquele capítulo.

Ressalte-se ainda que capítulo 11 do NAFTA apresenta regras ambientais que proíbem a promoção de investimentos mediante a adoção de medidas que sejam consideradas um abrandamento dos regulamentos sobre saúde, segurança ou meio ambiente. O NAFTA prevê ainda que, caso venha a ocorrer uma disputa entre as partes, um Tribunal poderá adotar medidas cautelares que assegurem os direitos da parte reclamante. Esses direitos podem ser reivindicados diretamente por um investidor, visto que o acordo NAFTA prevê a solução de

¹⁰ Cumpre ressaltar que o Protocolo de Buenos Aires ainda não foi ratificado pela maioria dos membros, não estando, portanto, em vigor. Disponível em <http://www.cvm.gov.br/port/inter/mercosul/buenos-p.asp>

¹¹ Disponível em <http://www.cvm.gov.br/port/inter/mercosul/montv-p.asp>

controvérsias Investidor/Estado - novamente um contraponto, visto que no MERCOSUL as disputas se dão exclusivamente através do dispositivo de solução de controvérsias Estado/Estado.

Por fim, cumpre ressaltar que o Canadá e o México, também signatários do NAFTA, nem sempre defendem aquele modelo para a ALCA. O Canadá não apresentou proposta própria em diversos temas, inclusive solução de controvérsias, enquanto que o México defende um acordo que cubra apenas investimentos diretos, na contramão da definição ampla de ativos defendida pelos Estados Unidos. Alguns argumentam que a posição mexicana reflete um posicionamento de não estender aos demais países os benefícios de sua participação no NAFTA.

II - AS NEGOCIAÇÕES SOBRE O CAPÍTULO DE INVESTIMENTOS DA ALCA:

O trabalho da ALCA - e, por conseguinte, do Grupo Negociador de Investimentos - pode ser dividido nas seguintes fases, entre as quais uma reunião ministerial, conforme definido pela Declaração Ministerial de San José (1998)¹²:

Fase 1. Abril de 1998 a outubro de 1999 (I a IV reuniões do NGIN, Miami EUA)¹³:

Definição dos temas a serem tratados em cada capítulo. Naquela ocasião o NGIN apresentou ao Comitê de Negociações Comerciais (conhecido pela sigla em inglês TNC) considerações iniciais sobre os doze temas cujo antigo Grupo de Trabalho havia definido como a estrutura do capítulo:

1- Definições Básicas	2 - Âmbito de Aplicação
3- Tratamento Nacional	4- Tratamento de Nação mais Favorecida

¹² Disponível em http://www.ftaa-alca.org/ministerials/costa_e.asp

¹³ A última reunião do Grupo, nesta fase, deu-se em agosto de 1999.

5- Tratamento Justo e Equitativo	6- Expropriação e Compensação
7- Compensação por Perdas	8- Pessoal de Direção
9- Transferências	10- Requisitos de Desempenho
11- Exceções e Reservas Gerais	12- Solução de Controvérsias

A V Reunião Ministerial da ALCA (Toronto, novembro de 1999) determinou que os grupos negociadores redigissem projetos de redação, ainda que entre colchetes (ou seja, sem consenso), em seus respectivos capítulos, com base nos esquemas anotados, remetendo-os ao TNC, o mais tardar em dezembro de 2000.

Fase 2. Novembro de 1999 a abril de 2001 (V a IX reuniões do NGIN, Miami, EUA)¹⁴:

Nesta fase, cada país ou bloco apresentou suas propostas sobre os 12 temas, sendo importante destacar que o MERCOSUL foi o único participante a apresentar propostas sobre todos eles. Cumpre ressaltar que, nessa época, os Estados Unidos tentaram incluir no acordo 3 novos temas: ambientais, trabalhistas e transparência, sem sucesso, visto que naquela ocasião somente poderiam ser incluídos novos temas por consenso.

Somente após decisão VI Reunião Ministerial (Buenos Aires, Abril 2001), foi aberta novamente a possibilidade de apresentação de novos temas, daí a proposta norte-americana sobre os novos temas ter sido incluída no texto que foi tornado público na página eletrônica da ALCA¹⁵ (também decisão daquela reunião). Foi decidido também que a publicidade do texto e a continuação das negociações se dariam sem a identificação dos autores das propostas¹⁶.

Outra decisão desta Reunião foi estabelecer que o NGIN apresentasse suas recomendações sobre modalidades e procedimentos para negociações até abril de 2002, iniciando-as não depois de 15 de maio de 2002.

¹⁴ A última reunião do Grupo, nesta fase, deu-se em novembro de 2002.

¹⁵ Ver www.ftaa-alca.org.

¹⁶ Por um lado, essa medida foi tomada em nome de facilitar a negociação, mas, por outro lado, complicou-a por dificultar a identificação dos autores e porque, sem dono, somente o plenário de um grupo negociador poderá, então, definir por sua modificação ou retirada.

Fase 3: Maio de 2001 a Outubro de 2002 (X a XVIII reuniões do NGIN, cidade do Panamá, Panamá)¹⁷.

Nesta fase, foram removidos alguns colchetes do texto consolidado, mas permaneceram diferenças de posição substanciais. Considerando a natureza recursiva entre os diversos temas (por exemplo, algumas delegações são abertas a uma definição mais ampla do conceito de investimento se e somente se o acordo não for moldado com cláusula de pré-estabelecimento) e esgotadas as possibilidades de uma decisão técnica, era necessário que algumas diretrizes fossem tomadas antes do início das negociações de pedidos e ofertas.

Assim, em abril de 2002, o TNC foi consultado sobre 3 temas de primordial importância para decidir os rumos da negociação: se o acordo era baseado em pré ou pós estabelecimento, se a presença comercial em serviços deveria ser dada no capítulo de investimentos (modelo NAFTA) ou de serviços (modelo GATS) e se as listas setoriais deveriam ser positivas (o que não for incluído está fora do acordo) ou negativas (o que não for incluído está coberto pelo acordo). Todavia, a única decisão tomada por aquela instância foi que o acordo deveria ter listas negativas e os demais assuntos deveriam continuar a ser considerados a nível técnico.

Assim, entre junho e setembro de 2002 (XVI a XVIII reuniões), o debate não foi tanto centrado em novas aproximações na redação (remoção de colchetes), mas nas recomendações ao TNC sobre métodos e modalidades de negociação. Acordou-se que as ofertas iniciais deverão ser apresentadas entre 15 de dezembro de 2002 e 15 de fevereiro de 2003 e que somente terão acesso às ofertas dos demais países aqueles que já tiverem apresentado as suas.

Na realidade, uma vez que o TNC não definiu diretrizes claras sobre se o acordo será de pré ou pós estabelecimento, bem como se a presença comercial em serviços se dará no capítulo

¹⁷ A última reunião do GNIN, nesta fase, ocorreu em setembro de 2002.

de investimentos e de serviços¹⁸, nem tampouco há consenso dentro do próprio NGIN sobre outros temas relevantes, como a definição de investidor e investimento, esse exercício ficou um tanto prejudicado, pois cada país tenderá a entregar as listas de ofertas iniciais sob o seu ponto de vista particular.

A última reunião Ministerial ocorrida em novembro de 2002 em Quito¹⁹ tampouco aclarou o assunto. A única instrução concreta para o GNIN nessa reunião foi para que o mesmo fizesse discussões contínuas sobre métodos e modalidades. De fato, de o foco geral dessa reunião foi muito mais o calendário do que resolver aspectos técnicos, visto que em 2003 se inicia o último período negociador, sob a presidência conjunta do Brasil e Estados Unidos.

A incapacidade do TNC ou os Ministros resolverem aspectos técnicos reflete meramente a divergência de posições que existem no capítulo de investimentos (e outros) da ALCA. Porém, nesse período final será necessária uma definição sobre esses aspectos, vinda do próprio NGIN ou de instâncias superiores, e quanto mais for postergada essa decisão, maior prejuízo haverá para o processo de negociação como um todo.

A seguir, uma discussão pontual sobre cada um dos temas que estão sendo debatidos pelo GNIN em sua fase atual (fim da terceira fase de negociação):

1. Definições Básicas

O artigo 16 do Texto Consolidado²⁰ pretende listar algumas definições para o capítulo de investimentos. Entre estas definições estão os termos “investimento” e “investidor”.

Como se sabe, existem duas definições básicas sobre investimentos: o conceito amplo, que se refere a “ativos” (investimento direto, investimento em carteira, direito de propriedade intelectual e até derivativos) e o conceito baseado em empresas, que se refere ao controle e propriedade dos negócios, ou seja, apenas investimento direto. Além disso, a definição

¹⁸ Ver documento TNC/21/Rev1 de 27/9/02.

¹⁹ Para acessar o documento de Quito, ver http://www.ftaa-alca.org/ministerials/quito/minist_p.asp.

²⁰ Para acessar o texto consolidado, veja http://www.ftaa-alca.org/ftaadraft/eng/ngine_1.asp.

ampla pode estar sujeita a limitações temporais, apresentar lista de exceções ou, ainda, conter lista ilustrativa.

Nas negociações da ALCA, a Comunidade Andina e os países centro-americanos apresentaram proposta que limitava a definição ao conceito de empresa e operações relacionadas (empréstimos, ações, cotas, direitos de propriedade intelectual etc.), excluindo, de modo explícito, “a propriedade tangível e intangível que não se vincule diretamente com o investimento produtivo”. Mais tarde, o México propôs definição ainda mais restrita, limitada ao investimento direto, argumentando que este era o fluxo que gerava riqueza e emprego.

Os Estados Unidos, por outro lado, defendem definição bastante ampla, que inclui qualquer forma de ativo. Note-se que, à diferença do NAFTA, não há sequer restrição temporal à definição. Nesse ponto, existe uma convergência entre a proposta dos EUA e a do MERCOSUL (exceto no tocante à conta corrente, derivativos e outras questões pontuais), uma vez que o protocolo de Buenos Aires também defende definição ampla de investimentos. Todavia, a proposta MERCOSUL foi arquitetada na linha de um acordo “pós-estabelecimento” e, portanto, a remoção de colchetes nessa cláusula é interdependente da definição da redação final de outras.

2. Âmbito de Aplicação

O Artigo 1 do Texto Consolidado procura estabelecer o âmbito de aplicação do capítulo, ou seja, a quem se aplica a extensão de suas obrigações.

A principal discussão refere-se à opção entre pré-estabelecimento ou pós-estabelecimento. Os Estados Unidos, o Chile e as delegações centro-americanas entendem que o capítulo de investimentos deva incluir cláusula de acesso a mercados. O MERCOSUL, a Comunidade Andina e a Comunidade do Caribe (CARICOM), entretanto, apresentaram proposta que condiciona a admissão do investimento às “leis e regulamentos nacionais”. Ressaltamos que não houve definição do TNC sobre o assunto, que definiu apenas que a oferta inicial estará de

acordo com as “leis e regulamentos nacionais”. Considere-se, todavia, que os países do MERCOSUL aceitaram o mandato da OMC (segundo a declaração de Doha) de iniciar negociações sobre um acordo de investimentos baseado na idéia de pré-estabelecimento, e não faz sentido prever um acordo ALCA, que estaria contido no universo OMC, com efeito menor do que este último.

Os países centro-americanos apresentaram proposta que ressalta a validade do acordo para os níveis subnacionais. O Brasil defende que esta questão é tema horizontal (afeto a todos os capítulos). Por outro lado, no exercício do MAI, os Estados Unidos apresentaram cerca de 300 páginas de exceções, a maioria subnacionais. Nesse ponto, existe uma assimetria entre os países de dimensões continentais (Estados Unidos, Brasil e Canadá) e os demais, visto que as economias menores da região não são federativas, ou seja, suas províncias não têm autonomia e estariam automaticamente vinculadas a um acordo.

3. Tratamento Nacional (TN)

As diferenças de posição situam-se essencialmente entre as delegações que propugnam a inclusão do conceito de “circunstâncias similares” associado ao tratamento nacional e as que consideram o conceito capaz de gerar ambigüidades indesejáveis. Os Estados Unidos sustentam que o conceito, presente no NAFTA, não tem caráter discriminatório: seu objetivo é enfrentar algumas diferenças “*de facto*” e insuperáveis entre a natureza do investimento estrangeiro e o nacional. O MERCOSUL e a Comunidade Andina, por outro lado, temem que esta subjetividade resulte em inúmeras controvérsias jurídicas.

O MERCOSUL, além disso, propôs redação mediante a qual “o tratamento nacional será outorgado de acordo com as leis e regulamentos nacionais”, gerando alguns debates entre as delegações sobre os efeitos desta expressão.

Ponto controverso reside na proposta norte-americana de assegurar a aplicação do tratamento nacional aos níveis de governo estadual e municipal. A posição do MERCOSUL, como salientado anteriormente, é a de que este tema apresenta natureza horizontal. Outro

ponto controverso é o já relatado problema do pré ou pós-estabelecimento, pois é nesta cláusula que o conceito tradicionalmente é aplicável.

O MERCOSUL manifestou igualmente reserva ao conceito de “circunstâncias similares”, associado à concessão de tratamento nacional e tratamento de nação mais favorecida, no entendimento de que tal associação ofereceria demasiada margem de flexibilidade aos Tribunais para determinar situações nas quais esse tratamento poderia ser concedido “*de jure*”, mas não “*de facto*”.

4. Tratamento de Nação Mais Favorecida (NMF)

Os debates acerca do dispositivo de nação mais favorecida foram muito semelhantes àqueles a respeito de tratamento nacional, como a inclusão da expressão “em circunstâncias similares” e o pré ou pós-estabelecimento.

Cumprе ressaltar que, de um modo geral, ao contrário do que existe em bens, a cláusula NMF é, de certa forma, inócua em um acordo de investimentos, só fazendo sentido se um país tratar algum terceiro Estado de forma mais privilegiada que um investidor nacional. Na realidade, esta cláusula tem gerado alguns debates de ordem mais interpretativa do que posicional, como o que exatamente significaria a existência dessa cláusula em acordos sub-regionais (em tese, a ALCA é sub-regional à OMC, e o MERCOSUL sub-regional à ALCA).

Por fim, um cuidado adicional deve ser tomado nas negociações das cláusulas de tratamento nacional e NMF, na medida em que as mesmas também constam do acordo de serviços, e sua redação final dependerá se as mesmas serão afetadas ou não à presença comercial em serviços.

5. Tratamento Justo e Equitativo

As diferenças residem basicamente na referência a normas e princípios de Direito Internacional, apoiada pelos centro-americanos, pelo Chile e pela Comunidade Andina.

O Canadá apresentou proposta de texto em que se menciona o “direito consuetudinário internacional” entre as fontes de direito que assegurariam tratamento justo e equitativo. A proposta canadense se deve à interpretação que Tribunais de Arbitragem, acionados por investidores privados contra o Canadá no âmbito do capítulo 11 do NAFTA, ofereceram ao conceito, considerando-o uma referência a todos os acordos internacionais já subscritos pelo Canadá. Compromissos assumidos em outros contextos puderam ser submetidos ao mecanismo de solução de controvérsias investidor/Estado, com resultados negativos para os interesses canadenses. A expressão “consuetudinário” teria menor abrangência e se relacionaria a padrões de proteção oferecidos pelo direito internacional à pessoa do investidor e a sua propriedade.

6. Pessoal de Direção

Existe certa polarização entre as delegações que querem manter autonomia de suas legislações para regular a entrada de pessoal de direção (Comunidade Andina, sobretudo) e as delegações que não desejariam permitir a instituição de obstáculos à liberdade de contratação das empresas (Estados Unidos e Canadá).

Nessas circunstâncias, a posição do MERCOSUL pode tornar-se estratégica. O MERCOSUL ofereceu definição flexível de pessoal de direção (“considerado indispensável para garantir o controle, a administração e a operação adequada de um investimento”), gerando ambigüidade que pode revelar-se construtiva ao longo das negociações.

Além disso, a proposta do MERCOSUL resguarda a liberdade de contratação por parte do investidor e a autonomia nacional em sua política imigratória (concessão de vistos), o que parece ir ao encontro dos interesses de todas as delegações - principalmente da realidade norte-americana pós 11 de setembro de 2001.

Ainda há debates sobre as relações entre a regulamentação de pessoal de direção, cláusula do acordo de investimentos, e o movimento de pessoas naturais a ser coberto pelo capítulo

de serviços. O Brasil tem defendido a diferença entre estes instrumentos, uma vez que o movimento de pessoas naturais, pelo menos conforme definido no acordo GATS da OMC²¹, dá-se em vários níveis, não apenas entre pessoal de direção.

7. Transferências

As divergências entre as delegações concentraram-se basicamente em quatro aspectos: uso de moeda livremente conversível (todas que possam ser trocadas por outra a um câmbio determinado) ou utilizável (nos países das Américas, somente o dólar norte-americano se encaixa nessa definição do FMI); necessidade de citar lucros em espécie; necessidade de lista exemplificativa; definição de exceção em caso de crise no balanço de pagamentos, o que sob determinada ótica já estaria possibilitado pelos acordos individuais de cada país com o FMI. Para os Estados Unidos, no entanto, esse ponto não é pacífico, tendo em vista a possibilidade de que transferências sejam impedidas sob esse pretexto. O tema revelou-se, no entanto, pouco controverso e as delegações procuraram aproximar suas posições.

8. Requisitos de Desempenho

Persiste a clivagem entre as delegações que defendem o tratamento do tema contemplado no Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio da OMC (conhecido pela sigla em inglês TRIMs) e os que acreditam que, em um tratado de livre comércio de alcance hemisférico, seria justificável aumentar o grau de ambição das obrigações e disciplinas refletidas no nível multilateral. Entre os últimos, encontra-se a delegação norte-americana, cuja maior ambição reflete-se nos seguintes elementos: a extensão das obrigações para incluir proibição de requisitos de desempenho em serviços, até o momento excluídos do TRIMs; aumento da lista de requisitos proibidos no TRIMs, para incluir requisitos de desempenho associados à transferência de tecnologia; e o tratamento de incentivos associados a requisitos de desempenho.

²¹ No acordo GATS, tecnicamente denominado "Modo 4 de prestação de serviços".

O MERCOSUL e a Comunidade Andina, por outro lado, sustentam que os compromissos assumidos em TRIMs refletem acertadamente exigências de desempenho que poderiam provocar distorção nos fluxos comerciais, o que não ocorre com aqueles associados à transferência de tecnologia. Não existem evidências empíricas que indiquem que requisitos de desempenho em matéria de transferência de tecnologia possam causar essas distorções, embora possam contribuir para o desenvolvimento tecnológico e para o fortalecimento da capacitação dos países recipiendários de investimentos.

Além disso, alguns países, entre os quais o Chile e os centro-americanos, defendem a aplicação do dispositivo sobre requisitos de desempenho a todos os investidores, mesmo que não sejam membros da ALCA.

Para o Brasil, o assunto da subnacionalização ou não do acordo ganha relevância neste tema, uma vez que hoje os Estados da Federação são usuários de incentivos que podem vir a ser considerados contrários ao acordo.

9. Expropriação

A proposta MERCOSUL incorpora a formulação clássica de que medidas de nacionalização ou expropriação somente podem ser adotadas por motivos de utilidade pública ou interesse social, em bases não discriminatórias e mediante o devido processo legal.

Os debates, entretanto, centraram-se na discussão sobre “medidas de efeito similar à expropriação” (*tantamount measures*). Existe uma preocupação séria sobre o assunto, tendo em vista recentes decisões relativas ao artigo 1110 do NAFTA, como nos casos *Pope & Talbot vs. Governo do Canadá*²², *S.D. Myers vs. Governo do Canadá*²³, e o que chama mais a atenção, *Metalclad vs. Governo do México*. Nesse último caso, o Governo do México foi condenado a pagar uma indenização de US\$ 16 milhões à Metalclad porque foi considerado que a negação de uma licença de construção municipal foi “ato similar à desapropriação”.

²² A documentação sobre esse caso está disponível em <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/nafta-se.asp#P&T>

²³ A documentação sobre esse caso está disponível em <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/nafta-se.asp#SDM>

Assim, existe um reconhecimento de que esta expressão pode gerar situações nas quais o exercício do poder regulatório do Estado induziria a perdas de investidores e a reivindicações de compensações. O Canadá declarou, nesta direção, que o conceito de expropriação é diferente de uma medida que reduza os lucros dos investidores. Infelizmente, a redação MERCOSUL tampouco é isenta de ambigüidades, tendo em vista que menciona “medidas de mesmo efeito”.

10. Compensação por Perdas

O dispositivo sobre compensação por perdas tradicionalmente requer a garantia de tratamento nacional e tratamento de nação mais favorecida nos casos em que o Estado decida voluntariamente indenizar investidores locais ou estrangeiros por perdas sofridas em razão de conflitos armados, distúrbios civis ou desastres naturais.

Os Estados Unidos sustentam dispositivo adicional, mediante o qual o conceito é radicalmente transformado, tornando a indenização obrigatória nos casos em que as Forças Armadas de um país requisitem instalações de investidores estrangeiros em um distúrbio ou conflito civil e as danifiquem ou destruam desnecessariamente. Esta indenização seria devida mesmo se não fosse intenção das autoridades do país afetado indenizar seus investidores nacionais. O Brasil considera que essa proposta altera a natureza da obrigação, que se torna mandatária. Considere-se ainda que não está previsto um dispositivo que daria simetria, ou seja, o pagamento de indenização se um exército de um terceiro país destruir ou danificar as mesmas instalações.

11. Reservas e Exceções

A proposta MERCOSUL busca assegurar flexibilidade sobre o assunto, de modo que os Estados Partes possam apresentar:

- exceções gerais (proteção da vida, moralidade, balanço de pagamentos etc., nos moldes do Artigo XX do GATT);

- exceções específicas (usualmente setoriais); e
- reservas (“os Estados Partes poderão apresentar reservas em relação a dispositivos e definições específicas do Acordo”), as quais, tradicionalmente, concentram-se em quatro dispositivos (tratamento nacional, nação mais favorecida, pessoal de direção e requisitos de desempenho).

Um dos argumentos em favor dessa linha é que, se o acordo for absolutamente simétrico, nenhum dos receptores de investimento terá uma vantagem comparativa aos demais. Assim, as economias menores, que crêem na possibilidade de atrair investimentos com um futuro acordo ALCA não terão nenhum diferencial sobre países como Brasil e México. Todavia, se esses países puderem oferecer mais vantagens (i.e. menos exceções e reservas), poderá haver esse diferencial.

Falando em economias menores, o CARICOM incorpora elemento de tratamento mais favorável a economias menores, as quais poderiam ter maior flexibilidade para apresentar exceções e reservas aos compromissos a serem assumidos. Outro grupo de países, sobretudo os centro-americanos, procura limitar as reservas a dispositivos específicos do acordo, sobretudo a tratamento nacional, nação mais favorecida, requisitos de desempenho e pessoal de direção.

Os americanos, que não vêem com bons olhos o conceito de flexibilização das reservas, defendem a linha da existência de exceções setoriais, para o que, aliás, tenham a vantagem de ter as 300 páginas de exceções e reservas produzidas durante a tentativa de acordo MAI da OCDE. Nessa linha, o acordo ficaria extremamente assimétrico, uma vez que países como o Brasil possuem, hoje, pouquíssimas restrições a investimentos externos diretos.

Por fim, há que se mencionar que os americanos abrigam-se sob a proposta chilena de "exceções sobre segurança nacional" para defender o "*Exon-Florio Act*"²⁴, que permite ao

²⁴ Title 50, Appendix - War and National Defense Production Act of 1950 - Act sept. 8, 1950, ch. 932, 64 stat. 798 (*The Exon-Florio Act*).

presidente dos Estados Unidos, sem dar divulgação do processo²⁵ e sem pagamento de indenizações²⁶, reverter qualquer processo de aquisição de companhia norte-americana por estrangeiros. Companhias como a Thompson (francesa) e Siemens (Alemã) já foram prejudicadas por esta lei, e nada indica que os americanos irão relaxar seus dispositivos para a ALCA.

12. Solução de Controvérsias

As propostas apresentadas estão baseadas na adoção de mecanismos de solução de controvérsias de natureza arbitral tanto entre Estados, quanto investidor/Estado, tornando-se aberta a utilização dos mecanismos da UNCITRAL e do ICSID.

O MERCOSUL, no entanto, apresentou proposta apenas sobre o mecanismo Estado/Estado. O Brasil, por não ter ratificado nenhum acordo bilateral que tenha o mecanismo Investidor/Estado, encontra-se em posição privilegiada para defender sua não inclusão no acordo, mas essa não é a realidade de muitos países da região. México e Canadá são membros do NAFTA, que contempla esse dispositivo, e o Uruguai, por exemplo, tem diversos acordos bilaterais firmados que o contêm. Por outro lado, o próprio Estados Unidos tem sofrido resistências internas, uma vez que alguns consideram esses dispositivos como provocadores de decisões contrárias ao ordenamento jurídico interno daquele país.

De qualquer forma, mesmo sob a ótica da disputa Estado/Estado, o MERCOSUL, acatou a sugestão brasileira²⁷ de colocar na redação previa do capítulo o seguinte dispositivo: “as controvérsias que surgirem como consequência direta ou indireta de decisões administrativas governamentais de caráter regulador ou fiscalizador não estarão sujeitas às disposições de solução de controvérsias deste Acordo, sempre que tais decisões estejam de acordo com a legislação do respectivo Estado Parte e com os artigos sobre tratamento nacional e nação mais favorecida”. Essa redação gera controvérsias entre as delegações norte-americana e canadense, mas, de fato, exclui a possibilidade de estabelecimento de um

²⁵ Ver seção "c" do Exon-Florio Act.

²⁶ Ver seção "d" do Exon-Florio Act..

²⁷ Originalmente proposta pela Gerência de Relações Internacionais da Comissão de Valores Mobiliários.

mecanismo para julgamento das decisões não discriminatórias definidas pelas agências reguladoras locais, preservando o poder de regulamentação doméstica, reconhecido pela OMC na Declaração Ministerial de Doha²⁸.

13. Novos temas

Como relatado anteriormente, foi permitida a apresentação de novos temas a partir da Declaração Ministerial de Buenos Aires (2001). Todavia, somente se houver consenso no grupo é que os mesmos serão incluídos na redação final. Os temas apresentados foram:

- Temas ambientais e trabalhistas (Estados Unidos): No fundo, um agrado às organizações não-governamentais norte-americanas, a idéia é que os países não relaxem as leis ambientais e trabalhistas para atrair investimentos. Ocorre que existe um perigo de que estas cláusulas sejam usadas no futuro da mesma forma que o *dumping* é utilizado hoje pelos Estados Unidos para bens, ou seja, para bancar medidas protecionistas. O Brasil está particularmente vulnerável no tema trabalhista, pois aqui provavelmente resta a legislação com mais direitos ao trabalhador no hemisfério, que, se flexibilizada no futuro, pode dar margem ao uso desta cláusula em julgamentos pelos mecanismos de solução de controvérsias.
- Transparência (Estados Unidos): Dentro da linha existente hoje no GATS, de que os países publiquem suas leis e regulamentos, não residem maiores problemas. Todavia, a questão torna-se particularmente grave se os americanos estenderem para a ALCA suas pretensões de hoje na OMC, que prevêem consultas prévias aos outros países antes da entrada em vigor de novas leis e regulamentos, dentre outras práticas, o que claramente é uma violação ao poder regulador doméstico e, ainda, uma assimetria, pois países desenvolvidos têm por natureza um ambiente legal mais estável²⁹.
- Relação do capítulo de investimentos com outros capítulos (El Salvador, Guatemala, Honduras e México): Procura dirimir as dúvidas que podem haver na interpretação do

²⁸ Ver item 7 da Declaração de Doha, OMC, 1999.

²⁹ Para uma discussão mais profunda ver o artigo de Kistler, Henri "Transparência sobre Transparência", publicado na revista IberoAmericana de Mercado de Valores nº 4/2001 e disponível em versão eletrônica em http://www.cvm.gov.br/port/Public/publ/Art_100.asp.

acordo como um todo, colocando que, se houverem contradições entre um "dispositivo" do capítulo de investimentos e um de outro capítulo, prevalece o desse último. Uma solução à primeira vista interessante, mas que deve ser aprofundada, mesmo porque não está claro se o conceito de dispositivos se refere a cláusulas como um todo ou a elementos redacionais dentro das cláusulas.

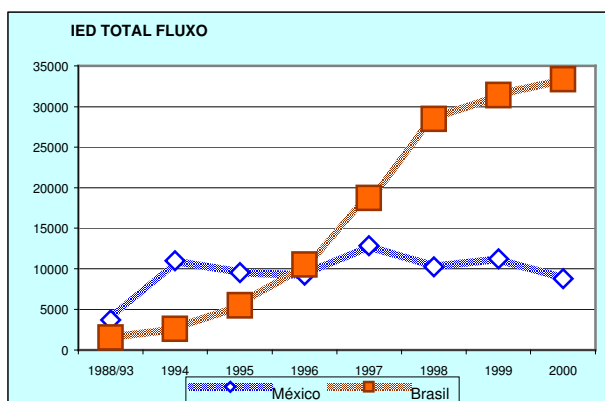
- Aplicação extraterritorial das leis (México): Embora visasse as “empresas de fachada”, no fundo reside uma clara referência ao *Helms-Burton Act* (lei americana que pune países que têm empresas que fazem negócios em Cuba). A proposta do México, se adotada, impediria sua aplicação.
- Formalidades especiais e requerimentos de informação (El Salvador, Guatemala e Honduras): Trata-se de idéia contida em alguns acordos bilaterais de que os países tenham direito de exigir informações das empresas para fins legais e estatísticos, bem como que possam exigir formalidades para a constituição de empresas. Surge como uma salvaguarda ao interesse dos Estados.

III. CONCLUSÃO - A POSIÇÃO BRASILEIRA

Como o acordo ALCA prevê o "*single undertaking*", ou seja, nada está acordado até que tudo esteja acordado, é necessário que ao final do exercício negociador cada país avalie custos e benefícios alcançados. No caso brasileiro, investimentos, junto a outros temas como serviços e propriedade intelectual, pode servir de balanço para os interesses ofensivos em outros capítulos.

Porém, há alguns aspectos a considerar, mesmo vendo o capítulo como um acordo isolado. Primeiro, há uma grande controvérsia se tais acordos são ou não relevantes na atração de investimentos. O Brasil, que não tem nenhum acordo ratificado pelo Congresso Nacional, não deixou de ser o segundo país em desenvolvimento (após a China) que mais atraiu investimentos na década de 90. Adicionalmente, como pode ser visto na figura 2, o fluxo de investimentos para o México após a assinatura do NAFTA (1994-2000), não teve uma

curva ascendente, enquanto o Brasil multiplicava por 6 o seu fluxo anual. Adicionalmente, argumenta-se ainda que tampouco a maioria dos investidores consulta se há ou não um acordo bilateral antes de investir em outro país. Em contraposição, há uma linha de pensamento de que mesmo os acordos não servindo como incentivo aos investimentos, a incerteza do ambiente legal do receptor serve como um desincentivo³⁰.



Se os benefícios são questionáveis, os custos têm uma análise menos controversa. Abstraindo-se a questão de acesso, uma vez que, após a liberalização dos anos 90, praticamente inexistem setores que restringem a presença de capital estrangeiro (remanescem poucos casos como empresas de jornalismo e aviação), o ponto crítico do acordo para o Brasil é a extensão do que poderá ser questionado em um tribunal de solução de controvérsias, o que literalmente pode significar custos, não somente pela eventual perda em um procedimento de solução de controvérsias, como pelo tempo e recursos empregados em uma defesa deste tipo, sem contar a falta de escritórios de advocacia especializados no Brasil na matéria.

Adicionalmente, pode-se argumentar um desequilíbrio para os investidores domésticos, que não teriam acesso ao recurso a tribunal de arbitragem externo, o que pode causar inclusive, tentativas de triangulações nos investimentos. Assim, a ação diplomática deve concentrar-se nesse ponto, pois tudo o que puder ser excluído do alcance de um tribunal de solução de controvérsia não passaria de "melhores esforços". Em particular, tanto melhor se o Brasil

³⁰ Ver Juillard, Patrick "Bilateral Investment Treaties in the Context of Investment Law", publicado pela OCDE.

puder evitar a possibilidade de recursos Investidor/Estado, mesmo porque o Brasil, como maior receptor de investimentos da região, terá maior probabilidade de que esse sistema seja acionado.

Um argumento interessante para que o Brasil possa tentar se reservar quanto a essa possibilidade é novamente a idéia de que, se o acordo fosse simétrico em obrigações e direitos, ele deixaria de ser um diferencial para as economias menores que acreditam que ele possa atrair investimentos. Caso contrário, tal qual em um dilema de prisioneiro, todos oferecerão o máximo de benefícios ao investidor, que no fundo seria o único a se beneficiar do acordo.

Por outro lado, a posição brasileira deve igualmente refletir o fato de que o Brasil também é um investidor crescente na região. Os fluxos anuais de investimentos externos diretos brasileiros no exterior aumentaram de US\$ 800 milhões em 1995 para US\$ 4 bilhões em 1999. Pesquisas indicam que o destino dos investimentos já realizados e os que estão sendo planejados é, sobretudo, a América Latina, onde empresas brasileiras de grande porte pretendem conquistar novos mercados. Já existem também aproximadamente 300 empresas brasileiras instaladas na Florida, as quais processam 40% do suco de laranja. Adicionalmente, em alguns dos países da América Latina, existem fragilidades no sistema legal local que geram situações de incerteza jurídica e onde se registra o interesse de empresas brasileiras em poder contar com instrumentos adicionais que lhe garantam maior segurança e reduzam os seus riscos.

Lembremo-nos ainda de que esta expansão do investimento brasileiro no exterior, apesar de, à primeira vista, parecer tornar frágil a balança de pagamentos, a longo prazo, pode ter efeito contrário. Os Estados Unidos financiam o seu déficit comercial, o maior do mundo, com a remessa de lucros e *royalties* de filiais de empresas americanas no exterior.

Portanto, a posição brasileira deve buscar o equilíbrio entre as apreensões que a adoção de regras de investimento suscitam e as necessidades que vão surgindo com o processo de internacionalização das empresas brasileiras, além do fato de que os parceiros do

MERCOSUL e as economias menores acreditam num aumento do investimento externo em seus países, enquanto os Estados Unidos querem um acordo que resguarde seus interesses como o maior exportador de investimentos da região.

(*)O autor agradece as contribuições dos diplomatas Sérgio Barreiros de Santana Azevedo e José Gilberto Scandiucci Jr.

Disponível em:

<http://www.cvm.gov.br/port/public/publ/2002_ALCA_investimentos.doc> Acesso em.:
19 nov. 2007.