

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS
RELATIVAS A INVESTIMENTOS E SEUS IMPACTOS SOBRE O
BRASIL**

BÁRBARA PÓVOAS VIANNA
Acadêmica

PROF. DR. WELBER OLIVEIRA BARRAL
Orientador

Florianópolis

2001

BÁRBARA PÓVOAS VIANNA

**MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS
RELATIVAS A INVESTIMENTOS E SEUS IMPACTOS SOBRE O
BRASIL**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal de Santa Catarina
como requisito para a obtenção do título de bacharel
em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Welber Oliveira Barral

Florianópolis
2001



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada “**MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS RELATIVAS A INVESTIMENTOS E SEUS IMPACTOS SOBRE O BRASIL**”, elaborada pela acadêmica **BÁRBARA PÓVOAS VIANNA** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo mencionados, obteve aprovação com nota **9,5**, sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 20/07/2001.

ORIENTADOR: WELBER OLIVEIRA BARRAL

FERNANDO KINOSHITA

MARIA ALEJANDRA FORTUNY

Dedico este trabalho a meu pai Alcione Heliodoro Vianna, que através de seu exemplo de vida me mostrou que nossa estória é contada através de ações, que permanecem mesmo na nossa ausência. Sua memória está presente em todos os dias de minha vida.

AGRADECIMENTOS

Embora um trabalho de pesquisa seja de certa forma solitário, a elaboração da presente monografia somente se tornou possível com o apoio de algumas pessoas, que de maneiras diversas, contribuíram para o seu desenvolvimento.

Agradeço inicialmente à minha mãe Vera, cuja força e coragem me inspiram constantemente.

Agradeço a Marcos Leon Bianchi, meu companheiro de todas as horas, pelas palavras de apoio, compreensão, paciência e pela companhia nas viagens.

Quero também agradecer a Ricardo de Luca, pelo incentivo dado durante todo meu curso universitário e, especialmente na elaboração desta monografia.

Agradeço também ao advogado Orlando Celso da Silva Neto, por ter me oferecido horas a mais de estudo e pelos livros emprestados, que me permitiram dar início às pesquisas sobre o tema.

Não posso deixar de agradecer ao advogado Luiz Fernando Franceschini da Rosa, pela sua disponibilidade e auxílio, tendo me proporcionando acesso a grande parte das obras citadas neste trabalho.

Agradeço também a Almiro e Irene Zago, que me acolheram em Porto Alegre, durante a realização de pesquisas na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Da mesma maneira, agradeço à Noélia, que me recebeu em sua residência em São Paulo, onde prossegui com as pesquisas na Universidade Federal de São Paulo.

Agradeço ainda a meus sogros Lourdes e Irineu Bianchi, por suas palavras de incentivo e coragem.

Por fim, agradeço aos meus irmãos Douglas e Bruna e às queridas amigas Graziella, Cristiane, Alessandra, Monike, Juliana e Adriana, pelo apoio e amizade cada vez mais forte.

RESUMO

O tema investimentos estrangeiros desperta a atenção da maioria dos estados desenvolvidos e em desenvolvimento, investidores e receptores de capital, respectivamente. Observa-se, no entanto, que o direito internacional não conseguiu alcançar a dinâmica econômica atual, caracterizada pela ação das empresas transnacionais e pelas formas antes inimagináveis de investimentos. A celebração de inúmeros tratados sobre investimentos visa suprir esta carência na regulamentação da matéria, que passa a ser discutida na esfera de agências especializadas como o Banco Mundial e de organizações internacionais, como a OMC e a OCDE. A iniciativa do Banco Mundial com a instituição do Centro Internacional de Solução de Controvérsias relativas a Investimentos (ICSID) é considerada uma verdadeira inovação na arbitragem internacional, ao dispor de um cenário para abrigar disputas entre estados receptores de capital e o próprio investidor estrangeiro, sem necessidade de sua proteção diplomática. A convenção do ICSID, que não foi ratificada pelo Brasil, não pode ser considerada afronta à soberania do estado receptor porque a sua simples ratificação não o obriga a se submeter à jurisdição do Centro, que dependerá de seu consentimento expresso, que poderá ser condicionado ao esgotamento de seus recursos internos. A convenção do ICSID pode ser objeto de críticas quando o acordo firmado entre as partes ou o tratado internacional de investimento dispor de regras desequilibradas, que procuram proteger demasiadamente o investimento em detrimento dos interesses do estado receptor.

Palavras-chave: investimento estrangeiro; arbitragem; tratados internacionais; Banco Mundial.

LISTA DE SIGLAS

- AID - Associação Internacional de Desenvolvimento
- ALADI - Associação Latino-Americana de Integração
- ALALC - Associação Latino-Americana de Livre Comércio
- BIRD - Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento
- BITS - Tratados Bilaterais de Investimento
- CEPAL - Comissão Econômica para a América Latina
- CFI - Cooperação Financeira Internacional
- CIJ – Corte Internacional de Justiça
- ESC - Entendimento relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias
- GATS - Acordo Geral sobre Comércio e Serviços
- GATT - Acordo Geral de Tarifas e Comércio
- ICSID - Centro Internacional de Solução de Controvérsias relativas a Investimentos
- MAI - Acordo Multilateral de Investimentos
- MERCOSUL - Mercado Comum do Sul
- MIGA- Agência Multilateral de Garantia de Investimentos
- NAFTA - North American Free Trade Agreement
- OCDE - Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico
- OECE - Organização Européia de Cooperação Econômica
- OIC - Organização Internacional do Comércio
- OMC - Organização Mundial do Comércio
- ONU - Organização das Nações Unidas
- PICE - Programa de Integração e Cooperação Econômica
- TIPS - Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual relacionadas ao Comércio
- TRIMS - Acordo sobre Medidas de Investimentos relacionadas ao Comércio
- UNCTAD - United Nations Committee on International Trade and Law

OBS: Optou-se por inserir as siglas de maior utilização na doutrina brasileira, razão pela qual algumas permanecem na língua original.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
Capítulo 1 – INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS NO DIREITO INTERNACIONAL	
<i>1.1. ASPECTOS DE UMA NOVA ORDEM MUNDIAL</i>	13
<i>1.2. CONCEITO DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO</i>	15
<i>1.3. REGULAMENTAÇÃO INTERNACIONAL</i>	17
1.3.1. Regulamentação no plano multilateral	18
<i>1.3.1.1 As negociações no âmbito da ONU</i>	19
<i>1.3.1.2 As negociações no âmbito da OMC</i>	20
<i>1.3.1.3 As negociações no âmbito da OCDE</i>	24
<i>1.3.1.4 Agência Multilateral de Garantia de Investimentos</i>	29
1.3.2. Regulamentação do investimento no plano regional	30
<i>1.3.2.1 As negociações no âmbito do MERCOSUL</i>	31
<i>1.3.2.2 As negociações no Pacto Andino</i>	39
<i>1.3.2.3 A regulamentação no âmbito do NAFTA</i>	40
1.3.3 Regulamentação no plano bilateral	42
<i>1.4. PROTEÇÃO DO INVESTIMENTO X DESENVOLVIMENTO</i>	46
Capítulo 2 – SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS EM MATÉRIA DE INVESTIMENTOS	
<i>2.1. ARBITRAGEM INTERNACIONAL E INVESTIMENTOS</i>	49
<i>2.2. ASPECTOS JURÍDICOS DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL</i>	50
2.2.1. Natureza jurídica da arbitragem	52
2.2.2. Modalidades de arbitragem	54

<i>2.3. A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NAS CONTROVÉRSIAS RELATIVAS A INVESTIMENTOS</i>	55
2.3.1 A arbitragem nas controvérsias entre estados	57
2.3.2 A arbitragem nas controvérsias entre estado receptor e investidor estrangeiro	58
<i>2.4. O ICSID</i>	61
2.4.1. O Banco Mundial e suas instituições	61
2.4.2. Aspectos da Convenção de Washington	64
2.4.3. O ICSID e suas características gerais	67
<i>2.4.3.1 Estrutura institucional</i>	67
<i>2.4.3.2 A jurisdição do ICSID</i>	69
2.4.3.2.1 Consentimento das partes	69
2.4.3.2.2 Jurisdição <i>ratine personae</i>	72
2.4.3.2.3 Jurisdição <i>ratione materiae</i>	73
2.4.3.2.4 Procedimento conciliatório e arbitral	74
2.4.3.2.5 Lei aplicável	75
2.4.3.2.6 Laudo arbitral	76
2.4.4. O Mecanismo Complementar (Additional Facility Rules)	78
2.4.5. A reação dos países latino-americanos	78
CONSIDERAÇÕES FINAIS	81
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	85

INTRODUÇÃO

Os fenômenos da globalização e da regionalização trouxeram inquestionáveis mudanças à economia mundial, derrubando barreiras antes intransponíveis e trazendo ao Direito uma nova gama de debates, com as idéias de abertura de mercados, privatizações e blocos econômicos. A recente integração entre os países e a interligação entre os mercados culminou com um aumento considerável no fluxo de mercadorias e de capital estrangeiro, aumentando sobremaneira a importância do tema.

O aumento cada vez maior do fluxo de investimentos estrangeiros no mundo e sua importância para o desenvolvimento das economias emergentes é inquestionável. O acesso a novas tecnologias, a geração de novos empregos e o incremento da produtividade são benefícios geralmente trazidos pelas empresas transnacionais e pelo aporte de capital estrangeiro no país.

Neste contexto, os países em desenvolvimento acabam por deixar de lado seu empenho inicial de controle e regulamentação do investimento e passam a atuar de forma a atrair o capital estrangeiro, adotando uma conduta favorável a liberalização de sua economia, através de políticas de privatizações, diminuição do controle da propriedade estrangeira e abertura de certos setores da economia.

O Brasil, tradicionalmente receoso quanto à entrada do capital estrangeiro na economia nacional, também vem acompanhando esta tendência mundial, promovendo a abertura de sua economia, com a eliminação de restrições constitucionais ao acesso do estrangeiro a certos setores da economia, adotando políticas de privatizações e assinando diversos tratados internacionais de promoção e proteção ao investimento.

A grande permeabilidade dos territórios e o aumento no fluxo de investimentos no mundo trazem consigo um enfraquecimento cada vez maior do controle estatal sobre os investimentos estrangeiros, relegando ao direito internacional a regulamentação da matéria.

Observa-se, no entanto, que o direito internacional não conseguiu alcançar a dinâmica econômica atual, caracterizada pela ação das empresas transnacionais, que desafiam conceitos clássicos de propriedade e nacionalidade, e pelas formas antes inimagináveis de investimentos, que ignoram as fronteiras entre os países.

Surge então a necessidade de fixação de normas propícias a regular o "conflito de interesses" existente, de um lado os países desenvolvidos, maiores investidores estrangeiros, que pugnam pela proteção ao capital contra riscos políticos (expropriação, nacionalização,

direito de acesso, reenvio de lucros, tributação) e, de outro, os países em desenvolvimento, preocupados com a possibilidade de desnacionalização de sua economia, com a desintegração de sua indústria nacional, mas também com os benefícios trazidos pelo capital estrangeiro.

A celebração de inúmeros tratados sobre investimentos visa suprir esta carência na regulamentação da matéria, o que acaba por promover uma verdadeira internacionalização do contrato de investimento, como ressalta Rosa (1999). Percebe-se, principalmente a partir dos anos oitenta, um movimento no sentido da regulamentação do investimento estrangeiro no âmbito internacional, efetivando uma junção de interesses, até certo ponto antagônicos, entre investidor e estado receptor do investimento.

A preocupação com a regulamentação dos investimentos estrangeiros, cujas negociações haviam sido iniciadas no seio da Organização das Nações Unidas (ONU), que chegou a elaborar um código de conduta para empresas transnacionais, passa hoje a ser discutida na esfera de agências especializadas, como o Banco Mundial e de organizações internacionais, como a Organização Mundial do Comércio (OMC) e a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

A internacionalização das economias nacionais e a crescente interdependência dos países, acarretada pela globalização, faz emergir no cenário internacional, antes limitado à atuação dos estados, como únicos sujeitos de direito internacional, a figura da atividade privada, questionando conceitos e princípios tradicionais do direito internacional público.

A divulgação da utilização da arbitragem internacional como mecanismo de solução de controvérsias relativas a investimentos, impulsionada pelos tratados internacionais de investimentos, contribui para confirmar a participação destes novos atores no Direito Internacional.

Neste sentido, a iniciativa do Banco Mundial com a instituição do Centro Internacional de Solução de Controvérsias relativas a Investimentos (ICSID) é considerada uma verdadeira inovação na arbitragem internacional, ao dispor de um cenário para abrigar disputas entre estados receptores de capital e o próprio investidor estrangeiro, sem necessidade de sua proteção diplomática. Sua importância no cenário mundial aumenta ainda mais à medida que a grande maioria dos tratados internacionais que tratam de investimentos estrangeiros reporta-se ao seu mecanismo para a solução de controvérsias.

O ICSID trouxe ao direito internacional grandes avanços, seja por inovar aspectos da arbitragem e do reconhecimento do laudo arbitral, seja por outorgar ao investidor estrangeiro legitimidade ativa, sem que haja a necessidade de proteção diplomática. O fato de o Brasil, até o momento, não ter ratificado a convenção que o instituiu não elimina a importância de seu

estudo, uma vez que sua utilização é prevista na grande maioria dos tratados de investimentos firmados pelo país.

O presente trabalho se propõe a analisar aspectos relevantes da regulamentação internacional do investimento estrangeiro, seus impactos no desenvolvimento das economias emergentes e as inovações trazidas ao direito internacional. Sua primeira parte analisa as diversas tentativas de regulamentação internacional do investimento estrangeiro inserindo-a no atual contexto da economia mundial. Em um segundo momento, serão analisados os principais mecanismos de solução de controvérsias utilizados na questão do investimento estrangeiro, com especial ênfase à iniciativa inovadora do Banco Mundial com a criação do ICSID e a reação dos países em desenvolvimento.

No desenvolver do trabalho, algumas dificuldades se fizeram sentir, justificadas pela indiscutível atualidade do tema e pela conseqüente exigüidade de bibliografia especializada, principalmente nacional, onde alguns poucos juristas dedicaram sua atenção, não obstante sua importância no atual contexto mundial.

Pede-se sinceras desculpas pelas freqüentes notas de rodapé a que remetemos o leitor, necessárias para o maior aprofundamento da matéria estudada.

Por fim, ressalta-se, que o presente trabalho monográfico não pretende - e sequer poderia - esgotar o vasto tema dos investimentos estrangeiros no cenário internacional, mas tão somente apontar a importância de seu estudo para uma análise mais profunda da realidade econômica imposta a todos.

1 INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS NO DIREITO INTERNACIONAL

The world has changed more rapidly in the past two years than any time since 1945. It is difficult to keep one's conceptual footing within such fundamental shifts in politics. Familiar concepts fail to fit a new reality (NYE, Joseph, 1992, p. 82).

1.1 ASPECTOS E UMA NOVA ORDEM MUNDIAL

O período Pós-Guerra Fria, com o colapso do sistema comunista e a derrocada da URSS, marca uma fase de transição na economia mundial. O mundo, antes bipolarizado, comandado por blocos político-ideológicos, dá lugar a uma nova ordem mundial, guiada pela livre concorrência das atividades privadas, que ultrapassam as fronteiras do Estado nacional, instituindo fenômenos como a globalização e a regionalização, cujas principais condicionantes são o avanço tecnológico¹, o incremento do comércio internacional e o aumento considerável no fluxo de capitais.

Neste contexto, a atuação das empresas transnacionais que, ultrapassando as fronteiras de seu território, passam a exercer suas atividades de produção e comércio em outros países, "beneficiando-se das patentes, *trademarks*, reputação e experiência administrativa na exploração de sua marca no mercado, utilizando-se de várias estratégias para aumentar o lucro ou simplesmente assegurar o produto em mercado estrangeiro" (SLIVINSKIS, 1997, p. 404)² é ponto fundamental para estas modificações.

No campo econômico, onde a globalização (também chamada mundialização) se encontra mais avançada, este fenômeno pode ser visto como um entrelaçamento dos estados, gerando uma verdadeira integração, formadora de uma sociedade global, o que vem, de uma certa forma, ditando as regras de atuação dos agentes econômicos internacionais (MOISÉS,

¹Segundo Jaguaribe (1994, p. 5), "a tecnologia está caminhando, sobretudo, na direção da múltipla utilização que se pode dar à cibernética, no seu sentido amplo, e que vai desde a informática até a robótica, ou seja, uma capacidade de aumentar enormemente a produtividade mediante sistemas de controle, que seriam impossíveis sem a automação, e sistemas de operação de coisas complexas, que não seriam possíveis sem a robótica". E acrescenta o autor que, "a tecnologia, adquirindo uma importância cada vez mais decisiva no conjunto dos fatores de produção, está levando as grandes empresas e, conseqüentemente, os países de onde são nativas essas empresas, a uma proteção crescente do saber de ponta. Os grandes laboratórios das multinacionais estão se apoderando das formas mais refinadas da aplicabilidade do saber de ponta, cercando-as de patentes, de sigilo, de segredo intelectual, de sorte a conservar um oligopólio da tecnologia de ponta e a manter uma espécie de vantagem neocolonial relativamente aos países atrasados".

² O autor salienta que, "dentre as estratégias de lucro das empresas transnacionais, há a mundialização, que pode ocorrer em relação à totalidade das etapas que levam o produto final ou a parte destas etapas.

1998). Segundo Florêncio e Araújo (1996, p. 80) a globalização seria:

Um fenômeno do processo produtivo, do movimento de capitais e dos fluxos do comércio. Todas essas dimensões do fenômeno se superpõem e se reforçam mutuamente (outros aspectos da globalização, embora fora da esfera estritamente econômica, poderiam também ser citados, como a interpenetração e unificação dos valores culturais e a homogeneização dos sistemas políticos). O resultado de todos esses elementos é uma crescente interdependência de todas as economias do mundo.

O fenômeno da globalização é responsável por uma série de mudanças no cenário mundial, principalmente quanto ao comércio internacional, cujas maiores conseqüências são a dinamização da economia e o aumento da competitividade (MELO, S., 1997), agravando ainda mais a distância entre países desenvolvidos e em desenvolvimento.

Concomitantemente a este fenômeno, a economia mundial assiste ao surgimento de blocos econômicos, como alternativa para garantir competitividade e posicionamento no mercado mundial dos países, o que culminou na formação de verdadeiros megamercados.

Surge o fenômeno da integração, manifestado sob a forma do direito da cooperação, onde os estados firmam entre si uma mera relação de cooperação internacional e do direito comunitário, com a formação de organizações supranacionais (MELO, S., 1997)³. Conforme menciona Martins (1994, p. 116), "a regionalização é uma tentativa do estado-nação impor regras à globalização, ainda que à custa da perda de algumas prerrogativas tradicionais." Neste contexto surgem o NAFTA, a União Européia, o MERCOSUL e outros.

A recente integração entre os países e a interligação entre os mercados acarretou com um aumento considerável no fluxo de mercadorias e de capital estrangeiro, aumentando a importância da análise dos investimentos estrangeiros, especialmente os investimentos diretos que, como ressalta Barreto Filho (1999, p. 21), "excedeu tanto a produção mundial quanto o comércio de bens e serviços."

A regulamentação de questões ligadas ao investimento estrangeiro no âmbito Internacional passou a ser peça fundamental nas relações entre países, cujo debate, originado no seio da ONU, através do projeto de um código de conduta para as empresas transnacionais, passou a integrar as negociações do Banco Mundial, da OMC e da OCDE⁴.

No plano bilateral, um grande número de tratados visando a promoção e proteção dos

³ E adverte Martins (1994, p. 116) que "a interdependência, que marca o pós-guerra fria não garante a existência de um mundo fundado apenas na cooperação. O novo padrão que vai se delineando não elimina as rivalidades e fricções. No que se refere à competição capitalista entre as empresas, assim como para as nações e blocos, o que tende a mudar são as dimensões dos conflitos e os métodos de solução dos choques de interesse."

⁴ Chega-se a falar em um "direito dos investimentos estrangeiros" que, segundo leciona Baptista (1994, p. 5) "nasceu do Direito Internacional e do Direito Econômico, mas com caráter ancilar. Este decorreria da falta de independência e originalidade desse ramo do Direito, ainda sem institutos próprios, dependente dos de outros para agir."

investimentos estrangeiros foram firmados, especialmente por países emergentes, que buscam atrair capital para alcançarem o desenvolvimento econômico.

1.2 CONCEITO DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

Uma das grandes disputas dos anos 60 era de saber se o que melhor convinha aos países em desenvolvimento eram os investimentos diretos ou indiretos (empréstimos). Tal como se disse das Empresas Transnacionais de que é um dos instrumentos de ação, privilegiado, o investimento externo provoca uma 'síndrome de amor e ódio', que faz com que, bem analisadas as vantagens e desvantagens, governos de maior ou mais longa visão procurem evitar o investimento puro e simples, para em seu lugar escolher novas formas de cooperação internacional (BAPTISTA, 1994, p. 7).

O direito internacional clássico, conforme observa Helou (1997), não fornece uma efetiva definição de investimento estrangeiro, deixando para o direito convencional tal tarefa. No entanto, complementa a autora, citando Laviec, não obstante desconheça o termo "investimento internacional", não deixa de estabelecer regras de tratamento do estrangeiro baseadas em laços de nacionalidade, estendendo a proteção outorgada ao estrangeiro aos seus direitos patrimoniais. Desta forma, “o investimento internacional interessa ao direito das gentes enquanto bem pertencente ao estrangeiro” (HELOU, 1997, p. 14).

No entanto, a evolução das atividades comerciais e financeiras, o intenso fluxo de capitais e o aparecimento de novas formas de investimento, desnudaram a ineficácia da definição clássica e a necessidade de uma nova visão do termo investimento internacional mais compatível com a realidade mundial.

Conforme menciona Baptista (1994, p. 5), "estamos assistindo à gradativa instalação de um regime dos investimentos estrangeiros no lugar do que era apenas uma política em relação aos bens do estrangeiro." Nas palavras de Helou (1997, p. 15), destaca-se o mencionado por Laviec:

A complexidade do fenômeno do investimento internacional extrapola os limites do laço de nacionalidade, essencial para que o Estado possa fazer valer seu direito de proteção diplomática. Assim, a simples existência da figura do acionista, tão comum no mundo de hoje, já põe em cheque a pretensão de abarcar as várias relações jurídicas possíveis no investimento internacional sob o manto da proteção diplomática.

No direito internacional, duas concepções doutrinárias passaram a conceituar o investimento estrangeiro: a doutrina anglo-saxã, onde a noção de investimento estrangeiro é baseada no direito de propriedade, e a doutrina continental, onde o investimento internacional é visto com um fato econômico, e passa a ser entendido "com base na importância e nos efeitos que pode trazer à economia do país anfitrião" (HELOU, 1997, p. 19)⁵.

Partindo da noção econômica do investimento, o mesmo pode ser analisado sob três aspectos: aporte, termo e risco. O aporte equivale ao valor do investimento, que pode ser feito em espécie ou *in natura* e deve ter fins lucrativos; já o termo corresponderia ao prazo que não poderá ser simultâneo entre a constituição do investimento e a remuneração, sob pena de caracterizar investimento especulativo; e o risco, envolveria a incerteza quanto aos resultados econômicos do negócio (ROSA, 1999)⁶.

No plano convencional, mais especificamente nos tratados bilaterais de promoção e proteção ao investimento estrangeiro, são encontradas três diferentes formas de definir o investimento. Na primeira categoria, a definição de investimento se dá em termos gerais, na segunda o investimento seria definido de modo mais específico, elencando-se as atividades consideradas pelas partes como investimento na forma de lista, e na terceira categoria a definição de investimento seria dada através do reenvio à legislação do país anfitrião (HELOU, 1997)⁷.

Segundo Helou (1999, p. 28), a terceira categoria, que remete a definição do investimento à legislação do país receptor, seria um reforço à teoria que privilegia sua conceituação em função de seus efeitos econômicos e esclarece:

Ao ser convencionado em acordo bilateral que a definição de investimento se dará de acordo com a legislação do Estado que o recebe, reafirma-se o fato de que pertence ao país de acolhimento a escolha da admissão ou não do investimento. Inexiste, em Direito Internacional geral, norma que obrigue o país anfitrião a permitir o investimento estrangeiro; não há direito de estabelecimento. A competência em relação à admissão do investimento diz respeito ao Estado importador do capital, como corolário de sua soberania. Diante disto, mesmo sob as finalidades específicas e limitadas de um acordo bilateral, o país anfitrião não deveria se afastar do caminho do reconhecimento de sua competência territorial. Ao contrário, deveria reforçá-la, estendendo-a à definição de investimento constante do acordo.

⁵ Segundo a autora, apesar da aparente dicotomia existente entre as duas teorias, uma não despreza a outra, na verdade, a teoria do fato econômico por ser um critério mais amplo, abrange esta última.

⁶ A noção de risco mencionada refere-se tão somente à incerteza econômica, quanto ao êxito do capital investido, inerente à própria atividade do investidor. Os riscos de natureza política, como nacionalização, expropriação, impossibilidade de remessa de lucros não são incluídos na conceituação e podem ser garantidos através de instituições próprias como a MIGA do Banco Mundial.

⁷ Segundo Rosa (1999) a definição do investimento através do reenvio à legislação do país anfitrião é a forma mais utilizada nos tratados bilaterais de promoção e proteção ao investimento estrangeiro.

Existem duas formas para que o estrangeiro possa realizar seus investimentos no Brasil: investimento direto ou indireto. O investimento direto, o qual será abordado neste trabalho, se caracteriza pela constituição de algum tipo de sociedade para realização de um negócio no país. No investimento indireto, o investidor aplica recursos no país, geralmente por meio dos instrumentos diversos criados pelo mercado de capitais.

1.3 REGULAMENTAÇÃO INTERNACIONAL

Unilateral, bilateral and regional efforts towards the liberalization of national FDI frameworks have led to a remarkable level of de facto convergence of government policy approaches toward FDI among countries from all regions (...) the process of FDI liberalization is embedded in a broader liberalization movement covering international trade in goods, external financial transactions, transfer of technology, the strengthening of intellectual property protection and, recently, services and some aspects of labour movement (UNCTAD, 1994, p. 286).

A crescente internacionalização das economias, aliada à globalização dos mercados, tem intensificado o fluxo de capitais. Segundo o Banco Mundial, em 1991 foram realizados investimentos diretos da ordem de US\$ 158 bilhões, dos quais cerca de 30% destinados a países em desenvolvimento (LACERDA, 2000).

Neste contexto, o estudo das empresas transnacionais, importante agente no fluxo de investimentos internacionais, parece ser inevitável. A empresa transnacional, também reconhecida na figura da multinacional, verdadeiro grupo de sociedades sediadas em países distintos, constituídas sob leis diversas, agindo de maneira autônoma, mas de certa forma vinculada a uma organização estruturada, é responsável pelo aumento das trocas de capitais no mundo, ensejando, conforme mencionado por Baptista (1987), uma verdadeira relação de amor e ódio com o Estado receptor.

O acesso a novos mercados, a novas tecnologias, técnicas de gerenciamento, maximização da produção e a criação de novos empregos, fatores essenciais ao desenvolvimento econômico e social, fundamentam o interesse dos países receptores dos investimentos estrangeiros a adotar uma posição favorável ao aporte de capital externo e à instalação das empresas transnacionais. Ao mesmo tempo, a preocupação com a balança de pagamentos, o mercado nacional, os direitos dos trabalhadores e o próprio desenvolvimento baseiam a insistente desconfiança dos países em desenvolvimento frente ao capital

estrangeiro, constituindo um verdadeiro paradoxo frente a este fenômeno.

O investimento estrangeiro, condenado por muitos nas décadas de setenta e oitenta, passa a ser visto hoje como um fator importante para o desenvolvimento das economias emergentes, que não mais consegue ser financiado unicamente pelo estado e pela iniciativa privada nacional. A promoção dos investimentos pelos países em desenvolvimento, outrora atingida pela prática de inúmeras formas de incentivos e subsídios, hoje condenadas pela OMC, passa a ser incentivada através das tentativas de regulamentação no âmbito internacional.

A necessidade de uma efetiva regulamentação no âmbito internacional sobre investimentos estrangeiros reflete a realidade da economia mundial, com o contínuo desenvolvimento das empresas transnacionais, que espalham suas atividades econômicas por uma série de países, seguindo suas estratégias de mercado, em busca de um custo cada vez menor à sua produção.

Os países desenvolvidos, por sua vez, buscam, através de uma regulamentação internacional, ampliar cada vez mais seus investimentos e propiciar a efetiva proteção ao seu capital contra os riscos não-econômicos (expropriação, limitação à remessa de lucros, nacionalização, etc.), estabelecendo certos *standards* mínimos de tratamento.

Segundo Carreau (Apud MOISÉS, 1998), pode ser observado um movimento ou evolução das regras relativas ao tratamento dos investimentos estrangeiros, com três fases determinantes. A primeira fase corresponderia à afirmação dos princípios gerais do direito internacional pelos países desenvolvidos; a segunda corresponderia à recusa dos países em desenvolvimento da aplicação dos princípios gerais e adoção, através de uma nova ordem econômica internacional, de resoluções que regulamentem a matéria e, por fim, a terceira fase, onde se observa uma volta aos princípios gerais, agora não mais recusados pelos países em desenvolvimento, que ressurgem em documentos multilaterais e nos tratados bilaterais de Investimentos.

Durante as duas últimas décadas, a matéria relativa aos investimentos estrangeiros no plano multilateral, havia sido discutida principalmente na esfera das ONU, que criou até subunidades especializadas para a elaboração de um código de conduta das empresas transnacionais (MOISÉS, 1998). No entanto, nos últimos anos, nota-se uma crescente preocupação de organizações como o Banco Mundial, a OCDE e a OMC em regulamentar as questões relacionadas ao investimento estrangeiro.

A despeito da resistência inicial dos países em desenvolvimento⁸, a tendência atual é a regulamentação do investimento estrangeiro no âmbito internacional, seja na forma de tratados bilaterais de promoção e proteção ao investimento estrangeiro, seja na forma de inserção da matéria em acordos multilaterais de investimentos.

Esta preocupação mundial é refletida no grande número de acordos já celebrados ou em fase de elaboração. Serão destacadas aqui, algumas negociações no plano regional e multilateral, seus objetivos e principais características, aspectos de suma importância ao entendimento do investimento internacional e seu impacto na sociedade atual.

1.3.1 Plano multilateral

1.3.1.1 As negociações no âmbito da ONU

A primeira organização universal com fins gerais foi a Sociedade ou Liga das Nações que existiu durante o período de 1919 a 1939. Embora tenha sido a primeira organização aberta a todos os países, a Liga das Nações não demonstrava maiores preocupações com os problemas econômicos dos estados e com a problemática do desenvolvimento.⁹ Posteriormente, ao final da segunda guerra mundial, através da Declaração das Nações Unidas de 1942, é criada a ONU, em 1945, uma organização voltada aos problemas econômico-sociais e a concretização da paz mundial, com a finalidade de criar condições de estabilidade e bem-estar entre as Nações.

A partir de 1970 começa a ser discutido no âmbito da ONU a proposta de uma "nova ordem econômica internacional", fundamentada na solidariedade entre as nações para diminuir as crescentes desigualdades entre os povos. No ano de 1974, os países em desenvolvimento apresentaram o projeto de um código de conduta para as empresas transnacionais, tentando regulamentar as atividades destas empresas para propiciar uma orientação dos investimentos estrangeiros ao efetivo desenvolvimento dos países receptores, coibindo suas práticas abusivas. Posteriormente, os membros da OCDE conseguiram ampliar

⁸A grande preocupação das economias em desenvolvimento se refere às questões ligadas à sua soberania para regular o capital estrangeiro que entra no país.

⁹ Segundo Medeiros (1994, - 278-279), "neste período a grande maioria dos países da África e Ásia permanecia sob o estatuto colonial e, conseqüentemente, não podia exprimir seus anseios, que eram manifestados por suas metrópoles ocidentais dentro de uma perspectiva eurocêntrica."

o escopo do código, incluindo em seu conteúdo regras de tratamento das transnacionais pelos países receptores (BARRETO FILHO, 1999).

Em 1977, foi constituído um grupo de trabalho, sob os auspícios da comissão de empresas transnacionais da ONU, para formular o código de conduta. Iniciadas as negociações, inúmeras controvérsias foram surgindo, com relação aos padrões gerais de comportamento das empresas transnacionais e, principalmente quanto à adoção do princípio do tratamento nacional, à referência ao direito internacional, ao sistema de solução de controvérsias e aos casos de expropriações e nacionalizações. As negociações prosseguiram até 1992 sem que houvesse aprovação geral em vários aspectos do texto, culminando com o seu fracasso. Os países desenvolvidos passaram a procurar outros foros para a regulamentação dos investimentos estrangeiros, onde pudessem ter maior poder de manobra, conforme indica o relatório de desenvolvimento humano da ONU (1992, p. 76):

O sistema da ONU até hoje só desempenhou um papel periférico na administração econômica global. Quando se trata de questões econômicas, os países industrializados poderosos relutam em usar o foro das Nações Unidas, uma vez que cada membro tem direito a um voto. Preferem utilizar as instituições de Bretton Woods, nas quais os países industrializados gozam de vantagem, devido ao voto ponderado. (tradução nossa)¹⁰.

Verifica-se nos últimos anos a transferência do debate sobre investimentos estrangeiros para organizações internacionais, como a OCDE, o Banco Mundial, a OMC, bem como para as organizações de cunho regional, como o MERCOSUL e o NAFTA. Nota-se também, a partir da década de 60, o desenvolvimento substancial dos acordos bilaterais de investimento (BITS), cuja celebração tornou-se prática corrente atualmente.

1.3.1.2 As negociações no âmbito da OMC

Em novembro de 1947, cinquenta e seis países iniciaram uma série de negociações em Havana, no sentido de criar uma Organização Internacional do Comércio (OIC). A tentativa, no entanto, não logrou êxito, principalmente em razão da não-ratificação da convenção pelo

¹⁰ Do texto original: *"The United Nations systems has so far played only a peripheral role in global economic management. When it comes to economic issues, the powerful industrial countries have been reluctant to use UN forum because each member state has an equal vote. They prefer instead to use the Bretton Woods organisations in which industrial countries enjoy a weighted voting advantage."*

congresso norte-americano¹¹.

Rosa (1999) observa que, historicamente, a primeira tentativa de criação de normas multilaterais sobre investimentos remonta à OIC, em 1948. A preocupação com a regulamentação dos investimentos estrangeiros se incorporava ao art. 12 da Carta de Havana, que previa que os estados-membros da OIC deveriam acordar regras de proteção aos investimentos internacionais, assegurando aos investidores condições suficientes de segurança, sem qualquer forma de discriminação. Mesmo mencionando regras de proteção ao capital estrangeiro, a carta trazia alguns princípios compartilhados pelos países em desenvolvimento, uma das razões da não-ratificação pelos Estados Unidos¹².

A despeito do fracasso da OIC, as negociações deram origem, em 1948, ao primeiro acordo geral sobre tarifas e comércio (GATT), firmado em Genebra, por vinte e três países. Seu objetivo primordial constituía na instituição de um ambiente comercial internacional seguro e previsível e na abertura dos mercados, fundada nos princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida¹³.

No início da década de oitenta, o acordo de 1948 começou a se mostrar inadequado para regular a nova realidade econômica internacional, especialmente as questões dos investimentos, serviços e a solução de controvérsias. Segundo Barral (2000, p. 25):

(...) Maculava o GATT algumas limitações sistêmicas, que reduziam o grau de segurança jurídica e fortaleciam o aspecto diplomático negocial. A primeira destas limitações se referia ao próprio mecanismo dos painéis, cujo relatório poderia ser bloqueado por qualquer das Partes Contratantes, inclusive pelo Estado vencido na demanda. Outra limitação se referia à possibilidade de que cada Estado escolhesse o acordo específico de que quisesse participar (o denominado "GATT *à la carte*"), além de poder invocar regras internas pré-existentes ao GATT (o "direito do avô"). A estas limitações se somavam as reclamações dos países em desenvolvimento, quanto à estipulação de exceções e regras mais lenientes, que favorecessem à promoção do crescimento econômico.

Em setembro de 1986 inicia-se, em Punta del Este, a Rodada Uruguaí, cujas negociações foram concluídas apenas em 1993, sete anos após seu início, em Marrakesh, com

¹¹ A tentativa de regulamentação da OIC continha princípios extremamente favoráveis aos países em desenvolvimento. Foi a primeira a aceitar a proteção da propriedade estrangeira como não absoluta nas relações internacionais e a primeira tentativa de codificação novos princípios e normas para a "Nova Ordem Econômica Internacional" (ROSA, 1999).

¹² Entre os princípios consagrados na Carta encontra-se o da função social da propriedade. O reconhecimento da propriedade estrangeira como não absoluta no direito internacional, legitimaria o direito do Estado Receptor de nacionalizar ou expropriar o investimento estrangeiro em casos de necessidade pública, o que na época era totalmente inconcebível. Atualmente o direito de nacionalização e expropriação é unanimemente reconhecido em casos excepcionais, em razão de interesse público, desde que realizada de forma não discriminatória.

¹³ Segundo Barral (2000), o GATT foi um conjunto de normas direcionadas inicialmente para a redução de tarifas alfandegárias no comércio internacional, sem que houvesse constituído uma organização internacional.

o comparecimento de cento e vinte e três países. As negociações ocorridas durante a Rodada Uruguai deram origem a um abrangente conjunto de acordos comerciais¹⁴, cobrindo as principais áreas do comércio internacional (incluindo o comércio de serviços, propriedade intelectual, etc.), estabelecendo um mecanismo de solução de controvérsias eficaz, além de criar a OMC, que funciona desde janeiro de 1995. Segundo Lafer (1998, p. 13), "a OMC representou, com sua criação, algo novo, inerente ao mundo pós-guerra Fria e à lógica da globalização: a aceitação praticamente *erga omnes*, de uma visão gattiana ampliada - GATT *plus* – de organização da economia mundial."

No GATT, o tema dos investimentos estrangeiros foi objeto de debates desde 1985. No entanto, como observa Moisés (1998), à medida que as negociações evoluíram, tendo em vista as alterações da conjuntura internacional, tanto os países que defendiam a análise de uma regulamentação para os investimentos, como aqueles que eram contra tal análise, não desenvolveram mais suas idéias, passando a defender a situação existente.

Conseqüentemente, os investimentos estrangeiros não foram negociados de forma específica, muito embora alguns instrumentos negociados sejam relevantes ao fluxo de capitais. Tais instrumentos são: o acordo geral sobre comércio de serviços (GATS), acordo sobre medidas de investimentos relacionadas ao comércio (TRIMs) e o acordo sobre aspectos de propriedade intelectual relacionadas ao comércio (TRIPs).

O GATS abrange praticamente toda a matéria de serviços, definido através de quatro tipos de fornecimento: a) serviços que cruzam as fronteiras de um mercado para o outro; b) serviços disponíveis em um país-membro aos consumidores de outro país-membro; c) serviços prestados por entidade de um país-membro que se encontra comercialmente em território de outro país-membro e; d) presença de pessoas jurídicas de um país-membro no território de outro país-membro.

Referido acordo contém disposição sobre acesso ao mercado, proibindo expressamente limitações aos serviços e a seus prestadores, além de mencionar a adoção do princípio do tratamento nacional. É de fundamental importância para o fluxo de capital, eis que os serviços são cada vez mais objeto de investimentos estrangeiros diretos¹⁵. Importante ressaltar a liberalização dos serviços financeiros, negociada no âmbito do GATS em 1997, o que

¹⁴ Para Silva Neto (1998, p. 200) "quanto à natureza, o OMC e seu arcabouço constituinte podem ser classificados como um acordo multilateral de natureza econômica, não meramente comercial".

¹⁵ Segundo reportagem publicada na Gazeta Mercantil (2000), os investimentos estrangeiros diretos recebidos pelo Brasil de janeiro a março de 2000 se destinaram, em sua maior parte, para o setor de serviços, que recebeu US\$ 3,7 bilhões, equivalente a 58,3% do total recebido. A indústria ficou com uma parcela de US\$ 1,6 bilhão, que corresponde a 25,2% dos investimentos.

influenciará no aumento do fluxo de investimentos estrangeiros entre os países-membros¹⁶. Segundo Rosa (2000, p. 360):

O processo de globalização das atividades financeiras caracterizou-se pela redução dos controles sobre capital, o que se deu concomitantemente à expansão do comércio mundial, via remoção de barreiras tarifárias e não-tarifárias. Uma maior liberdade de circulação de capital é sinônimo de desregulamentação dos mercados financeiros nacionais. Uma consequência necessária desse fenômeno é que a própria necessidade de capital do segmento produtivo, que antes deveria ser satisfeita em instituições nacionais, busca agora o apoio de instituições financeiras internacionais.

O TRIPS resultou de negociações introduzidas pelos países desenvolvidos, que buscavam uma proteção mais rigorosa à propriedade intelectual e um combate mais eficaz ao comércio de contrafações. Este acordo regulamenta uma série de medidas para a proteção de patentes, *copyrights*, marcas e desenhos industriais¹⁷.

Segundo Troyano (1998), as TRIMs previam condições especiais impostas por um país para estimular os investidores estrangeiros a investir de acordo com certas prioridades nacionais, condições estas que poderiam gerar efeitos adversos ao comércio.

A regulamentação das TRIMs no âmbito do GATT foi motivo de grande controvérsia entre os países-membros. De um lado, os países em desenvolvimento sustentavam que a questão do investimento direto estrangeiro estava fora do alcance de competência do GATT, de outro, os países desenvolvidos alegavam que as exigências de desempenho tinham claros efeitos negativos sobre o comércio de mercadorias e deveriam ser tratadas no âmbito do GATT.

Como consequência, as negociações das TRIMs foram dirigidas no sentido de proibir apenas as medidas de investimentos relacionadas ao comércio que efetivamente produzissem efeitos prejudiciais a este, motivo pelo qual foi elaborada uma lista ilustrativa das medidas declaradas incompatíveis com a obrigação de tratamento nacional¹⁸.

Em setembro de 1993, em meio às negociações da Rodada Uruguai, empresários

¹⁶ Muito se questiona a respeito da efetiva liberalização dos sistemas financeiros, principalmente das economias em desenvolvimento, muitas vezes não suficientemente estruturados e eficientes para enfrentar a entrada de concorrentes estrangeiros. Franceschini ressalta ainda o fato de que a atuação de corporações financeiras internacionais no mercado interno, aliado ao fluxo de capitais pelas fronteiras, poderiam comprometer a política de regulação e controle do sistema financeiro dos Estados (ROSA, 2000, p.360).

¹⁷ Conforme destaca Moisés (1998, p. 43) "a preocupação dos países em desenvolvimento, no que se refere especificamente às TRIPS, gira em torno da possibilidade de estas normas virem a restringir de forma ainda mais aguda a transferência de tecnologia, criando monopólios cada vez mais poderosos no que se refere ao conhecimento científico aplicável à produção."

¹⁸ Segundo Troyano (1998, p. 105) "várias outras TRIMs como, por exemplo, exigências de fabricação, exigências de desempenho na exportação, limites de fabricação, exigências de transferência de tecnologia e restrições ao repatriamento de lucros, não foram adicionadas à lista, e a razão pela qual isso ocorreu foi o fato de que elas não serem consideradas como nocivas ao comércio per si."

européus se reuniram para propor a criação de um "GATT para investimentos", que consagrasse os princípios da transparência, do direito de estabelecimento e do tratamento nacional (BARRETO FILHO, 1999)¹⁹. O que não prosperou.

Atualmente há grande discussão a respeito dos temas a serem debatidos na Rodada do Milênio, mas, segundo a grande maioria dos autores, investimentos será um deles (FINKLER, 1999).

O atual sistema de solução de controvérsias da OMC, fundado no "entendimento relativo às normas e procedimentos sobre solução de controvérsias" (ESC), aprovado por ocasião do Encontro de Marrakesh, em abril de 1994, significou um verdadeiro avanço em relação ao sistema adotado pelo GATT, ao criar um sistema unificado que passa a dispor de instrumentos efetivos de coação pelo descumprimento de suas normas, através de um órgão de apelação, e inverter a regra do consenso²⁰.

Apesar de tais inovações, o mecanismo de solução de controvérsias adotado na Rodada Uruguai é limitado à utilização pelos estados-membros, não contendo previsões acerca do acesso direto do particular em casos de litígios envolvendo investidor estrangeiro. Nas controvérsias surgidas de questões relativas a investimentos cobertas pela OMC (TRIPS, TRIMs, GATS), somente os estados-membros teriam legitimidade para litigar o que, segundo Sauv e (1997), não seria suficiente para as questões de investimentos estrangeiros²¹.

1.3.1.3 As negociações no âmbito da OCDE

¹⁹ Sobre o assunto menciona Kudre, da University of Minnesota (BARRETO FILHO, 1999, p. 106), " (...) *how feasible is a genuine GATT for investment? This is a question that goes back to the postwar discussions of the ill-fated International Trade Organisation ... The prospects for such an organisation have recently been examined again (...) Most observers have concluded that such an organisation is presently impossible for at least three reasons: substantial differences in attitudes towards IFDI among nations and particularly between richer and poorer countries, the 'mate complexity of government policies bearing on IFDI, and increasing restiveness about "free-riding" in the GATT.*"

²⁰ Segundo Prazeres (2000, P. 48), "a inversão da regra do consenso (*reverse consensus*) representa talvez a mudança mais esperada para a efetividade do sistema de solução de controvérsias, ao extinguir a possibilidade do bloqueio do mecanismo pelo interesse de apenas um Estado membro." De acordo com o antigo modelo adotado pelo GATT, qualquer dos Estados-Membros poderia obstar o estabelecimento de um painel ou a adoção de seu relatório. Pelas regras da OMC, isto somente ocorrerá com o consentimento de todos os estados-membros.

²¹ E ressalta o autor (SAUVÉ, 1997, p. 69): "*the settlement of disputes in one area that tended to reveal significant differences between trade and investment agreements. While trade agreements have traditionally relied on State-to-State means of resolving conflicts, providing little or no direct recourse for individual "users" (be they firms or consumers) to challenge the trade-restricting or benefit-impairing behavior of governments, the practice in the investment field embodied in a growing number of bilateral, regional or plurilateral investment agreements - has been to allow investor-to-State dispute settlement provisions to co-exist alongside State-to-State dispute resolution provisions.*"

A OCDE originou-se da Organização Européia de Cooperação Econômica (OECE), organismo constituído sob os auspícios do Plano Marshall²², em 16 de abril de 1948, que tinha como principal objetivo a reconstrução econômica européia após a segunda guerra mundial e a recuperação dos níveis de comércio intra-europeu, que se encontrava em situação de verdadeira penúria. Foi constituída inicialmente por dezessete países: Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, França, Grécia, Islândia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Portugal, Suécia, Suíça, Turquia e Reino Unido.

Conforme ressalta Almeida (1998), a OECE atuou como verdadeiro ponto de coordenação da ajuda norte-americana, dedicando-se principalmente a promover o desenvolvimento dos países da região, eliminando barreiras e obstáculos à liberalização do comércio entre os países-membros e com terceiros mercados, criando uma verdadeira zona de livre-comércio a expandir o comércio europeu, além de implementar um sistema multilateral de pagamentos²³.

Com a necessidade de expansão de seus ideais capitalistas, principalmente com as recentes descolonizações e a constante ameaça socialista, a OECE foi substituída, em 30 de setembro de 1961 pela OCDE. Na sua constituição, a OCDE contava com a participação do Canadá e dos Estados Unidos e seu objetivo primordial era promover a cooperação entre os países membros no campo do fluxo de capitais e investimentos e a expansão do comércio mundial numa base multilateral e não-discriminatória²⁴.

Atualmente a OCDE é composta por trinta países membros²⁵, mas vem atuando de forma a obter a participação de países de todo o mundo, estabelecendo freqüentes diálogos com países da Ásia e da América Latina. Segundo Valentino Sobrinho (1998, p. 200), "o referido diálogo é urna engenhosa construção que permite à OCDE e a um número crescente

²² O Plano Marshall foi um programa de recuperação econômica proposto pelos Estados Unidos, basicamente para preservar no campo capitalista a Europa ocidental, cuja condição política essencial ao recebimento da ajuda financeira dos EUA era a coordenação e a cooperação entre os países da região (ALMEIDA, 1998).

²³ Almeida (1998, p. 159) salienta que a OECE foi uma típica instituição da guerra fria, "constituída para a superação da ameaça representada pela forte presença de forças comunistas nacionais, bem como pela influência da propaganda soviética na Europa ocidental."

²⁴ Segundo Almeida (1998, p. 151-152) "a OECE visava responder, no contexto dos enfrentamentos bipolares do pós-guerra, a um desafio político momentâneo de reconstrução econômica, passando a assegurar, a partir de sua transformação em OCDE, um mínimo de coordenação das políticas econômicas nacionais; muito embora lhe tivesse agregado no nome o conceito de desenvolvimento, esta mudança destinava-se mais a acomodar a presença dos Estados Unidos e do Canadá na velha organização "européia" do que a cumprir um mandato desenvolvimentista para o qual ela não tinha sido concebida."

²⁵ Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, República Tcheca, Dinamarca, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Holanda, Hungria, Irlanda, Islândia, Noruega, Itália, Japão, Coréia, Luxemburgo, México, Nova Zelândia, Polônia, Portugal, Espanha, Suécia, Suíça, Turquia, Reino Unido e Estados Unidos, República Eslováquia. Importante ressaltar a situação do México, que em 1994 ingressou na OCDE com o respaldo dos Estados Unidos, onde obteve uma série de exceções transitórias aos comportamentos unificados (VALENTINO SOBRINHO, 1998).

de países-membros conhecer e tornarem-se conhecidos no seio da Organização, sem o ônus da condição plena de membros."

O Brasil tem participado de um grande número destes "diálogos informais"²⁶ e atuado, na condição de observador, em várias negociações, como as relativas ao *economic and development review committee* e no *public management*. Em 1994 tornou-se membro pleno do centro de desenvolvimento da OCDE, órgão autônomo, instituído em 1962, que se propõe à pesquisa de aspectos sociais e econômicos dos países em desenvolvimento e à formulação de políticas de desenvolvimento e em 1996 passou a integrar o comitê do aço, órgão dedicado à troca de informações e à cooperação entre países produtores.

Seguindo seus objetivos de liberalização dos mercados e do fluxo de investimentos, OCDE divulgou em 1961 o *code of liberalisation of capital movements*, o *code of liberalisation of current invisible operations* e, em 1976 a *declaration on international investment and multilateral enterprises*.

Tais instrumentos, com aplicação restrita aos estados-membros, prestava-se principalmente ao aumento do fluxo de capitais entre seus membros e a contribuição das empresas transnacionais para suas economias. Segundo alguns autores, tais códigos não visavam a efetiva regulamentação da atividade das empresas transnacionais ou do fluxo de investimentos, mas tão somente a proteção do investimento direto, o que pressupunha aceitar o dogma segundo o qual o investimento estrangeiro é sempre benéfico (MOISÉS, 1998).

A partir de maio de 1995 passou-se a negociar, no âmbito da OCDE, um acordo Multilateral para regular os investimentos estrangeiros (MAI), cujo principal escopo constituía o estabelecimento de uma forte regulamentação dos investimentos. O MAI foi o primeiro acordo global a negociar todos os aspectos que envolvem o investimento, incorporando regras já estabelecidas de forma parcial em outros acordos regionais, como as regulamentações do NAFTA, GATS, TRIMs e TRIPS (KODAMA, 1998).

Assim como as regulamentações anteriores, o MAI visava garantir a proteção ao investimento estrangeiro, garantindo estabilidade e previsibilidade aos investidores e evitando, desta forma, os riscos políticos como expropriações e nacionalizações por parte do estado receptor.

Como proposta inicial, pretendia o MAI incorporar os princípios do tratamento

²⁶Os chamados diálogos informais compreendem seminários que tratam de temas como privatização, comércio, meio ambiente, desenvolvimento econômico, política de concorrência, tributação e investimentos estrangeiros. Nos últimos anos, o Brasil tem participado ativamente em um grande número de conferências, como a ocorrida em Tóquio em 1994, sobre o "Alto Nível das Economias Dinâmicas dos Países Não-Membros da OCDE" e a ocorrida em Paris sobre "Política Comercial no Contexto Pós-Rodada do Uruguai." (VALENTINO SOBRINHO, 1998).

nacional²⁷ e não-discriminatório e da nação mais favorecida²⁸, estabelecendo *standards* de cunho obrigatório para o tratamento e proteção ao investimento, a ser aplicado a todos os níveis de governo, prevendo a utilização de mecanismos internacionais de solução de controvérsias²⁹.

Não obstante seu intuito amplamente liberalizador, o MAI previa o estabelecimento de reservas e derrogações temporárias pelos países-membros, ampliadas aos países em desenvolvimento que, segundo ressalta Kodama (1998), não teriam condições de promover a liberalização imediatamente. Além deste dispositivo, havia também a previsão de um determinado período de ajuste dos sistemas econômico e jurídico destes países.

O MAI pretendia atingir praticamente todas as espécies de investimento estrangeiro, como o investimento direto e o especulativo, os relativos à propriedade intelectual, etc. e promover uma liberalização sistemática dos investimentos no mundo.

Mesmo sendo as negociações limitadas aos países-membros³⁰, o MAI seria aberto à assinatura a outros países do mundo, incluindo os estados em desenvolvimento. Muitos países, entre estes o Brasil, vinham participando, na qualidade de observadores, das negociações do MAI, o que, segundo observou Cunha (1999), demonstrava certo interesse na possível adesão³¹.

No entanto, a conclusão do MAI, prevista para abril de 1998, não se efetivou, restando suas negociações paralisadas desde 1998, em razão da reação contrária da comunidade internacional sobre o conteúdo do tratado, de caráter imensamente tendencioso³².

Em linhas gerais, os temas que estavam sendo negociados neste instrumento são:

a) definições e alcance - definição do investimento e investidor e alcance geográfico

²⁷ O princípio do tratamento nacional seria o compromisso assumido por um Estado de conceder tratamento tão favorável quanto ao concedido aos seus nacionais em situação semelhante (Art. I, GATT).

²⁸ O princípio da nação mais favorecida pode ser definido como a obrigação que o Estado tem de conceder tratamento similar ao concedido a outro investimento nas mesmas condições (Art. 11, GATT).

²⁹ Segundo Kodama (1998), as negociações do MAI seguem no sentido de estabelecer duas espécies de procedimentos para a solução de controvérsias, de cunho compulsório, uma entre Estados, onde seria adotada a forma utilizada pela OMC e outra entre Estado e investidor estrangeiro. A utilização do ICSID, do Banco Mundial parece ser a opção mais interessante para a solução de controvérsias entre Estado receptor e investimento estrangeiro.

³⁰ Chega-se a mencionar que as negociações do MAI atingiram um caráter sigiloso, que apenas chegaram ao conhecimento do público através da ação internacional de movimentos da cidadania, que acessaram os computadores da OCDE e o denunciaram nos Estados Unidos, no Canadá e na Europa (OLIVEIRA, 2000).

³¹ A exclusão dos países-não membros da OCDE das negociações do MAI vem sendo muito questionada pela grande maioria dos autores, principalmente porque refletiria apenas os interesses dos países desenvolvidos, deixando a posição dos países em desenvolvimento ainda mais enfraquecida.

³² Segundo Oliveira (2000, p. 7) "a sociedade internacional desconhecia as negociações secretas e os representantes políticos dos Estados Unidos, do Canadá e da França chegaram a negar a sua existência. Somente com a ofensiva dos movimentos da cidadania americana contra o procedimento de negociações comerciais tipo *fast track*, em abril de 1997, é que o Congresso americano tomou conhecimento das negociações do AMI, conduzidas há cerca de três anos pelo Departamento de Estado e do Tesouro americanos."

de aplicação do acordo;

b) tratamento dos investidores e investimentos - tratamento da nação mais favorecida, tratamento nacional e transparência, exceções gerais, derrogações temporárias e reservas;

c) tópicos especiais: pessoal, exigências de performance e incentivos aos investimentos, tecnologia, pesquisa e questões de desenvolvimento, monopólios e empresas estatais, privatizações, práticas empresariais;

d) proteção dos investimentos: padrões de tratamento, expropriação³³ e compensação, transferência de fundos, proteção contra riscos políticos, subrogação e proteção dos direitos dos investidores decorrentes de acordos de investimento;

e) resolução de controvérsias;

f) questões de tratamento tributário; e,

g) não-membros e questões institucionais (MOISÉS, 1998)³⁴.

No tocante aos efeitos da possível implementação do MAI no Brasil, a aplicação do tratamento da nação mais favorecida representa um sério obstáculo à adoção de políticas regionais de desenvolvimento econômico, como impossibilidade de incentivos fiscais, como ocorre nos casos das montadoras de veículos automotores e também nas questões relativas à política de privatizações, onde o governo exige que, em setores estratégicos, o capital majoritário seja nacional por pelo menos um ano após a privatização (FLINKER, 1999).

O MAI pretende proibir exigências de desempenho do investimento externo, proibindo o estado receptor de condicionar a entrada do investimento externo ao preenchimento de certos requisitos, imprescindíveis ao seu efetivo desenvolvimento.

Muitas críticas foram dirigidas às regras dispostas no MAI para a regulamentação do investimento estrangeiro, que estabelecia uma série de direitos reservados unicamente às empresas e aos investidores, enquanto os estados receptores assumiriam todas as obrigações (OLIVEIRA, 2000).

De fato, o escopo fundamental do MAI constituía a liberalização total do fluxo de

³³ No tocante às expropriações e nacionalizações as negociações caminham no sentido de sua completa proibição, com exceção dos casos de interesse público, onde deverão ocorrer de forma não discriminatória, através do devido processo legal e com indenização "pronta, adequada e efetiva" - fórmula de Hull. Conforme leciona Moisés (1998, p. 44) "nas discussões sobre o Código de Conduta das Nações Unidas para as empresas transnacionais, tendo em vista as pressões dos países em desenvolvimento, a fórmula Hull foi desconsiderada e no último projeto havia a previsão de uma compensação adequada."

³⁴ A autora salienta que, com uma análise mais atenta das propostas apresentadas para a regulamentação dos investimentos estrangeiros através do MAI, observa-se que o mesmo limitou-se a garantir a liberalização dos mercados e a proteção do investidor estrangeiro, no sentido de retirar dos países receptores o poder de regular a sua entrada, termos e condições.

capitais impedindo, a princípio, qualquer forma de regulamentação ou controle pelo estado receptor em seu próprio território e ignorando a necessidade de políticas de desenvolvimento. De um lado estariam os investidores estrangeiros, que teriam plena liberdade para ingressar e sair do território receptor sem qualquer responsabilidade com as conseqüências de seu aporte no desenvolvimento e saúde financeira do estado receptor. De outro, o estado receptor do investimento, totalmente impedido de agir em prol do interesse público, abrindo mão de suas políticas de desenvolvimento, em matéria fiscal, ambiental, trabalhista, etc.³⁵.

1.3.1.4 Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA)

A MIGA é uma instituição internacional de cooperação, integrante do grupo do Banco Mundial, criada pela Convenção de Seul em 1985. Seu objetivo principal visava estimular o fluxo de investimentos com fins produtivos, direcionando-os aos países em desenvolvimento³⁶. A atividade preponderante da MIGA é o oferecimento de garantias contra riscos políticos³⁷ que possam afetar os investimentos estrangeiros.

A preocupação com os riscos políticos, segundo Helou (1997) coincide com as medidas de nacionalização levadas a cabo principalmente pelos países que haviam conquistado recentemente sua independência e são um importante fator de insegurança para o investidor. Na definição de Robock (Apud HELOU, 1997, p. 35), o risco político nos negócios internacionais estaria presente: "(1) quando ocorre descontinuidade no ambiente empresarial, (2) quando são difíceis de prever, e (3) quando resultam de mudança política. Para constituir um risco essas mudanças no ambiente empresarial devem ter o potencial de

³⁵ Oliveira (2000) aponta algumas destas disparidades do Acordo: a) proibição de qualquer intervenção ou ação governamental, nas matérias fiscal, ambiental, trabalhista, de desenvolvimento, de reforma agrária ou de proteção ao consumidor, capazes de restringir sua capacidade de obtenção de lucros, ganhos, vantagens, etc.; b) cabimento de indenização, caso alguma medida governamental viesse a provocar "perda de uma oportunidade de obtenção de lucros"; c) reconhecimento do direito absoluto de investir, adquirir terras, recursos naturais, serviços de telecomunicações, divisas, sem nenhuma restrição, ficando os governos com a obrigação de garantir o "pleno gozo" destes investimentos; d) cabimento de indenização contra "desassossego civil". Os governos teriam a obrigação de proteger os investidores estrangeiros contra todas as perturbações que possam diminuir sua rentabilidade, como movimentos de protesto, boicotes ou greves. Tal ação seria considerada de "efeito equivalente" a uma "desapropriação, mesmo indireta"; e) igualdade de tratamento com qualquer investidor nacional nos casos de privatizações; f) reconhecimento de igualdade de direitos e o *status* dos governos nacionais e dos investidores poderiam acionar os governos junto a tribunais de sua escolha, e os Estados abririam mão de submeter os litígios à arbitragem internacional.

³⁶ Disponível em: <http://www.worldbank.org>. Acesso em 08 mar 2001.

³⁷ Os riscos econômicos e financeiros seriam inerentes à atividade do investidor estrangeiros, para os quais a Economia apresenta instrumentos de defesa (Helou, 1997).

afetar significativamente o lucro e outras metas de uma empresa em particular."

A Convenção da MIGA (art. 11) enumera os riscos políticos da seguinte forma: a) transferências; b) expropriação, nacionalização³⁸ e medidas assemelhadas; c) quebra de contrato; d) guerras e distúrbios civis.

O direito de expropriar ou nacionalizar, conforme ressalta Helou (1997), está consolidado no direito internacional atual. Este reconhecimento, complementa a autora, ganhou força com a atuação dos países em desenvolvimento no âmbito da ONU, que lutavam pela defesa de sua independência política e econômica, ao mesmo tempo que contestavam postulados criados no período anterior ao processo de descolonização, elaborados sem sua participação.

No seio da ONU pode-se destacar a Resolução n. 1.803 de 1962, que proclama o direito dos estados à soberania permanente sobre os recursos naturais, reconhecendo o direito de expropriação e nacionalização, desde que, baseada na ordem pública. E ainda a Resolução n. 3.171 de 1973 que, além de fixar o direito de nacionalização, determina que o pagamento de indenização não é obrigatório, mas apenas possível, sendo direito do estado nacionalizante fixar critérios do montante e forma de pagamento (HUCK, 1989).

A carta de direito e deveres econômicos dos estados, aprovada em 1974, permite a nacionalização de quaisquer bens e propriedades estrangeiras, mas ao mesmo tempo estabelece a obrigatoriedade do pagamento de compensação adequada.

A nacionalização passa a ser um corolário da soberania estatal sobre os recursos naturais, derrubando a doutrina clássica que acreditava na inviolabilidade absoluta da propriedade privada. Segundo Helou (1997, p. 42)

o direito de nacionalização passa a ser defendido como instrumento a ser utilizado, politicamente, na recuperação das riquezas naturais das mãos de estrangeiros, reinstaurando a identidade nacional; e economicamente, como forma de controle das atividades econômicas do país, servindo de meio para promover seu desenvolvimento.

Atualmente inexistente discussão em torno do direito de nacionalizar, desde que baseado em critérios de utilidade pública, não-discriminação e pagamento de indenização. A discussão

³⁸ Segundo Huck (1989, p. 86) "a expropriação, ditada por utilidade pública, é instituto reconhecido desde longa data e, como se frisou, no que toca a bens de estrangeiro, com quase unânime acolhida do Direito Internacional. Ela visa obter para o Estado, bens particulares, especialmente imóveis, objetivando dar-lhe uso social (...). Já a nacionalização importa transformações a longo prazo, ditadas não apenas por razões de utilidade pública, mas também por inserir em plano de desenvolvimento econômico de caráter nacional e de prazo mais longo. A expropriação é individualizada, específica, imediata, ao passo que a nacionalização, mais ampla e de longo prazo, inclui-se no planejamento da atividade econômica do Estado."

ressurge apenas quanto à indenização a ser paga pelo estado³⁹.

Enquanto os países importadores de capital, ao optarem por expropriações ou nacionalizações, buscaram angariar fundos para programas de desenvolvimento econômico e social e, portanto, não poderiam arcar com pesadas indenizações, os países exportadores de capital pretendem assegurar o máximo de proteção aos direitos de seus nacionais que investem no exterior (HELOU, 1997).

Defendem os países desenvolvidos a indenização "pronta, justa e adequada", representada pela Fórmula Hull, segundo a qual, a indenização deverá ser paga rapidamente, em moeda ou convertível em moeda do país do investidor e que reflita o valor da propriedade expropriada ou nacionalizada. A Fórmula Hull é contestada firmemente pelos países em desenvolvimento e, "a prática dos Estados, as convenções multilaterais e regionais, a *opinio juris* e as resoluções relevantes da ONU não permitem que a considere como princípio de Direito Internacional", como coloca Assante (Apud HELOU, 1997, p. 45).

Com a adoção das Resoluções da ONU que enalteciam a soberania dos estados sobre os recursos naturais e legitimavam o direito de nacionalização e expropriação, os países desenvolvidos procuraram estabelecer medidas de proteção aos investimentos estrangeiros contra os riscos políticos, através de tratados internacionais (bilaterais, regionais e multilaterais) e de programas de garantias.

Os programas de garantia de investimento foram inicialmente elaborados pelos Estados Unidos, em 1948, através do *Economic Corporation Act*, que visava a proteção dos investimentos na Europa, durante o Plano Marshall e, posteriormente, com o *Mutual Act* de 1951. A partir de 1961, este programa passou a ser dirigido pela *Overseas Private Investment Corporation* (OPIC), cuja finalidade baseava-se na proteção contra riscos não-comerciais. Destacam-se também os programas de garantia da Alemanha (Treuarbeit) e do Japão (EID/MITI) (HELOU, 1997).

A partir de 1961, o Banco Mundial iniciou estudos para a criação de um programa de garantia de investimentos no plano multilateral. O avanço dos estudos e das discussões levou à elaboração, em 1966, da primeira proposta de uma convenção neste sentido, denominada de *International Investment Insurance Agency* (IIA), cujo projeto sofreu duas revisões, nos anos de 1968 e 1972.

Estas negociações acabaram incentivando a elaboração, em 1983, de um texto que continha os pontos principais para a criação de uma agência de promoção, encorajamento e

³⁹ Huck (1989, p. 90) ressalta que "no estado atual do Direito Internacional não há um critério aceito, unanimemente, no que toca à compensação encarada como uma obrigação do Estado que nacionaliza."

proteção do investimento (*Main Features Papers*), que deu origem a um projeto de convenção (*Draft MIGA Convention*). Este projeto foi responsável pela criação da MIGA, "que atuaria não só como garantidora mas também como provedora de mecanismos capazes de criar um clima propício ao investimento internacional" (HELOU, 1997, p. 112).

A convenção da MIGA, aprovada em Seul em outubro de 1985, entrou em vigor em abril de 1988, após a ratificação de cinco países exportadores de capital e de quinze países importadores de capital.

A agência conta atualmente cento e sessenta e cinco membros, entre eles países desenvolvidos e em desenvolvimento. O Brasil ratificou a convenção em 23 de março de 1990, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 66. Mesmo vinculada ao Banco Mundial, a MIGA possui personalidade jurídica própria e independência financeira.

A MIGA possui estreita relação com os sistemas nacionais de garantia, eis que norteada para fins de cooperação e complementação de suas atividades. Segundo o art. 19 da Convenção, a agência está autorizada a prestar resseguros e cosseguros cujos direitos e obrigações decorrentes devem ser objeto de contrato entre a MIGA e o país ou entidade nacional ou regional garantidora⁴⁰.

Inicialmente, países desenvolvidos e em desenvolvimento apresentaram certa desconfiança quanto à instituição da MIGA como programa multilateral de garantia de investimentos. Conforme observa Shihata (Apud HELOU, 1997), a oposição dos países importadores de capital consubstanciava-se no temor de que a agência seria simplesmente protetora dos investidores estrangeiros contra interesses de governos anfitriões, e que, ao conceder garantias, a MIGA poderia tornar todos os países anfitriões igualmente atrativos ao investimento, tornando irrelevantes as vantagens comparativas.

No tocante aos países desenvolvidos, a oposição fundava-se na possibilidade de competição com os mecanismos de garantia nacional e no temor de que a agência efetuassem o possível esvaziamento do papel dos acordos bilaterais e dos esforços para o estabelecimento de regras para o tratamento dos investimentos estrangeiros (HELOU, 1997).

A MIGA é formada pelo conselho de governadores, junta diretiva, presidente e pelo quadro de pessoal. O conselho de governadores é o órgão máximo, sendo responsável pela admissão e suspensão de seus membros, aumento ou diminuição de capital, qualificação dos membros como país em desenvolvimento, encerramento e liquidação da agência, alterações

⁴⁰ Leciona Helou (1997, p. 114): "justamente o temor de que a MIGA pudesse competir com os programas de garantia nacionais, obscurecendo seu desempenho, serviu de importante argumento contrário ao apoio dos países exportadores de capital à sua realização."

da convenção, entre outras. A junta diretiva é o órgão executivo da MIGA, sendo responsável por suas operações gerais. O presidente do Banco Mundial é presidente da junta *ex officio* e não possui poder de voto.

De acordo com o art. 2º da convenção, constitui objetivo da MIGA a promoção do fluxo de investimentos produtivos entre os países-membros e, em particular, os fluxos dirigidos aos países em desenvolvimento. Menciona Helou (1997, p. 118) que "a concessão de garantias deve ser entendida como um meio de atingir o objetivo a que a agência se propõe, e não um fim em si mesmo."

Tanto as pessoas físicas quanto jurídicas podem ser contempladas pelo programa de garantia da MIGA, desde que sejam nacionais de país-membro (art. 13)⁴¹. Investimentos empreendidos por empresas privadas ou públicas, controladas por país-membro da MIGA podem ser cobertos.

O art. 14 limita a garantia a investimentos realizados em país membro da MIGA, o que fundamenta o interesse dos países em desenvolvimento na ratificação da convenção, preocupados em atrair investimentos estrangeiros para o seu território. A aprovação da garantia, por parte do país receptor do investimento, surge como condição para a celebração do contrato de garantia entre o investidor e a MIGA, conforme o art. 15.

Segundo o art. 16, o contrato de garantia deve ser aprovado pelo presidente da junta e não poderá prever a cobertura total do investimento. Em caso de pagamento de indenização ao investidor, a agência se sub-roga nos direitos deste em relação ao país anfitrião (art. 18)⁴².

O pagamento de indenização não exige, como pré-requisito, que o investidor esgote as vias judiciais do país receptor, bastando a utilização de recursos administrativos (art. 17). A MIGA somente garante sob a aprovação do país-membro anfitrião (art. 15). Se ainda assim houver recusa em tornar efetivos os termos da sub-rogação, o art. 52 estipula a suspensão do país-membro no programa. Nestes casos, as agências nacionais de garantia podem recorrer à proteção diplomática de seus países, faculdade de que a MIGA não dispõe.

⁴¹No caso de pessoa jurídica, deverá esta ser estabelecida e ter a sede de sua atividade principal em país-membro ou ter como detentores de capital país-membro ou seus nacionais.

⁴²Art. 18. No ato do pagamento ou ao concordar com o pagamento de compensação ao titular de uma garantia, a Agência tornar-se-á parte sub-rogada em relação aos direitos ou às indenizações concernentes ao investimento objeto de garantia que o titular desta possa ter contra o país anfitrião e outras partes. O contrato de garantia estabelecerá os termos e as condições para uma tal sub-rogação.

1.3.2 Regulamentação no plano regional⁴³

1.3.2.1 As negociações no âmbito do MERCOSUL

Frente à crescente globalização das relações econômicas e do conseqüente aumento da concorrência no mercado mundial, os países latino-americanos passaram a estudar a implantação de um mercado comum, a fim de assegurar sua inserção na economia mundial e efetivo desenvolvimento de seu comércio.

Influenciados pelos estudos realizados pela Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL)⁴⁴, os países latino-americanos resolveram estabelecer uma zona de livre comércio, o que culminou com a criação, em fevereiro de 1960, da Associação Latino-americana de Livre Comércio (ALALC), integrada pelo Brasil, Argentina, Chile, Colômbia, Equador, México, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela.

Em razão de problemas econômicos e políticos, este modelo de integração entrou em decadência a partir da década de setenta, sendo substituído, em agosto de 1980, pela Associação Latino-Americana de Integração (ALADI). A ALADI, por sua vez, que se preocupou menos com o estabelecimento de zonas de livre comércio, sendo mais voltada à consecução de acordos bilaterais de caráter setorial, que não se estendiam automaticamente aos estados-membros (HELOU, 1997). No entanto, deficiências em sua estrutura institucional, dificuldades econômicas dos países-membros e outros problemas como falta de vontade política fizeram com que a ALADI não correspondesse aos objetivos iniciais.

Em 1985, Brasil e Argentina firmaram entre si o Programa de Integração e Cooperação Econômica (PICE), que foi substituído em 1988, pelo Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento, cujo objetivo primordial era promover a abertura seletiva e a integração entre as duas economias. As negociações ganharam impulso com a assinatura da Ata de Buenos Aires em julho de 1990, que previa a instituição de um mercado comum para dezembro de 1994.

⁴³ Além das negociações no âmbito do Mercosul, NAFTA e Pacto Andino, outros blocos econômicos, não menos importantes podem ser destacados como a Comunidade Européia, que regulou o tema do investimento estrangeiro por meio de diretivas, sendo a mais recente a Diretiva 88/361, que ao fixar o *standard* básico a ser seguido pelos Estados, outorga às normas nacionais sua regulamentação, a Comunidade Econômica do Caribe - CARICOM, cuja regulamentação sobre investimentos encontra-se prevista em seu próprio tratado constitutivo e a Associação das Nações do Sudeste Asiático, que criou em 1987 um código de investimento (ROSA, 1999). No entanto, limitamos o presente estudo apenas aos três blocos regionais, em razão de sua importância para o tema.

⁴⁴ Órgão subsidiário da ONU, criado em 1948, com sede em Santiago do Chile, que se propõe a estudar políticas e desenvolvimento para os países latino-americanos.

Em agosto de 1990, Paraguai e Uruguai foram convidados a participar do processo integrativo, o que levou à assinatura do Tratado de Assunção em março de 1991, estabelecendo o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL).

Visando obter um maior desenvolvimento da região, a modernização das economias dos países-membros e a retomada do crescimento econômico, o MERCOSUL vem atuando de forma a promover a captação de investimentos estrangeiros, através da adoção de protocolos de promoção e proteção aos investimentos.

A primeira regulamentação adotada foi o Protocolo de Colônia para a promoção e proteção recíproca de investimentos do MERCOSUL, através da decisão do Conselho Mercado Comum n° 11/93 (MERCOSUL, 1994), que regula o regime de investimentos entre os próprios estados-membros do MERCOSUL. A segunda foi o protocolo sobre a promoção e proteção de investimentos provenientes de estados não-membros do MERCOSUL (1994), adotado através da Decisão do Conselho do Mercado Comum de 11/94, que regulamenta os investimentos de terceiros países no MERCOSUL.

A adoção dos protocolos de promoção e proteção ao capital estrangeiro demonstra uma liberalização da posição dos países latino-americanos em relação ao investimento estrangeiro, restringida pelo temor da redução da autonomia e soberania dos Estados frente aos países investidores⁴⁵.

Os protocolos adotados pelo MERCOSUL têm por objetivo incentivar o ingresso de investimentos externos, oferecendo uma maior proteção aos investidores contra riscos políticos⁴⁶, eliminando de forma progressiva as barreiras à sua entrada, estabelecendo a livre transferência do capital investido⁴⁷ e outorgando ao capital estrangeiro o tratamento nacional⁴⁸.

Pretendem ainda harmonizar as regras de tratamento dos investimentos estrangeiros, evitando condições diferenciais nos países-membros, que possam distorcer os fluxos de

⁴⁵Do preâmbulo do Protocolo de Colônia para a promoção e a proteção recíproca de investimentos no MERCOSUL: "(...) Convencidas de que a criação de condições favoráveis para os investimentos de investidores de uma das Partes Contratantes no território de outra Parte Contratante intensificará a cooperação econômica e acelerará o processo de integração entre os quatro países; Reconhecendo que a promoção e a proteção de tais investimentos sobre a base de um acordo contribuirá para estimular a iniciativa econômica individual e incrementará a prosperidade nos quatro Estados; (...)" .

⁴⁶Art. 4° do Protocolo de Colônia para promoção e proteção recíproca de investimentos no MERCOSUL e art. 5° do Protocolo sobre a promoção e proteção de investimentos provenientes de Estados não-Membros do MERCOSUL.

⁴⁷Art. 5° do Protocolo de Colônia para promoção e proteção recíproca de investimentos no MERCOSUL e art. 6° do Protocolo sobre a promoção e proteção de investimentos provenientes de Estados não-Membros do MERCOSUL.

⁴⁸Art. 2° do Protocolo de Colônia para promoção e proteção recíproca de investimentos no MERCOSUL e art. 3° do Protocolo sobre a promoção e proteção de investimentos provenientes de Estados não-Membros do MERCOSUL.

investimentos dirigidos à região ou deflagrar uma disputa por investimentos entre os membros (FINKLER, 1999).

A preocupação em incentivar o fluxo de capitais parece ter gerado efeitos, visto que a América do Sul foi destino de setenta por cento dos investimentos estrangeiros em 1998, sendo que metade deles foi para o MERCOSUL (GAZETA MERCANTIL, 1999).

A definição de investimento é prevista nos protocolos como "todo o ativo aplicado direta ou indiretamente no território do estado-membro"⁴⁹. Sem comportar uma enumeração taxativa, os protocolos mencionam os principais investimentos protegidos, como a propriedade de bens móveis e imóveis, cotas societárias e qualquer outra participação em sociedades, títulos de crédito, hipotecas, cauções, direitos de propriedade intelectual, como marcas, patentes, desenhos industriais⁵⁰.

No tocante às condições de entrada do capital estrangeiro no país, os protocolos do MERCOSUL possuem traços distintos. O Protocolo de Colônia, que regulamenta o fluxo de investimentos entre países-membros, adota dois princípios gerais relativos à admissão do investimento estrangeiro: o princípio do tratamento nacional e o da nação mais favorecida⁵¹. O tratamento nacional exige que o estado receptor imponha ao investimento estrangeiro o mesmo tratamento outorgado aos nacionais. Segundo Cunha (1999, p. 223) "trata-se de uma regra de tratamento neutra, pois não são favorecidos ou discriminados os investimentos externos, dando-se o mesmo tratamento que o existente para o capital nacional".

Importante notar que o Protocolo de Colônia autoriza os estados-membros a estabelecerem as exceções à regra do tratamento nacional que entenderem necessárias à manutenção de suas atividades econômicas. O Brasil, em razão de uma série de restrições ainda existentes na Constituição Federal, impôs uma série de exceções ao tratamento nacional, entre estas, à pesquisa e lavra de minerais, ao aproveitamento de energia hidráulica, à assistência à saúde e à participação no sistema de seguro e previdência.

No protocolo sobre promoção e proteção de investimentos provenientes de estados não-membros do MERCOSUL não há previsão dos princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida, deixando a regulamentação das condições de entrada do capital estrangeiro para as legislações dos estados. Cada estado-membro terá liberdade para impor suas próprias regras de controle da entrada dos capitais.

No que se refere ao tratamento do investimento estrangeiro após a sua admissão no

⁴⁹Art. 1º (1) do Protocolo de Colônia para promoção e proteção recíproca de investimentos no MERCOSUL.

⁵⁰Art 1º (2) do Protocolo de Colônia para promoção e proteção recíproca de investimentos no MERCOSUL.

⁵¹ Art 2º do Protocolo de Colônia para promoção e proteção recíproca de investimentos no MERCOSUL

estado receptor, ambos os protocolos possuem as mesmas regras que estabelecem o tratamento justo⁵² e equitativo⁵³, proibindo a utilização de medidas discriminatórias. Mesmo com tal proibição, os chamados requisitos de desempenho não são vedados aos investimentos provenientes dos terceiros estados. De acordo com estes princípios, os investimentos estrangeiros nos países do MERCOSUL devem ser tratados dentro dos preceitos legais internos e de direito internacional, estabelecendo-se o equilíbrio entre todas as partes integrantes da operação.

Embora os investimentos estrangeiros regidos pelo protocolo de investimentos de terceiros estados sejam sujeitos, no momento de sua admissão à legislação nacional do país receptor, ambos os protocolos estabelecem que, após o ingresso do investimento, serão estes protegidos com os princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida⁵⁴.

Uma das constantes preocupações do investidor estrangeiro cinge-se aos riscos políticos do investimento, principalmente as nacionalizações e expropriações, práticas comuns nas décadas de sessenta e setenta na América Latina. Neste sentido, ambos os protocolos de investimentos oferecem garantias ao investidor, vedando expressamente as desapropriações ou nacionalizações realizadas em bases discriminatórias e sem o devido processo legal, e exigindo a presença de interesse público e o pagamento de justa indenização⁵⁵.

A possibilidade de transferência de recursos, outra preocupação constante do investidor estrangeiro, é prevista por ambos os protocolos, que determinam a livre transferência dos investimentos e ganhos, que deverá ser feita sem demora e em moeda livremente convertível⁵⁶. Conforme observa Cunha (1999), o Protocolo de Colônia é mais específico e menciona, entre outros aspectos, que a regulamentação das transferências é de competência do estado receptor do investimento, respeitados os princípios relativos à matéria⁵⁷.

⁵²Segundo Carreau (HELOU, 1997), tratamento justo seria aquele que preenche dois requisitos básicos: i) o tratamento dado ao investimento internacional deve estar de acordo com as regras previstas no direito nacional; ii) o tratamento dado pelo direito nacional ao investimento estrangeiro não pode violar o tratamento exigido pelas diversas fontes de direito internacional.

⁵³Conforme Cunha (1999, p. 223) "tratamento equitativo seria aquele que garante o equilíbrio satisfatório entre os interesses do investidor, do Estado de nacionalidade deste investidor e do Estado receptor do investimento, já que todos são partes na operação de investimento."

⁵⁴Art. 30 do Protocolo de Colônia para promoção e proteção recíproca de investimentos no MERCOSUL e art. 4º do Protocolo sobre a promoção e proteção de investimentos provenientes de Estados não-Membros do MERCOSUL

⁵⁵ Art. 4º do Protocolo de Colônia para promoção e proteção recíproca de investimentos no MERCOSUL e art. 5º do Protocolo sobre a promoção e proteção de investimentos provenientes de Estados não-Membros do MERCOSUL

⁵⁶ Art. 5º do Protocolo de Colônia para promoção e proteção recíproca de investimentos no MERCOSUL.

⁵⁷A questão ganha relevância quando a legislação do Estado receptor prevê restrições à livre transferência de recursos, como é o caso do Brasil, com a Lei n. 4.131/62, que prevê tal possibilidade nos casos de desequilíbrio

Por fim, importante destacar os mecanismos de solução de controvérsias decorrentes dos investimentos estrangeiros previstos pelos protocolos. O Protocolo de Colônia menciona a aplicação dos procedimentos previstos no Protocolo de Brasília para solução de controvérsias, mantido posteriormente pelo Protocolo de Ouro Preto.

No tocante aos conflitos surgidos entre estado receptor e estado investidor, o Protocolo de Brasília menciona três etapas para a solução da controvérsia, quais sejam, a negociação, a conciliação e a arbitragem. A arbitragem se procederá mediante comunicado à secretaria administrativa e a composição do tribunal arbitral, que aplicará as normas que regem o MERCOSUL e os princípios de direito internacional. O protocolo aplicado aos países não-membros do MERCOSUL prevê procedimento diverso do Protocolo de Brasília, sendo previstas duas etapas para a solução da controvérsia, a primeira, através da via diplomática e a segunda, através da arbitragem internacional.

As controvérsias surgidas entre estado receptor e investidor estrangeiro são tratadas de maneira similar em ambos os protocolos. A solução do litígio se dá primeiramente através de consultas amistosas que, caso infrutíferas, submeterão o conflito à jurisdição dos tribunais competentes do estado receptor ou à arbitragem internacional, conforme escolha do investidor⁵⁸. A arbitragem internacional poderá ser realizada através do ICSID⁵⁹ do Banco Mundial ou através de tribunal de arbitragem *ad hoc*, que deverá ser estabelecido conforme as regras da UNCITRAL⁶⁰.

Qualquer que seja o mecanismo utilizado para a solução da controvérsia (tribunal *ad hoc* ou ICSID), o órgão arbitral decidirá com base nas disposições do protocolo aplicado às partes litigantes, no direito do estado-membro envolvido, nas regras de eventuais acordos particulares concluídos com relação ao investimento e nos princípios de direito internacional relativos à matéria⁶¹.

na balança de pagamentos (Cunha, 1999).

⁵⁸Art. 9º do Protocolo de Colônia para promoção e proteção recíproca de investimentos no MERCOSUL e art. 10 do Protocolo sobre a promoção e proteção de investimentos provenientes de Estados não-Membros do MERCOSUL.

⁵⁹Art. 9º (4-a) do Protocolo de Colônia para promoção e proteção recíproca de investimentos no MERCOSUL e art. 10 (4-a) do Protocolo sobre a promoção e proteção de investimentos provenientes de Estados não-Membros do MERCOSUL. Importante observar que o Brasil não é membro do ICSID, o que não o impedirá de utilizar sua arbitragem, através de Mecanismo Complementar a ser estudado com maior profundidade no Capítulo II.

⁶⁰Art. 9º (4-b) do Protocolo de Colônia para promoção e proteção recíproca de investimentos no MERCOSUL e art. 10 (4-b) do Protocolo sobre a promoção e proteção de investimentos provenientes de Estados não-Membros do MERCOSUL.

⁶¹Art. 9º (5) do Protocolo de Colônia para promoção e proteção recíproca de investimentos no MERCOSUL e art. 10 (5) do Protocolo sobre a promoção e proteção de investimentos provenientes de Estados não-Membros do MERCOSUL.

1.3.2.2 As negociações no Pacto Andino

O Pacto Andino foi criado em 16 de outubro de 1969, pelo Acordo de Cartagena, cujo objetivo primordial era estabelecer a integração entre os países-membros, de modo a promover o desenvolvimento econômico e futuramente estabelecer um verdadeiro mercado comum (CUNHA, 1999). Atualmente conta com a participação de cinco países: Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela.

Com o intuito de controlar o fluxo do capital estrangeiro e garantir a soberania de seus países-membros, a comissão do Acordo de Cartagena promulgou, em 31 de dezembro de 1970, uma regulamentação do investimento estrangeiro, conhecida como "Decisão n. 24". A Decisão n. 24 visava instituir um regime comum capaz de regular os investimentos estrangeiros, impondo considerável limitação a estes capitais, a fim de garantir sua participação no processo de industrialização e integração de seus membros.

Para atingir seus objetivos, passou a oferecer tratamento diferenciado às empresas nacionais, mistas e estrangeiras, impedindo os estabelecimentos estrangeiros de beneficiarem-se das vantagens previstas pelo acordo de liberação comercial e de supressão de barreiras alfandegárias. Objetivava com essas medidas a transformação das empresas estrangeiras em mistas ou nacionais, de forma a caírem sob o controle dos investidores andinos (CUNHA, 1999).

A Decisão n. 24 restringia o ingresso do capital estrangeiro a certos setores da economia, reservando-os às empresas nacionais ou mistas, impondo limites ao reinvestimento, à remessa de lucros e recusando qualquer método de solução de conflitos internacional, como a arbitragem⁶².

Muitas foram as críticas dirigidas ao regime dos investimentos estrangeiros adotado pelo Pacto Andino, provenientes de países exportadores de capital como Estados Unidos, da Europa Ocidental e instituições como o Fundo Monetário Nacional e o Banco Mundial, o que culminou, em 1974 com a saída do Chile (CUNHA, 1999). O movimento contrário à Decisão n. 24 fez com que os países andinos promovessem uma revisão do Código adotado, através da Decisão n. 220, de maio de 1987, que atenuou a regulamentação discriminatória dos investimentos estrangeiros, os conceitos de capital estrangeiro e capital nacional e outorgou

⁶² Segundo a Decisão n. 24, os litígios deveriam ser submetidos ao juiz natural, ou seja, ao juiz nacional do local do investimento.

aos países participantes maior liberdade de regulamentação da matéria (CUNHA, 1999).

Em março de 1991 foi promulgada a Decisão n. 291 de, que promovia a entrada irrestrita de investimentos estrangeiros, sem limitações na remessa de ganhos ou no repatriamento do capital e impedia a discriminação das empresas estrangeiras.

1.3.2.3 A regulamentação no âmbito do NAFTA

Em 1973, o Canadá aprovou legislação restritiva aos investimentos estrangeiros, que embora atenuada em 1984, permitia ao governo negar a entrada de empresas estrangeiras, ao impor ao investidor padrões de desempenho, como metas de exportação e utilização de peças e serviços nacionais no processo produtivo.

A desconfiança do Canadá frente ao investimento estrangeiro já havia lhe rendido críticas de organizações internacionais como a OCDE, tendo em vista o desrespeito do deste ao código de liberalização de movimentos de capital, por este ratificado e ao GATT, o que gerou a instituição de um painel pelos Estados Unidos para examinar a legalidade da legislação canadense sobre investimentos (BARRETO FILHO, p. 1999)⁶³.

Em março de 1988, Estados Unidos e Canadá assinaram o acordo de livre comércio, que continha um capítulo sobre investimentos. Para o Canadá, o acordo era uma forma de aumentar o acesso de seus produtos no mercado americano e, para os Estados Unidos, uma oportunidade para eliminar as regras canadenses restritivas de investimentos (MORTON, 1989).

O acordo previa uma série de medidas liberalizantes do regime do capital estrangeiro, como tratamento nacional, eliminação de exigências de desempenho, de requisitos de capital mínimo nacional, garantia de transferência de lucros e de desapropriação em base não-discriminatória, mediante indenização imediata e adequada. Em razão do caráter flagrantemente liberalizante do acordo, o Canadá apresentou um grande número de reservas, procurando proteger setores de suma importância para sua economia, como a indústria de

⁶³ Segundo Barreto Filho (1999, p. 77) "o Canadá, tendo sempre a preocupação com o grau de influência das empresas dos Estados Unidos em sua economia, mantinha, desde a década de setenta, legislação seletiva de investimentos estrangeiros e relutava, até meados de 1980, em assinar compromissos que modificassem esses mecanismos de proteção."

transporte, indústrias culturais, serviços financeiros (BARRETO FILHO, 1999)⁶⁴.

Posteriormente, em 17 de dezembro de 1992, Estados Unidos, México e Canadá assinam o acordo instituindo o NAFTA, que se propunha a ser apenas um acordo de livre comércio⁶⁵ ⁶⁶. Como tratado de livre comércio, previa a redução gradual das barreiras ao comércio de bens e serviços na América do Norte, eliminando restrições a investimentos e estabelecendo regras para a proteção do direito de propriedade intelectual.

A matéria relacionada aos investimentos estrangeiros assume primordial importância, sendo regulamentada no próprio tratado constitutivo do NAFTA, em seu artigo 11. Segundo Cunha (1999), a grande preocupação com a regulamentação dos investimentos estrangeiros deu-se principalmente em razão do grande interesse dos Estados Unidos e do Canadá em investir no México.

A regulamentação sobre investimentos estrangeiros no NAFTA buscou facilitar a transferência de capital entre os estados-membros, garantindo os investidores contra os riscos políticos. O acordo prevê ainda a aplicação do princípio do tratamento nacional e da nação mais favorecida, além de proibir expressamente os requisitos de desempenho⁶⁷. No tocante aos riscos políticos, a diretriz adotada pelo NAFTA vedava expressamente nacionalizações ou expropriações que não fossem realizadas em razões de interesse público, de forma não-discriminatória e mediante o pagamento de indenização justa.

O conceito de investimento no NAFTA encontra-se apresentado de forma totalmente ampla, não sendo restrito às empresas, fundos de participação ou débitos securitizados, se estendendo à propriedade imóvel ou a outras propriedades tangíveis ou intangíveis, certos tipos de empréstimos, etc. (LEMES, 1998).

As controvérsias oriundas do investimento estrangeiro serão resolvidas por arbitragem internacional, nos termos do art. 1.115 do acordo de constituição do NAFTA. O dispositivo menciona mecanismo de solução de controvérsias que assegura o tratamento equânime entre investidores dos estados-membros de acordo com o princípio internacional da reciprocidade e

⁶⁴Nesta obra, o autor faz uma análise mais aprofundada das regras de investimentos estipuladas pelo Canadá e México.

⁶⁵Conforme ressalta Barreto Filho (1999), em matéria de investimentos estrangeiros, o México ingressou nas negociações do NAFTA sem compromisso de tratamento nacional, com diversas exigências de desempenho, com restrições à transferência de tecnologia, com altos impostos na fonte sobre juros e *royalties* e com a proibição de participação estrangeira no setor de gás e petróleo e na produção de certos petroquímicos.

⁶⁶Lemes (1998) vai mais longe e leciona que o NAFTA não é um acordo de livre comércio, mas um "acordo de comércio negociado", que mantém algumas barreiras tarifárias às transações intra-regionais.

⁶⁷Desta forma, é proibida a vinculação da entrada de investimento à obrigação de exportar um determinado nível ou porcentagem de um bem ou serviço; à obrigação de a empresa atingir determinado nível ou porcentagem de conteúdo nacional para seus produtos; à obrigação de adquirir, usar ou acordar a preferência para bens produzidos ou serviços prestados em seu território; à obrigação de transferir tecnologia, processo de produção a uma pessoa do território investido, etc.

do devido processo legal perante um tribunal imparcial. A resolução de controvérsias é realizada, primeiramente, através de consultas ou negociações que, se infrutíferas, serão submetidas à arbitragem.

Sobre os mecanismos de solução de controvérsias a serem utilizados, o NAFTA faculta às partes a utilização dos instrumentos previstos em seu próprio acordo constitutivo bem como, os da OMC. As controvérsias relativas a investimentos estrangeiros poderão ser resolvidas no âmbito do ICSID ou por um tribunal *ad hoc*, onde serão utilizadas as regras de conciliação e arbitragem da UNCITRAL⁶⁸.

1.3.3 Regulamentação no plano bilateral

A regulamentação dos investimentos estrangeiros poderá ocorrer através dos tratados bilaterais de proteção e promoção aos investimentos estrangeiros (BIT), que constituem importante instrumento de atração de investimentos, outorgando garantias específicas ao capital e propiciando ao investidor segurança jurídica perante o estado receptor. Muitos países exportadores de capital exigem, como condição para o investimento, a celebração de um BIT com o país hospedeiro, motivo pelo qual são uma verdadeira tendência mundial⁶⁹.

Os recursos provenientes de investimentos estrangeiros diretos são hoje a maior fonte de financiamento para os países em desenvolvimento, razão pela qual, várias nações vêm procurando liberalizar suas políticas econômicas, a despeito da antiga resistência à outorga de proteção internacional aos investimentos por meio de tratados (ARAÚJO; SOUZA JR., 1998). Segundo observa Helou (1997, p. 77) "os acordos bilaterais alcançaram um sucesso inigualável frente aos instrumentos multilaterais, os quais, ainda que alinhavados com o mesmo fim de regulamentar o investimento internacional, esbarram no difícil ponto do consenso mais amplo."

Os atuais tratados bilaterais de investimento têm suas origens nas chamadas "convenções de estabelecimento", onde se destacavam os "tratados de amizade, comércio e

⁶⁸ Art. 1.115 (3) e art. 1.115 (5).

⁶⁹ Segundo Moisés (1998) existe controvérsia quanto a se saber se as cláusulas que normalmente são inseridas nos Tratados Bilaterais poderiam ser consideradas como formadoras do costume internacional. Para uma parte da doutrina, as disposições convencionais, ao se generalizarem, darão nascimento a um regime internacional e substituirão gradualmente as garantias, ainda imprecisas, do Direito Internacional. Outros autores entendem que a importância das regras dos BITS na formação do direito costumeiro é relativa pois os mesmos não são totalmente similares e muitos dos países signatários destes documentos não consideram que as regras ali previstas integrariam o Direito Internacional, mas sim que se trataria de uma lei especial.

navegação”, concluídos pelos Estados Unidos a partir da primeira guerra mundial. Não eram propriamente convenções de investimentos, mesmo porque não se buscava uma proteção especial a este, e sim regular a condição jurídica do estrangeiro, daí dispondo sobre seus bens, direito de propriedade, exercício da profissão, etc. (HELOU, 1997)⁷⁰. Tais tratados, também chamados *investment guaranty treaties*, continuaram a ser utilizados pelos Estados Unidos até o final da década de setenta, embora já nos anos sessenta este modelo tenha demonstrado profundo esgotamento⁷¹.

Conforme observa Moisés (1998), um importante passo na evolução desses tratados foi o programa desenvolvido nos Estados Unidos, visando a proteção e garantia dos investimentos, administrado pela OPIC. A OPIC foi concebida para proteger os investimentos americanos na Europa, no contexto do Plano Marshall e tinha como objetivo estabelecer esquemas de seguro para garantir os investidores contra riscos não comerciais (MOISÉS, 1998). Como riscos não comerciais, também chamados riscos políticos, podem ser citados a expropriação, a nacionalização, prejuízos causados por conflitos armados e a impossibilidade de remessa de lucros ou de repatriação de capital.

Paralelamente, no final da década de cinquenta, os países da Europa deram início à celebração de tratados bilaterais muito semelhantes aos assinados atualmente. O primeiro tratado bilateral destinado especialmente a regular a promoção e proteção dos investimentos foi concluído entre a Alemanha Ocidental e o Paquistão em 1959. Segundo Barreto Filho (1999, p. 44),

as razões do êxito europeu no rápido estabelecimento de acordos bilaterais residiram no menor número de exigências feitas aos países em desenvolvimento, em comparação com as dos Estados Unidos, em matérias como livre conversibilidade de moeda local e desapropriação.

Os tratados bilaterais de investimentos criam obrigações internacionais entre as partes contratantes - pessoas jurídicas de direito público externo - e cobrem, principalmente, quatro áreas relativas aos investimentos estrangeiros: admissão, tratamento do capital, nacionalização

⁷⁰ Helou (1997, p. 79) ressalta que, “esses acordos, tampouco, traçam um quadro jurídico do investimento ou buscam protegê-lo. Na verdade, possuem a característica especial de serem acordo de garantia, em que a finalidade é de dar mais condições ao investidor americano de acessar o sistema nacional de garantia de seu governo.” Como exemplo, podemos citar o Acordo de Garantia de Investimento firmado entre o Brasil e os Estados Unidos, em 1965.

⁷¹ Segundo Barreto Filho (1999) este modelo de tratado começou a se esgotar principalmente porque os países em desenvolvimento começaram a questionar os benefícios dos instrumentos e a relutar contra as garantias exigidas pelos norte-americanos. De acordo com Araújo e Souza Jr. (1998) o declínio dos tratados de amizade, comércio e navegação deu-se em razão de sua extrema amplitude e pela percepção de que assuntos relativos a investimentos estrangeiros deveriam ser tratados separadamente.

e desapropriação e solução de litígios (DOLZER; STEVENS, 1995). Segundo Helou (1997, p. 83)

ao instituírem um quadro jurídico regulamentador do investimento internacional no âmbito bilateral, os acordos ditam regras de tratamento e proteção. Essas regras que, na falta do acordo, seriam de competência do Estado anfitrião, passam a ser internacionalizadas em virtude da obrigação convencional, o que, de certa forma, significa o comprometimento da soberania.

Pode-se observar que a maioria dos acordos bilaterais prevê regras de tratamento nacional, tratamento não-discriminatório, justo e equânime e tratamento de nação mais favorecida. Nota-se uma tendência na adoção do princípio do tratamento nacional nos tratados bilaterais de investimentos. Segundo relatório da UNCTAD (Apud MOISÉS, 1998, p. 32),

apesar de alguns tratados bilaterais assinados não utilizarem o tratamento nacional como critério, vem se verificando que os países em desenvolvimento concedem o tratamento nacional em razão da inserção deste padrão em suas Constituições, além de terem assumido compromissos internacionais neste sentido nos contextos regionais de integração.

O princípio do tratamento nacional é defendido pelos países que pretendem ver o investimento internacional tratado e protegido de acordo com suas normas. Esta concepção, baseada na doutrina Calvo, muito forte nos países latino-americanos, busca impedir que os investidores estrangeiros tenham um tratamento privilegiado frente aos investidores nacionais.

Por outro lado, este comportamento poderia levar à ausência de reciprocidade, que pode ocorrer quando, por exemplo, os estados signatários de um acordo possuam legislações sensivelmente diferentes.

Tal problemática faz surgir na doutrina o debate acerca de *standard* internacional de tratamento, baseado na fórmula convencional do tratamento justo equânime (HELOU, 1997). A definição de tratamento justo e equânime constitui objeto de controvérsias na doutrina internacional. Parte da doutrina entende que seria sinônimo de *standard* mínimo, para outros os termos “justo” e “equânime” deveriam ser delimitados no próprio acordo.

No tocante ao princípio da nação mais favorecida, nota-se que em grande parte dos acordos esta recobre todo o âmbito do tratamento havendo, entretanto, acordos que limitam seu alcance a temas específicos, como transferência, expropriação ou chamados riscos políticos (HELOU, 1997).

Seguindo a tendência mundial e procurando aumentar os investimentos estrangeiros no país, o Brasil deu início, no ano de 1994, às tratativas para a conclusão de diversos tratados

bilaterais de promoção e proteção de investimento. Já foram assinados pelo Brasil doze tratados bilaterais que, no entanto, ainda tramitam no Congresso Nacional⁷².

O primeiro instrumento relativo a investimentos ratificado pelo Brasil foi o acordo de garantia de investimentos, assinado com os Estados Unidos em 6 de fevereiro de 1965. Diferente dos atuais tratados bilaterais, este acordo visava criar um sistema de garantia de investimento para projetos ou atividades para este fim.

O modelo de tratado bilateral de investimento adotado pelo Brasil atualmente⁷³ se aproxima do utilizado pelos estados-membros da OCDE, maiores investidores no país. De um modo geral, os BITs apresentam a mesma estrutura, o que permite apontar algumas características básicas.

Podemos observar no modelo de tratado bilateral adotado pelo Brasil que primeiramente são definidos os conceitos de investimento, renda, investidor e território, assegurando, desta forma, segurança na interpretação do tratado. No tocante à nacionalidade das pessoas jurídicas, Araújo (1998) observa que a grande maioria dos tratados combina os critérios de sede e constituição, pelo qual, para ser reputada pessoa jurídica nacional, a empresa deve ter sede no país em questão e ainda ter sido constituída segundo a legislação local.

Quanto ao efetivo tratamento do investimento estrangeiro, os tratados celebrados permitem a livre transferência do capital investido⁷⁴, o pagamento de indenização rápida, integral e efetiva nos casos de nacionalização ou desapropriação, oferecem tratamento nacional e de nação mais favorecida, além da utilização da arbitragem internacional como mecanismo de solução de controvérsias.

Com relação à solução das controvérsias oriundas do investimento, os tratados prevêm a existência de duas categorias de litígios, uma entre partes contratantes (pessoas jurídicas de direito internacional público), onde o procedimento utilizado seria o recurso à via

⁷² Os tratados assinados pelo Brasil são: Alemanha (1995), Chile (1994), Coréia (1995), Dinamarca (1995), Finlândia (1996), França (1995), Grã-Bretanha (1994), Holanda (1995), Itália (1995), Portugal (1994), Suíça (1994) e Venezuela (1995).

⁷³ Segundo Finkler (1999) "o modelo de tratado bilateral adotado pelo Brasil era bastante restritivo em razão do não livre acesso de capital estrangeiro à economia brasileira. Com a adesão do Brasil ao MIGA, foi criado um Grupo de Trabalho Interministerial com a função de elaborar um modelo de acordo para a promoção e proteção de investimentos estrangeiros condizente com a nova política externa brasileira. Este modelo é gradativamente modificado, mas demonstra a recente postura receptiva aos investimentos."

⁷⁴ A livre transferência de capitais é regra praticamente unânime em todos os tratados bilaterais de investimento firmados pelo Brasil, o que vedaria qualquer tentativa de regulamentação interna que considerasse fatores como equilíbrio de balanço de pagamentos, tipos de investimentos e prazos de carência. A questão adquire importância quando se depara com "ataques" de capital especulativo, tornando ainda mais frágeis as economias em desenvolvimento.

diplomática e, caso infrutífera a conciliação, a submissão do litígio a um tribunal arbitral *ad hoc*; e outra entre investidores (pessoas jurídicas de direito privado) e uma parte contratante, onde seria utilizada a arbitragem perante um tribunal *ad hoc* ou perante o ICSID.

A opção prevista em alguns tratados bilaterais celebrados pelo Brasil de adoção do ICSID como mecanismo para resolução de controvérsias oriundas de investimentos é fato que causa alguma surpresa, ainda que esta previsão apareça constantemente na grande maioria dos tratados celebrados em todo o mundo. Isto porque o Brasil, mesmo sendo membro da MIGA, órgão também criado sob os auspícios do Banco Mundial, negou-se a ratificar o acordo constitutivo da Convenção de Washington, que institui o ICSID, o que não o impedirá de utilizar sua jurisdição através do Mecanismo Complementar, conforme se verá de maneira mais aprofundada no próximo capítulo.

1.4. REGULAMENTAÇÃO INTERNACIONAL: PROTEÇÃO DO INVESTIMENTO X DESENVOLVIMENTO

O aumento cada vez maior do fluxo de investimentos estrangeiros no mundo e sua importância para o desenvolvimento das economias emergentes é inquestionável. O acesso a novas tecnologias, desenvolvimento de técnicas de gerenciamento e administração, a geração de novos empregos, o incremento da produtividade e o financiamento de projetos econômicos e sociais são benefícios geralmente trazidos pelas empresas transnacionais e pelo aporte de capital estrangeiro. Inúmeros fatores são condicionantes do interesse do investidor em investir no país, como a estabilidade monetária, a estrutura tributária, o *country risk* e o ambiente regulatório (SLIVINSKIS, 1997).

Cientes desta importância, as economias em desenvolvimento procuram formas de atrair o capital estrangeiro, através da liberalização de seus mercados, da redução da participação do estado na economia, das privatizações, da liberalização no controle da propriedade estrangeira, da abertura de setores antes protegidos ao capital estrangeiro, e de reformas fiscais. O Brasil, que anos atrás adotava a política de substituição de importações e um estrito controle do capital estrangeiro na economia nacional, também passou a adotar esta nova tendência internacional.

A celebração de tratados internacionais de promoção e proteção aos investimentos (multilaterais, regionais e bilaterais) começa a ser difundida entre as economias em

desenvolvimento como alternativa para incrementar o fluxo de investimentos e atraí-los. Com a celebração dos tratados, a regulamentação do investimento estrangeiro, originariamente de competência do estado receptor, passa a ser internacionalizada em virtude de uma obrigação convencional (SLIVINSKIS, 1997).

Tais tratados oferecem ao investidor um grande número de vantagens, garantindo a segurança jurídica necessária para o sucesso do empreendimento e afirmando expressões como tratamento nacional, tratamento não discriminatório, justo e equânime e de nação mais favorecida e garantias em razão de nacionalizações e expropriações, de livre remessa de lucros, solução de litígios, etc.

Ainda que os tratados de promoção e proteção ao investimento sejam fator de atração de investimentos estrangeiros ao delimitar com precisão as regras de tratamento que o País receptor concederá ao investimento, observa-se que a grande maioria destes centraliza suas preocupações na proteção do investimento, deixando para trás as necessidades do País receptor, como a transferência de tecnologia, proteção aos consumidores e concorrência desleal⁷⁵.

Neste sentido, indaga-se se estes tipos de tratado vêm favorecendo a cooperação entre os países hospedeiros de capital no que se refere ao auxílio ao desenvolvimento. Quando um tratado bilateral é convencionado entre as partes, existe a idéia de que deve haver reciprocidade de interesses e vantagens para ambas as partes.

Entretanto, freqüentemente se questiona se esta reciprocidade seria apenas formal e se os direitos ali estabelecidos apenas beneficiariam os países exportadores. Tudo indica que estes tratados, concebidos como uma etapa na regulamentação desta cooperação, sejam influenciados pela tendência internacional de diminuir ainda mais o poder dos países importadores de capital, tornando cada vez mais difícil a cooperação almejada (MOISÉS, 1998).

E ainda, parte do princípio de que todo o capital estrangeiro é benéfico à economia do país receptor, o que a realidade já mostrou que não é verdade. Exemplo disto é o capital especulativo, cujos ataques em algumas economias do mundo (México, Leste da Ásia e Rússia) demonstraram a necessidade de um certo controle. E como observa Finkler (1999, p. 129)

⁷⁵ Segundo Helou (1997) “as conseqüências da internacionalização de questões de direito interno são a comum inserção, nestes acordos, de regras que se alinham às teses defendidas pelos países com maior poder de barganha, quais sejam, os exportadores de capital, teses essas, já amplamente debatidas nos fóruns internacionais.”

alguns acordos internacionais não mencionam nenhuma exceção à livre transferência. Desta forma, o capital estrangeiro poderá ser livremente transferido mesmo na eventualidade de grave crise cambial e financeira (...) Não haveria espaço para qualquer regulação dessas transferências que levasse em consideração fatores como o equilíbrio da balança de pagamentos, tipos de investimentos e prazos de carência. O país receptor fica impedido de disciplinar remessas de lucros, *royalties, et coetera* em função de seus interesses maiores e de suas necessidades estruturais e conjunturais.

Neste contexto, merece destaque a atuação das empresas transnacionais no cenário mundial que, segundo Baptista (1994), despertam uma verdadeira relação de amor e ódio no estado receptor. Ao mesmo tempo que sua presença é imprescindível para o desenvolvimento social e econômico do estado receptor, suas práticas predatórias são conhecidas no mundo inteiro (concorrência desleal, dependência tecnológica, desenraizamento dos trabalhadores⁷⁶, entre outros), o que demonstra a necessidade de um certo controle e regulamentação de sua atividade.

A tentativa da OCDE, com as negociações atualmente abandonadas do acordo multilateral de investimento (MAI), parece totalmente contrária aos ideais da nova ordem mundial, aprofundando ainda mais o abismo que separa as economias industrializadas e as em desenvolvimento.

A importância de uma regulamentação internacional dos investimentos estrangeiros no crescimento das economias desenvolvidas e em desenvolvimento não pode ser ignorada. No entanto, o restabelecimento de um equilíbrio de interesses a fim de direcionar esta regulamentação para o efetivo desenvolvimento dos povos é questão de extrema importância no cenário econômico e social internacional contemporâneo.

⁷⁶ Segundo Baptista (1994, p. 123) "a decisão centralizada, e a otimização do lucro da sociedade do grupo, fazem com que os assalariados, que são diretamente afetados pelas decisões sociais, isto é, decisões relativas a salários, condições de trabalho e política de investimento do grupo, fiquem à margem de qualquer influência." (123).

2 SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS E INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

A internacionalização e a interdependência das economias nacionais, pode-se dizer, fizeram emergir para o cenário internacional a atividade empresarial privada, ao lado do Estado. A participação dos novos atores não pode mais ser ignorada, impondo-se a adoção de normas de convivência e meios de composição de litígios que disciplinem essa nova realidade (MAGALHÃES, 1989, p. 16-17).

2.1. ARBITRAGEM INTERNACIONAL E INVESTIMENTOS

A importância do investimento estrangeiro para a efetiva implementação do crescimento econômico hoje parece indiscutível, principalmente para os países em vias de desenvolvimento, cujo investimento estatal e nacional privados já não são suficientes. Países em desenvolvimento, entre estes os latino-americanos, que mantinham uma clássica legislação restritiva ao capital estrangeiro, procuram hoje formas para atraí-lo.

No entanto, ao desejo de atrair o capital estrangeiro se mesclam temores políticos e econômicos, tais como o receio de que o investimento internacional possa se tornar ameaça ao poder do estado ou a apreensão de que o investidor possa conquistar posição de monopólio ou obter lucros excessivos, lançando o país receptor na vulnerabilidade e na dependência (HELOU, 1997).

De outro lado se encontram os investidores estrangeiros, preocupados com a segurança do investimento, fundada na estabilidade macroeconômica do país receptor e principalmente política, traduzida, segundo Helou (1997), nas intervenções do governo do país receptor, no sentido de impedir ou dificultar o repatriamento de capitais, nacionalizar ou expropriar o investimento, promovendo a alteração unilateral do contrato. Ao lado destas expectativas, revela-se também o interesse do país de origem do investidor, cujo sucesso do empreendimento no estrangeiro beneficiará sua economia (GEIST, 1995).

Percebe-se, principalmente a partir dos anos setenta, um movimento no sentido da regulamentação do investimento estrangeiro no âmbito internacional, efetivando uma junção de interesses, até certo ponto antagônicos, entre investidor e estado receptor do investimento. O aumento considerável da celebração de tratados bilaterais de investimentos e o considerável esforço despendido por organizações regionais e multilaterais demonstram esta situação,

ocorrendo urna verdadeira internacionalização do contrato de investimento⁷⁷.

Neste contexto, a utilização da arbitragem corno sistema de solução de controvérsias adquire importância, seja corno forma de garantia ao investidor, corno assinala Cunha (1999), seja corno forma de internacionalização direta do contrato de investimento (ROSA, 1999).

A utilização da arbitragem, institucionalizada ou *ad hoc*, passa a ser figura constante nos tratados envolvendo investimentos estrangeiros, trazendo ao debate questões relativas à capacidade postulatória do indivíduo no direito internacional e ao conceito de soberania nacional.

No Brasil, a promulgação da lei da arbitragem, a ratificação e promulgação da convenção interamericana sobre arbitragem comercial internacional e do protocolo de cooperação e assistência jurisdicional do MERCOSUL, e a celebração de inúmeros tratados de promoção e proteção ao investimento, que incluem a arbitragem corno mecanismo de solução de controvérsias, reforçam a importância do estudo da matéria (CUNHA, 1999).

2.2 ASPECTOS JURÍDICOS DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Segundo Barral (1999) existe urna correlação direta entre o acelerado processo de globalização, de mudança tecnológica e do processo de privatização com urna maior demanda pela arbitragem na solução de litígios comerciais internacionais⁷⁸. A América Latina, tradicionalmente temerosa quanto à utilização da arbitragem, também vem aprofundando o debate acerca do instituto, onde se permite identificar algumas tendências comuns:

- a) aplicação da arbitragem concomitantemente ao processo de globalização e privatização da economia latino-americana;
- b) ratificação de tratados internacionais pertinentes à matéria;
- c) implementação da arbitragem nas legislações internas;

⁷⁷Segundo Rosa (1999), esta internacionalização do contrato de investimento poderia se operar de forma indireta, ao se buscar a aplicação do direito internacional à inexecução do contrato, em lugar do direito nacional, e de forma direta, através da definição, no próprio contrato, da aplicabilidade do direito internacional; da utilização das cláusulas de proteção e de estabilização do contrato, em que se busca assegurar que o Estado não modificará suas cláusulas unilateralmente; o recurso à arbitragem; ou através da submissão do contrato de investimento a um tratado internacional sobre investimento de que sejam parte tanto o Estado de nacionalidade do investidor quanto ao Estado receptor do investimento.

⁷⁸ Ressalta o autor que este processo tem sido facilitado, tanto por tratados de comércio bilaterais e multilaterais, quanto por meios tecnológicos avançados que reduzem o custo na transmissão de bens e de informação (BARRAL, 1999).

- d) profissionalização dos centros regionais de arbitragem;
- e) especialização da arbitragem para setores econômicos específicos;
- f) sofisticação da arbitragem nos blocos comerciais;
- g) combinação entre mediação e arbitragem na solução do litígio (BARRAL, 1999).

Pode-se conceituar a arbitragem como instituição pela qual as partes confiam aos árbitros livremente designados a missão de resolver litígios. Fundamenta-se sobre o acordo de vontade das partes que procuram obter a solução de um litígio ou controvérsia versando sobre bens patrimoniais disponíveis, através de uma decisão emanada de uma ou várias pessoas escolhidas pelas partes, ou mediante um mecanismo convencionado e aceito pelas mesmas, obrigando-se a acatar a decisão proferida de boa-fé (MERCADANTE, 1998b). Para Serpa Lopes (Apud MERCADANTE, 1998b, p. 25)

o que distingue, essencialmente, a noção de arbitragem da relativa à Justiça do Estado, é a faculdade concedida às partes de designarem a pessoa que deverá solucionar a questão entre elas surgidas, ao invés de dirigir-se a uma jurisdição estatal preestabelecida.

A essência do instituto da arbitragem é idêntica, tanto em direito interno, como internacional, ainda que se trate de relações internas ou internacionais (MERCADANTE, 1998b). Pode ser considerada como uma forma de prevenir ou dirimir pendências a partir do estabelecimento de uma instância decisória instituída pela vontade das partes em determinada relação jurídica, como observa Guerreiro (1993)⁷⁹.

Para Magalhães e Baptista (1986) a arbitragem constitui meio pacífico de solução de controvérsias que se situa entre a transação e a decisão judiciária⁸⁰. E acrescentam os autores que, enquanto a sentença judiciária é imposta pelo juiz, que não foi escolhido pelas partes e com as quais ele não possui nenhuma vinculação, o laudo arbitral provém de árbitro indicado consensualmente pelos litigantes e a eles ligado pelo compromisso⁸¹.

A arbitragem internacional constitui meio de solução de controvérsias cada vez mais

⁷⁹ Segundo o autor, "nos dias atuais, a arbitragem se impõe em razão de crescente complexidade da economia, que nem sempre aceita soluções convencionais para litígios ocorrentes na prática do comércio exterior, que reclamam composição célere, apoiada muitas vezes em razão de equidade e em motivações de alta qualificação técnica e que, com freqüência, não podem ser adequadamente resolvidas por justiças nacionais de Estados soberanos, ao amparo de normas também nacionais, promulgadas por esses mesmos Estados soberanos." (GUERREIRO, 1993, p. 4).

⁸⁰ Na transação, as partes fazem concessões recíprocas para extinguir ou prevenir litígios, são as partes que agem no sentido de pôr termo à disputa. Na solução judiciária, é o juiz quem decide, provocado unilateralmente por uma das partes.

⁸¹ E acrescentam os autores (MAGALHÃES; BAPTISTA, 1986, p. 19) que "enquanto o judiciário vive da obediência, a arbitragem se lastreia na confiança das partes."

utilizado pelos investidores, comerciantes e importadores ou exportadores em suas disputas. Segundo Magalhães e Baptista (1986), a arbitragem possui algumas características que têm sido celebradas para justificar o seu crescente uso no comércio internacional, com a freqüente previsão de cláusulas arbitrais nos contratos internacionais.

Entre estas peculiaridades, pode-se observar seu caráter confidencial. Ao contrário dos litígios submetidos ao poder judiciário, o conhecimento da disputa fica circunscrita apenas às partes e aos árbitros, que estão obrigados ao sigilo profissional. De acordo com Santos (1986), este caráter sigiloso e confidencial estabelece um clima propício a transações políticas e conciliatórias entre as partes envolvidas.

De outro ponto de vista, observa Barral (1999, p. 61) que

este sigilo pode permitir que se subtraia da sociedade a vigilância sobre as transações, e que decisões privadas possam encobrir negociações que envolvam a ordem pública, uma vez que o árbitro se encontra comprometido com o interesse das partes, e não com o conjunto da sociedade.

Observa-se também que a preferência pela arbitragem internacional consubstancia-se na incerteza e desconfiança quanto à isenção dos tribunais locais em litígios entre nacionais e estrangeiros. Neste caso, como ressaltam Magalhães e Baptista (1986), a arbitragem oferece garantia de tratamento equânime.

A complexidade dos contratos internacionais, das novas situações do comércio internacional e do fluxo de capitais, que passa a exigir conhecimento especializado e muitas vezes peculiar a determinado tipo de comércio, pode ser apontada como um dos fatores a justificar a preferência pelo uso da arbitragem.

2.2.1 Natureza jurídica da arbitragem

A natureza da arbitragem é objeto de inúmeras controvérsias doutrinárias que separam, de um lado a teoria contratualista e de outro a teoria jurisdicionalista.

A teoria contratualista vê no instituto uma obrigação criada por contrato, cujo elemento essencial da arbitragem é o acordo de vontade entre as partes, sem qualquer parcela de jurisdição estatal (MERCADANTE, 1998b)⁸². Conforme ressalta Barral (1999), os

⁸² E observa a autora (MERCADANTE, 1998b, p. 25-26) que “a doutrina contratualista é defendida tanto pelos

argumentos contratualistas se baseiam na constatação de que: a) inexistirá arbitragem sem convenção de arbitragem; b) o caráter fundante da arbitragem é o consenso entre as partes, enquanto a jurisdição se assenta na soberania do estado; c) o árbitro não compõe a estrutura judiciária; d) o laudo arbitral não tem sua coercibilidade assegurada.

Para Mercadante (1998b), a crítica que se faz a esta teoria é a de considerar a decisão arbitral como um acessório da convenção arbitral, quando, na verdade, constitui o ato principal do instituto da arbitragem, através do qual este realiza a sua finalidade, ou seja, a solução da controvérsia. Os que entendem que a arbitragem possui base nitidamente contratual vêem no cumprimento do laudo arbitral apenas a implementação de uma obrigação de fazer assumida no compromisso (MAGALHÃES; BAPTISTA, 1986)⁸³.

Para a teoria jurisdicionalista, a arbitragem é de natureza pública e possui um caráter jurisdicional por ser atividade sucedânea e complementar do poder judiciário (MAGALHÃES; BAPTISTA, 1986). E como bem ressalta Mercadante (1998b, p. 27) "o árbitro seria um verdadeiro juiz, de modo que o compromisso representa uma prorrogação de jurisdição pertinente ao campo do direito processual e o laudo uma verdadeira sentença"⁸⁴.

Conforme observa Magalhães e Baptista (1986, p. 21), as duas posições são extremadas e podem ser conciliadas, pois "se a arbitragem é contratual em seu fundamento inicial é também jurisdicional, ante a natureza pública do laudo arbitral, como forma privada de solução de litígios". Mercadante (1998b, p. 31) observa que

a tendência é afastar uma ou outra dessas teorias, isto é, reconhecer que a origem contratual e o fim jurisdicional se superpõe, se interpenetram, para dar à arbitragem uma natureza mista ou híbrida, com características próprias de um contrato e de um julgamento.

De fato, embora as teorias contratualista e jurisdicionalista pareçam conflitantes, podem ser interpretadas como complementares para a definição do instituto da arbitragem, contratual em sua origem e jurisdicional em seus efeitos.

que a interpretam como uma função genuinamente privatística, como por aqueles que consideram privatística a função do árbitro, mas admitem o seu caráter público, a partir do momento em que se efetua a homologação do laudo arbitral pelo Estado."

⁸³Segundo os autores (MAGALHÃES; BAPTISTA, 1986, p. 20) "a se acolher essa tese, em sua pureza, o não acatamento do laudo arbitral significaria o descumprimento da obrigação de fazer inscrita no compromisso que se resolveria em perdas e danos. Tratar-se-ia sempre de uma obrigação de fazer descumprida."

⁸⁴E complementa a autora (MERCADANTE, 1998b, p. 27) "conseqüentemente, o centro de gravidade da arbitragem não é a fase pré-arbitral (cláusula compromissória e compromisso), mas a sentença arbitral, ato este de caráter jurisdicional semelhante a um julgamento. O árbitro julga, decide, faz justiça, reestabelece o direito violado, no quadro da soberania do Estado, por uma espécie de delegação dessa soberania, pois a função jurisdicional é uma função pública do Estado, em razão do que tal função só pode ser outorgada pelo Estado."

2.2.2 Modalidades de arbitragem

De acordo com Soares (1994), a arbitragem pode ser classificada da seguinte forma:

a) arbitragem entre estados: cujos litígios derivam de suas relações bilaterais ou multilaterais, incluindo-se as relações entre estados e organizações intergovernamentais e entre elas próprias, que são regidos pelo direito internacional público. Subdivididas em dois subtipos: 1) *ad hoc*, onde são inteiramente reguladas por disposições elaboradas pelos estados integrantes de uma controvérsia; 2) institucionais, efetivadas através da interveniência de órgãos internacionais permanentes e especializados em arbitragem;

b) arbitragem entre particulares (pessoas físicas ou jurídicas). Comporta dois subtipos: 1) internas, caracterizadas pela inexistência de vínculos com sistemas jurídicos estrangeiros e regidas totalmente por um direito nacional⁸⁵; 2) arbitragens internacionais, regidas pelo direito internacional privado de uma das partes, ou por normas de extração internacional (normas contidas em tratados internacionais sobre assuntos de direito internacional privado), normas eleitas pelas partes ou vigentes na comunidade internacional dos comerciantes, a denominada *lex mercatoria*⁸⁶;

c) Arbitragem entre estados e particulares estrangeiros, onde se destacam as tentativas da corte permanente de arbitragem de oferecer um foro para resoluções de disputas entre estados e particulares estrangeiros, com a adoção, em 1962, do regulamento de arbitragem e de conciliação para os conflitos internacionais entre duas partes, das quais somente uma é um estado; o ICSID do Banco Mundial e as hipóteses contempladas na convenção de Montego Bay de 1986 sobre o Direito do Mar (SOARES, 1994).

De acordo com sua forma de constituição, a arbitragem poderá ser *ad hoc* ou permanente (institucional). As arbitragens *ad hoc* são organizadas pelas próprias partes, que selecionam as regras de procedimento aplicáveis, os árbitros, a lei aplicável, etc.

Barral (2000, p. 75) observa que este tipo de arbitragem vislumbra uma desvantagem: "uma vez tendo de se confrontar num litígio, as partes dificilmente alcançam um acordo

⁸⁵ A arbitragem entre pessoas de direito privado pode ser subdividida em duas espécies: entre duas pessoas submetidas a uma mesma lei (arbitragem nacional) e entre nacionais de estados diferentes (Santos, 1986). Os litígios entre particulares, como observa Soares (1994), podem ser solucionados através de mecanismos judiciais ou extrajudiciais. A via judicial seria através dos poderes judiciários nacionais.

⁸⁶ A *lex mercatoria* é constituída pelos usos e costumes do comércio internacional (SOARES, 1994).

quanto ao procedimento a ser utilizado.”

Segundo o autor (BARRAL, 1999, p. 75), "esse é o grande motivo que explica a preferência pela arbitragem institucional, elegendo-se instituições administradoras renomadas."

Na arbitragem institucional, a liberdade das partes seria, em tese, limitada à escolha da instituição, restando já consagradas as regras de procedimento utilizadas na composição do tribunal, no reconhecimento do laudo, etc.

2.3 ARBITRAGEM NAS CONTROVÉRSIAS RELATIVAS A INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

Os conflitos referentes ao investimento estrangeiro concentram-se principalmente no pós-estabelecimento do investimento, ou seja, após sua entrada no estado receptor, ocorrendo principalmente em razão de intervenções políticas como desapropriação ou nacionalização, restrição indevida à remessa dos lucros advindos do capital, entre outras.

A princípio, a regulamentação da matéria relativa ao capital estrangeiro é de competência exclusiva do estado receptor do investimento. Historicamente, observa-se que, principalmente nos países latino-americanos o ingresso, permanência e remessa do capital estrangeiro eram regulados exclusivamente pela legislação interna do país receptor e a competência para julgar as controvérsias advindas de investimentos estrangeiros era exclusiva de seus tribunais nacionais.

Este entendimento era reforçado pela aplicação da Doutrina Calvo, famosa na literatura internacional, elaborada pelo jurista argentino Carlos Calvo, ao final do século XIX, segundo a qual um estrangeiro que realize negócios no país, implicitamente consente em ser tratado como um de seus nacionais, não podendo invocar a proteção diplomática do país de sua nacionalidade (SOARES, 1994)⁸⁷.

⁸⁷ E acrescenta o autor (SOARES, 1994, p. 82-83) que "tal doutrina se tornaria operante, seja através de textos legislativos (p. ex.: art. 27 da Constituição mexicana de 1917), seja através de disposições contratuais, a Cláusula Calvo. Tem, pois, a Cláusula Calvo um sentido positivo contratual, de submissão às leis do país, e um sentido negativo, de dispensar a proteção diplomática, dever-direito de um Estado, através de uma disposição por um particular em um contrato. Tem-se discutido o alcance da Cláusula Calvo, na atualidade. Em primeiro lugar, de se saber se um particular poderia elidir um direito de um Estado (de proteção de seus nacionais) por disposições contratuais; em segundo, o alcance universal de tais disposições, enquanto norma de Direito Internacional. A conclusão da doutrina é que a Cláusula Calvo tem um efeito meramente local, uma vez que a proteção ao direito do estrangeiro, na atualidade, se encontra baseada em outros princípios. Desses, se ressalta o

Segundo Magalhães (1998), a Doutrina Calvo estava arraigada na memória dos países latino-americanos como forma de evitar a imposição, pelas potências européias, do regime das capitulações ou da proteção diplomática. E complementa que ela seria a responsável pela reserva em aceitar conceder tratamento ao estrangeiro diverso do conferido a nacional⁸⁸.

Acreditava-se que a arbitragem ocasionaria a submissão do estado a um sistema internacional dominado pelos países desenvolvidos, levando à submissão a interesses externos e à redução de sua soberania (FINKLER, 1999).

Com a desconfiança do investidor frente aos tribunais nacionais, várias tentativas foram realizadas a partir de 1945, para inserir a arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias oriundas de investimentos. Entre essas tentativas, destacam-se: *Havana charter on trade and employment*, de 1948; *Abs-Shawcross draft convention on investment abroad*, de 1959; e *Organization for Economic Cooperation and Development (OCDE) draft convention on the protection of foreign property*, em 1962 e 1967 (TANAKA, 1998).

A partir de 1980, começa a ganhar impulso a celebração de tratados bilaterais de promoção e proteção a investimentos, adotados por países de todo o mundo, que agiam de forma a atrair o capital internacional ao seu território.

Com a celebração dos tratados internacionais, a arbitragem, já utilizada em muitos contratos de investimentos, passa a ser o mecanismo oficial para solucionar as possíveis controvérsias advindas do investimento.

Considerando os três sujeitos envolvidos na relação em torno do investimento estrangeiro, quais sejam, o estado receptor do capital, o investidor estrangeiro e seu estado de origem, signatário dos tratados de investimento e interessado no êxito do empreendimento, são implementadas duas formas de solução de conflitos: entre estados e entre o estado receptor do investimento e o investidor estrangeiro.

da "exaustão dos remédios locais": somente quando forem esgotados todos os remédios que a legislação local oferece ao estrangeiro, demonstrada haver discriminação entre nacionais e estrangeiros, e comprovada a clara denegação de justiça, em suma, havendo provas de que um Estado violou um direito internacional, é que o instituto da proteção diplomática poderia ser invocado com a sub-rogação do Estado nos direitos de seu nacional, estrangeiro em outro Estado, o infrator do Direito Internacional." E acrescenta o autor, citando os ensinamentos de Henry Steiner e Detlev Vagts, que, desde 1930 não tem havido significativa invocação da Cláusula Calvo em litígios internacionais, tendo-se verificado, desde então um decréscimo de sua importância. Atualmente a Cláusula Calvo tem sido substituída por programas de garantia de investimentos, incentivos fiscais e outras formas de incentivo.

⁸⁸Discute-se muito sobre a validade da renúncia prescrita na Cláusula Calvo. Conforme menciona Cunha (1999, p. 460) "a proteção diplomática é uma prerrogativa do Estado, podendo exercê-la ou não sobre o nacional. O Estado, com certeza, pode comprometer-se a não exercer sua proteção diplomática. Por sua vez, pode, contratualmente, o particular renunciar à proteção diplomática?"

2.3.1 A arbitragem nas controvérsias entre estados

Segundo Parra (1997), os primeiros tratados bilaterais de investimentos prescreviam a utilização da arbitragem entre os estados, mas careciam de previsões similares para a solução de controvérsias entre o estado receptor e o investidor estrangeiro. Isto porque ao particular era negado o exercício da capacidade postulatória internacional, em razão da concepção de que apenas os estados poderiam ser sujeitos de direito internacional.

Atualmente, as possíveis controvérsias entre estados acabam geralmente por versar sobre a aplicação e interpretação dos acordos. Conforme ressalta Cunha (1999), os estados tendem a interpretar as disposições dos tratados internacionais segundo os princípios existentes nos seus ordenamentos jurídicos nacionais, e não de maneira conjunta, dentro dos princípios comuns. Segundo o autor, para evitar-se a interpretação unilateral e para garantir-se sua uniformidade caso surjam controvérsias, a interpretação final é realizada por meio de mecanismos comuns, como a negociação e a arbitragem.

Com exceção do protocolo de colônia, que se submete à solução de controvérsias previstas no Protocolo de Brasília, a maioria dos tratados de investimento menciona que questões referentes à interpretação e aplicação dos acordos serão resolvidas, inicialmente, de forma amigável, pela negociação diplomática e posteriormente, caso não se alcance o consenso, através da arbitragem (CUNHA, 1999).

Estas controvérsias são regidas pelo direito internacional público, no caso, o acordo de investimento e os princípios de direito internacional aplicáveis à matéria, com a utilização da arbitragem através da assinatura de compromisso arbitral. Cunha (1999, p. 459) ressalta que

diferentemente da negociação e da mediação, nas quais os Estados resolvem os conflitos por meio de um acordo de vontades, o qual pode ou não ser atingido, a arbitragem é método de solução vinculante. Os países se submetem a ela, mas comprometem-se a respeitar o laudo arbitral. Havendo o consenso inicial, a arbitragem é obrigatória.

Nestes casos, será instituído um tribunal *ad hoc*, ou seja, sem caráter permanente, onde cada estado designará um árbitro e estes dois elegerão um terceiro nacional de outro estado como presidente. As regras processuais relativas à condução da arbitragem, tais como local de realização da arbitragem e pagamento de custas processuais, normalmente são estabelecidas após a composição do tribunal. Caso os estados não respeitem o prazo para designação dos árbitros, o estado interessado poderá dirigir uma solicitação à pessoa ou

organização previamente definida no acordo, que normalmente são o presidente da corte internacional de justiça ou o secretário-geral da ONU para que se encarregue da indicação do árbitro. Decidida a controvérsia, será prolatado o laudo arbitral, de caráter plenamente vinculante e obrigatório para as partes.

2.3.2 A arbitragem nas controvérsias entre estado receptor e investidor estrangeiro

As controvérsias surgidas entre estados e sociedades ou indivíduos estrangeiros eram, via de regra, solucionadas pelo próprio estado, através de seus tribunais internos.

Apenas nos casos de constatação de negação de justiça, poderia o estado estrangeiro exercer a proteção diplomática⁸⁹ sobre seu nacional, inserindo o litígio no âmbito internacional e transformando-o em um litígio entre estados, não obstante seu objeto constitua um interesse privado.

Leciona Magalhães (1998) que, muitas vezes, esta proteção diplomática em favor de interesses privados de nacionais ultrapassava os limites da arbitragem pacífica ou da negociação, levadas a bom termo e transformavam-se em verdadeiras tensões internacionais de certa gravidade, até mesmo com recurso à guerra, reforçada com a Doutrina Drago, que prescrevia o uso da força na cobrança de dívidas do estado.

Como bem ressalta Rosa (1999, p. 468) “a ofensa a um nacional, cometida por ato ou omissão de um Estado estrangeiro, era considerada uma ofensa ao próprio Estado.”

No entanto, no atual estágio da economia mundial, com a atividade das empresas multinacionais, a diversificação dos investimentos e o intenso fluxo de mercadorias, serviços e capitais no mundo, a proteção diplomática, fundada em princípios tradicionais, passa a ser inadequada para solucionar os conflitos envolvendo particulares.

A discricionariedade do Estado, ou seja, seu poder de decidir em exercer ou não o direito de litigar em nome do particular, a necessidade de existência de laço de nacionalidade, que atualmente constitui tarefa de difícil identificação, principalmente pela atividade das empresas transnacionais, podem ser apontados como alguns dos fatores a desconsiderar a

⁸⁹Segundo Magalhães (1998, p. 35), a proteção diplomática constituía um mecanismo criado pelo direito internacional para permitir ao estado discutir com outro a pretensão de seu nacional.

proteção diplomática como meio ideal para a solução de controvérsias⁹⁰.

As controvérsias surgidas entre estado receptor e investidor estrangeiro podem ser solucionadas pela via da arbitragem, que a doutrina denomina de arbitragem mista, eis que não se encaixa nos moldes da arbitragem pública ou privada. Enquanto a arbitragem pública entre estados e a arbitragem privada entre particulares possuem características bem definidas, uma submetida ao direito internacional público e a outra ao direito privado, a arbitragem entre estado e particulares possui peculiaridades que a distinguem de qualquer outra forma de solução de controvérsia extrajudicial.

Na arbitragem envolvendo estado receptor e investidor estrangeiro (arbitragem mista) o direito aplicável funda-se nas disposições do próprio acordo, na legislação interna do estado receptor e nos princípios de direito internacional relativos à matéria. Segundo Magalhães (1989), a arbitragem entre estado e particular nasceu de dois fatores históricos: os inconvenientes da intervenção diplomática em favor do nacional que pretende ver sua pretensão acolhida pelo estado estrangeiro e o acesso do indivíduo aos tribunais internacionais.

A negação da capacidade postulatória e do reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional advém, conforme observa Rosa (1999), da doutrina positivista que faz uma distinção entre sujeitos de direito internacional (os estados) e objetos do direito internacional (os indivíduos), o que, segundo ele, favoreceu o desenvolvimento do conceito de que o indivíduo não seria sujeito de direitos e obrigações no plano internacional, mas somente objeto de direito.

Nesta doutrina clássica, a pessoa física ou jurídica de direito privado não poderia ser formalmente considerada como pessoa de direito internacional, ao lado dos estados ou dos organismos internacionais, pois lhe faltaria *locus standi* nos tribunais criados por tratados.

Historicamente, pode-se observar uma evolução gradativa no direito internacional em favor do reconhecimento da capacidade indivíduo. Em termos de tratados, pode-se citar a Corte Internacional de Presas, criada pela Convenção de Haia, em 1907, que teria sido o marco demarcatório da outorga ao indivíduo da possibilidade de acionar um estado soberano, ainda que não tenha sido ratificada pelos estados-membros, e também a Corte de Justiça Centro-Americana, criada em 1907, que exige como condição preliminar, a exaustão dos recursos nacionais e a denegação de justiça (ROSA, 1999).

Segue-se a criação das comissões mistas, que posteriormente, após a primeira guerra

⁹⁰Helou (1999) ressalta o Caso Barcelona Traction, onde a Corte Internacional de Justiça afasta as tentativas de se estender a proteção diplomática aos acionistas de sociedades estrangeiras, por seus interesses indiretos.

mundial, evoluíram para tribunais arbitrais mistos, conforme observa José Carlos de Magalhães (MAGALHÃES, 1989). As comissões mistas e, posteriormente os tribunais arbitrais mistos, embora provenientes de acordos firmados entre estados, envolviam controvérsias cujo objeto não constituía interesse de estados ou entre estados, regulados pelo direito internacional público, mas sim pretensões privadas cuja composição dependia da aplicação de lei local.

Da mesma forma que as comissões e tribunais arbitrais mistos, a Corte Permanente de Justiça Internacional e sua sucessora, a Corte Internacional de Justiça, decidiram controvérsias entre estado particular, apesar de estes estarem sempre representados por seus estados.

Papel importante na evolução do reconhecimento do particular como pessoa de direito internacional teve a Corte Permanente de Arbitragem de Haia que, conforme observa Guido Soares, embora tenha sido concebida como mecanismo utilizável unicamente entre estados (art. 37 da convenção de 1907), estendeu sua competência, com base em uma interpretação extensiva do art. 47 da Convenção de 1907, para permitir o acesso de particulares às suas decisões de natureza extrajudiciária (SOARES, 1985)⁹¹.

Posteriormente, em 1962, a Corte Permanente de Arbitragem (CPA) elaborou um "regulamento de arbitragem e conciliação para os conflitos internacionais entre duas partes, das quais somente uma é um estado" (SOARES, 1985, p. 78), onde previa regras para a arbitragem e conciliação, instituindo definitivamente a relação jurídica entre o estado e uma pessoa física ou jurídica de direito privado⁹². No entanto, como observa Tanaka (1998), essa tentativa também não obteve êxito principalmente em razão das regras da CPA não serem vinculantes entre as partes.

Outros tribunais, como a corte de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e a da Associação Americana de Arbitragem, apesar de originalmente estabelecidos para resolver controvérsias na área comercial entre partes privadas, vem aceitando resolver questões relativas a investimentos em que as partes são uma empresa privada e o Estado receptor.

⁹¹ O artigo 47 da Convenção autorizava o Secretário da Corte Permanente de Arbitragem a colocar sua organização à disposição dos Estados contratantes para o funcionamento de qualquer jurisdição especial de arbitragem sem, todavia, estipular se tais arbitragens seriam entre Estados. O autor menciona que, com base nesta interpretação extensiva, o Conselho Administrativo da CPA consentiu que os serviços da Corte fossem colocados à disposição, em 1935, para resolver um litígio em que se defrontavam o Conselho Nacional de Reconstrução, representante do Governo Nacional da República Chinesa e a entidade privada norte-americana, Radio Corporation of America, além outros dois casos que envolviam, no primeiro os Estados do Levante sob mandato francês e o Egito (caso Radio Orient), em 1940 e, no segundo, o caso dos faróis gregos, onde se defrontaram o Governo grego e a sociedade francesa Collas et Michel, entre 1931 e 1959 (SOARES, 1985).

⁹² O autor (SOARES, 1985) salienta a importância do Regulamento CPA/62 pelo fato de que a Corte Permanente de Arbitragem é um organismo criado por tratado entre Estados, o que aumenta consideravelmente sua confiança para solução de controvérsias.

Neste sentido, a criação do ICSID⁹³ pelo Banco Mundial constituiu um grande avanço no efetivo reconhecimento da capacidade postulatória do indivíduo em foro internacional.

Conforme ressalta Soares (1985), a atuação do BIRD com a criação de um foro para a resolução de controvérsias entre investidor estrangeiro e o estado receptor busca oferecer relativa segurança ao investidor contra desapropriações sem o devido pagamento de indenização, contra a inadimplência do contrato após mudanças de políticas econômicas e legislativas, além de evitar que por um mecanismo próprio das relações interestatais (proteção diplomática, exigências de benefícios compensatórios, sanções econômicas, etc.), ocorra a confrontação direta entre o estado receptor e o estado nacional do investidor privado.

2.4. O ICSID

Foreign investment attracts the greater attention of international law for the simple reason that it involves the movements of persons and property from one state to another and such movements have potential for conflict between the two states. (Sornarajah. The international law on foreign investment. p. 7-8.)

2.4.1. O Banco Mundial e suas instituições

O ICSID é uma instituição ligada ao Banco Mundial, cujo principal intuito é facilitar a solução de controvérsias entre Estados receptores de investimentos e investidores estrangeiros, promovendo, desta forma, o aumento do fluxo de capitais no mundo.

O Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), também conhecido como o próprio Banco Mundial, foi instituído no encontro de *Bretton Woods*, no final da Segunda Guerra Mundial, quando os países vencedores buscaram instituir órgãos reguladores da economia internacional (BARRAL, 2000)⁹⁴.

O Banco Mundial, fundado em 1944, é uma organização de fomento interestatal⁹⁵,

⁹³ Será adotada a sigla ICSID que advém de seu nome em inglês *International Centre for Settlement of Investment Disputes*, haja vista a inexistência de tradução oficial para a língua portuguesa, em razão da não ratificação pelo Brasil de seu tratado constitutivo.

⁹⁴ Segundo o autor "ao término do encontro de *Bretton Woods*, houve consenso quanto à necessidade de: (a) um fundo monetário, que pudesse resguardar as economias nacionais contra crises cambiais (o FMI); (b) um banco que financiasse a reconstrução européia e o desenvolvimento (o BIRD ou Banco Mundial); (c) uma organização internacional que regulamentasse os fluxos comerciais (a OIC)" (BARRAL, 2000, p. 22).

⁹⁵ Pode ser considerada uma organização interestatal pois são os estados-membros proporcionam o seu capital

vinculada à ONU, que visa, através de sua intervenção no fluxo de investimentos direcionados aos países em desenvolvimento, acelerar seu ritmo de progresso. Conforme observa Medeiros (1994, p. 304), o Banco Mundial constitui um verdadeiro "intermediário entre os detentores de capital em alguns países e os necessitados de capital em outros, pois tem o poder de outorgar ou garantir empréstimos e obter fundos através de empréstimos."

Os objetivos do BIRD são:

a) dar assistência na reconstrução e desenvolvimento dos territórios de membros através de fácil acesso ao investimento de capitais para propósitos produtivos, incluindo a restauração de economias destruídas ou abaladas pela guerra, a reconversão de facilidades produtivas para as necessidades de tempos de paz e o incentivo ao desenvolvimento de facilidades produtivas e de recursos nos países menos desenvolvidos;

b) promover investimentos estrangeiros privados através de garantias ou participação em empréstimos ou outros investimentos feitos por investidores privados; em caso de o capital privado não estar disponível em prazos razoáveis, suplementar o investimento privado providenciando, em condições adequadas, financiamento para propósitos produtivos oriundo de seu próprio capital, fundos por ele arrecadados e outros recursos seus;

c) promover o crescimento equilibrado do comércio internacional a longo prazo e a manutenção do equilíbrio nas balanças de pagamento, através de incentivo ao investimento internacional para o desenvolvimento dos recursos produtivos dos membros, assistindo dessa forma o aumento da produtividade, do padrão de vida e das condições de trabalho em seus territórios;

d) organizar os empréstimos feitos ou garantidos por ele em concordância com os empréstimos internacionais concedidos por outros canais, de modo que os projetos prioritários tenham primazia;

e) conduzir suas operações dando a devida atenção aos efeitos do investimento internacional nas condições de negócio nos territórios dos membros e, nos anos pós-guerra imediatos, assistir na realização de transição suave de uma economia voltada para a guerra, para uma economia de tempo de paz⁹⁶.

Não somente os estados-membros podem tomar empréstimos do BIRD, mas também suas subdivisões políticas e empresas particulares com sede constituída em seu território, desde que mediante garantia do respectivo Estado. O Banco Mundial possui cento e oitenta e

social e controlam sua administração através de seus representantes (MEDEIROS, 1994).

⁹⁶ <http://www.worldbank.org>

um membros e é composto pela junta de governadores, os diretores executivos e o presidente, que se encontra à frente da secretaria da organização.

O Banco Mundial compõe-se de cinco instituições afiliadas, que possuem personalidade jurídica autônoma e independente, que são: além do próprio BIRD, a Associação Internacional de Desenvolvimento (AID), com cento e sessenta membros; a Corporação Financeira Internacional (CFI), com cento e setenta e quatro membros, o Organismo Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA), com cento e cinquenta e um membros e o ICSID, com cento e sessenta e um membros.

James D. Wolfensohn é o atual presidente das cinco instituições. Para participar das instituições do Banco Mundial é necessário ser membro do BIRD. O Brasil é membro do BIRD, da IDA, do IFC e da MIGA, porém não ratificou a Convenção de Washington, que institui o ICSID.

O BIRD, criado em 1945, proporciona empréstimos e assistência para desenvolvimento a países de rendas médias com bons antecedentes de crédito, cobrando juros a taxas que refletem o custo da operação, com prazos para pagamento de quinze a vinte anos, obedecendo um período de carência de três a cinco anos.

Segundo o Banco Mundial, o BIRD é responsável por três quartos dos empréstimos feitos anualmente pelo banco, captando quase todo o seu numerário nos mercados internacionais de capitais, através de vendas de títulos, como fundos de pensão, de companhias de seguro, de empresas, de outros bancos, etc.⁹⁷. O poder de voto está vinculado à subscrição de capital de cada membro que, por sua vez, está baseada no poder econômico de cada país.

A AID, criada em 1960, é uma instituição cujo principal objetivo é dar assistência aos países mais pobres, que não possuem condições para levantar empréstimos a taxas comerciais, proporcionando financiamentos sem juros, chamados de créditos, e outros serviços, como assistência técnica e assessoria política⁹⁸.

Conforme dados do Banco Mundial, os empréstimos efetuados pela AID atingem um quarto do total de empréstimos feitos pelo banco. Tais empréstimos são levantados através de contribuições de países-membros, num total de quase quarenta países desenvolvidos e, até mesmo alguns em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, Argentina, Rússia, Botswana e Turquia.

A IFC, estabelecida em 1956, promove financiamentos de investimentos do setor

⁹⁷ <http://www.worldbank.org>

⁹⁸ Idem.

privado, a prestação de assistência técnica e de assessoramento aos governos e empresas de países em desenvolvimento. Em parceria com investidores privados, a IFC proporciona tanto empréstimos quanto participação acionária em negócios nos países em desenvolvimento.

A MIGA é uma instituição criada em 1988, cujo principal objetivo é o de promover o investimento estrangeiro nos países em desenvolvimento, proporcionando garantias aos investidores contra os prejuízos causados por riscos não-comerciais. A MIGA também proporciona assistência aos países na divulgação de suas oportunidades de investimento.

Conforme prevê a Convenção que a instituiu⁹⁹, a MIGA foi criada com o objetivo de direcionar, a países em desenvolvimento, o fluxo de capital e tecnologia para propósitos produtivos, sob condições condizentes com suas necessidades, sua política e seus objetivos, de modo justo, e estabelecer *standards* para o tratamento do investimento estrangeiro.

O ICSID é uma instituição criada pelo Banco Mundial, cujo principal objetivo é facilitar, através de um órgão institucionalizado, a solução de controvérsias relativas a investimentos entre estados receptores e investidores estrangeiros, promovendo, desta forma, um aumento do fluxo de investimentos entre os países.

O ICSID representa uma notável inovação no sistema de solução de controvérsias internacionais, pois confere ao investidor a capacidade de demandar em nome próprio em fórum internacional, sem precisar da representação de seu estado. Foi criado em 1966, através da convenção sobre solução de controvérsias relativas a investimentos entre estados e nacionais de outros estados, mais conhecida como Convenção de Washington¹⁰⁰. Sua composição, regras básicas e seu mecanismo de solução de controvérsias serão estudados com maiores detalhes a seguir.

2.4.2 Aspectos da Convenção de Washington

Antes de dar início às conversações no âmbito de sua instituição para criar um foro especial para solução de controvérsias sobre investimentos, o Banco Mundial já havia utilizado sua estrutura para resolver disputas relativas a investimentos, como ressalta Tanaka

⁹⁹ Convenção de Seul, aprovada em outubro de 1985. Entrou em vigor em abril de 1988.

¹⁰⁰ <http://worldbank.org/icsid/about/main.htm>

(1998)¹⁰¹. Sua preocupação e atuação direta no fluxo de capitais entre países desenvolvidos e em desenvolvimento e sua reputação de imparcialidade fizeram com que o Banco Mundial reunisse esforços para a criação de um mecanismo de solução de controvérsias, envolvendo procedimentos de conciliação e arbitragem, com o objetivo de solucionar disputas relativas a investimentos entre estado receptor e investidor estrangeiro.

Para a criação do ICSID, foi estabelecido um conselho, formado por representantes dos países-membros e organizada, a partir de 1963, uma série de encontros regionais com especialistas, para a discussão preparatória de uma convenção sobre a matéria, que ocorreram nas cidades de Addis Abeba, Santiago, Genebra e Bangkok. Estes encontros objetivavam o debate acerca da viabilidade do ICSID, questões técnicas e a coleta de opinião dos países-membros.

O resultado das decisões foi levado à assembléia anual de 1964, realizada em Tóquio, onde participaram representantes de todos os estados-membros, dando início às negociações para a criação da convenção que instituiria o ICSID.

A idéia de criação de um centro para sediar procedimentos de conciliação e arbitragem entre investidores e estados não foi bem recebida pelos países latino-americanos, que se manifestaram em bloco contra a instituição do ICSID, o que ficou conhecido pela imprensa como o "EI No de Tóquio" (SOARES, 1985).

A despeito da reação negativa de vários países latino-americanos, entre eles o Brasil, que até hoje não é membro do ICSID, foi estabelecido um comitê jurídico, formado por representantes de sessenta e um países-membros, que se reuniu em Washington para a elaboração do texto da convenção, que foi aberta à assinatura dos estados-membros do BIRD em 18 de março de 1965.

Como salienta Tanaka (1998), para contornar o problema do sistema de votação do Banco Mundial, cujo voto está atrelado à contribuição financeira de cada membro, a diretoria executiva desenvolveu uma prática de buscar um consenso nas reuniões e apuração das opiniões através de uma votação informal¹⁰².

A convenção entrou em vigor em 14 de outubro de 1966, trinta dias após o depósito do vigésimo instrumento de ratificação. Atualmente, conta com a ratificação de cento e sessenta

¹⁰¹ Como no caso *Suez Canal Company X Egito*, que condenou este último ao pagamento de indenização em razão da nacionalização da empresa e posteriormente, os procedimentos de conciliação entre a cidade de Tóquio e debenturistas franceses (TANAKA, 1998).

¹⁰² E ressalta a autora (TANAKA, 1998, p. 78) "nas últimas reuniões algumas questões ficaram como queria a minoria, de forma a que a Convenção pudesse ser aceita pelo maior número de membros."

e um países¹⁰³. Até 21 de setembro de 2000, um total de cento e quarenta e oito países haviam assinado a convenção que institui o ICSID, sendo que cento e trinta e três já haviam depositado os instrumentos de ratificação¹⁰⁴.

Atualmente, a grande maioria dos países latino-americanos são também membros do ICSID, mesmo tendo inicialmente reagido de maneira contrária à sua instituição. Entre esses países, pode-se ressaltar a Argentina, que depositou seu instrumento de ratificação em 19 de outubro de 1994; a Bolívia, em 23 de junho de 1995; o Chile, em 24 de setembro de 1991; a Colômbia, em 15 de julho de 1997; o Paraguai, em 7 de janeiro de 1983; o Peru, em 9 de agosto de 1993; a Venezuela, em 2 de maio de 1995 e, recentemente o Uruguai, em 9 de agosto de 2000. O Brasil é o único país integrante do MERCOSUL que não é parte do ICSID.

Desde sua efetiva constituição em 1966, o ICSID passou a integrar um imenso número de tratados de investimentos, seja no âmbito multilateral, regional ou bilateral. No plano multilateral, destaca-se o MAI (OCDE), que prevê a utilização do ICSID na solução de controvérsias entre investidores e estados receptores de investimento; no âmbito regional, destacam-se o MERCOSUL, que em seu protocolo sobre promoção e proteção de investimentos provenientes de estados não-partes, prevê a utilização do ICSID; assim como o acordo constitutivo do NAFTA e o Pacto Andino.

Pode-se dizer que a intensa propagação do ICSID como mecanismo de solução de controvérsias, observada nos últimos anos, é conseqüência do considerável aumento do número de tratados bilaterais de investimentos celebrados em todo o mundo.

Ressalta Parra (1997) que o desenvolvimento do ICSID e o aumento dos tratados bilaterais de investimentos estão intimamente ligados. Segundo o autor, cerca de cento e setenta países já ratificaram um ou mais tratados bilaterais de investimento, o que resulta num total de quase mil e oitocentos tratados, sendo que novecentos e sessenta deles foram ratificados no período entre 1990 a 1998. Entre eles, cerca de novecentos mencionam a utilização do ICSID nas controvérsias surgidas entre o estado receptor e o investidor estrangeiro.

A utilização do ICSID nas soluções de controvérsias entre estado e investidor estrangeiro é também freqüentemente mencionada nos contratos de investimentos¹⁰⁵ e em

¹⁰³ Entre estes países, a Suíça que assinou a Convenção em 2 de fevereiro de 1967, mesmo não sendo membro do BIRD, sendo convidada a firmá-la nos termos do artigo 67 da Convenção.

¹⁰⁴ <http://worldbank.org/icsid/about/main.htm>.

¹⁰⁵ A inserção de cláusula de arbitragem internacional nos contratos de investimento gera o que a doutrina reconhece como a internacionalização do contrato de investimento. No entanto, conforme observa Rosa (1999, p. 476), inúmeras críticas pairam sobre esta “teoria da internacionalização do contrato de investimento”, pelo fato de uma das partes ser um particular, que não poderia outorgar a um contrato o *status* de acordo internacional.

mais de vinte leis que regulam investimentos nacionais.

No tocante à regulamentação do ICSID, a Convenção de Washington possui um total setenta e cinco artigos, dispostos em dez capítulos que tratam de sua criação, organização, de seu financiamento, da jurisdição do centro, dos procedimentos de conciliação e arbitragem, recursos e reconhecimento dos laudos.

Complementando as disposições da Convenção, em 25 de setembro de 1967 o conselho administrativo do ICSID adotou ainda um conjunto de regras, em conformidade com o artigo 6º, alíneas a, b, c. Estes regulamentos e regras entraram em vigor em 1º de janeiro de 1968 e são constituídas por: a) regulamento administrativo e financeiro; b) regras processuais aplicáveis à iniciação dos procedimentos de conciliação e arbitragem; c) regras processuais aplicáveis aos procedimentos de arbitragem; d) regras processuais aplicáveis aos procedimentos de conciliação.

Essas regras, com exceção do regulamento administrativo e financeiro, permaneceram invariáveis até 26 de setembro de 1984, quando o conselho administrativo realizou algumas emendas. No início de 1978, o ICSID adotou um mecanismo complementar, que autorizava a administração de litígios ocorridos entre estados e investidores estrangeiros não regidos pela convenção, como procedimentos de conciliação e arbitragem entre não-membros do ICSID.

2.4.3 O ICSID e suas características gerais

2.4.3.1 Estrutura Institucional

O ICSID foi criado pela Convenção de Washington, que entrou em vigor em 14 de outubro de 1966, com sede no BIRD, em Washington. É uma pessoa jurídica de direito internacional, dotada de autonomia plena¹⁰⁶, com capacidade para contratar, adquirir e dispor

Esta crítica, acrescenta citando France Fradete, no entanto, foi rebatida no *Affaire Texaco*, quando o árbitro concluiu que os estados não seriam os únicos sujeitos de direito internacional. Para esse árbitro, se é a vontade dos estados que é capaz de criar novos sujeitos de direito internacional, como as organizações, tal vontade, quando expressa em um contrato com um indivíduo, por exemplo, é suficiente para dar a este uma capacidade internacional, ainda que limitada. Isso não significa que o contrato internacional devesse ser equiparado ao tratado internacional, mas que seria antes um ato internacional de tipo novo.

¹⁰⁶ Embora seja o ICSID uma instituição intimamente ligada ao Banco Mundial, constitui uma organização autônoma. Seus custos são cobertos pelos dos valores recebidos pela sua utilização e pelas contribuições de seus membros, na proporção de suas quotas.

de seus bens e comparecer em juízo, gozando de imunidade, isenções¹⁰⁷ e privilégios próprios, estendidos ao pessoal a seu serviço, inclusive conciliadores e árbitros, que também gozam de imunidades *ratione officio*.

O ICSID é composto por um conselho administrativo, pela secretaria-geral e por uma lista (painel) de conciliadores e de árbitros. O ICSID é dirigido pelo conselho administrativo, composto por um representante de cada estado-membro, cada um com direito a um voto, cujo presidente será *ex officio* o presidente do BIRD, também designado de *chairman* que, não tem direito a voto.

O conselho administrativo é responsável pela adoção dos regulamentos administrativo e financeiro, pelo estabelecimento das regras de procedimento para a arbitragem e conciliação, pela aprovação das negociações com o BIRD para a utilização de seus serviços administrativos e instalações, pela realização do orçamento anual do ICSID, pela nomeação das comissões que considere necessárias, entre outras atribuições.

A secretaria-geral é constituída por um secretário-geral¹⁰⁸ e adjunto, e pelos funcionários do ICSID. O secretário-geral e seu adjunto¹⁰⁹ são indicados pelo presidente do BIRD e eleitos pelo conselho administrativo, por maioria de dois terços, podendo ser reeleitos. O secretário-geral será o representante legal e o funcionário principal do ICSID, responsabilizando-se pela sua administração, nomeação de funcionários, recebimento de pedidos de solução de controvérsias e autenticação dos laudos arbitrais.

As listas de conciliadores e árbitros serão constituídas de quatro pessoas indicadas pelos estados-membros, que não precisam ser necessariamente seus nacionais, e outros dez de diferentes nacionalidades designados pelo presidente do conselho administrativo, para um mandato de seis anos, que poderá ser renovado.

De acordo com o art. 14 da convenção, o presidente, ao designar os componentes de ambas as listas, deverá se preocupar com a representação dos principais sistemas jurídicos do mundo e dos ramos mais importantes da atividade econômica. Esta preocupação reflete o objetivo máximo do próprio ICSID, que constitui na aceitação de um grande número de

¹⁰⁷Conforme menciona o art. 24 da Convenção, o ICSID, seu patrimônio, seus bens, os ingressos, operações e transações autorizadas pela Convenção são isentas de todo o tipo de impostos. Da mesma forma, os valores recebidos pelos árbitros e conciliadores, a título de honorários, também não são sujeitos a impostos, desde que a solução da controvérsia e o pagamento dos honorários tenham sido efetuados na própria sede do ICSID.

¹⁰⁸O atual secretário-geral atual do ICSID é Ko-Yung Tung, eleito pelo conselho administrativo em 25 de julho de 2000 para um mandato de cinco anos. Ko-Yung Tung é o sucessor de Ibrahim F. I. Shihata. (<http://www.worldbank.org>).

¹⁰⁹De acordo com o artigo 10 (2) da convenção, os cargos de secretário-geral e adjunto são incompatíveis com o exercício de qualquer função política e somente poderão desempenhar outro cargo ou atividade mediante autorização do conselho administrativo.

estados, com legislações e princípios extremante distintos.

2.4.3.2 *A jurisdição do ICSID*

2.4.3.2.1 Consentimento das partes

Segundo Broches (1972), o consentimento é a principal condição de competência do ICSID. Apenas com o consentimento expresso e por escrito das partes poderá ser invocada a jurisdição do ICSID, que é totalmente voluntária. Os membros do BIRD são totalmente livres para ratificar ou não a convenção, bem como, mesmo que tenham ratificado, têm plena liberdade para utilizar-se ou não dela e ainda especificar quais serão os investimentos que se submeterão à arbitragem do ICSID. É o que menciona o próprio preâmbulo da convenção:

Declarando que a mera ratificação, aceitação ou aprovação desta Convenção por parte do Estado-contratante, não constituirá uma obrigação para submeter uma determinada controvérsia à conciliação ou arbitragem, a não ser mediante o consentimento deste Estado.

Neste sentido, Soares (1994, p. 90) salienta que:

Os temores de que um estado venha a ser julgado pelo tribunal arbitral constituído sob a égide do BIRD, contra a sua vontade, pelo simples fato de ter ele subscrito a Convenção - BIRD é um total desconhecimento dos termos da própria convenção, que fundamenta a jurisdição do Centro, numa submissão formal de carácter bilateral entre os litigantes, de um lado (ambos, portanto) e, de outro, o Centro. Tal tipo de jurisdição, calcada na autonomia das partes, por sinal, típica dos procedimentos arbitrais, é incompatível com o instituto da revelia, conforme é concebido nas jurisdições internas estatais, criadas por lei, sobretudo, quando um dos litigantes é um estado.

No entanto, conforme observa Pereira (1998, p. 89) "havendo ambas as partes expressamente consentido - antes (cláusula arbitral) ou depois do surgimento do litígio (compromisso de arbitragem) -, já não lhes é lícito retirá-lo unilateralmente"¹¹⁰. A jurisdição do ICSID é baseada no consentimento das partes, que poderá estar expresso em cláusula ou compromisso de arbitragem, em acordo direto entre Estado e investidor, assim como em lei

¹¹⁰Accioly (1996) classifica a arbitragem em voluntária (ou facultativa) e obrigatória (ou permanente). Na primeira, escolhe-se a forma arbitral por acordo ocasional entre as partes, após a existência do conflito; na segunda, há um acordo anterior, quer por tratado geral sobre arbitragem, quer por tratado ou acordo que contenha cláusula arbitral, para que as partes dirijam o conflito a uma solução arbitral.

interna ou tratado bilateral, regional ou multilateral entre Estados.

Observa-se, porém, que o consentimento emitido nos acordos internacionais de investimento, por se tratarem de obrigações concluídas unicamente entre estados, não vincula o investidor, que deles não é parte (HELOU, 1997). Nestes casos, a necessidade de consentimento expresso do investidor, que pode constar de contrato de investimento, é condição *sine qua non* para o recurso ao ICSID.

E acrescenta Tanaka (1998, p. 82) que "o acordo é elevado à categoria de obrigação internacional que deve ser cumprida, a fim de evitar que qualquer das partes se abstenha de participar da arbitragem". Havendo o consentimento expresso de ambas as partes para se submeterem à jurisdição do ICSID, esta não poderá ser revogada unilateralmente, nem mesmo por denúncia da convenção, conforme menciona o art. 25 (1) da mesma.

Duas outras questões devem ser consideradas quando da utilização do ICSID para a solução de controvérsias sobre investimentos estrangeiros: a renúncia à proteção diplomática por parte do país do investidor e a renúncia à exigência do esgotamento dos recursos internos por parte do estado receptor do investimento.

O artigo 27 (1) da convenção menciona que o consentimento do investidor em submeter a controvérsia à jurisdição do ICSID importará na renúncia do estado ao direito de proteção diplomática. Pode-se dizer que esta é uma inovação da Convenção de Washington ao afastar das arbitragens sob a competência do ICSID o instituto da proteção diplomática, tão utilizado pelo direito internacional clássico.

O art. 27 da convenção proíbe que, eleita a via arbitral, entre o particular e o estado, venha o estado da nacionalidade daquele particular subrogar-se nas suas pretensões, pelo instituto da proteção diplomática, transformando assim um litígio sobre investimentos no qual uma parte é particular, num litígio entre estados (SOARES, 1994).

Algumas discussões podem ser suscitadas quanto à legitimidade do investidor para, através de seu consentimento, renunciar o direito de seu estado de exercer a proteção diplomática. É forte o argumento de que a proteção diplomática pertence ao estado e não ao particular, que não poderia validamente renunciar a direito que não detém (ROSA, 1999)¹¹¹.

Nota-se, porém, que esta renúncia não é manifestada em sua totalidade, eis que a proteção diplomática poderá ser retomada em caso de não-cumprimento do laudo arbitral. Em razão disto, a doutrina entende que não se trataria propriamente de uma renúncia, mas de mera

¹¹¹ Segundo o autor, esta concepção está fortemente ligadas às concepções da Doutrina Calvo e seu conceito de soberania.

suspensão da proteção diplomática¹¹². Conforme prescreve o artigo 27 (2), os procedimentos diplomáticos informais que visam facilitar a solução da controvérsia não seriam considerados proteção diplomática, sendo plenamente autorizados pela convenção.

Em relação ao estado anfitrião, o artigo 26 da convenção menciona que o consentimento das partes à arbitragem do ICSID implicará na exclusão de qualquer outro mecanismo de solução de controvérsias, o que inclui a jurisdição do estado receptor do investimento. Há uma presunção de renúncia, por parte do estado receptor, da regra do esgotamento dos recursos internos, freqüentemente colocada como condição ao recurso em foros internacionais.

A possibilidade de que o investidor remeta a controvérsia diretamente a uma instância internacional acarreta uma verdadeira mudança na prática latino-americana, que usualmente exige que o poder judiciário nacional exerça sua jurisdição antes do pronunciamento no âmbito internacional¹¹³.

Esta regra consolidou-se no direito internacional a partir do século XIX, instituída, principalmente, em acordos internacionais como "uma tentativa de se estabelecer limites ao exercício da proteção diplomática e de se reservar aos tribunais locais a competência para examinar todas as reivindicações legais" (TRINDADE, 1984, p. 44)¹¹⁴.

Muitos doutrinadores entendem que o estado, ao aceitar que o investidor recorra diretamente a um tribunal internacional, desprezando sua competência territorial, está expressamente renunciando à sua soberania nacional. Neste sentido, a convenção oferece aos estados-membros a possibilidade de exigir o prévio esgotamento de suas vias administrativas ou judiciais como condição a seu consentimento.

¹¹² Neste sentido, Broches (1972).

¹¹³ Segundo Trindade (1984) muitos doutrinadores ressaltam sua estreita ligação com a Doutrina Calvo, pela qual o indivíduo, ao celebrar um contrato com um governo estrangeiro, concorda em não invocar a proteção diplomática de seu estado para solucionar eventuais questões decorrentes da execução do contrato, e em submeter tais questões aos tribunais locais competentes em conformidade com o direito interno do estado. No entanto, observa o autor, "embora haja uma identificação da cláusula Calvo com a regra dos recursos internos, esta última opera como regra do direito internacional costumeiro, ao passo que a primeira gera para o estrangeiro uma obrigação, qual seja, a de obrigar-se sob a jurisdição territorial (do estado com o qual concluíra o contrato contendo a cláusula). Na verdade, ao excluir os pedidos de proteção diplomática, a cláusula Calvo torna a competência dos tribunais internos exclusiva, e não apenas preliminar como ocorre com a regra dos recursos internos: admite-se, portanto, - deixando de lado a proteção diplomática - que a cláusula seja empregada em matéria contratual (subordinada ao direito interno e aos tribunais nacionais).

¹¹⁴ E acrescenta o autor que "na prática dos estados, particularmente dos latino-americanos, há alguma evidência de que a regra dos recursos internos, no contexto da proteção diplomática, se revestiu de um caráter substantivo, pelo qual a própria configuração da responsabilidade internacional de um estado - para o exercício subsequente da proteção diplomática - subordinava-se ao prévio esgotamento de todos os recursos internos disponíveis."

2.4.3.2.2 Jurisdição *ratine personae*

A jurisdição do ICSID é limitada às controvérsias entre um estado-membro e um nacional de outro estado-membro, excluindo-se conflitos entre estados ou entre particulares. O ICSID é um mecanismo especialmente criado para a solução de controvérsias entre um estado e um indivíduo - investidor, equiparando-os a sujeitos de direito internacional. Pode-se afirmar que uma das maiores inovações do ICSID e inegável contribuição ao direito internacional advém do reconhecimento, por de uma arbitragem institucionalizada, da capacidade jurídica internacional do indivíduo (pessoa física ou jurídica). Helou (1997, p. 143) observa que:

O locus standi conferido ao investidor particulariza a Convenção de Washington. Abre-se-lhe a possibilidade de que controvérsias com Estado possam ser solucionadas, por via de um órgão público de caráter internacional. Trata-se de "alternativa específica", para a solução de controvérsias oriundas de contratos de investimentos entre o investidor e o Estado, face a pouca operacionalidade da proteção diplomática, ao fato de que a CIJ só conhece litígios entre Estados e diante das desconfianças em torno das arbitragens comerciais quanto dos tribunais arbitrais.

No tocante à capacidade postulatória do estado, o artigo 25(3) da convenção permite que, em seu lugar, seja parte da controvérsia uma subdivisão política ou entidade governamental, desde que com autorização para a arbitragem emitida pelo estado.

Os nacionais de outro estado poderão ser pessoas físicas ou jurídicas. A pessoa física deverá ter nacionalidade diversa do estado parte do litígio, na data em que consentiu submeter o litígio ao ICSID e na data que tal pedido foi registrado. São expressamente excluídas as pessoas físicas de dupla ou múltipla nacionalidade, quando uma destas pertencer ao estado parte da controvérsia. Inexiste definição de nacionalidade, bastando que o estado de que a pessoa física rogue ser nacional confirme esta informação por escrito (HELOU, 1997).

Em se tratando de pessoa jurídica, deverá esta possuir nacionalidade distinta do estado parte da controvérsia na data de consentimento das partes aos recursos de conciliação ou arbitragem. Não há, neste caso, a exigência que esta nacionalidade se mantenha constante até o momento do registro do pedido, como nos casos de pessoas físicas. Caso seja nacional de estado parte do litígio, a pessoa jurídica poderá ainda ter acesso ao ICSID se as partes concordarem que, em razão do controle acionário, a pessoa jurídica em questão seja considerada como sendo nacional de outro estado-membro da convenção.

Segundo Broches (1972), a razão pelo qual este dispositivo foi inserto no texto da

convenção é a freqüente exigência dos estados receptores, para a admissão do investimento internacional, que o mesmo assuma a forma de uma sociedade organizada sob as leis nacionais. Para o autor, o enquadramento das pessoas jurídicas com controle externo, mas constituída no país anfitrião, como sociedade nacional desse país anfitrião lhes retiraria a legitimidade de acesso ao ICSID, excluindo do escopo da convenção muitos dos investimentos internacionais.

2.4.3.2.3 Jurisdição *ratione materiae*

O art. 25 (1) da convenção dispõe que a jurisdição do ICSID se estenderá às controvérsias de natureza jurídica que surjam diretamente de um investimento. No entanto, nenhum dos termos é definido pela convenção. Por controvérsias legais, explicita Pereira (1998, p.89) ao referir-se ao art. 36 do estatuto da Corte Internacional de Justiça, "quer se enfatizar que meros conflitos de interesse estão fora do alcance da convenção"¹¹⁵.

Tanaka (1998) menciona que a exigência do caráter jurídico da controvérsia tem por finalidade excluir questões políticas, econômicas ou puramente comerciais¹¹⁶. No entanto, como observa Soares (1994, p. 88) "parece difícil distinguir matérias político-econômicas e jurídicas".

No tocante ao investimento, nota-se que, nas negociações da convenção, a definição de investimento estrangeiro, presente nos acordos bilaterais e mesmo na maioria dos instrumentos multilaterais restou afastada, seja pela ausência de consenso entre os estados membros, seja pela intenção de flexibilizar e ampliar a utilização do ICSID como mecanismo de solução de controvérsias entre estado e investidor estrangeiro. Helou (1997, p. 141-142) ressalta que

ao deixar de definir o investimento, a Convenção de Washington deu maior importância à sua competência, confirmando a importância maior do consentimento das partes. É a discricão das partes, manifestada na concordância em submeter a matéria ao CIRDI¹¹⁷, que indica se estar ou não diante de investimento internacional.

¹¹⁵Assim estabelece o mencionado dispositivo: "A controvérsia deve se referir à existência ou alcance de um direito ou de uma obrigação legal, ou à natureza ou extensão da reparação a ser feita por violação de uma obrigação legal." (tradução nossa).

¹¹⁶A autora aconselha que as partes definam no acordo ou cláusula arbitral sua nacionalidade, o que é considerado investimento, quais controvérsias podem ou não ser submetidas ao ICSID, de forma a evitar ambigüidades e desentendimentos, se tiverem que recorrer à arbitragem do ICSID.

¹¹⁷ Tradução livre para ICSID – Centro Internacional de Resolução de Controvérsias relativas a Investimentos.

Pode-se dizer que a ausência de definição restrita do investimento estrangeiro observa também a dinâmica evolução do termo no comércio internacional e sua efetiva adequação frente a este fenômeno. Pereira (1998, 89) observa que:

(...) tem-se que a não-definição de investimento confere uma maior flexibilidade ao Centro e permite sua adequação à evolução de novas formas de associação entre Estados e investidores estrangeiros: se, à época de sua elaboração, pensava-se basicamente em concessões e *joint ventures* relativas a recursos naturais e investimentos industriais, tem-se hoje as figuras de contratos de serviço e gerenciamento, *turnkey contracts*, transferência de *know-how* e tecnologia, etc.

Desta forma, ao não conceituar expressamente o investimento estrangeiro, a convenção outorga às partes contratantes (estado receptor e investidor estrangeiro, nos casos de contrato de investimento ou estado receptor e estado do investidor, nos casos de acordo bilaterais, regionais ou multilaterais) plena autonomia para submeter suas negociações aos mecanismos de solução de controvérsias do ICSID, o que, segundo Helou (1997), confirma a importância maior do consentimento das partes. Este consentimento, conforme já mencionado, poderá ser feito de diversas formas, através de contrato de investimento, na própria lei de investimento ou por acordo bilateral com outro estado.

Apenas aquelas controvérsias que estejam manifestamente fora da jurisdição do ICSID não serão recebidas pelo secretário-geral, responsável pelo registro do requerimento de conciliação e arbitragem, nos termos do artigo 28 (III) da convenção. Conforme ressalta Tanaka (1998, P. 84) "as partes têm liberdade para definir o que é investimento, mas isso por si só, não retira a competência do tribunal arbitral de apreciar a relação de capital existente entre as partes de forma a definir se a controvérsia pode ou não ser objeto de demanda no centro."

2.4.3.2.4 Procedimento conciliatório e arbitral

Os procedimentos de conciliação e arbitragem são iniciados através de solicitação escrita dirigida ao secretário-geral do ICSID, que deverá informar a outra parte litigante e efetuar o registro do pedido, salvo se julgar a disputa manifestamente fora do alcance da

convenção¹¹⁸. Registrado o pedido, será constituída uma comissão de conciliação ou tribunal arbitral, composto por um único conciliador/árbitro ou por um número ímpar de conciliadores/árbitros, conforme acordado entre as partes.

Caso as partes não acordem quanto à formação da comissão de conciliação ou tribunal arbitral, a convenção prescreve sua constituição com três conciliadores ou árbitros, sendo que cada uma das partes indicará um destes e o terceiro, que figurará como presidente, será escolhido em comum acordo. Se a comissão de conciliação ou tribunal arbitral não se constituir no prazo de noventa dias, o presidente do ICSID deverá indicar os conciliadores ou árbitros. No caso específico do tribunal arbitral, a convenção exige que o presidente do ICSID escolha o árbitro ou árbitros de nacionalidades que não se confunda com a do estado-membro ou do particular, salvo acordo entre as partes.

Tanto a comissão de conciliação como o tribunal arbitral possuem a chamada *kompetenz-kompetenz*, ou seja, julgará sobre sua própria competência, sem que se venha a recorrer a outra instância judicial (PEREIRA, 1998). Para Pereira (1998), esta prerrogativa do tribunal significa que a arbitragem do ICSID tem um caráter autônomo exclusivo e os tribunais nacionais não podem interferir na questão da jurisdição do Centro.

2.4.3.2.5 Lei aplicável

A legislação aplicável à solução das controvérsias encontra-se disposta nos artigos 42 a 46 da convenção. O artigo 42 trata exclusivamente sobre a lei material aplicável e os artigos 43 e seguintes mencionam a lei aplicável ao procedimento.

No tocante às regras de direito material, a convenção outorga às partes litigantes autonomia ilimitada para a estipulação da lei a ser aplicada para a solução da controvérsia. Apenas na ausência de acordo entre as partes, o tribunal aplicará a lei do estado parte da demanda, incluindo suas regras de direito Internacional. Se as partes concordarem, a demanda poderá ser julgada por equidade, ou seja, o tribunal poderá solucionar a disputa com base no senso de justiça sem a aplicação estrita das regras de direito material¹¹⁹. Bastante controvertida na doutrina é a questão que versa sobre a lei material aplicável nos caso de ausência de acordo quanto à matéria. Para Aron Broches (1972, p. 392):

¹¹⁸Segundo o art. 28 (3) da convenção, o secretário-geral é responsável por efetuar um juízo de admissibilidade do pedido encaminhado ao ICSID.

¹¹⁹Nas palavras de Poznanski, o tribunal arbitral poderá "*resolve the dispute on the basis of what is fair and just on the light of surrounding circumstances, rather than by a straightforward application of legal rules*". (Apud PEREIRA, 1998, p. 91).

O tribunal primeiro considerará a lei do estado parte da disputa e em princípio será esta lei a ser aplicada ao mérito da questão. O resultado será, então, testado frente ao direito internacional. O processo não envolve confirmação ou negativa da validade do direito do estado receptor, mas pode resultar em sua não aplicação quando aquele direito violar o direito internacional. Neste sentido, o direito internacional é superior hierarquicamente ao direito nacional, conforme o artigo 42.

Para Broches (1972), as leis do estado receptor somente poderão ser aplicadas à solução da controvérsia quando, confrontadas com o direito internacional, não o contrariarem. Não se nega a aplicação do direito do estado, mas excluem-se as disposições que se contrapõem ao direito internacional. Segundo o citado autor, o direito internacional deverá ser aplicado quando: a) as partes assim acordarem; b) a lei do estado receptor prevê a sua aplicação; c) quando o objeto do litígio é regulado pelo direito internacional (quando existe um tratado entre os estados contratantes); d) quando a lei ou ato sob a égide da lei nacional violar o direito internacional.

Outros autores, como Hirsh (Apud TANAKA, 1998) entendem que existe uma hierarquia na aplicação da lei material; primeiro seriam aplicadas as regras contidas nas disposições contratuais, escolhidas em comum acordo pelas partes; depois o direito internacional; e por último, as regras do estado parte do conflito. Para o autor, as regras de direito interno do estado receptor do investimento somente seriam aplicadas no caso de convenção expressa entre as partes.

Quanto à lei procedimental, a convenção outorga às partes certa liberdade para sua estipulação, embora mencione algumas regras de caráter obrigatório, como a nacionalidade dos árbitros, os recursos, as tomadas de decisão do tribunal arbitral, os casos de ausência de uma das partes durante o procedimento, medidas cautelares e produção de provas. Em regra, as questões procedimentais serão reguladas conforme os dispositivos da convenção em vigor na data do consentimento das partes à jurisdição do ICSID. Ainda assim, as partes poderão escolher suas regras, sem aplicar os dispositivos da Convenção.

2.4.3.2.6 Laudo arbitral

A convenção estipula que as decisões serão tomadas pela maioria de seus membros, devendo ser obrigatoriamente escritas, devidamente fundamentadas e assinadas pelos membros do tribunal que tenham votado em seu favor, devendo abordar todos os aspectos da controvérsia. O artigo 53 (1) da convenção reforça a obrigatoriedade do reconhecimento e

execução do laudo arbitral.

O estado-receptor que outorgou seu consentimento para submeter a controvérsia à jurisdição do ICSID não poderá se esquivar de executar o laudo arbitral, o que poderá caracterizar ilícito internacional. O laudo arbitral é definitivo, não cabendo, em tese, nenhum recurso para modificá-lo. Exceção à regra da irrecorribilidade do laudo arbitral são os casos de interpretação, revisão e anulação, únicas situações que podem adiar a sua execução.

O descumprimento do laudo arbitral traz consigo a possibilidade do estado do investidor litigante requerer a proteção diplomática, antes renunciada, ou até mesmo ajuizar demanda perante a CIJ. Além disto, o Banco Mundial tem utilizado um mecanismo que parece eficaz para que o estado não deixe de cumprir o laudo arbitral que é suspender a assistência financeira àqueles países que se negam a cumpri-lo.

Além de obrigatório para as partes litigantes, o laudo deve ser reconhecido e cumprido por todos os estados-membros, possuindo efeito de coisa julgada (art.54 (1)).

Será cabível o pedido de revisão do laudo arbitral quando ocorrer a descoberta de fato, antes desconhecido pelo tribunal e pelas partes litigantes, com influência decisiva na sentença, desde que não ocorrido por negligência da parte recorrente. O pedido de revisão deverá ser encaminhado ao secretário-geral no prazo de noventa dias, contado da data da descoberta do fato e seu prazo prescricional é de três anos. Também será apreciado pelo mesmo tribunal arbitral que prolatou a sentença, sendo constituído novo tribunal em caso de impossibilidade. Solicitada a revisão, a convenção prevê a possibilidade de suspensão da execução do laudo arbitral, independente de pedido da parte recorrente, caso o tribunal entenda necessário. Requerida a suspensão pela parte recorrente, será esta efetivada até que se decida sobre o pedido.

O pedido de anulação do laudo arbitral será deferido quando presente uma das seguintes condições:

- a) constituição irregular do tribunal;
- b) abuso de poder do tribunal;
- c) corrupção de algum membro do tribunal;
- d) desrespeito à norma procedimental;
- e) ausência de fundamentação do laudo arbitral.

O prazo para a interposição de recurso com pedido de anulação do laudo esgota-se em cento e vinte dias, contado a partir da prolação da sentença ou do conhecimento da corrupção,

se for o caso. Em qualquer das hipóteses o prazo prescricional é de três anos.

Registrado o pedido perante o secretário-geral, o presidente do ICSID constituirá um comitê *ad hoc* composto de três membros, com poderes para confirmar ou anular o laudo, total ou parcialmente. Os árbitros que tenham atuado no tribunal arbitral, membros de mesma nacionalidade das partes litigantes, ou que houverem atuado como conciliadores na mesma controvérsia não poderão participar deste comitê.

2.4.4. Mecanismo Complementar (*Additional Facility*)

Em setembro de 1978, o conselho administrativo resolveu admitir a utilização do ICSID para resolução de controvérsias que não estavam no âmbito de sua jurisdição, seja porque o estado receptor ou o estado do investidor não eram signatários da Convenção de Washington, seja porque a matéria objeto do litígio não correspondia a um investimento¹²⁰.

Neste contexto, foi instituído um conjunto de regras denominado de mecanismo complementar (*additional facility*). Além da convenção do ICSID, estas regras são baseadas em disposições da UNCITRAL e nas regulamentações da Câmara de Comércio Internacional (TANAKA, 1998).

Embora instituído pelo conselho administrativo do ICSID, os procedimentos instaurados conforme o mecanismo complementar não são regidos pelas regras da Convenção de Washington. Como observa Tanaka (1998, p. 89)

ainda que a remissão à arbitragem institucional do ICSID traga consigo uma segurança e certeza das partes quanto aos procedimentos, à decisão final, etc., muitas das inovações introduzidas por este tipo de arbitragem se perdem, tendo em vista que uma das partes não está obrigada perante a Convenção.

Um grande número de acordos de promoção e proteção de investimentos prevêem a utilização do ICSID como mecanismo de solução de controvérsias, muitas vezes realizado através do mecanismo complementar. É o caso do Brasil, que celebrou uma série de tratados bilaterais de investimentos, com previsão de recurso ao ICSID, sem que seja membro da convenção que o instituiu.

¹²⁰ Art. 2º (c-1). “(...) As categorias de procedimentos compartilham uma característica negativa comum, qual seja, não são da competência do ICSID, seja porque não reúnem os requisitos *ratione personae* ou porque não se trata de uma controvérsia derivada de um investimento.

2.4.5. A reação adversa dos países latino-americanos na constituição do ICSID

A recusa em bloco dos países latino-americanos na ratificação da convenção de Washington atrela-se primordialmente à concepção de soberania¹²¹, enraizada nos países em desenvolvimento. Segundo Magalhães (1999, p. 61), esta recusa "tem raízes históricas bem definidas e reflete, nos dias atuais, atitude de defesa contra posições de força de que foram vítimas no século XIX, quando eram os únicos 'estados novos' da comunidade internacional a conviver com os artífices do direito internacional, os países europeus e os Estados Unidos."

De certa forma, a inegável desconfiança que os países em desenvolvimento, principalmente os latino-americanos, nutrem em relação à arbitragem internacional decorre do próprio direito internacional, entendido como fruto de concepções e princípios notadamente norte-americanos e europeus, o que se agrava quando se trata do investimento estrangeiro, cujo entendimento é, de fato, antagônico quanto ao tratamento e garantia daquele.

A Doutrina Calvo também pode ser considerada uma grande responsável pela recusa em conceder tratamento ao estrangeiro diverso do conferido ao nacional, eis que calcada nesta mesma desconfiança perante os países desenvolvidos e preocupada com as possíveis conseqüências de uma intervenção maior em sua soberania, pela proteção diplomática.

Durante muito tempo, nenhum estado latino-americano assinou a convenção, por não considerar o ICSID como um fórum imparcial e por vê-lo talvez como um substituto da intervenção diplomática contra os estados da região, comum no século XIX.

Magalhães (1999) ressalta que do substancial número de arbitragens em que os Estados latino-americanos figuraram como parte, em todos os casos os países latino-americanos foram chamados a defender-se de pretensões manifestadas pelos estados europeus ou pelos Estados Unidos, não se registrando um único caso de arbitragem em que estivessem na posição de requeridos. Evidente que esta experiência histórica foi também responsável pela grande resistência dos países latino-americanos.

No Brasil, observa-se o parecer elaborado pelo consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores, Augusto de Rezende Rocha (Apud SOARES, 1994, p. 80), que à época desaconselhou o país a assinar a convenção do ICSID, sob o argumento de que teria este

¹²¹ Pereira (1998) observa que a noção de soberania adotada pelos países latino-americanos explicaria o motivo pelo qual estes sempre foram reticentes não só com a adoção de convenções internacionais de arbitragem, mas também com a adoção desta alternativa de solução de controvérsias no âmbito de sua legislação interna. Esta mentalidade, porém, vem sendo gradualmente modificada, seja no âmbito de suas legislações internas, seja no âmbito internacional, pela celebração de tratados internacionais.

"menos o intuito de acautelar do que favorecer a posição e os interesses de uns - supostamente desprotegidos quando se apresentam como investidores", que "seria a consagração do imperialismo econômico e financeiro disfarçado", um prejuízo à soberania estatal, a confirmação de suspeita de parcialidade das instituições judiciárias do estado receptor, que ainda "contribuiria para fortalecer a desconfiança que se nutre quanto a não completa imunidade dos árbitros", "consagrando e quase institucionalizando o estado de tensão existente entre as economias industrializadas e as economias carentes de capital."

Em análise ao parecer do consultor jurídico, Soares (1994, p. 81), discordando expressamente, menciona que as alegações são de "fundo político, sem qualquer base na realidade jurídica". E prossegue o autor:

não se vê como um tribunal arbitral constituído com o expreso consentimento do Estado poderia representar um imperialismo econômico e financeiro, quando tal fenômeno já existe e é vivenciado, inclusive pelo Brasil. Por outro lado, um tribunal arbitral jamais poderia ser visualizado como qualquer descrédito ao Poder Judiciário, pois seria desconhecer o caráter contratual do instituto da arbitragem e os limites da arbitrabilidade dos litígios. (...). Quanto à institucionalização da tensão entre as economias dominantes e as dominadas, parece que é bem o contrário o que se pretendeu com a criação do Centro: criar um mecanismo institucionalizado, anterior aos litígios, com uma competência determinada em tratado; mesmo admitindo-se a argumentação, com ou sem tribunal arbitral, as tensões sempre existirão, institucionalizadas ou não.

A despeito da recusa brasileira em assinar a Convenção de Washington, nota-se uma mudança gradual na postura do país, que vem desprendendo-se das tradicionais idéias vigentes quanto a investimentos e solução de controvérsias nesta matéria. Os inúmeros tratados bilaterais de promoção e proteção ao investimento estrangeiro, o constante interesse brasileiro nas negociações do MAI, os protocolos de investimento do MERCOSUL e as recentes modificações constitucionais confirmam esta nova tendência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O investimento estrangeiro, condenado por muitos nas décadas de setenta e oitenta, passa a ser visto hoje como um fator importante para o desenvolvimento das economias emergentes, que não mais consegue ser financiado unicamente pelo estado e pela iniciativa privada nacional.

Cientes desta importância, as economias em desenvolvimento procuram formas de atrair o capital estrangeiro, através da liberalização de seus mercados e pela celebração de tratados de promoção e proteção ao investimento estrangeiro. O Brasil, que anos atrás adotava a política de substituição de importações e um estrito controle do capital estrangeiro na economia nacional, também passou a adotar esta nova tendência internacional.

A promoção dos investimentos pelos países em desenvolvimento, outrora atingida pela prática de inúmeras formas de incentivos e subsídios, hoje condenadas pela OMC, passa a ser incentivada através das tentativas de regulamentação no âmbito internacional.

A necessidade de uma efetiva regulamentação dos investimentos no âmbito internacional reflete a realidade da economia mundial, com o contínuo desenvolvimento das empresas transnacionais, que espalham suas atividades econômicas por uma série de países, seguindo suas estratégias de mercado, em busca de um custo cada vez menor à sua produção. Infelizmente o direito internacional não conseguiu alcançar a dinâmica econômica atual, carecendo de uma efetiva regulamentação da matéria.

Para suprir esta carência, se observa os constantes esforços de organizações internacionais na celebração de tratados de promoção e proteção aos investimentos. Estes tratados oferecem ao investidor um grande número de vantagens, garantindo a segurança jurídica necessária para o sucesso do empreendimento, ampliando o fluxo de investimentos e auxiliando-o a fugir da legislação nacional, normalmente mais restritiva ao capital estrangeiro, como é o caso do Brasil.

Embora sejam esses tratados fator de atração de investimentos estrangeiros, a grande maioria destes instrumentos concentra suas preocupações na proteção do investimento, atendendo muito mais às expectativas dos investidores estrangeiros e deixando para trás as necessidades do país receptor.

A promoção do ingresso de investimentos estrangeiros nas economias emergentes é imprescindível e o papel dos tratados internacionais é extremamente relevante. No entanto, é necessário que estes sejam direcionados a fomentar de verdade o desenvolvimento econômico

e social do país receptor. Nem todo capital estrangeiro é benéfico e gerador de desenvolvimento na economia do país que o recebe. Prova disto é o capital especulativo que, sujeito às flutuações ocasionadas pelas mudanças bruscas do mercado financeiro e da política macroeconômica globalizada, podem simplesmente liquidar a economia local.

Os estados que recebem o investimento, principalmente os países em desenvolvimento, não devem privar-se de controlar a livre transferência de capital em situações excepcionais, de modo a cuidar do equilíbrio da balança de pagamentos e a evitar uma crise cambial.

E como afirma Finkler (1999), "embora tenham uma visão diferente de investimento estrangeiro, os objetivos dos investidores e dos países receptores não são incompatíveis, e podem ser perfeitamente harmonizados". Isto pode ser aplicado se o investidor traçar um projeto específico e que, ao ser apresentado ao governo, coincida com suas prioridades setoriais de desenvolvimento e seja compatível com sua regulamentação interna.

A atuação das empresas transnacionais também deve ser levada em conta quando da liberalização indiscriminada do fluxo de investimentos. Se por um lado as empresas transnacionais representam inovação tecnológica, aumento das exportações, geração de novos empregos, suas práticas predatórias são conhecidas no mundo inteiro, exigindo um certo controle e regulamentação de sua atividade.

Também é importante salientar que, na grande maioria das vezes, estas empresas limitam-se à exploração de mão-de-obra e incentivos fiscais, deixando de contribuir com o estado receptor no seu desenvolvimento tecnológico, centralizando em suas matrizes seus setores de pesquisa e planejamento.

Pode-se concluir que a liberalização do fluxo de capitais no mundo é uma tendência mundial, mas deve ser percebida com reservas. A importância de uma regulamentação internacional dos investimentos estrangeiros no desenvolvimento das economias emergentes não pode ser ignorada.

Entretanto, a liberalização do fluxo de investimentos no mundo e a eliminação total das barreiras ao capital externo colocará num mesmo patamar economias fortes e estabilizadas e economias que ainda engatinham no caminho do desenvolvimento, aprofundando ainda mais o abismo que as separa. O restabelecimento de um equilíbrio de interesses a fim de direcionar esta regulamentação para o efetivo desenvolvimento dos povos é questão de extrema importância no cenário econômico e social internacional contemporâneo.

A iniciativa do Banco Mundial com a criação do ICSID também merece algumas

considerações, embora até o presente momento o Brasil não tenha ratificado a Convenção de Washington.

A ratificação da convenção do ICSID não pode ser considerada como uma afronta à soberania do estado receptor. Primeiramente porque a simples ratificação da convenção não obriga o estado a se submeter à jurisdição do ICSID, que dependerá ainda de seu consentimento expresso, através de cláusula compromissória inserta em contrato de investimento ou tratado internacional. Além disso, a própria convenção menciona que o consentimento do estado receptor poderá ser condicionado ao esgotamento de seus recursos internos.

A grande maioria dos tratados bilaterais de investimentos assinados pelo Brasil, que aguardam aprovação no Congresso Nacional e o protocolo de promoção e proteção de investimentos de estados não-membros do MERCOSUL fazem menção à utilização do ICSID como mecanismo de solução de controvérsias.

Embora a convenção do ICSID não constitua afronta à soberania do estado receptor, alguns aspectos devem ser considerados.

A aplicação das regras de direito internacional pode ensejar alguns questionamentos, especialmente quando observamos que, nos últimos anos as negociações entre os países vem se deslocando para o âmbito das organizações comerciais, onde, sem dúvida os países desenvolvidos têm um maior poder de manobra para defender seus interesses. A abordagem realizada no capítulo 1 do presente trabalho demonstra que grande parte desta regulamentação demonstra uma preocupação maior com a proteção do capital estrangeiro, do que com as necessidades do estado receptor. Aplicando-se as regras de direito internacional nas controvérsias relativas a investimentos, fatalmente estaria se outorgando uma proteção maior ao capital estrangeiro.

Ressalta-se ainda o custo da arbitragem para os cofres públicos. A convenção menciona que as despesas com árbitros ou conciliadores e aquelas decorrentes do procedimento em geral deverão ser arcadas pelas partes litigantes. É indubitável que os custos ultrapassariam em muito os encargos advindos da atividade jurisdicional do poder judiciário nacional.

Outra importante questão seria a necessidade da assessoria de profissionais preparados e hábeis a garantir os direitos da parte litigante perante o foro internacional. Esta necessidade mostra-se irrefutável principalmente quando se observa a atuação do Brasil nos painéis instaurados perante a OMC, que demonstrou a escassez de profissionais atuantes e preparados para a defesa dos interesses do país no exterior. Neste aspecto, a assinatura da convenção

pelos países desenvolvidos deve ser encarada com certo cuidado.

A convenção do ICSID adquire relevância, e aí sim, pode ser objeto de críticas, quando o acordo firmado entre as partes ou o tratado internacional de investimento dispor de regras desequilibradas, que procuram proteger demasiadamente o investimento em detrimento dos interesses do estado receptor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio. *Manual de Direito Internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. *OCDE, UNCTAD e OMC: uma perspectiva comparada sobre a macroestrutura política das relações econômicas internacionais*. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo (Coord.). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio: a OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998. p. 460-496.

ARAÚJO, Nadia de; SOUZA JR., Lauro da Gama. Os acordos bilaterais de investimento com participação do Brasil e o direito interno - análise das questões jurídicas. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo (Coord.). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio: a OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998. p. 460-496.

BANCO MUNDIAL, The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States, 1965. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/icsid/about/main.htm>> Acesso em: 08 mar. 2001

_____, Disponível em: <http://www.worldbank.org.htm>

_____, Disponível em: <http://worldbank.org/icsid/about/main.htm>. Acesso em: 08 mar. 2001.

_____, Disponível em: <http://www.worldbank.org/icsid/about/main.htm>. Acesso em: 08 mar. 2001.

_____, Disponível em: <http://www.worldbank.org/miga.htm>. Acesso em: 08 mar. 2001.

_____, Multilateral Investment Guarantee Agency, 1988. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/miga.htm>> Acesso em: 08 mar. 2001

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Empresa transnacional e direito*. São Paulo: LTr, 1987.

_____, Luiz Olavo. *Os investimentos internacionais no direito comparado brasileiro*. São Paulo: Instituto de Direito Internacional e Relações Internacionais, 1994.

BARRAL, Welber Oliveira. *A arbitragem e seus mitos*. Revista *Alter Ágora*, Florianópolis, v. 05, n. fev/99, 05-10, 1999.

_____, Welber Oliveira. De Bretton Woods a Seattle. In: BARRAL, Welber (Org.). *O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 19-38.

BARRETO FILHO, Fernando Paulo de Mello. *O tratamento nacional dos investimentos estrangeiros*. Brasília: Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

BRANCO, Luizella Giardino. *Sistema de solução de controvérsias no MERCOSUL*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 1997.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Lei n. 4.131, de 3 de setembro de 1962. Disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília. p. 10.075. 27 de setembro de 1962.

_____. Decreto n. 55.762 de 1965.

_____. Decreto Legislativo n. 0069, de 15 de julho de 1965. Aprova o Acordo de Garantia de Investimentos entre os Estados Unidos do Brasil e os Estados Unidos da América, assinado em Washington em 06 de fevereiro de 1965. Diário Oficial da União. Brasília, p. 6768, 19 de julho de 1965.

_____. Decreto Legislativo n. 348-B, de 1996. Aprova o texto do Acordo para Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos, celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça, em Brasília, em 11 de novembro de 1994.

_____. Decreto Legislativo n. 365- B, de 1996. Aprova o texto do Acordo para Promoção de Proteção Recíproca de Investimentos, celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa, em Brasília, em 9 de fevereiro de 1994.

_____. Decreto Legislativo n. 366-B, de 1996. Aprova o texto do Acordo para Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos, celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Chile, em Brasília, em 22 de março de 1994.

_____. Decreto Legislativo n. 367-B, de 1996. Aprova o texto do Acordo para Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos, celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, em Londres, em 19 de julho de 1994.

_____. Mensagem ao Poder Executivo nº 652, de 1997. Submete à consideração do Congresso Nacional o texto do Acordo para Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos, celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa, em Paris, em 21 de março de 1995.

_____. Projeto de Decreto Legislativo n. 236-B, de 1996. Aprova o texto do Acordo para Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos, celebrado entre o Governo da República

Federativa do Brasil e o Governo da República Federal da Alemanha, em Bonn, em 21 de setembro de 1995.

_____. Mensagem ao Poder Executivo n. 794, de 1996. Submete à consideração do Congresso Nacional o texto do Acordo para Promoção de Proteção Recíproca de Investimentos, celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Venezuela, em Caracas, em 4 de julho de 1995.

_____. Mensagem ao Poder Executivo n. 749, de 1995 Submete à consideração do Congresso Nacional o texto do Protocolo sobre Promoção e Proteção de Investimentos, Provenientes de Estados Não-Membros do MERCOSUL, concluído em Buenos Aires, no âmbito do MERCOSUL, e assinado pelo Brasil em 5 de agosto de 1994.

_____. Acordo do Jardins das Rosas - Estados Unidos e países do MERCOSUL, de 27 de junho de 1990.

BROCHES, Aron. *The Convention on the Settlement of investment disputes between States and nationals of other States*. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, Leyde, v. 2., t. 136, 1972.

CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL: após o período de transição*. São Paulo, LTr, 1997.

CUNHA, Ricardo Thomazinho. Proteção e promoção de investimentos no MERCOSUL. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: LTr, 1999, p. 453-466.

_____, Ricardo Thomazinho. A arbitragem como método de solução de controvérsias sobre investimentos estrangeiros. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: LTr, 1999. p. 453-466.

DALY, Michael. Investment incentives and the Multilateral Agreement on Investment. *Journal of World Trade: law, economics, public policy*. Genebra, v. 32, n. 2, p. 5-26, 1998.

DOLZER, Rudolf; STEVENS, Margrete. *Bilateral investment treats*. Londres: Narus Nijhoff, 1995.

FINKLER, Isabel Einloft. *Investimento estrangeiro: regulação internacional e o direito brasileiro*. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. São Leopoldo, 1999.

FLORÊNCIO, Sérgio Abreu e Lima; ARAÚJO, Ernesto Henrique Fraga. *Mercosul hoje*. São Paulo: Alfa Ômega, 1996.

GEIST, Michael. Toward a general agreement on the regulation of foreign direct investment.

Law Policy International Business, spring 1995.

GAZETA MERCANTIL. São Paulo, 27 maio 2000.

GAZETA MERCANTIL. São Paulo, ano 4, n. 180, 1999. Suplemento América Latina, out. 1999.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993.

HELOU, Christiane Costa e Silva de Castro. *Proteção, tratamento e garantia dos investimentos internacionais contra os riscos políticos: aspectos de direito internacional*. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1997.

HUCK, Hermes Marcelo. *Contratos com o Estado: aspectos de Direito Internacional*. São Paulo: Aquarela, 1989.

JAGUARIBE, Hélio. O Brasil e o sistema internacional contemporâneo. In: MARCOVITCH, Jacques (Org.). *Cooperação internacional: estratégia e gestão*. São Paulo: USP, 1994. p. 65-85.

JO, Hee Moon. *O investimento estrangeiro e o novo papel do Direito Internacional*. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1991.

KODAMA, Yoshi. The Multilateral Agreement on investment and its legal implications for newly industrialising economies. *Journal of World Trade: law, economics, public policy*. Genebra, v. 32, n. 4., p. 21-40, 1998.

LACERDA, Antônio Correa. *O impacto dos investimentos diretos estrangeiros na economia brasileira*. In: João Paulo dos Reis Velloso. (Org.). *Como vão o desenvolvimento e a democracia no Brasil ?*. 1 ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 2001, v. 1, p. 151-171.

LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LEMES, Selma Maria Fernandes O sistema de solução de controvérsias no "North American Free Trade Agreement" – NAFTA. In: CASELLA, Paulo Barba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo (Coord.). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio: a OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998. p. 756-786.

MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

_____, José Carlos de. *Solução e prevenção de litígios internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 11, 1999.

_____, José Carlos de. Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 34, n. 35, jul/set 1997.

_____, José Carlos de. Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da. *O Direito Internacional no terceiro milênio*. São Paulo, LTr, 1998. p. 877-886.

_____, José Carlos de. *Do Estado na arbitragem privada*. São Paulo: LTr, 1989.

MARTINS, Luciano. *A nova ordem mundial em questão*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1994.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. As organizações internacionais e a cooperação técnica. In: MARCOVITCH, Jacques (Org.). *Cooperação internacional: estratégia e gestão*. São Paulo: USP, 1994. p. 273-320.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Perspectivas do direito internacional econômico. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo (Coord.). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio: a OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998. p. 70-94.

MELO, Suzana Soares. *O MERCOSUL e a solução de controvérsias comerciais privadas: um enfoque jurídico-processual*. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Florianópolis, 1997.

MERCADANTE, Araminta de Azevedo. Acordo geral sobre o comércio de serviços: aspectos jurídicos. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo (Coord.). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio: a OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998. p. 413-459.

_____, Araminta de Azevedo (Coord.). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio: a OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998. p. 149-198.

_____, Araminta de Azevedo. Comércio de serviços. In: BARRAL, Welber Oliveira (Org.) *O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 105-131.

_____, Araminta de Azevedo. Arbitragem comercial internacional características. In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos de *Solução e prevenção de litígios internacionais*. São Paulo: NECIN - Projeto Capes, 1998. P 21-70.

_____, Araminta de Azevedo. Comércio de serviços. In: BARRAL, Welber Oliveira (Org.).

O *Brasil e a OMC*: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais
Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 347-367.

MOISÉS, Cláudia Perrone. *Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

MORTON, Desmond. *Breve História do Canadá*. São Paulo: Alfa- Ômega, 1989.

OLIVEIRA, Rosenite Alves de (Org.). *Parecer técnico-jurídico sobre o texto em elaboração do Acordo Multilateral de Investimentos (AMI)*. Universidade Federal do Rio Grande do Norte Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Departamento de Direito Público. Natal, 2000.

ONU. *Human Development Report*. Nova York: Oxford, 1992.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO.
International Investment Rules. Disponível em:
<<http://www.oecd.org/daf/cmis/mai/mainindex.htm>>. Acesso em: 19 out. 2000.

PARRA, Antônio. Provisions on the settlement of investment dispute in modern investment laws, bilateral investment treats and multilateral instruments on investment. *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*. Washington, v. 12, 1997. p. 287-364.

PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica*: Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. Florianópolis: OAB/SC, 1999.

PEREIRA, Celso de Tarso. O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI-ICSID). *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 35, n, 140, out. 1998.

PRAZERES, Tatiana Lacerda. O sistema de solução de controvérsias. In: BARRAL, Welber Oliveira (Org.). *O Brasil e a OMC*: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 41-63.

ROSA, Luiz Fernando Franceschini da. Investimentos. In: BARRAL, Welber Oliveira (Org.). *O Brasil e a OMC*: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 347-361.

_____, Luiz Fernando Franceschini da. Investimentos. O acesso à jurisdição brasileira e a situação do investidor estrangeiro. In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos de. *Solução e prevenção de litígios internacionais*. São Paulo: NECIN - Projeto Capes, 1998. p. 197-226.

_____, Luiz Fernando Franceschini da. A arbitragem no investimento estrangeiro e o reconhecimento da personalidade jurídica internacional dos particulares. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem*: lei brasileira e praxe internacional. 2. ed. rev. ampl. São

Paulo: LTr, 1999. p. 467-496.

SANTOS, Marcelo Figueiredo. *O comércio exterior e a arbitragem*. São Paulo: Resenha Tributária, 1986.

SAUVÉ, Pierre. Qs and as on trade, investment and the WTO. *Journal of World Trade: law, economics, public policy*. Genebra, v. 31, n. 4, 1997. p. 55-79.

SHEA, Donald. *The Calvo clause: a problem of inter-american and international law and diplomacy*. Minneapolis: University of Minnesota, 1987.

SILVA NETO, Orlando Celso da. O regime automotivo especial brasileiro (Lei n. 9.440/97) e a Organização Mundial do Comércio. In: CASELLA, Paulo Barba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo (Coord.). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio: a OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998. p. 383-412.

_____, Orlando Celso da. O mecanismo de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio: análise do caso - contencioso Brasil e Venezuela X Estados Unidos. In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos de (Coord.). *Solução e prevenção de litígios internacionais*. São Paulo: NECIN - Projeto Capes, 1998. p. 195-222.

SLIVINSKIS, Hugo Brazioli. Investimentos internacionais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v.92, p. 401-435, Jan/Jul. 1997.

SOARES, Guido F. S. *Órgãos das soluções extrajudiciárias de litígios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

SOBRINHO, Raphael Valentino. O Brasil e a OCDE. In: CASELLA, Paulo Barba; SOARES, Guido. A cooperação técnica internacional. In: MARCOVITCH, Jacques (Org.). *Cooperação internacional: estratégia e gestão*. São Paulo: USP, 1994. p. 165-218.

TANAKA, Aurea Christine. A arbitragem do Centro Internacional para a Resolução de Controvérsias relativas a Investimentos – CIRCI. In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos (Org.). *Solução e Prevenção de Litígios Internacionais*. São Paulo: Mania de Livro Ltd., 1998, p. 71-91.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O esgotamento de recursos internos no Direito Internacional*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

TROYANO, Flávia Andraus. Medidas de Investimentos Relacionadas ao Comércio. IN: (Coords.) Paulo Borba Casella e Araminta de Azevedo Mercadante. *Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? – A OMC e o Brasil*. São Paulo, LTr, 1998.