

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

DIEGO FRAGA LERNER

**OS REGIMES JURÍDICOS DE PROTEÇÃO AO INVESTIMENTO
ESTRANGEIRO DIRETO: O PAPEL DESEMPENHADO
PELOS PAÍSES EMERGENTES**

Porto Alegre

2009

DIEGO FRAGA LERNER

**OS REGIMES JURÍDICOS DE PROTEÇÃO AO INVESTIMENTO
ESTRANGEIRO DIRETO: O PAPEL DESEMPENHADO
PELOS PAÍSES EMERGENTES**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Cláudia Lima Marques

Porto Alegre

2009

DIEGO FRAGA LERNER

**OS REGIMES JURÍDICOS DE PROTEÇÃO AO INVESTIMENTO
ESTRANGEIRO DIRETO: O PAPEL DESEMPENHADO
PELOS PAÍSES EMERGENTES**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Cláudia Lima Marques

Aprovada pela Banca Examinadora em Oito de Junho de 2009.

Banca Examinadora:

Orientadora: Profa. Dra. Cláudia Lima Marques
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Examinador: Luis Otávio Pimentel
Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Examinador: Fabio Morosini
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Examinador: Augusto Jaeger Junior
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

*À Minha FAMÍLIA,
por sempre estar ao meu lado.*

*À VIVIANE,
pelo amor e pelo companheirismo.*

*A CLAUDIA LIMA MARQUES e BRUNO NUBENS BARBOSA MIRAGEM,
por me apresentarem o caminho da pesquisa em Direito.*

*Aos amigos FERNANDO LUSA BORDIN, FILIPE SCHERER OLIVEIRA e LUCAS LIXINSKI,
por me franquearem o acesso a algumas das obras aqui citadas.*

RESUMO

O presente trabalho trata do sistema internacional de proteção ao investimento estrangeiro direto e do atual papel desempenhado pelos países emergentes em sua sistematização. Para tanto, faz uma abordagem histórica do tema da proteção ao investimento estrangeiro desde a década de quarenta até os dias atuais. Ressaltam-se as divergências históricas de entendimento mantidas entre países desenvolvidos (usualmente exportadores de capital) e países em desenvolvimento (historicamente importadores de capital) no que pertine ao nível de proteção que deve ser garantido ao investidor estrangeiro. Após, faz uma análise dos instrumentos internacionais de proteção ao investimento estrangeiro construídos especialmente durante as décadas de setenta e noventa e demonstra que o conteúdo desses instrumentos baseou-se na supremacia do entendimento dos países desenvolvidos. Em momento posterior, analisa o surgimento dos países emergentes como nações exportadoras de capital a partir da década de noventa e como esses países estão conciliando, por meio da assinatura de tratados bilaterais de investimento, a intenção de manter a soberania sobre seus assuntos internos e o interesse de proteger seus investidores no exterior. Por fim, retrata a tradicional posição brasileira com relação ao investimento estrangeiro direto e apresenta alguns contributos para futuras reflexões, baseados especialmente na atual postura adotada por outros países emergentes no que diz respeito à assinatura de tratados bilaterais de investimento.

Palavras-chave: Investimento estrangeiro direto. Tratado Bilateral de Investimento.

Países emergentes. Países desenvolvidos. Países em desenvolvimento.

ABSTRACT

This paper deals with the international law on foreign direct investment and the current role played by emerging market countries on this matter. In this sense, it presents a historical approach on the protection of foreign investment from the 1940's onwards. It focuses on the historical disagreements between developed countries (usually capital-exporting countries) and developing countries (historically capital-importing countries) in what regards the level of protection that must be accorded to a foreign investor. Moreover, it discusses the international instruments for the protection of foreign investment designed between the 1970s and the 1990s and demonstrates that the content of such instruments is based primarily on the developed countries' understanding of the issue. Furthermore, it analyses the rise of emerging market countries as capital exporting countries since the 1990s and how they are reconciling the will to keep their sovereignty over internal affairs and the willingness to protect their investors abroad through bilateral investment treaties. Finally, it discusses the traditional view held by Brazil on the protection of foreign direct investment and presents some contributions for further research on this issue, with an emphasis on other emerging market countries current attitude towards the signing of bilateral investment treaties.

Key-words: *Foreign direct investment. Bilateral investment treaty. Emerging market countries. Developed countries. Developing countries.*

SUMÁRIO

| | | |
|----------|---|-----|
| 1 | Introdução | 7 |
| 2 | A proteção ao investimento estrangeiro direto construída com base no paradigma norte-sul | 13 |
| 2.1 | Definição de investimento estrangeiro direto | 13 |
| 2.2 | A importância do investimento estrangeiro direto para o desenvolvimento econômico do estado receptor do investimento | 19 |
| 2.3 | O histórico de proteção ao investimento estrangeiro e o papel da dicotomia norte-sul na formação do sistema de regulamentação do investimento estrangeiro | 24 |
| 3 | O sistema tradicional de proteção ao investimento estrangeiro | 46 |
| 3.1 | O regime bilateral de proteção ao investimento estrangeiro e o Centro Internacional de Resolução de Disputas Relativas a Investimentos | 46 |
| 3.2 | O regime multilateral de proteção ao investimento estrangeiro | 68 |
| 3.3 | O regime regional de proteção ao investimento estrangeiro | 79 |
| 4 | Os países emergentes como exportadores de capital e sua participação no sistema de proteção ao investimento estrangeiro | 87 |
| 4.1 | Os tratados bilaterais de investimento “Sul-Sul” e a postura dos países emergentes | 89 |
| 4.2 | O Brasil e sua postura frente ao investimento estrangeiro direto: um contributo para futuras reflexões | 97 |
| 5 | Conclusões | 105 |
| | Referências | 109 |

1 INTRODUÇÃO

*“Few areas of international law excite as much controversy as the law relating to foreign investment.”*¹

M. Sornarajah, em sua introdução à obra *The International Law on Foreign Investment*.

*“Uma das áreas mais sensíveis na economia internacional da segunda metade do século XX vem sendo a dos investimentos diretos internacionais.”*²

Luiz Olavo Baptista, em sua introdução à obra *Os Investimentos Internacionais no Direito Comparado Brasileiro*.

Não parece mera coincidência o fato de dois grandes especialistas no tema da regulamentação do investimento estrangeiro direto, embora oriundos de sociedades bastante distintas (o primeiro é proveniente do Sudeste Asiático; o outro, da América Latina), iniciarem suas obras dando ênfase a uma importante constatação: a regulamentação do investimento estrangeiro direto cria grandes divergências entre os mais diversos atores do cenário internacional.

Historicamente, poucas áreas do direito internacional já apresentaram tamanho conflito de interesses entre dois grupos extremamente polarizados, o dos países desenvolvidos, que usualmente ocupam a posição de exportadores de capital, e o dos países em desenvolvimento, não raro reconhecidos como países fadados à condição de receptores de investimento.³

¹ Tradução livre: “Poucas áreas do direito internacional geram tanta controvérsia quanto a do direito relacionado ao investimento estrangeiro”. SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 1.

² BAPTISTA, Luiz Olavo. *Os investimentos internacionais no Direito Comparado e Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 15.

³ Reconhece-se que a utilização das expressões “países em desenvolvimento” e “países do Sul” não esclarecem quais são os países a que esse trabalho se refere. Assim, ressalta-se que, para os fins deste trabalho, adotamos o entendimento de Stephen Cohen, que considera que a expressão “países do Sul” faz mais sentido em seu aspecto político do que em seu aspecto econômico, por agrupar países que foram em algum momento de suas histórias objeto de colonização ou de alguma influência política pelos países industrializados. Para fins de clareza, transcrevemos abaixo a interessante lição do Professor Cohen a respeito do tema, a qual adotamos: “The terms *third world* and the *South* make sense only in political terms. With the exception of Thailand, all countries designated third world at some time were forcibly colonized or made spheres of influence (e.g. China) by industrial countries, mainly in Western Europe. All of them believe, with different intensities of resentment, that the few rich countries exercise great power in the international arena and account for a large percentage of the world’s wealth that in both cases are grossly out of proportion to their small share of the

Em virtude de sua condição de exportadores de capital, os países desenvolvidos tradicionalmente adotam uma postura favorável à promoção do investimento estrangeiro direto e trabalham pela criação de uma moldura jurídica favorável a suas companhias transnacionais, especialmente no intuito de facilitar ao máximo suas atividades no exterior e, ainda, de reduzir os riscos delas decorrentes. Os países em desenvolvimento, por sua vez, buscam, na medida do possível, evitar que tratados internacionais regulando a temática do investimento estrangeiro direto impeçam o exercício de sua soberania sobre assuntos internos, objetivo este que, ao menos em tese, conflita com a constante e premente necessidade de recebimento de capital estrangeiro para o desenvolvimento da economia de cada um desses países.

Não há dúvidas de que essa “dicotomia Norte-Sul” é um dos elementos mais perturbadores das tentativas de regulamentação do investimento estrangeiro direto. Até hoje,

world's population. In the realm of economics, the terms *third world* and *South* lack substance. The countries of Africa, East and South and Western Asia, Eastern Europe, and Latin America and the Caribbean collectively share economic diversity. The only other thing they have in common economically is the status of not being among the twenty-seven sovereign countries (plus Taiwan and Hong Kong) classified by the International Monetary Fund (IMF) as relatively wealthy industrialized countries, that is, the North. For purposes of economic analysis and comparison, the countries colloquially designated as third world should be divided into six separate categories. Countries in each of these groupings share similarities in terms of both their levels of economic prosperity and relationships with MNCs. (...) *Emerging markets* has become a phrase applicable to countries that have unofficially graduated from developing status by virtue of their relatively high standard of living compared to truly poor LDCs and their ability to attract considerable inflows of private capital, including FDI in the manufacturing sector. Emerging market countries account for two subgroups, one appropriately labeled *emerging* and the other *entry level developed*. Thailand, Brazil, and Malaysia exemplify the former, whereas Korea, Singapore, and Israel exemplify the latter category.” Tradução livre: “As expressões *terceiro mundo* e *Sul* somente fazem sentido em um contexto político. Com exceção da Tailândia, todos os países designados como de terceiro mundo foram, em algum momento de sua história, forçosamente colonizados ou transformados em esferas de influência (por exemplo, China) por países industrializados, em sua maioria da Europa Ocidental. Todos esses países acreditam, com diferentes níveis de ressentimento, que os poucos países ricos exercitam muito poder no cenário internacional e são responsáveis por um grande percentual da riqueza mundial, o que em ambos os casos seria desproporcional à pequena parcela da população mundial que representam. No âmbito da economia, os termos *terceiro mundo* e *Sul* não possuem substância. Os países da África, Ásia Ocidental, Oriental e Sul, Europa Ocidental, América Latina e do Caribe compartilham uma considerável diversidade em termos econômicos. O único elemento que eles têm economicamente em comum é o fato de não estarem incluídos no grupo de vinte e sete Estados soberanos (além de Taiwan e Hong Kong) classificados pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) como países relativamente industrializados e ricos, ou seja, o Norte. Para fins de análise econômica, os países coloquialmente designados como de terceiro mundo devem ser divididos em seis categorias distintas. Países de cada um desses grupos compartilham semelhanças tanto em relação a seus níveis de prosperidade econômica como em suas relações com empresas multinacionais. (...) *Mercados emergentes* transformou-se em uma expressão aplicável a países que deixaram o status de países em desenvolvimento em virtude de seu padrão de vida relativamente elevado se comparado aos baixos níveis de desenvolvimento dos países realmente pobres e sua habilidade de atrair consideráveis fluxos de capital privado, inclusive IED no setor industrial. Países de mercados emergentes estão divididos em dois sub-grupos, um apropriadamente denominado *emergente* e o outro *desenvolvido em um nível preliminar*. Tailândia, Brasil e Malásia são exemplos de países que integram o primeiro grupo, enquanto Coreia, Singapura e Israel são exemplos do segundo.” Nesse sentido, COHEN, Stephen D. *Multinational corporations and foreign direct investment: avoiding simplicity, embracing complexity*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007, p. 181-182.

jamais houve entre as nações um entendimento uníssono a respeito do tema que permitisse, por exemplo, a assinatura de instrumentos multilaterais que autorizassem, assim como ocorre no âmbito do comércio internacional, a criação de regras gerais e inequívocas que permitissem a uniformização do direito internacional do investimento estrangeiro direto, ao menos em suas questões mais fundamentais.

Diante dessas dificuldades, os países desenvolvidos viram-se obrigados a promover a assinatura de uma série de tratados bilaterais com aquelas nações interessadas em receber os investimentos de suas empresas, ali inserindo o maior número possível de regras que, a seu juízo, cumprem uma dupla função: a facilitação do fluxo de investimentos e o aumento da proteção dos interesses de seus nacionais. De outro lado, grande parte dos países em desenvolvimento também se viu obrigada a assinar tratados bilaterais no intuito de atrair investimentos estrangeiros, geralmente aceitando uma série de cláusulas que, quando discutidas em bloco perante diferentes organismos internacionais (em especial no âmbito das Nações Unidas), não eram aceitáveis para os países em desenvolvimento como um todo.

Pelo exposto, o primeiro objetivo deste trabalho é a análise do sistema tradicional de proteção ao investimento estrangeiro direto, buscando-se entender os motivos que trouxeram-no a sua atual configuração e, em especial, destacar a importância que o debate e a adoção do paradigma “Norte-Sul” tiveram na definição desse cenário.

Por outro lado, é interessante notar que, a partir da segunda metade da década passada, verificou-se uma significativa mudança no fluxo de investimento estrangeiro direto. Como destaca a *United Nations Conference on Trade and Development* (doravante denominada pela sigla “UNCTAD”) em uma de suas publicações, “o investimento estrangeiro direto oriundo de países em desenvolvimento está se tornando importante”.⁴

Nesse sentido, os chamados “países emergentes”,⁵ tais como Brasil, China e Índia, passaram a exercer relevante papel como exportadores de capital, tanto que algumas de suas mais importantes empresas se uniram ao grupo das maiores companhias transnacionais do planeta⁶ e fizeram com que durante o ano de 2005, por exemplo, quinze por cento de todo o

⁴ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2004*. New York: United Nations Publication, 2005, p. 19.

⁵ No âmbito do presente trabalho, também adotamos o conceito de mercados emergentes de Stephen Cohen, conforme exposto na nota de rodapé n. 3, *supra*.

⁶ Para uma interessante análise do papel desempenhado pelas empresas transnacionais com sede na América Latina (as chamadas *Trans-Latins*), veja-se o seguinte estudo: UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION ON LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN. *Foreign Investment in Latin America and the Caribbean, 2005*. Santiago: United Nations Publication, 2006, p. 63-81.

investimento estrangeiro direto (equivalente a cento e dezessete bilhões de dólares) tivesse como origem países em desenvolvimento.⁷ Complementa esse interessante cenário, ainda, o fato de grande parte dos investimentos diretos oriundos desses países ter como destinatário um outro país em desenvolvimento.⁸

Como consequência desse movimento no âmbito econômico, não surpreende que o número de instrumentos internacionais utilizados pelos países em desenvolvimento para regular as relações de cooperação “Sul-Sul” tenha crescido exponencialmente: em 1990, existiam tão-somente 47 tratados bilaterais de investimento entre países em desenvolvimento; no final de 2004, esse número chegou a 603, o que, à época, representava um quarto de todos os tratados bilaterais de investimento assinados no mundo.⁹

A relevância desse movimento também se comprova pela realidade brasileira. Em 2006, o Brasil recebeu 18,8 bilhões de dólares em investimentos estrangeiros, mas suas empresas investiram 28,2 bilhões em outros países;¹⁰ em 2007, o país recebeu 34,5 bilhões de dólares,¹¹ enquanto suas empresas fizeram investimentos diretos no exterior de aproximadamente 11,6 bilhões naquele ano.¹²

Como consequência direta da internacionalização de suas principais empresas, o Brasil já começa a viver um sério problema que há pouco tempo não lhe dizia respeito: a proteção dos interesses das empresas brasileiras que investem no exterior. Outrora um país quase exclusivamente receptor de capital, hoje o Brasil se encontra em uma posição complexa, sendo, simultaneamente, um país receptor e exportador de capital. Apesar disso, o Brasil até hoje não é parte de um único tratado de proteção ao investimento estrangeiro em vigor, seja ele bilateral, regional ou multilateral.¹³

⁷ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2006*. New York: United Nations Publication, 2007, p. 5.

⁸ De acordo com dados da UNCTAD, os países em desenvolvimento estão escolhendo seus pares como destino dos investimentos diretos de suas empresas em virtude de uma série de fatores, dentre os quais se destacam a proximidade geográfica, os vínculos culturais e também o baixo custo da mão de obra empregada. Conforme UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2004*. New York: United Nations Publication, 2005, p. 20.

⁹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *South-South Cooperation in International Investment Arrangements*. New York: United Nations Publication, 2005, p. 5.

¹⁰ UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION ON LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN. *Foreign Investment in Latin America and the Caribbean, 2006*. Santiago: United Nations Publication, 2007, p. 56.

¹¹ UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION ON LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN. *Foreign Investment in Latin America and the Caribbean, 2007*. Santiago: United Nations Publication, 2008, p. 23.

¹² UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION ON LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN. *Foreign Investment in Latin America and the Caribbean, 2007*. Santiago: United Nations Publication, 2008, p. 70.

¹³ O Brasil assinou quatorze tratados bilaterais de investimento durante a década de 1990 (com Alemanha, Bélgica, Chile, Coréia do Sul, Cuba, Dinamarca, Finlândia, França, Holanda, Inglaterra, Itália, Portugal, Suíça

As recentes dificuldades encontradas pela diplomacia brasileira para proteger os interesses de empresas nacionais na Venezuela e no Equador colocam uma questão importante: o avanço do movimento de cooperação “Sul-Sul” não estaria a exigir uma mudança de posicionamento daqueles países em desenvolvimento que passaram a adotar uma postura favorável à internacionalização de suas empresas e à realização de investimentos estrangeiros diretos?

Em virtude dessas inquietações, o segundo objetivo deste trabalho é a análise dos dados econômicos que comprovam a evolução do movimento de cooperação “Sul-Sul”, bem como a apresentação de algumas considerações, ainda que não definitivas, a respeito de eventuais mudanças que essa cooperação pode trazer à política de alguns países em desenvolvimento no que pertine à assinatura de tratados relativos à proteção do investimento estrangeiro direto.

Para a consecução dos objetivos aqui expostos, divide-se o trabalho em três tópicos principais. Na Seção 2, são abordados alguns temas fundamentais para que se tenha o entendimento do que seja o investimento estrangeiro direto e, ainda, para a compreensão de sua importância para os países em desenvolvimento. Assim, essa seção se inicia com algumas considerações a respeito do conceito de investimento estrangeiro direto. Na sequência, são feitos breves apontamentos a respeito de algumas teorias econômicas que estudam os efeitos produzidos pelo investimento estrangeiro direto na economia do Estado receptor (teorias, aliás, que divergem sobremaneira quanto aos benefícios e malefícios decorrentes da atividade das empresas transnacionais) e também dos principais motivos que levam os países em desenvolvimento a buscar esse tipo de investimento. Por meio dessas considerações, pretende-se que o leitor tenha maiores subsídios para compreender, ao ler o restante do trabalho, os motivos que levaram o direito internacional de proteção ao investimento estrangeiro direto à sua atual formatação. Por fim, essa seção também é dedicada à análise histórica da proteção ao investimento estrangeiro direto, especialmente porque tal estudo permitirá ao leitor entender por que a dicotomia “Norte-Sul” passou a nortear os esforços de regulamentação internacional do investimento estrangeiro direto.

e Venezuela), mas nenhum deles foi ratificado. Em 2002, a Presidência da República solicitou que fossem retirados da pauta do Congresso Nacional aqueles tratados que haviam sido anteriormente enviados pelo Poder Executivo. No âmbito do Mercosul, houve a assinatura, em 1993, do Protocolo de Colônia para a promoção e proteção de investimentos no Mercosul e, no ano subsequente, do Protocolo de Buenos Aires sobre a promoção e proteção de investimentos provenientes de Estados não partes do Mercosul. Os dois documentos, contudo, jamais foram ratificados pelo Brasil.

A Seção 3 é dedicada à análise dos instrumentos bilaterais, multilaterais e regionais que tratam do tema e que compõem o atual conjunto de normas internacionais de proteção ao investimento estrangeiro. Assim, ela se inicia com a análise dos tratados bilaterais de investimento, com ênfase nas cláusulas mais comumente encontradas nesse tipo de tratado e, também, nas divergências existentes entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento no que diz respeito ao conteúdo dessas cláusulas. Na sequência, faz-se uma análise dos principais esforços de regulamentação multilateral do tema, procurando-se averiguar os motivos que levaram a comunidade internacional a não conseguir, até os dias de hoje, construir um documento que alcance a aprovação plena. Ao final, essa seção é dedicada a um breve estudo de duas tentativas de regulamentação regional do tema, ambas no continente americano: os Protocolos de Buenos Aires e Colônia, no âmbito do Mercado Comum do Sul (doravante “Mercosul”), e o Capítulo sobre investimentos do acordo que deu origem ao *North American Free Trade Agreement* (doravante “NAFTA”), bloco econômico formado por México, Estados Unidos da América e Canadá.

A Seção 4 é inicialmente dedicada à análise desse novo cenário de cooperação “Sul-Sul” que se apresenta para alguns países em desenvolvimento, bem como ao estudo de eventuais mudanças que a doutrina especializada e determinados organismos internacionais (especialmente no âmbito das Nações Unidas) já tenham verificado no conteúdo dos tratados bilaterais de investimento assinados pelos países em desenvolvimento no âmbito desse novo sistema de cooperação. Por fim, analisa-se a postura brasileira no que diz respeito à assinatura de tratados que versem sobre a matéria e faz-se uma avaliação da eventual necessidade de reformulação de tal posicionamento, em virtude do grande volume de capital exportado pelo Brasil na forma de investimento estrangeiro direto e dos riscos a que as empresas brasileiras estão submetidas no exterior, especialmente pela ausência de tratados internacionais que protejam seus bens e ativos de atos de governos estrangeiros que lhes sejam prejudiciais.

2 A PROTEÇÃO AO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO CONSTRUÍDA COM BASE NO PARADIGMA NORTE-SUL

O objetivo principal desta seção é apresentar ao leitor as bases da chamada “dicotomia Norte-Sul” no que pertine à regulamentação do sistema de proteção dos investimentos estrangeiros. Para tanto, dividiu-se a seção em três partes fundamentais: (a) considerações a respeito do conceito e dos critérios definidores do investimento estrangeiro direto; (b) análise dos efeitos gerados pelo investimento estrangeiro direto na economia do Estado receptor e dos motivos que levam os países em desenvolvimento a buscar esse tipo de investimento; (c) estudo da história do sistema de proteção ao investimento estrangeiro direto, com especial ênfase na evolução dos pensamentos antagônicos dos países desenvolvidos e dos países em desenvolvimento sobre o tema.

2.1 Definição de investimento estrangeiro direto

O investimento estrangeiro direto, reconhecido como um dos veículos mais importantes para o movimento internacional de capitais, é uma das sub-categorias que compõem o conceito de investimento internacional, usualmente definido como a aquisição de direitos por parte de residentes de um país, do qual se origina o capital, frente a residentes de outro país - o destinatário do capital.¹⁴

Para se definir com precisão o conceito de investimento estrangeiro direto, portanto, é necessário ter-se uma noção clara também da definição atribuída à segunda sub-categoria que integra o gênero investimento internacional, qual seja, a de investimento de portfólio¹⁵. Esta é, entretanto, a primeira dificuldade encontrada para que se tenha uma definição precisa do conceito de investimento estrangeiro direto: a inexistência de consenso na doutrina e no

¹⁴ SCHLEE, Paula Christine. Investimento Internacional e Desenvolvimento. In: BARRAL, Welber (Org.). *Direito e Desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005, p. 261.

¹⁵ A doutrina brasileira especializada utiliza a expressão “investimento de portfólio” como sinônimo de “investimento estrangeiro indireto”. Para os fins deste trabalho, optou-se por adotar a expressão “investimento de portfólio”, visto que, além de já ter sido adotada pela doutrina nacional, guarda maior similitude com a expressão utilizada pela doutrina internacional para definir esse termo (“portfolio investment”).

próprio direito internacional quanto às respectivas áreas de abrangência dessas duas categorias de investimento.¹⁶

A doutrina aponta alguns fatores que poderiam justificar essa dificuldade, mas um deles sempre é destacado: a diferença de enfoque entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento no que tange aos investimentos internacionais, visto que, enquanto os países desenvolvidos costumam conceder substancial liberdade a seus cidadãos para a aplicação de recursos no exterior (e, portanto, necessitam garantir-lhes a maior segurança jurídica possível, inclusive no que tange aos seus investimentos de portfólio), os países em desenvolvimento buscam estabelecer uma distinção clara entre os investimentos estrangeiros que visam ao desenvolvimento do país receptor e aqueles investimentos meramente especulativos, que hodiernamente retornam ao seu país de origem no curto prazo.¹⁷ Apesar dessas dificuldades, é possível, analisando-se a doutrina e o direito internacional, apontar elementos que constituem premissas básicas tanto do investimento estrangeiro direto como do investimento de portfólio.

Tradicionalmente, define-se o investimento estrangeiro direto como aquele investimento que envolve a transferência de ativos tangíveis ou intangíveis de um país para o outro, tendo como características essenciais: (a) sua utilização direta em uma atividade produtiva de bens ou de serviços; (b) o fato de o investidor ter o objetivo de exercer um controle efetivo sobre tais ativos; (c) o estabelecimento de uma relação duradoura, de longo prazo entre o investidor e o país receptor.¹⁸

As definições adotadas por diferentes órgãos internacionais corroboram o entendimento de que essas características essenciais do investimento estrangeiro direto já estão bem definidas no âmbito do direito internacional. Em uma de suas publicações sobre o tema, a UNCTAD¹⁹ defende que o investimento estrangeiro está baseado justamente nos três elementos acima referidos:

Foreign direct investment is defined as an investment involving a long-term relationship and reflecting a lasting interest and control by a resident entity in one economy in an enterprise resident in an economy other than that of

¹⁶ COHEN, Stephen D. *Multinational Corporations and Foreign Direct Investment: avoiding simplicity, embracing complexity*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 36.

¹⁷ VIEIRA, José Luiz Conrado. *As bases conceituais da integração econômica e do investimento internacional no Mercosul: fundamentos para uma revisão*. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 45.

¹⁸ COSTA, Larissa. *Arbitragem Internacional e Investimentos Estrangeiros*. São Paulo: Lawbook, 2007, p. 42.

¹⁹ Para um breve histórico da UNCTAD, veja-se a obra de AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Org.). *Direito do Comércio Internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 80-82.

*the foreign direct investor. Foreign direct investment implies that the investor exerts a significant degree of influence on the management of the enterprise resident in the other economy.*²⁰

A definição do Fundo Monetário Internacional (doravante “FMI”) também está lastreada nos mesmos elementos:

*Direct investment is the category of international investment that reflects the objective of a resident entity in one economy obtaining a lasting interest in an enterprise resident in another economy. (The resident entity is the direct investor and the enterprise is the direct investment enterprise.) The lasting interest implies the existence of a long-term relationship between the direct investor and the enterprise and a significant degree of influence by the investor on the management of the enterprise. Direct investment comprises not only the initial transaction establishing the relationship between the investor and the enterprise but also all subsequent transactions between them and among affiliated enterprises, both incorporated and unincorporated.*²¹

É interessante salientar que, muito embora ambas instituições trabalhem com a expressão “participação duradoura” em suas definições, nenhuma delas estabelece um lapso temporal exato que possa servir como critério objetivo para a definição da natureza do investimento realizado.

Por outro lado, o FMI procura estabelecer um critério objetivo no que pertine ao poder de decisão que o investidor possui sobre a empresa investida. Assim, estabelece o FMI que somente investimentos que compreendam a aquisição de no mínimo 10% (dez por cento) do

²⁰ Tradução livre: “Investimento estrangeiro direto é definido como um investimento que envolve um relacionamento de longo prazo, que reflete um interesse e um controle duradouros de um residente em uma economia, sobre um empreendimento sediado em outra economia que não aquela do investidor estrangeiro direto. O investimento estrangeiro direto implica o exercício de um certo grau de influência na gestão do empreendimento residente na outra economia.” UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2005*. New York: United Nations Publication, 2006, p. 329.

²¹ Tradução livre: “Investimento Direto é a categoria do investimento internacional que reflete o propósito de um residente em uma economia de adquirir uma participação duradoura em uma companhia localizada em outra economia. O residente é o investidor direto e a companhia é o objeto direto desse investimento). A participação durável implica a existência de uma relação de longo prazo entre o investidor direto e a companhia e um nível significativo de influência por parte do investidor na gestão da companhia. Incluem-se no conceito de *Investimento Direto* não apenas a transação inicial que estabelece a relação entre o investidor e a companhia, mas também todas as transações subsequentes entre eles e também suas companhias afiliadas, sejam elas incorporadas ou não”. INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Balance of Payments Manual*. 5 ed. Washington, DC, p. 86. Disponível em <http://www.imf.org/external/pubs/ft/bopman/bopman.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2009.

capital da empresa investida são considerados como investimento direto.²² Esse mesmo critério, aliás, também é adotado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico²³ (doravante “OCDE”), o que levou alguns doutrinadores a afirmarem que essa metodologia está próxima da aceitação plena no âmbito do direito internacional.²⁴ Em suas diretrizes para definição do conceito de investimento estrangeiro, a OCDE esclarece que o poder de decisão do investidor estrangeiro deve garantir-lhe uma voz efetiva na administração da empresa, mas não necessariamente o controle absoluto sobre ela.²⁵

²² De acordo com os critérios do FMI, uma empresa passa a ser considerada como subsidiária da empresa investidora somente quando essa última possui 50% (cinquenta por cento) ou mais de seu capital. Quando a participação da empresa investidora é superior a 10% (dez por cento) mas inferior a 50% (cinquenta por cento), o entendimento do FMI é de que a empresa investida deve ser considerada como uma empresa associada à empresa investidora e, portanto, elas passam a integrar o mesmo grupo econômico. INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Balance of Payments Manual*. 5 ed. Washington, DC, p. 86. Disponível em <http://www.imf.org/external/pubs/ft/bopman/bopman.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2009.

²³ Criada em 1948 por meio de uma convenção assinada em Paris, a OCDE propugna como seus objetivos o crescimento econômico, o aumento dos níveis de emprego, a melhoria do padrão de vida da população de seus países membros e a manutenção de sua estabilidade econômica, bem como assistir o desenvolvimento econômico de outros países e contribuir para o aumento do comércio mundial. Tradicionalmente reconhecida como a organização que reúne os países mais desenvolvidos do globo, hoje a OCDE congrega 30 (trinta) países: Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, França, Grécia, Holanda, Inglaterra, Irlanda, Islândia, Itália, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Suíça, Suécia, Turquia, Estados Unidos, Canadá, Japão, Finlândia, Austrália, Nova Zelândia, México, Polônia, Hungria, República Tcheca, Eslováquia e Coréia do Sul. Para maiores informações a respeito da OCDE, veja o sítio eletrônico da organização. Disponível em www.oecd.org. Acesso em: 2 de mar. 2009.

²⁴ Argumentando nesse sentido, COHEN, Stephen D. *Multinational corporations and foreign direct investment: avoiding simplicity, embracing complexity*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 38. Ademais, é interessante ressaltar que o Banco Central do Brasil adota esse mesmo critério para diferenciar o investimento estrangeiro direto do investimento de portfólio, como se verifica pela leitura do censo de capitais brasileiros no exterior do ano de 2007: “A metodologia utilizada para a distinção entre participações acionárias relativas a investimentos em portfólio e a participações societárias em investimento direto baseou-se no critério do percentual de participação do investidor brasileiro na empresa. Participações menores que 10% do capital da empresa receptora no exterior estão agrupadas como *Portfólio – Participação Societária*.” BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Capitais brasileiros no exterior (CBE). Data-base: 2007*. Disponível em <http://www4.bcb.gov.br/rex/CBE/Port/ResultadoCBE2007.pdf>. Acesso em: 8 de mar. 2009.

²⁵ Assim se manifesta a OCDE a respeito das características que dão forma ao investimento estrangeiro direto: “OECD recommends that a direct investment enterprise be defined as an incorporated or unincorporated enterprise in which a foreign investor owns 10 per cent or more of the ordinary shares or voting power of an incorporated enterprise or the equivalent of an unincorporated enterprise. The numerical guideline of ownership of 10 per cent of ordinary shares or voting stock determines the existence of a direct investment relationship. An effective voice in the management, as evidenced by an ownership of at least 10 per cent, implies that the direct investor is able to influence or participate in the management of an enterprise; it does not require absolute control by the foreign investor.” Tradução livre: “A OCDE recomenda que uma companhia objeto de investimento direto seja definida como uma companhia na qual o investidor estrangeiro detenha dez por cento ou mais das ações ordinárias ou das ações com direito a voto. A diretriz numérica de dez por cento das ações ordinárias ou das ações com direito a voto determina a existência de uma relação de investimento direto. Uma voz efetiva na administração, como evidenciado pela propriedade de ao menos dez por cento, implica que o investidor direto está apto a influenciar ou participar da administração da companhia; não se exige o controle absoluto da administração da companhia pelo investidor estrangeiro.” ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*. 3 ed., p. 8. Disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/10/16/2090148.pdf>. Acesso em 5 de mar. 2009.

Ao comentar os critérios de distinção entre o investimento estrangeiro direto e o investimento de portfólio, o professor Luiz Olavo Baptista ressalta também a importância do *objetivo* do investidor como um elemento que auxilia na definição do tipo de investimento em cada caso concreto. Aqueles investidores que desejam colocar seus recursos a serviço de uma empresa e participar do processo produtivo são efetivamente empreendedores e, portanto, realizam um investimento direto; por outro lado, se o destino final do capital somente é importante para o investidor enquanto elemento de segurança e de remuneração do montante investido, não há dúvidas que se está diante de um investimento de portfólio, onde não há uma preocupação concreta do investidor com a sorte da empresa em que investe.²⁶

Frente a tal conceituação, tem-se, por exemplo, que a aquisição ou a construção de uma planta industrial em um outro país são exemplos típicos desse tipo de investimento, posto que atendem ao requisito de exercício de uma atividade econômica, de caráter duradouro e com o exercício de poder de controle efetivo sobre a empresa investida. Da mesma forma, a participação minoritária no capital de uma empresa, desde que cumpridos os requisitos de permanência e de exercício de um razoável controle sobre o investimento (suprido, como visto, pela aquisição de no mínimo dez por cento do capital com direito a voto), também são vistos como exemplos típicos de investimento direto.

Em oposição ao investimento estrangeiro direto está o investimento de portfólio, que usualmente é definido como um investimento em ações ou quotas que não tem o objetivo de garantir ao investidor o controle efetivo da administração de uma companhia localizada no país receptor do investimento ou, ainda, qualquer aquisição de valores mobiliários e de títulos de crédito em geral.²⁷

²⁶ Assim leciona o ilustre professor: “Outra vez a distinção só é fácil nos casos extremos, e é o ‘poder de controle’ que será a pedra de toque, permitindo distingui-los. É o objetivo do investidor que determinará, em última análise, qual a natureza do investimento. O caminho da Bolsa, ou do balcão de negócios das instituições financeiras, pode servir tanto aos investidores chamados de ‘*rendeiros*’ (porque almejam receber as rendas do capital, sem se envolver diretamente no processo de produção) como aos investidores “*empreendedores*” que desejam participar sobretudo do processo produtivo. A rigor caberia distinguir – do ponto de vista da atitude do ator (quem aplica os seus bens) – entre a aplicação financeira e o investimento. Aquela seria um ato de natureza predominantemente financeira, em que o destino final do dinheiro é de importância tão-só enquanto fator de segurança e remuneração do capital. Já no segundo caso, - o investidor propriamente dito – deseja colocar seus recursos a serviço de uma empresa, de uma atividade, sendo esta tão importante quanto o resultado obtido (...)” Conforme BAPTISTA, Luiz Olavo. *Os investimentos internacionais no Direito Comparado e Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 32.

²⁷ De acordo com definição de SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 7.

Ademais, a definição adotada pelo FMI ressalta que os diferentes tipos de transações surgidos no mercado financeiro nos últimos anos têm levado à criação de novos instrumentos financeiros que também podem caracterizar um investimento de portfólio:

*Portfolio investment includes, in addition to equity securities and debt securities in the form of bonds and notes, money market instruments and financial derivatives such as options. (...) The expanded coverage in transactions reflects changes in international financial markets in recent years and includes the introduction of many new financial instruments within the framework of continuous innovation.*²⁸

Percebe-se, portanto, que são tidos como investimentos de portfólio aqueles investimentos que não se enquadram no conceito de investimento estrangeiro direto, ou seja, não atendem aos critérios de utilização direta em uma atividade produtiva, de permanência duradoura no país investido e, ainda, de exercício de controle efetivo das atividades exercidas pela companhia investida.

A clara distinção entre as duas sub-categorias que compõem o conceito de investimento estrangeiro é de grande importância para o desenvolvimento do presente trabalho, pois dentre seus objetivos está a abordagem das ferramentas existentes para a proteção do investimento direto, sem que haja preocupação em analisar eventuais meios de proteção do investimento de portfólio existentes no âmbito internacional.

É necessário esclarecer desde logo, entretanto, que a existência de uma distinção entre as duas sub-categorias não implica que a comunidade internacional não tente regulá-las por meio de um mesmo tratado. Como será mais aprofundadamente abordado na Seção 3, em especial quando da análise dos tratados bilaterais de investimento, é muito comum que os tratados internacionais relativos à matéria tenham como escopo de sua aplicação a proteção dos dois tipos de investimento, o que geralmente ocorre (ver-se-á com maior cuidado posteriormente) em virtude da postura dos países desenvolvidos, desejosos de garantir o máximo de proteção possível aos investimentos realizados por seus nacionais. Portanto, apenas uma análise mais detida de cada tratado em específico pode esclarecer quais os tipos

²⁸ Tradução livre: “O investimento de *portfólio* compreende, além de valores mobiliários e títulos que dão origem a um débito na forma de notas, instrumentos de mercado e derivativos financeiros como as opções. (...) A expansão das transações reflete mudanças nos mercados financeiros internacionais nos últimos anos e agrega a criação de vários novos instrumentos financeiros dentro dessa moldura de contínua inovação.” INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Balance of Payments Manual*. 5 ed., p. 91. Disponível em <http://www.imf.org/external/pubs/ft/bopman/bopman.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2009.

de investimento que os Estados estão buscando proteger no caso concreto, visto que, como leciona Gus Van Harten, este é um conceito que necessita ser preenchido em cada tratado internacional que rege a matéria.²⁹

2.2 A importância do investimento estrangeiro direto para o desenvolvimento econômico do Estado receptor do investimento

Muito embora o presente trabalho não tenha como objetivo fazer uma análise científica dos impactos positivos ou negativos que o investimento estrangeiro direto possa exercer na economia do país receptor, consideramos oportuno apresentar uma breve descrição das duas principais – e antagônicas - teorias econômicas que tratam a respeito do tema.

As companhias transnacionais e os defensores de políticas liberais tradicionalmente adotam um entusiasmo acrítico sobre os efeitos gerados pelo investimento estrangeiro direto no país receptor e, em virtude disso, consideram que, como regra geral, existe uma relação direta entre o fluxo de capitais recebidos e o aumento do grau de desenvolvimento de um determinado país. Esse entendimento, que teve seu ápice quando do estabelecimento do chamado “Consenso de Washington”³⁰, propugna que tais investimentos são essencialmente bons para o desenvolvimento de um país e, portanto, suas autoridades devem sempre buscar a atração do maior volume possível de capitais para serem investidos em seu território.

De outro lado, alguns estudiosos assumem uma postura de ceticismo quanto ao tema, defendendo que não há demonstrações científicas da existência de uma relação direta e concreta entre o fluxo de investimento estrangeiro direto e o grau de desenvolvimento de um determinado país.³¹ Assim, esses autores sustentam que não existiriam comprovações de que

²⁹ VAN HARTEN, Gus. *Investment treaty arbitration and public law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 74.

³⁰ O termo “Consenso de Washington” foi originalmente cunhado em 1989 por John Williamson, que descreveu um conjunto de dez políticas econômicas específicas que diversas instituições sediadas em Washington (dentre as quais o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional) então prescreviam aos países em desenvolvimento, em especial na América Latina. Dentre essas orientações, havia o entendimento de que tais países deveriam promover o máximo possível a atração de investimentos estrangeiros diretos, visto que eles auxiliariam no desenvolvimento de suas economias. Para maiores informações a respeito do chamado Consenso de Washington, ver WILLIAMSON, John; KUCZYNSKI, Pedro Pablo. *Depois do Consenso de Washington*. São Paulo: Saraiva, 2003, 306 p.

³¹ MORAN, Theodore H. *Harnessing Foreign Direct Investment for Development: policies for developed and developing countries*. Baltimore: Brookings Institution Press, 2006, p. 1-2.

as empresas estrangeiras são capazes de transferir novas tecnologias para as empresas nacionais das quais são sócias, ou de que a presença de empresas estrangeiras em determinado setor da economia de um país tenha ocasionado um aumento na produtividade das empresas nacionais que atuam no mesmo ramo de atividade.³²

Mais recentemente, contudo, e partindo do pressuposto de que o estabelecimento de uma regra geral a respeito dos efeitos benéficos e maléficos do investimento estrangeiro direto seria algo muito difícil – para não dizer impossível - de ser alcançado, alguns pesquisadores passaram a fazer estudos de casos, permitindo, assim, uma análise mais criteriosa a respeito dos efeitos que o investimento estrangeiro direto pode gerar em determinado país ou região.

Apesar de existirem alguns estudos empíricos que apontam a inexistência de uma relação de causa e efeito entre o aumento no fluxo de investimentos estrangeiros diretos e o desenvolvimento da economia do país receptor,³³ deve-se registrar que grande parte das pesquisas apontam que o investimento estrangeiro direto possibilita um maior acesso das empresas nacionais a novas tecnologias e, além disso, aumenta o grau de desenvolvimento do país que o recebe.³⁴

De todo modo - e apesar dos resultados divergentes apontados nos referidos estudos empíricos -, existe um fato concreto que não é contestado por estes pesquisadores: o crescimento exponencial dos fluxos de investimento estrangeiro direto em direção aos países em desenvolvimento nos últimos anos, tanto que, de acordo com dados da UNCTAD, houve um crescimento de cinquenta e sete por cento no fluxo desse tipo de investimento para os

³² BLOMSTRÖM, Magnus; GRAHAM, Edward; MORAN, Theodore H. *Does Foreign Direct Investment Promote Development?* Washington, DC: Institute for International Economics, 2005, p. 2.

³³ Para uma análise nesse sentido, defendendo que não é possível estabelecer uma correlação clara entre o ingresso de investimento estrangeiro direto e o desenvolvimento econômico de um país e dando interessantes exemplos concretos de situações em que o aumento no fluxo de investimentos estrangeiros diretos não acarretou vantagens substanciais ao país receptor, veja-se o artigo de CARKOVIC, Maria; LEVINE, Ross. *Does Foreign Direct Investment Accelerate Economic Growth?* In: BLOMSTRÖM, Magnus; GRAHAM, Edward; MORAN, Theodore H. *Does Foreign Direct Investment Promote Development?* Washington, DC: Institute for International Economics, 2005, p. 195-220.

³⁴ Analisando o impacto do investimento estrangeiro direto sobre as economias da Europa Central e do Leste no período entre 1991 e 2002 e concluindo que este foi um importante veículo para a transferência de capitais e de tecnologia para os países daquela região, veja-se NEUHAUS, Marco. *The impact of FDI on economic growth: an analysis for the transition countries of Central and Eastern Europe*. Heidelberg: Physica-Verlag, 2006. Ainda, também apontando para o impacto positivo dos investimentos estrangeiros diretos, BLONIGEN, Bruce; WANG, Miao Grace. *Inappropriate Pooling of Wealthy and Poor Countries in Empirical FDI Studies*. In: BLOMSTRÖM, Magnus; GRAHAM, Edward; MORAN, Theodore H. *Does Foreign Direct Investment Promote Development?* Washington, DC: Institute for International Economics, 2005, p. 221-244.

países em desenvolvimento em 2004, seguido de um crescimento de vinte e dois por cento em 2005.³⁵

Em síntese, quatro são os fatores apontados para explicar esse novo momento da economia desses países: (a) o sucesso de políticas de estabilização econômica por eles adotadas; (b) a intensificação de suas políticas de atração de capitais; (c) o próprio fenômeno da globalização, que exige uma maior capacidade de internacionalização dos investimentos por parte das empresas; (d) a expectativa de que os países em desenvolvimento apresentem taxas de crescimento superiores aos países desenvolvidos nos próximos anos.³⁶

Em virtude desse cenário, é necessário compreender os principais motivos que levaram os países em desenvolvimento a buscar tão fortemente o investimento estrangeiro, até mesmo para que posteriormente se possa, com base também nessas informações, verificar as razões que os levaram a assinar os tratados internacionais que hoje estão em vigor.

Costuma-se afirmar que os países em desenvolvimento encaram o investimento estrangeiro direto como uma fonte de capital e de desenvolvimento econômico capaz de garantir o crescimento do mercado interno, da renda e do emprego.³⁷ Nesse diapasão, estudos demonstram a capacidade das empresas estrangeiras de: adotar medidas mais avançadas para a capacitação técnica de seus funcionários; utilizar técnicas de administração mais atuais do que as utilizadas por grande parte das empresas com sede nos países em desenvolvimento; alcançar um nível de produtividade superior ao obtido por essas empresas; auxiliar no aumento das exportações do país receptor do investimento.³⁸

Entretanto, acredita-se que um dos critérios mais utilizados pelos países receptores de capital como indicador de aferição dos benefícios decorrentes do investimento estrangeiro direto é o uso de novas tecnologias no método de produção da empresa nacional,

³⁵ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2006*. New York: United Nations Publication, 2007, p. 4.

³⁶ Para uma análise dos fatores que explicam o aumento dos fluxos de investimento estrangeiro direto em direção aos países em desenvolvimento, veja-se o livro de LACERDA, Antônio Corrêa de. *Globalização e investimento estrangeiro no Brasil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 44.

³⁷ ARAÚJO, Nádia de; SOUZA JUNIOR, Lauro. 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. *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?* São Paulo: LTR, 1998, p. 600-601.

³⁸ MOSS, Todd J.; RAMACHANDRAN, Vijaya; SHAH, Manju Kedia. Is Africa's skepticism of foreign capital justified? Evidence from East African firm survey data. In: BLOMSTRÖM, Magnus; GRAHAM, Edward; MORAN, Theodore H. *Does Foreign Direct Investment Promote Development?* Washington, DC: Institute for International Economics, 2005, p. 337-366.

especialmente por meio de investimento em atividades de pesquisa e desenvolvimento capazes de gerar diferentes técnicas produtivas.³⁹

Conforme a OCDE, existem quatro tipos de benefícios indiretos que podem ser sentidos pelas empresas nacionais em decorrência da transferência de tecnologia por parte dos investidores estrangeiros: (a) as empresas nacionais podem utilizar novas tecnologias ou ao menos melhorar as técnicas por elas anteriormente desenvolvidas; (b) as empresas estrangeiras acabam por transferir sua tecnologia também para empresas nacionais que sejam seus fornecedores ou consumidores, já que não concorrem no mesmo ramo de atividade; (c) os empregados de empresas estrangeiras transferem seus conhecimentos aos funcionários locais, que passarão a ser os responsáveis pelos futuros avanços tecnológicos das empresas nacionais; (d) as atividades de pesquisa e desenvolvimento realizadas pelas empresas estrangeiras aumentam a capacidade de pesquisa do país em desenvolvimento, visto que, em virtude da maior concorrência, as empresas nacionais também são obrigadas a investir nessas atividades.⁴⁰

Nesse sentido, a UNCTAD recentemente enfatizou a importância da realização de estudos de pesquisa e desenvolvimento por parte de empresas estrangeiras, visto que isso pode garantir o desenvolvimento de atividades mais complexas e de maior valor agregado para a economia do país em desenvolvimento e também trazer benefícios indiretos para os pesquisadores locais.⁴¹

³⁹ Para uma análise a respeito dos efeitos que as atividades de pesquisas e desenvolvimento exercem no surgimento de novas tecnologias, ver MORAN, Theodore H. *Foreign Direct Investment and Development: the new policy agenda for developing countries and economies in transition*. Washington, DC: Institute for International Economics, 1998, p. 127-136.

⁴⁰ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Foreign Direct Investment for Development: Maximizing Benefits and Minimizing Costs*, p. 98. Disponível em www.oecd.org. Acesso em: 5 mar. 2009.

⁴¹ Assim se manifestou a UNCTAD em estudo publicado no ano de 2002: “Another important aspect of international production is innovative activity by foreign affiliates. The presence of research and development (R&D) can signify that affiliates are engaging in complex and high value functions. R&D can contribute to capacity-building in host countries and provide spillover benefits to local researchers”. Tradução livre: “Outro importante aspecto da produção internacional é a atividade inovadora das afiliadas estrangeiras. A existência de atividades de pesquisa e desenvolvimento (P&D) pode significar que as afiliadas estão se engajando em atividades complexas e de alto valor. Atividades de P&D podem contribuir para o aumento da capacidade produtiva nos países receptores de capital e gerar benefícios indiretos para pesquisadores locais”. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2002*. New York: United Nations Publication, 2002, p. 18.

Por fim, alguns estudos demonstram que as empresas estrangeiras, por meio de suas afiliadas,⁴² costumam investir mais em pesquisa do que as empresas que têm sede em países em desenvolvimento, em virtude de sua maior capacidade de investimento.⁴³

Outro elemento importante para o aumento do interesse dos países em desenvolvimento na atração de investimentos estrangeiros diretos é justamente a expectativa de perpetuidade do investimento. Espera-se que a permanência duradoura de uma empresa estrangeira em um outro país faça com que ela tenha, ao longo dos anos, um maior senso de responsabilidade perante a comunidade daquele local, bem como crie vínculos tão fortes que a façam valorizar os laços de cooperação desenvolvidos com o país receptor.

Em apertada síntese, esses são os principais motivos que levam os países em desenvolvimento a buscar o estabelecimento de condições favoráveis ao ingresso de investimentos estrangeiros em seu território.

⁴² Existe uma interessante discordância na doutrina especializada a respeito do nível de comprometimento do investidor estrangeiro com atividades de pesquisa e desenvolvimento quando (i) participa de uma *joint venture* e não possui participação majoritária na empresa investida, e (ii) é o único detentor do capital da empresa investida ou nela possui participação majoritária. Erdilek, analisando a correlação entre investimento estrangeiro e as atividades de pesquisa e desenvolvimento, conclui que as empresas em que os sócios estrangeiros detêm até 40% do capital apresentam um interesse maior no desenvolvimento de atividades de pesquisa. Esta conclusão está baseada no entendimento de que a casa matriz do grupo estrangeiro investidor não tem interesse em partilhar sua tecnologia com outras empresas do país investido em virtude da falta de controle efetivo sobre a transferência de tecnologia e, especialmente, pela falta de uma legislação que proteja efetivamente sua propriedade intelectual. Por outro lado, essa relutância faria com que as empresas em que o investidor estrangeiro não possui participação majoritária tivessem uma maior propensão a realizar mais atividades próprias de pesquisa e desenvolvimento para conduzir suas atividades. Ver ERDILEK, Asim. R&D Activities of Foreign and National Establishments in Turkish Manufacturing. In: BLOMSTRÖM, Magnus; GRAHAM, Edward; MORAN, Theodore H. *Does Foreign Direct Investment Promote Development?* Washington, DC: Institute for International Economics, 2005, p. 133. No sentido contrário, Moran defende que o investidor estrangeiro tende a investir mais em pesquisa e desenvolvimento quando possui participação majoritária na empresa investida, visto que sua estratégia seria a de garantir que suas afiliadas mantenham-se competitivas no mercado internacional e, portanto, necessitariam valer-se das mais avançadas tecnologias disponíveis naquele momento. MORAN, Theodore H. How does FDI affect host country development? Using industry case studies to make reliable generalizations. In: BLOMSTRÖM, Magnus; GRAHAM, Edward; MORAN, Theodore H. *Does Foreign Direct Investment Promote Development?* Washington, DC: Institute for International Economics, 2005, p. 308. Para uma análise empírica dessa questão no mercado chinês (concluindo que empresas majoritariamente detidas pelos investidores estrangeiros utilizam tecnologia substancialmente mais avançada do que empresas em que o investidor detém uma participação minoritária), ver LONG, Guoqiang. China's Policies on FDI: Review and Evaluation. In: BLOMSTRÖM, Magnus; GRAHAM, Edward; MORAN, Theodore H. *Does Foreign Direct Investment Promote Development?* Washington, DC: Institute for International Economics, 2005, 315-336.

⁴³ De acordo com a UNCTAD, entretanto, ainda existe a tendência de as empresas multinacionais concentrarem suas pesquisas no país onde possuem sua sede ou em outro país desenvolvido. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2002*. New York: United Nations Publication, 2003, p. 18-20. De acordo com a doutrina, a concentração dos esforços de pesquisa pode ser devida a três razões em especial: (a) controle mais efetivo sobre as atividades de pesquisa; (b) redução de custos com pessoal e na realização de atividades de pesquisa e desenvolvimento; (c) legislação de proteção da propriedade intelectual é mais protetiva nos países desenvolvidos. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Foreign Direct Investment for Development: Maximizing Benefits and Minimizing Costs*, p. 103. Disponível em www.oecd.org. Acesso em: 5 mar. 2009.

2.3 O histórico de proteção ao investimento estrangeiro e o papel da dicotomia norte-sul na formação do sistema de regulamentação do investimento estrangeiro

O desenvolvimento histórico do regime jurídico do investimento estrangeiro a partir do início da era moderna pode ser sistematizado em quatro fases distintas: a primeira delas, do século XVI até o final do século XIX; a segunda, do início do século XX até o término da Segunda Guerra Mundial; a terceira, de 1945 até 1990; e a quarta, até os dias atuais.⁴⁴ A análise da evolução histórica desse regime jurídico permitirá esclarecer os motivos do acentuado conflito entre as posições atualmente adotadas pelos países desenvolvidos e pelos países em desenvolvimento no que pertine ao tema, conflito este que terminará por se refletir no formato dado aos instrumentos internacionais de regulação do investimento estrangeiro.

2.3.1 Primeira fase da regulamentação do investimento estrangeiro (século XVI ao final do século XIX)

No início da era moderna, o direito internacional preocupava-se com a proteção de direitos básicos do estrangeiro, como a sua liberdade de ingressar em terras estrangeiras e nelas exercer suas atividades de comércio.⁴⁵ Enquanto Francisco de Vitória (que acreditava na existência de um sentimento de comunidade entre nacionais e estrangeiros) sustentava que aos estrangeiros deveria ser garantido tratamento idêntico àquele conferido aos nacionais, Emmerich de Vattel, preocupado com situações em que o direito interno de um país conferia

⁴⁴ Dada a amplitude do tópico ora abordado, ressalta-se que apenas os fatos mais relevantes para o desenvolvimento histórico da proteção do investimento estrangeiro são abordados neste trabalho. Para uma análise mais abrangente da evolução histórica do tema, indicamos para consulta as seguintes obras: SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 18-30; NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties*. London: Kluwer Law International, 2009, p. 3-39. Ademais, destaque-se que a sistematização adotada para tratar da evolução histórica da proteção ao investimento estrangeiro é inspirada (mas não idêntica) na organização adotada por Eugenia Zerbini em sua tese de doutoramento. Nesse sentido, ver ZERBINI, Eugênia C. G. de Jesus. *O regime internacional dos investimentos – sistemas regional, multilateral, setorial e bilateral*. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 13-48. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses>. Acesso em: 5 mar. 2009.

⁴⁵ NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties*. London: Kluwer Law International, 2009, p. 4.

um nível de proteção abaixo do padrão mínimo que deveria ser atribuído ao estrangeiro, discorria acerca da necessidade de se respeitar determinados padrões externos, os quais seriam formadores de um *standard* internacional mínimo de proteção.⁴⁶

Os estudos de Vitória e Vattel deram força ao princípio da proteção diplomática, sendo que já nesse período era aceita a teoria de que uma lesão ao nacional de um Estado deveria ser encarada como uma lesão ao próprio Estado, pelo que este último poderia requerer a devida reparação ao Estado responsável pelo dano. Entretanto, em virtude do contexto do pacto colonial que marcou esse momento histórico (exceção feita às Américas, que estiveram envolvidas em seu processo de independência nos séculos XVIII e XIX), foram poucas as oportunidades que existiram para a solução de problemas envolvendo a propriedade de estrangeiros com base no princípio da proteção diplomática, em face da adoção da *gunboat diplomacy* pelos países colonizadores - isto é, a ameaça ou até mesmo o uso da força para solucionar os conflitos que existissem com as colônias.⁴⁷

Apesar do recurso ao uso da força ter sido corriqueiro à época, já nesse período teve início um movimento de assinatura de tratados bilaterais dedicados especialmente ao desenvolvimento de relações comerciais e, em menor medida, ao estabelecimento de regras de proteção da propriedade de bens.⁴⁸ Esses acordos, usualmente conhecidos como Tratados de Amizade, Comércio e Navegação, eram assinados entre as grandes potências europeias e os Estados Unidos e são atualmente reconhecidos como um primeiro movimento para a

⁴⁶ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 18-19.

⁴⁷ É esclarecedora a descrição da política existente no período colonial apresentada por Ibironke Odumosu: “Prior to this time, foreign investment protection was assured through the instrumentality of merging the legal systems of the colonized and the colonizer and where this failed, or where the territory in question was not a colony of any colonial power of the time, through gunboat diplomacy. As such, the need for an international regime of foreign investment protection was minimal.” Tradução livre: “Antes desse momento, a proteção ao investimento estrangeiro era garantida por meio da fusão dos sistemas jurídicos do colonizado e do colonizador; quando essa tentativa não era bem sucedida, ou nas hipóteses em que determinado território não era uma colônia de uma potência colonizadora da época, a proteção era garantida por meio da *gunboat diplomacy*. A necessidade de um regime internacional de proteção ao investimento estrangeiro era mínima.” ODUMOSU, Ibironke T. The antinomies of the (continued) relevance of ICSID to the third world. *San Diego International Law Journal*, v. 8, p. 352, 2007.

⁴⁸ O texto dos Tratados de Amizade, Comércio e Navegação sofreu frequentes modificações com o passar do tempo, avançando para um tratamento mais detalhado dos meios de proteção do investimento estrangeiro. Os Estados Unidos, por exemplo, mantiveram a política de tratar o assunto da proteção do investimento estrangeiro por meio de Tratados de Amizade, Comércio e Navegação até 1977, ano em que o Departamento de Estado daquele país recomendou a adoção de tratados que lidassem especificamente com a proteção e promoção de investimentos – os chamados tratados bilaterais de investimento (TBIs). Nesse sentido, veja-se o artigo de K. Scott Gudgeon, assessor do Departamento de Estado dos Estados Unidos entre 1982 e 1984: GUDGEON, K. Scott. United States Bilateral Investment Treaties: comments on their origin, purposes, and general treatment standards. *International Tax and Business Lawyer*, v. 4, p. 109-111, 1986.

regulamentação do investimento estrangeiro no âmbito internacional, especialmente porque já previam a criação de tribunais arbitrais *ad hoc* com vistas a julgar eventuais alegações de tratamento ilegal dado a um nacional estrangeiro ou a sua propriedade.⁴⁹

Ao final desse período, portanto, percebe-se que a proteção à propriedade do estrangeiro, apesar de matéria incipiente, já era objeto de preocupação da doutrina e, em especial, de regulamentação entre as grandes potências da época por meio de tratados internacionais.

2.3.2 Segunda fase da regulamentação do investimento estrangeiro (final do século XIX até o encerramento da Segunda Guerra Mundial)

A segunda etapa da regulamentação do investimento estrangeiro tem início ao final do século XIX e se encerra com a Segunda Guerra Mundial. É nesse período que se inicia a tentativa de consolidação de certos princípios jurídicos sobre a matéria, em uma tentativa de construção de um substrato teórico capaz de justificar o uso da força na solução de litígios internacionais que tivessem origem na expropriação de propriedade estrangeira.⁵⁰

É interessante notar que a tentativa de consolidação desses princípios teve o continente latino-americano como o seu palco principal, visto que o seu ponto de partida foram as discussões que se seguiram às intervenções européias no continente e à reafirmação da expansão dos interesses norte-americanos na região, movimentos estes que geravam constante inquietação quanto ao *status* jurídico que deveria ser atribuído aos estrangeiros e a seus interesses econômicos.⁵¹

⁴⁹ O movimento de assinatura de Tratados de Amizade, Comércio e Navegação teve início logo após o término da Guerra de Independência dos Estados Unidos e contou com a participação de homens como Thomas Jefferson, John Adams e Benjamin Franklin. Eles receberam poderes específicos do Congresso norte-americano para negociar estes tratados com as potências européias da época, especialmente França, Espanha, Prússia, Holanda e Inglaterra. Conforme PILCH, Gennady (Org.). *The Development and Expansion of Bilateral Investment Treaties. American Society of International Law Proceedings*, v. 96, p. 533-535, 1992.

⁵⁰ ZERBINI, Eugênia C. G. de Jesus. *O regime internacional dos investimentos – sistemas regional, multilateral, setorial e bilateral*. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 15. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses>. Acesso em: 5 mar. 2009.

⁵¹ Essa preocupação foi sinalizada por Elihu Root, então Secretário de Estado dos Estados Unidos da América, que escreveu em 1910 alertando a respeito dos grandes volumes de capital que as principais potências já detinham em outros países: “The great accumulation of capital in the money centres of the world, far in excess of the opportunities for home investment, has led to a great increase of international investment extending over the entire surface of the earth, and these investments have naturally been followed by citizens from the

Assim, no início do século XX, os países desenvolvidos chegaram ao entendimento de que deveriam ressaltar a existência de um padrão internacional mínimo de proteção que deveria ser conferido aos estrangeiros. Não existia, entretanto, uma idéia clara a respeito do conteúdo que preencheria esse conceito, como se percebe pelos termos da declaração de Elihu Root, então Secretário de Estado dos Estados Unidos da América, tida como uma demonstração da posição então adotada pelos países exportadores de capital, i.e., as grandes potências européias e os Estados Unidos:

Each country is bound to give to nationals of another country in its territory the benefit of the same laws, the same administration, the same protection, and the same redress for injury which it gives to its own citizen's, and neither more nor less: provided the protection which the country gives to its own citizens conforms to the established standard of civilization. There is a standard of justice, very simple, very fundamental, and of such general acceptance by all civilized countries as to form part of the international law of the world. A country is entitled to measure the standard of justice due an alien by the justice it accords its own citizens only when its system of law and administration conforms to this general standard. If any country's system of law and administration does not conform to that standard of justice, although the people of the country may be content or compelled to live under it, no other country can be compelled to accept it as furnishing a satisfactory measure of treatment to its citizens.⁵²

Como resposta a essa tentativa de estabelecimento de um padrão internacional mínimo de proteção, bem como a medidas adotadas pelos países exportadores de capital que eram por

investing countries prosecuting and caring for the enterprises in the other countries where their investments are made.” Tradução livre: “A grande acumulação de capital em centros financeiros do mundo, em quantia muito superior às oportunidades existentes no país onde se origina o investimento, levou ao grande aumento no volume de investimento internacional que se estende por toda a superfície do planeta, e estes investimentos foram naturalmente seguidos pelos cidadãos dos países investidores, desejosos de cuidar dos negócios erguidos nos outros países onde os investimentos foram feitos”. ROOT, Elihu. The basis of protection to citizen's residing abroad. *American Journal of International Law*, v. 4, p. 518-519, 1910.

⁵² Tradução livre: “Cada país está obrigado a garantir aos nacionais de outro país, quando em seu território, os benefícios das mesmas leis, da mesma administração, da mesma proteção e do mesmo direito de reverter um dano que garante aos seus próprios cidadãos, e não mais ou menos: desde que a proteção que o país garante aos seus próprios cidadãos esteja de acordo com o padrão estabelecido de civilização. Há um padrão de justiça, muito simples, muito fundamental, e de tal aceitação geral por todos os países civilizados, que por isso faz parte do direito internacional. Um país tem o direito de medir o padrão de justiça devido a um estrangeiro com base na justiça que ele confere aos seus próprios cidadãos apenas quando o seu sistema jurídico e a sua administração são conformes a esse padrão geral. Se o sistema jurídico ou a administração de qualquer país não é conforme a esse padrão de justiça, embora o povo desse país possa estar com ele satisfeito ou obrigado a viver sob o seu jugo, nenhum outro país pode ser obrigado a aceitar esse cenário como uma medida satisfatória do tratamento a ser conferido aos seus cidadãos.” ROOT, Elihu. The basis of protection to citizen's residing abroad. *American Journal of International Law*, v. 4, p. 518-519, 1910.

eles tidas como um ilegal uso da força,⁵³ os países latino-americanos valeram-se da doutrina Calvo, cujo nome homenageia o jurista argentino Carlos Calvo.

Contrário a tal iniciativa, e considerando que essas condutas adotadas pelos países exportadores de capital não poderiam ser referendadas por um conceito teórico e abstrato como o de um “padrão internacional mínimo de proteção” (que ainda carecia do necessário preenchimento por meio da prática estatal e da *opinio juris*), Calvo negava que os estrangeiros tivessem direitos ou privilégios especiais frente aos nacionais e defendia que as controvérsias em que os estrangeiros estivessem envolvidos fossem submetidas aos tribunais nacionais do país receptor do investimento, sendo então resolvidas em conformidade com a legislação nacional e sem a participação dos Estados estrangeiros.⁵⁴

Assim, Calvo considerava que o princípio da soberania territorial do Estado compreende: (a) o princípio da igualdade frente à lei, que vincula necessariamente nacionais e estrangeiros; (b) a sujeição dos estrangeiros e de sua propriedade às leis e à jurisdição das autoridades do Estado receptor do investimento; (c) a não-intervenção do Estado estrangeiro nas controvérsias relativas ao tratamento de seus nacionais e seus direitos de propriedade; (d) a ausência de obrigação do Estado receptor do investimento de pagar uma compensação por danos sofridos por estrangeiros em situações de força maior, como guerras ou distúrbios civis.⁵⁵

Inspirado na doutrina Calvo, o chanceler argentino Luís Maria Drago também defendeu a proibição do uso da força para a cobrança da dívida pública dos países latino-americanos quando do bloqueio de três portos venezuelanos por navios ingleses, alemães e italianos em 1903, fato este decorrente da falta de pagamento, pela Venezuela, de indenização a nacionais daqueles três países que perderam suas propriedades em território venezuelano em decorrência de movimentos revolucionários.⁵⁶ Drago sustentava não haver espaço para o

⁵³ Há relatos de que nesse período os países exportadores cobravam compulsoriamente as dívidas dos países latino-americanos, mediante o fechamento de portos e outras medidas de uso da força, como a ocupação de aduanas, o ingresso de ações judiciais para reclamação de valores manifestamente superiores àqueles efetivamente devidos pelo país receptor do investimento, e a exigência da submissão do Estado receptor à arbitragem em caso de futuros litígios. Para maiores informações, ver TEMPONE, Rubén Eduardo. *Protección de Inversiones Extranjeras*. 1 ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003, p. 20-21.

⁵⁴ Conforme JIMÉNEZ DE ARÉCHEGA, Eduardo. La protección del inversor en el Derecho Internacional. In: *Temas de Derecho Internacional: Homenaje a Frida M. Pfirter de Armas Barea*. Buenos Aires: La Fundación, 1989, p. 53-54.

⁵⁵ VIDELA, Esteban M. Ymaz. *Protección de Inversiones Extranjeras: tratados bilaterales – sus efectos en las contrataciones administrativas*. Buenos Aires: La Ley, 1999, p. 12.

⁵⁶ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. v. 1, 12 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 489-497.

emprego de forças militares nas relações entre credores e devedores, no que foi contrariado pelo presidente norte-americano Theodore Roosevelt. Segundo Roosevelt, enquanto um Estado da região contraísse dívidas e não as adimplisse, sempre caberia aos Estados Unidos, como Estado soberano, intervir para facilitar o pagamento de tais dívidas.⁵⁷

O forte conflito entre as posições norte-americana e européia, de um lado, e latino-americana, de outro, foi comprovado durante a realização da 2ª Conferência de Haia, em 1907. A delegação norte-americana na conferência, liderada por Horace Porter, suavizou os termos da proposta de Drago para uma Convenção sobre a limitação do uso da força na cobrança de dívidas contratuais. Apesar de existir consenso de que os Estados deveriam abster-se do uso da força e recorrer a meios pacíficos (como queria Drago), esse tipo de intervenção foi considerado legítimo nas hipóteses em que o Estado devedor se recusasse a submeter o litígio à arbitragem ou não cumprisse uma decisão arbitral que lhe fosse desfavorável (como queria Porter).⁵⁸

Assim, muito embora os países em desenvolvimento tenham hoje adotado uma postura bastante aberta à celebração de tratados para a proteção de investimentos estrangeiros, não se pode negar a grande importância que as lições de Calvo tiveram em seu período histórico, visto que demarcaram claramente a diferença de entendimento existente no início do século XX entre a América Latina, de um lado, como receptora de investimentos, e Europa e Estados Unidos, de outro, como exportadores de capital.

Nem mesmo o fato de a Doutrina Calvo não ser reconhecida como um princípio de direito internacional costumeiro⁵⁹ retira sua importância, pois, na feliz expressão de Stephen Schwebel, ex-Presidente da Corte Internacional de Justiça, a tese de Calvo foi uma das responsáveis por cristalizar e manter uma “divisão doutrinária fundamental” na comunidade

⁵⁷ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. v. 1, 12 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 486.

⁵⁸ ZERBINI, Eugênia C. G. de Jesus. *O regime internacional dos investimentos – sistemas regional, multilateral, setorial e bilateral*. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 17. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses>. Acesso em: 5 de mar. 2009.

⁵⁹ A posição de parte da doutrina é a de que a tese de Calvo seria uma mera construção regional e, mais do que isso, não teria qualquer validade jurídica, em virtude da “vontade dos Estados de conservarem o inteiro domínio da sua competência em matéria de proteção diplomática, enquanto expressão de sua soberania ‘pessoal’. A tese da ilicitude da cláusula Calvo apóia a ficção segundo a qual acordando a sua proteção diplomática, o Estado exerce um direito que lhe é próprio: os particulares não têm qualquer direito a renunciar a esta proteção e entrar-lhes tal competência.” DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 831. Defendendo o mesmo entendimento, STERN, Brigitte. *O contencioso dos investimentos internacionais*. Barueri: Manole, 2003, p. 31. Em sentido contrário, ressaltando que diversos tribunais internacionais já reconheceram a aceitação da Cláusula Calvo, BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 5 ed. London: Oxford University Press, 1998, p. 549.

internacional a respeito do direito que deveria regular o tratamento do investimento estrangeiro e também do conteúdo de tal direito,⁶⁰ divisão esta que foi inclusive reconhecida pela própria Suprema Corte dos Estados Unidos em 1964, muitos anos após a publicação da obra de Calvo, quando do julgamento do caso *Banco Nacional de Cuba v. Sabatino*.⁶¹

Em resposta à postura adotada pelos países latino-americanos, os países exportadores de capital apresentaram a já clássica exigência de que a indenização em caso de expropriação seja “pronta, adequada e efetiva”, como defendido em 1937 por Cordell Hull, Secretário de Estado norte-americano, quando da nacionalização, pelo México, de petrolíferas de propriedade de cidadãos norte-americanos. Em uma de suas famosas notas enviadas ao

⁶⁰ Na lição de Schwebel, “For some two hundred years, the international community was divided over what law governed the treatment of foreign investment and over the content of that law. In large and loose terms, capital-exporting countries maintained that international law, which indisputably related to the treatment of aliens, related to the treatment and taking of their property as well. The standard of that treatment could not lawfully fall below the minimum standard of international law. If the property of a foreigner was expropriated by a state, the expropriation was lawful only if it was for a public purpose, not discriminatory, and accompanied by the payment of prompt, adequate, and effective compensation. Capital-importing countries tended to have another perspective. The foreign investor was governed by the law of the host state and the remedies afforded by that law alone; he was entitled to no more than national treatment, the treatment accorded by the host state to the investments of its own nationals.” Tradução livre: “Por cerca de duzentos anos, a comunidade internacional esteve dividida quanto ao entendimento do direito que regulava o tratamento do investimento estrangeiro e quanto ao conteúdo desse direito. Em termos bastante gerais, os países exportadores de capital mantinham a visão de que o direito internacional, que indiscutivelmente lidava com o tratamento do estrangeiro, também lidava com o tratamento e a expropriação de sua propriedade. O padrão daquele tratamento não poderia estar legalmente abaixo do padrão mínimo do direito internacional. Se a propriedade de um estrangeiro era expropriada por um Estado, a expropriação era legal apenas se fosse efetivada para uma finalidade pública, não discriminatória, e acompanhada do pagamento de compensação pronta, adequada e efetiva. Os países importadores de capital tendiam a ter uma outra perspectiva. O investidor estrangeiro era regulado pelo direito interno do país receptor de seu investimento, e os instrumentos jurídicos que tinha à sua disposição eram aqueles disponibilizados por esse sistema jurídico; o investidor tinha direito apenas ao tratamento nacionais, ou seja, o tratamento conferido pelo Estado receptor aos investimentos de seus próprios nacionais.” SCHWEBEL, Stephen. *The influence of bilateral investment treaties on customary international law. American Society of International Law Proceedings*, v. 98, p. 27, 2004.

⁶¹ Assim se pronunciou a Suprema Corte norte-americana ao invocar a teoria do ato de Estado para justificar sua decisão de não se pronunciar a respeito da expropriação de propriedade de indivíduos norte-americanos em Cuba: “There are few if any issues in international law today on which opinion seems to be so divided as the limitations on a state’s power to expropriate the property of aliens. (...) The disagreement as to relevant international law standards reflects an even more basic divergence between the national interests of capital importing and capital exporting nations and between the social ideologies of those countries that favor state control of a considerable portion of the means of production and those that adhere to a free enterprise system.” Tradução livre: “Existem poucas questões no direito internacional nos dias de hoje sobre as quais as opiniões parecem ser tão divididas quanto na questão das limitações do poder de um Estado para fins de expropriação da propriedade de estrangeiros. (...) A divergência quanto aos padrões de direito internacional que são relevantes reflete uma divergência ainda mais básica entre os interesses nacionais dos países importadores de capital e dos países exportadores de capital, e também entre as ideologias sociais daqueles países que favorecem o controle estatal de considerável parte dos meios de produção e as ideologias daqueles países que aderem ao sistema de livre iniciativa.” Para a leitura do caso e obtenção de maiores detalhes a respeito do entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos no que diz respeito à teoria do ato de Estado, veja-se WEINTRAUB, Russell J. *International Litigation and Arbitration*. Durham: Carolina Academic Press, 2003, p. 285-306.

Ministro de Relações Exteriores do México a respeito do assunto, Hull formulou aquela que seria posteriormente conhecida como a “Fórmula Hull”:

*The Government of the United States merely adverts to a self-evident fact when it notes that the applicable precedents and recognized authorities on international law support its declaration that, under every rule of law and equity, no government is entitled to expropriate private property, for whatever purpose, without provision for prompt, adequate, and effective payment therefore.*⁶²

Muito embora o Ministro de Relações Exteriores mexicano tenha enviado uma resposta à nota de Hull afirmando que o seu governo considerava não haver no direito internacional daquela época uma regra universalmente aceita que tornasse obrigatório o pagamento de compensação por expropriação⁶³, alguns doutrinadores⁶⁴ chegam a afirmar que a Fórmula Hull foi reconhecida à época como uma regra cristalizada de direito internacional costumeiro.⁶⁵ O entendimento majoritário, entretanto, é o de que a expressa contrariedade dos países latino-americanos e da Europa Oriental ao princípio apresentado por Hull impede o reconhecimento de sua aceitação,⁶⁶ visto que ele era interpretado por aqueles países como uma limitação irrestrita de sua soberania.

⁶² Tradução livre: “O Governo dos Estados Unidos meramente adverte para um fato evidente quando afirma que os precedentes aplicáveis e autoridades reconhecidas no âmbito do direito internacional apóiam sua afirmação de que, de acordo com os princípios do *rule of law* e da equidade, nenhum governo tem o direito de expropriar a propriedade privada seja qual for sua motivação, sem que antes se comprometa a pagar indenização pronta, adequada e efetiva.” Conforme HACKWORTH, Green. *Digest of International Law*. Parágrafo 228. Washington, DC: Government Printing Office, 1942, p. 658-659.

⁶³ O texto da nota dizia, no original: “my government maintains (...) that there is in international law no rule universally accepted in theory nor carried out in practice, which makes obligatory the payment of immediate compensation not even of deferred compensation, for expropriations of a general and impersonal character” Tradução livre: “Meu governo sustenta (...) que não há no direito internacional uma regra aceita na teoria ou levada a efeito pela prática que torne obrigatório o pagamento de compensação imediata, nem mesmo *a posteriori*, para expropriações de caráter impessoal e geral.” HACKWORTH, Green. *Digest of International Law*. Parágrafo 228. Washington, DC: Government Printing Office, 1942, p. 657.

⁶⁴ GUZMAN, Andrew T. Why LDCS Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties, *Virginia Journal of International Law*, v. 38, p. 644, 1998.

⁶⁵ Lembre-se, por oportuno, que a cristalização de uma regra de direito internacional costumeiro requer a presença de dois elementos: (a) a prática geral da comunidade de Estados, conhecida como “prática estatal”; (b) a adesão dos Estados a tal regra no sentimento de que tal adesão é legalmente requerida e necessária (a chamada *opinio juris*). Para uma análise profunda a respeito do costume internacional, veja-se a obra de HIGGINS, Rosalyn. *Problems & Process: International Law and how we use it*. London: Oxford University Press, 2003, p. 18-22.

⁶⁶ Ao tratar do princípio da indenização “pronta, adequada e efetiva”, Elihu Lauterpacht esclarece: “I have mentioned that it was the view expressed in 1937 by the United States. It was recalled by Britain in 1951. I have mentioned, too, the strong criticism of the standard by, in particular, the Eastern European States. They argued, in the context of extensive post-war socialization, that if the standard of prompt, adequate and

Assim, pode-se afirmar, ao final desse segundo período histórico, que (a) o posicionamento europeu e norte-americano a respeito do tema da proteção da propriedade estrangeira sofria seu primeiro grande questionamento com a doutrina Calvo; (b) não era possível definir com clareza, em virtude da forte oposição existente entre países exportadores e importadores de capital, quais eram os princípios de direito internacional que então regulavam a proteção e a promoção do investimento estrangeiro.

2.3.3 Terceira fase da regulamentação do investimento estrangeiro (final da Segunda Guerra Mundial até o início da década de noventa)

Esta fase se inicia com o final da Segunda Guerra Mundial e perdura até os primeiros anos da década de 90. Inicialmente, este período é marcado pelo fortalecimento dos questionamentos surgidos na segunda fase, bem como por uma universalização do espírito de rejeição aos princípios básicos de regulamentação do investimento estrangeiro propostos pelas grandes potenciais, especialmente em virtude do surgimento de novos Estados oriundos do processo de descolonização.⁶⁷

Curiosamente, entretanto, as últimas décadas da terceira fase trouxeram também uma mudança acentuada de postura dos países em desenvolvimento no que diz respeito ao tratamento do tema. Apesar de se manterem contrários às propostas dos países desenvolvidos em suas negociações multilaterais, boa parte dos países em desenvolvimento passaram a firmar isoladamente os chamados “Tratados Bilaterais de Investimento” (doravante “TBI”)⁶⁸

effective compensation were to be insisted upon, this would involve a far-reaching limitation upon the sovereignty of States. It was, they argued, inherent in the sovereignty of States that they should be able to regulate and control – en to the point of nationalization – the use and ownership of property within their territories.” Tradução livre: “Eu mencionei que esta era a visão adotada em 1937 pelos Estados Unidos. Ela foi novamente adotada pela Inglaterra em 1951. Eu referi, também, a forte crítica sofrida por essa regra, especialmente pelos países da Europa Oriental. Eles argumentavam, no contexto do socialismo pós-guerra, que se houvesse insistência quanto à aplicação da regra de compensação pronta, adequada e efetiva, isto implicaria em uma limitação excessiva da soberania dos Estados. Era, eles argumentavam, inerente à soberania dos Estados a possibilidade de regular e controlar – inclusive por meio de medidas de nacionalização – o uso e a titularidade da propriedade dentro de seus territórios.” LAUTERPACHT, Elihu. *International Law and private foreign investment*. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 4, p. 263-264, 1997.

⁶⁷ NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties*. Londres: Kluwer Law International, 2009, p. 18.

⁶⁸ Os tratados bilaterais de investimento são conhecidos mundialmente pela expressão em inglês *bilateral investment treaties* (BIT) e, na América Latina, pela expressão em espanhol *tratados bilaterales de inversión*.

para financiar parte de seu crescimento econômico, tratados estes que trariam mudanças drásticas para o direito internacional da proteção ao investimento estrangeiro direto.

Durante os anos 50 e 60, os países em desenvolvimento seguiram adotando um posicionamento em defesa da soberania de cada Estado sobre os seus assuntos internos, inclusive no que tange à sua política de proteção aos estrangeiros, seus bens e direitos. O principal caminho buscado por esses países para dar força a suas posições foi a Assembléia Geral das Nações Unidas, onde, a partir de 1952, aprovaram uma série de resoluções que tinham como seu objeto principal os seguintes temas: (a) o reconhecimento da soberania do Estado sobre seus recursos naturais e a consequente ausência de limitações ao poder estatal quando da realização de uma expropriação não discriminatória para fins de utilidade pública; (b) a defesa da utilização do próprio aparato judicial do país importador do capital para fins de julgamento de eventual demanda do investidor estrangeiro contra uma medida de expropriação de sua propriedade.⁶⁹

Uma das resoluções mais importantes nesse sentido foi a Resolução 1803⁷⁰, aprovada junto à Assembléia Geral em 1962 e que tratava do tema da soberania permanente do Estado sobre seus recursos naturais. Muito embora o documento tenha sido aprovado por ampla maioria⁷¹ e tenha reconhecido o direito de soberania permanente dos povos e das nações sobre suas riquezas e seus recursos naturais, ele não trazia um critério definitivo para o pagamento das indenizações devidas aos estrangeiros em casos de expropriação; ao invés disso, apenas referia que eventual expropriação deveria ser acompanhada de uma “compensação apropriada”.⁷²

A utilização da referida expressão no texto da resolução gerou grande discordância na comunidade internacional. De um lado, os países desenvolvidos sustentavam que seu uso

⁶⁹ Para maiores informações sobre tais resoluções, veja-se, exemplificativamente: TEMPONE, Rubén Eduardo. *Protección de Inversiones Extranjeras*. 1 ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003, p. 24.

⁷⁰ UNITED NATIONS. Resolution on Permanent Sovereignty over Natural Resources (Resolution 1803). *International Legal Materials*, v. 2, p. 223, 1963.

⁷¹ Somente a África do Sul e a França votaram contra o texto dessa resolução, sendo que outros doze países (especialmente oriundos do bloco comunista) se abstiveram.

⁷² O parágrafo quarto da Resolução 1803 assim dispunha: “Nationalization, expropriation or requisitioning shall be based on grounds or reasons of public utility or the national interest which are recognized as overriding purely individual or private interests, both domestic and foreign. In such cases, the owner shall be paid appropriate compensation, in accordance with the rules in force in the State taking such measures in the exercise of its sovereignty and with accordance with international law.” Tradução livre: “Atos de nacionalização, expropriação ou requisição deverão ser baseados em motivos de utilidade pública ou de interesse nacional, que são reconhecidos como superiores a interesses meramente individuais ou privados, tanto de nacionais como de estrangeiros. Em tais casos, ao proprietário deverá ser paga uma compensação apropriada, de acordo com as regras em vigor no país que adota tais medidas no exercício de sua soberania e de acordo com o direito internacional.”

equivaleria ao reconhecimento da antiga fórmula prescrita por Cordell Hull (pagamento de indenização “pronta, adequada e efetiva”). Em defesa dessa posição, o então representante do Departamento de Estado norte-americano, Stephen Schwebel, argumentava que a expressão “apropriada” tinha exatamente o mesmo sentido da expressão “adequada”. Em sentido contrário, os países em desenvolvimento consideravam a interpretação dos países desenvolvidos equivocada e negavam que a Fórmula Hull tivesse sido reconhecida como uma regra de direito internacional costumeiro.⁷³

Frente a tal impasse, os países em desenvolvimento apoiaram a retomada do tema pela Assembléia Geral em 1973 com a aprovação de uma nova resolução acerca da soberania permanente do Estado sobre seus recursos naturais (Resolução 3171)⁷⁴, pela qual buscou-se esclarecer o significado da expressão “compensação adequada”. A resolução assim estabelecia:

*The application of the principle of nationalization carried out by States, as an expression of their sovereignty in order to safeguard their natural resources, implies that each State is entitled to determine the amount of possible compensation and the mode of payment, and that any dispute which might arise should be settled in accordance with the national legislation of each State carrying out such measures.*⁷⁵

Apesar do texto dessa resolução ser claro no sentido de que qualquer discussão relativa à indenização a ser paga ao investidor deveria estar de acordo com critérios estabelecidos no direito interno do país importador do capital - o que, ao menos em tese, dava sinais de que o direito internacional costumeiro apontava em tal sentido⁷⁶ - e que a Fórmula

⁷³ Para maiores informações a respeito da discussão sobre o conteúdo da expressão “indenização adequada”, veja-se SCHWEBEL, Stephen. The influence of bilateral investment treaties on customary international law. *American Society of International Law Proceedings*, v. 98, p. 27-30, 2004.

⁷⁴ UNITED NATIONS. Resolution on Permanent Sovereignty over Natural Resources (Resolution 3171). *International Legal Materials*, v. 13, p. 239, 1973.

⁷⁵ Tradução livre: “A utilização, pelos Estados, do princípio da nacionalização como uma expressão de sua soberania no intuito de resguardar seus recursos naturais implica que cada Estado tem o direito de determinar o montante possível a ser pago como compensação e o seu modo de pagamento, bem como que qualquer disputa que possa surgir deva ser resolvida de acordo com a legislação interna do Estado que tome tais medidas.”

⁷⁶ Muito embora as resoluções da Assembléia Geral não sejam vinculantes, não restam dúvidas de que elas são reconhecidas ao menos como evidência da prática dos Estados e de *opinio juris*. Ao tratar dos efeitos decorrentes de resoluções da Assembléia Geral, a Corte Internacional de Justiça já teve a oportunidade de se manifestar na *Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* no seguinte sentido: “They can, in certain circumstances, provide evidence important for establishing the existence of a rule or the emergence of an *opinio juris*. To establish whether this is true of a given General Assembly resolution, it is

Hull havia sido descartada,⁷⁷ dezesseis abstenções de países desenvolvidos levaram Rudolph Dolzer a afirmar que o direito internacional de proteção ao investimento estrangeiro permanecia “obscuro em seus aspectos mais básicos” à época.⁷⁸

Reforçando esse seu forte posicionamento, os países em desenvolvimento levaram à votação, em 1974, a Resolução 3201, tida como o documento que deu início ao movimento da “Nova Ordem Econômica Internacional”,⁷⁹ e também a Resolução 3281, denominada “Carta de Direitos e Deveres Econômicos e Sociais”.⁸⁰ Essa última resolução ratificou o esforço dos países em desenvolvimento de apresentar de modo firme sua posição a respeito do tema dos investimentos estrangeiros nas últimas décadas e, em especial, reforçou o entendimento de que qualquer discussão relativa a eventual compensação devida em caso de expropriação da

necessary to look at its content and the conditions of its adoption; it is also necessary to see whether an *opinio juris* exists as to its normative character. Or a series of resolutions may show the gradual evolution of the *opinio juris* required for the establishment of a new rule.” Tradução livre: “Elas podem, em certas circunstâncias, fornecer importantes evidências para o reconhecimento da existência de uma regra ou da emergência da *opinio juris*. Para verificar-se se isso é verdadeiro no que diz respeito a uma resolução específica da Assembleia Geral, é necessário analisar seu conteúdo e as condições de sua aprovação; também é necessário ver se existe *opinio juris* em seu caráter normativo. Ou uma série de resoluções pode mostrar a evolução gradual da *opinio juris* necessária para o estabelecimento de uma nova regra”. Para uma interessante análise a respeito do assunto, em especial no que toca a essa decisão da Corte Internacional de Justiça, ver CLARK, Roger S. Treaty and Custom. In: CHAZOURNES, Laurence Boisson de; SANDS, Philippe (Org.). *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 171-180.

⁷⁷ De acordo com Oscar Schachter, “The ‘prompt, adequate and effective’ formula has not won general acceptance in cases or state practice”. Tradução livre: “A fórmula ‘pronta, adequada e efetiva’ não recebeu aceitação geral da prática estatal e das decisões judiciais.” SCHACHTER, Oscar. Compensation for expropriation. *American Journal of International Law*, v. 78, p. 123, 1984.

⁷⁸ DOLZER, Rudolf. New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property. *American Journal of International Law*, v. 75, p. 553, 1981. No original: “The present state of customary international law regarding expropriation of alien property has remained obscure in its basic aspects”.

⁷⁹ Em um de seus parágrafos, a resolução dispunha que cada Estado tem direito a exercer: “Full permanent sovereignty over its natural resources and all economic activities (...). Each State is entitled to exercise effective control over them and their exploitation with means suitable to its own situation, including the right to nationalization or transfer of ownership to its nationals. No State may be subjected to economic, political or any other type of coercion to prevent the free and full exercise of this inalienable right.” Tradução livre: “Soberania permanente e completa sobre seus recursos naturais e todas atividades econômicas (...). Cada Estado tem o direito de exercer o controle efetivo sobre seus recursos naturais e explorá-los com os meios a ele disponíveis, incluindo-se aí o direito a nacionalização ou transferência da propriedade para seus nacionais. Nenhum Estado pode ser submetido a coerções econômicas, políticas ou de qualquer outro tipo no intuito de evitar o exercício livre e completo desse direito inalienável.” Disponível em www.un.org. Acesso em 5 mar. 2009.

⁸⁰ Para uma comparação entre as resoluções 1803, de 1962, e 3281, de 1974, veja-se o livro de STERN, Brigitte. *O contencioso dos investimentos internacionais*. Barueri: Manole, 2003, p. 24-26. Sobre a Nova Ordem Econômica Internacional, ver também RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Orgs.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 466-468.

propriedade de um estrangeiro deveria ser resolvida perante as cortes do país que deu origem ao ato expropriatório.⁸¹

Por tudo isso, não há dúvidas de que o esforço político em bloco dos países em desenvolvimento junto à Assembléia Geral durante quase duas décadas demonstrava existir um entendimento comum entre a maior parte dos países que então compunham a comunidade internacional no intuito de rechaçar as alegações de que existiriam regras cristalizadas de direito internacional costumeiro que limitavam o exercício da soberania dos estados quando da expropriação da propriedade de um estrangeiro. Sem dúvida, o surgimento de novas nações recém saídas do período colonial e o fortalecimento das discussões perante fóruns internacionais, especialmente as Nações Unidas, serviram como propulsores para o aumento da tensão ideológica existente entre o Norte e Sul.⁸²

É interessante notar, contudo, que o esforço multilateral dos países em desenvolvimento surtiu pouco efeito prático, especialmente em virtude de uma postura contraditória por eles adotada no âmbito das negociações bilaterais. Apesar de manterem-se contrários às propostas dos países desenvolvidos em suas negociações multilaterais, alguns países em desenvolvimento passaram a firmar isoladamente os chamados “Tratados Bilaterais de Investimento” (doravante “TBI”)⁸³, instrumentos que trariam mudanças drásticas para o direito internacional da proteção ao investimento estrangeiro direto.

As mudanças drásticas se justificariam exatamente pela natureza dos TBIs: acordos que estabelecem regras entre dois países no que diz respeito à relação econômica e jurídica entre um investidor privado, nacional de um dos países signatários, e o governo do país

⁸¹ Em seu parágrafo 2 (2) (c), a Resolução 3281 dispunha, no original: “To nationalize, expropriate or transfer ownership of foreign property, in which case appropriate compensation should be paid by the State adopting such measures, taking into account its relevant laws and regulations and all circumstances that the State considers pertinent. In any case where the question of compensation gives rise to a controversy, it shall be settled under the domestic law of the nationalizing State and its tribunals, unless it is freely and mutually agreed by all States concerned that other peaceful means be sought on the basis of the sovereign equality of States and in accordance with the principle of free choice of means.” Disponível em www.un.org. Acesso em: 5 de mar. 2009.

⁸² Outro não era o entendimento de Luiz Olavo Baptista, que afirma: “A grande contradição, a dimensão maior do conflito hoje existente entre as nações é o Norte-Sul. Este se desenrola entre os fartos e os despossuídos. Há quem não queira ver essa realidade (e outras) e procure regionalizar ou bipolarizar as relações internacionais. Admitida que fosse a divisão do mundo em duas esferas de poder, Este e Oeste, no seio de cada uma delas as manifestações, por vezes agudas e críticas de conflito Norte-Sul, estão presentes.” BAPTISTA, Luiz Olavo. A Nova Ordem Econômica Internacional: uma reflexão sobre suas origens e reflexos na ordem jurídica. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 55, p. 91, 1984.

⁸³ Os tratados bilaterais de investimento são conhecidos mundialmente pela expressão em inglês *bilateral investment treaties* (BIT) e, na América Latina, pela expressão em espanhol *tratados bilaterales de inversión*.

receptor do investimento.⁸⁴ Afinal, “o pressuposto básico dos tratados internacionais de investimento é assegurar um ambiente propício ao investidor estrangeiro, com sistemáticas bem definidas de entrada e saída de recursos financeiros, direitos de propriedade assegurados e a resolução de controvérsias em foro outro que não aqueles colocados à disposição domesticamente por parte do Estado receptor do investimento.”⁸⁵ Por outro lado, a ratificação dos TBIs por parte dos países em desenvolvimento era explicada pela sua necessidade premente de capitais para financiar parte de seu crescimento econômico.⁸⁶

O primeiro TBI foi assinado entre Alemanha e Paquistão em 1959, quinze anos antes de a Assembléia Geral das Nações Unidas proclamar o início de uma nova ordem econômica internacional.⁸⁷ Ou seja: o movimento de assinatura de TBIs por parte de alguns países em desenvolvimento já ocorria antes mesmo da fase mais aguda do conflito Norte-Sul perante as Nações Unidas.

Antes do final da década de setenta, contudo, poucos eram os países desenvolvidos que tinham uma política efetiva de assinatura de TBIs, tanto que, em 1979, o número de tratados em vigor era de aproximadamente cem, um número bastante pequeno.⁸⁸ Dois fatos ocorridos no final daquela década fizeram com que a política de assinatura de TBIs ganhasse fôlego: (a) a crise econômica vivida durante a década, resultante do aumento dos preços do petróleo, fez com que houvesse uma diminuição nos níveis de investimento externo nos países em desenvolvimento, o que lhes obrigou a buscar fontes alternativas para o crescimento de suas economias⁸⁹; (b) a mudança de postura dos Estados Unidos quanto ao tema.

⁸⁴ NATHAN, K. V. S. *ICSID Convention – The law of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*. New York: Yonkers, 2000, p. 119.

⁸⁵ GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano Drummond C. As arbitragens internacionais relacionadas a investimentos: a Convenção de Washington, o ICSID e a posição do Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 7, p. 56, out.-dez. 2005. Com o mesmo entendimento, YACKEE, Jason Webb. Do we really need BITs? Toward a return to contract in international investment law. In: *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, v. 3, p. 128-130, 2008.

⁸⁶ Argumentando que o início do movimento de assinatura de TBIs por parte de países em desenvolvimento se deu em virtude da necessidade de capital, SHIHATA, Ibrahim. Promotion of Foreign Direct Investment – A General Account, with Particular Reference to the Role of the World Bank Group. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, v. 6, p. 484 - 486, 1991.

⁸⁷ VON MEHREN, George; SALOMON, Claudia; PAROUTSAS, Aspasia. Navigating through Investor-State Arbitrations – An Overview of Bilateral Investment Treaty Claims. *APR Dispute Resolution Journal*, v. 59, p. 69-70, 2004.

⁸⁸ Historicamente, foram os países europeus que iniciaram o processo de negociação de uma rede de TBIs. Até o final da década de setenta, os países que mais buscaram a conclusão de TBIs foram, além da Alemanha, Suíça, Holanda, Itália, Suécia, Dinamarca, Noruega, França, Reino Unido, Áustria e Japão.

⁸⁹ CREMADES, Bernardo. Disputes Arising out of Foreign Direct Investment in Latin America: a New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues. *Dispute Resolution Journal*, v. 59, p. 78-81, 2004.

De fato, até 1977, os Estados Unidos mantiveram sua política de assinar Tratados de Amizade, Comércio e Cooperação, os quais tratavam apenas lateralmente do tema da proteção ao investimento estrangeiro. Percebendo o crescimento do movimento de assinatura de TBIs por parte dos países europeus a partir da década de sessenta, os Estados Unidos criaram um programa de desenvolvimento de TBIs cujo principal objetivo, do ponto de vista jurídico, era a construção de uma rede de tratados que considerasse ilegal a expropriação do investimento estrangeiro, a não ser que esta fosse acompanhada de compensação pronta, adequada e efetiva (ou seja, nada mais do que um reconhecimento da validade da Fórmula Hull).⁹⁰

O fundamento econômico dessa política, por sua vez, consistia em garantir uma maior promoção aos investimentos no exterior, implementando-se uma filosofia mais favorável ao movimento de internacionalização das regras que regulamentam o investimento estrangeiro.⁹¹ Por fim, o objetivo político era evitar o envolvimento do governo norte-americano em disputas que tinham por objetivo a proteção de bens de particulares, desde que isso não significasse um enfraquecimento das ferramentas disponíveis aos seus cidadãos no caso de eventual disputa com governos estrangeiros.⁹²

Apesar do maior interesse dos países desenvolvidos na assinatura de TBIs, ao final da década de oitenta esse movimento ainda se mostrava incipiente, tanto que naquela década foram assinados cento e noventa e quatro TBIs, a maioria deles entre um país desenvolvido e outro em desenvolvimento.⁹³ Não foi antes da década de noventa que a política de adoção irrestrita de TBIs veio a se confirmar, fato ocorrido especialmente em virtude da adesão quase

⁹⁰ Outros motivos importantes que também teriam inspirado a criação de um programa de desenvolvimento de um modelo de TBI por parte dos Estados Unidos seriam: (a) as resoluções aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 1963 a 1974, (b) o interesse do governo norte-americano de não mais se envolver politicamente em disputas envolvendo seus investidores, sem que para tanto houvesse uma diminuição na efetividade dos recursos à disposição desses investidores para a defesa de seus interesses; (c) a expropriação de ativos de investidores norte-americanos no Brasil e em Cuba na década de sessenta. PILCH, Gennady (Org.). *The Development and Expansion of Bilateral Investment Treaties. American Society of International Law Proceedings*, v. 86, p. 534-536, 1992. Ainda, para uma análise da posição da doutrina a respeito dos TBIs na década de oitenta, ver, a título exemplificativo: BERGMAN, M. *Bilateral investment treaties: an examination of the evolution and significance of the US prototype treaty. NYU Journal of International Law and Politics*, v. 16, p. 1, 1983; VANDEVELDE, Kenneth J. *The bilateral investment treaty program of the United States. Cornell International Law Journal*, v. 21, p. 201-203, 1988.

⁹¹ PILCH, Gennady (Org.). *The Development and Expansion of Bilateral Investment Treaties. American Society of International Law Proceedings*, v. 86, p. 534-536, 1992.

⁹² Percebe-se, portanto, que o modelo de TBIs adotado pelos Estados Unidos buscava, e ainda busca, a proteção e a promoção dos investimentos, visando a sua liberalização. O modelo adotado pelos países europeus, por sua vez, adota um perfil mais restrito, na medida em que foca exclusivamente na proteção dos investimentos. Conforme UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *South-South Cooperation in International Investment Arrangements*. New York: United Nations Publication, 2005, p. 31.

⁹³ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Bilateral investment treaties: 1959-1999*. Disponível em www.unctad.org. Acesso em 5 mar. 2009.

irrestrita da vasta maioria dos países em desenvolvimento aos dogmas da política econômica liberal.⁹⁴ Na América Latina, além da adoção de postulados econômicos neoliberais⁹⁵ e da necessidade de obtenção de investimentos externos para o desenvolvimento das economias nacionais, também pesou para o aumento no número de assinaturas de TBIs o estabelecimento de um ambiente mais favorável à arbitragem na região a partir da década de noventa.⁹⁶

Além disso, a grande necessidade de capitais enfrentada pelos países em desenvolvimento fez com que seus governantes passassem a considerar a assinatura de TBIs como uma espécie de diferencial competitivo a oferecer a um investidor em dúvida sobre onde investir seu capital, e poucos foram os países em desenvolvimento que terminaram por não ratificar ao menos um TBI com um país desenvolvido.⁹⁷

A falta de capacidade de investimento das empresas oriundas de países em desenvolvimento fazia com que os governos não analisassem os TBIs pela perspectiva de um país exportador de capital desejoso de proteger seus nacionais no exterior, mas tão-somente

⁹⁴ Ao final da década de 90, 1857 BITs haviam sido concluídos. Conforme UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Bilateral investment treaties: 1959-1999*. Disponível em www.unctad.org. Acesso em 5 mar. 2009.

⁹⁵ Como ressalta Nigel Blackaby, “a lo largo de toda la región, los Estados han reconocido la necesidad de evolucionar en lo que respecta a la protección ofrecida a los inversionistas como un aliciente para atraer la inversión. Ahora que los gobiernos democráticos se han restablecido como la norma en el continente, son varios los países que, desde principios de los 90, han adoptado un modelo de economía de mercado que supone la privatización de diversos sectores y el libre acceso de la inversión extranjera. Para atraer esa inversión, la región necesita ofrecer un marco jurídico seguro y estable. Un planteamiento estricto de la doctrina Calvo simplemente haría que los potenciales inversionistas se dirigieran a otros mercados.” BLACKABY, Nigel. América Latina y el arbitraje: se malinterpretó a Carlos Calvo? *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 4, p. 119, jan.-mar. 2005.

⁹⁶ Bernardo Cremades destaca a importância que os países latino-americanos vêm conferindo ao princípio da autonomia da vontade: “Party autonomy in dispute resolution has been enhanced by Latin American countries’ increasing participation in international arbitration. In addition, the conclusion of a great number of Bilateral Investment Treaties (BITs) by Latin American States promoted arbitration as a valid alternative method of dispute resolution. The Calvo Doctrine, traditionally accepted in the region, has been superseded by a more pro-arbitration environment, further enhanced by the influence or adoption of the Uncitral Model Arbitration Law.” Tradução livre: “A autonomia das partes na resolução de disputas tem sido realçada pela crescente participação dos países latino-americanos no âmbito da arbitragem internacional. Ademais, a conclusão de um grande número de Tratados Bilaterais de Investimento (TBIs) pelos países latino-americanos promoveu a arbitragem como um método alternativo de resolução de disputa. A Doutrina Calvo, tradicionalmente aceita na região, foi superada por um ambiente mais pró-arbitragem, realçado ainda pela influência ou adoção da Lei Modelo de Arbitragem da UNCITRAL.” CREMADES, Bernardo M. Latin American courts and international arbitration. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 3, p. 21, set.-dez. 2004.

⁹⁷ O Brasil é exemplo de um país em desenvolvimento que não ratificou TBIs (apesar de ter assinado alguns deles durante a década de noventa). Apesar disso, o Brasil tem sido capaz de atrair uma enorme soma de investimentos estrangeiros na última década.

com o intuito de garantir a tão desejada (pelos investidores) proteção ao investimento estrangeiro em seu território.⁹⁸

Os dados econômicos do período comprovavam que, de fato, havia poucos motivos para os governos dos países em desenvolvimento preocuparem-se com seus investidores no exterior. De acordo com a UNCTAD, setenta países em desenvolvimento tinham investimentos no exterior em 1980, mas todos em quantia inferior a um bilhão de dólares.⁹⁹ Ademais, os investimentos estrangeiros diretos efetuados pelos países desenvolvidos, no período entre 1978 e 1998, representavam noventa e sete por cento de todo o fluxo internacional de investimentos diretos.¹⁰⁰

Foi nesse cenário que os TBIs ganharam enorme importância, tanto que hoje existem mais de 2800 deles em vigor¹⁰¹ em todo mundo, em uma demonstração de que os países em desenvolvimento efetivamente aderiram a esse movimento.¹⁰² Ademais, é interessante notar que, em sua grande maioria, esses tratados possuem uma redação similar, tanto que uma das características básicas desses instrumentos é a uniformidade, especialmente em virtude da adoção de “redações-modelo” por parte de alguns países desenvolvidos.¹⁰³

Conforme será abordado com maior detalhamento na Seção 3, a assinatura de um TBI com base no texto proposto pelos países desenvolvidos significa, por exemplo: reconhecer a existência de *standards* gerais de proteção ao investimento estrangeiro, que, embora sejam de difícil conceituação, são desvinculados das regras de direito interno do país receptor e, por óbvio, podem resultar em uma proteção superior àquela que seria conferida de acordo com os critérios de proteção estabelecidos na legislação interna; submeter o Estado receptor do

⁹⁸ Nesse sentido, por todos, CONGYAN, Cai. Change of the structure of international investment and the development countries' BIT Practice – towards a third way of BIT Practice. *Journal of World Investment & Trade*, v. 8, n. 6, p. 831, 2007.

⁹⁹ Conforme SAUVANT, Karl P. New Sources of FDI: The BRICs Outward FDI from Brazil, Russia, India and China. *Journal of World Investment & Trade*, vol. 6, n. 5, p. 684, 2005.

¹⁰⁰ De acordo com UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2006*. New York: United Nations Publication, 2007, p. 7.

¹⁰¹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *International Investment Rulemaking*, 2007. Geneva, 2007, p. 3. Disponível em http://www.unctad.ch/en/docs/c2em21d2_en.pdf. Acesso em 5 mar. 2009.

¹⁰² A postura de assinatura contínua de TBIs pelo mundo é definida por Jason Yackee como uma verdadeira *investment treaty mania*. YACKEE, Jason Webb. Do we really need BITs? Toward a return to contract in international investment law. In: *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, v. 3, p. 122, 2008.

¹⁰³ Os Estados Unidos são um dos países que possui um dos modelos de TBI mais conhecidos no mundo. A última revisão do modelo de TBI norte-americano ocorreu em 2004. Para maiores detalhes a respeito das origens do modelo adotado por esse país, veja-se GUDGEON, K. Scott. United States Bilateral Investment Treaties: comments on their origin, purposes, and general treatment standards. *International Tax and Business Lawyer*, v. 4, p. 105-135, 1986.

investimento à arbitragem internacional em caso de litígio quanto à interpretação do tratado; adotar a regra de compensação “pronta, apropriada e efetiva” em caso de nacionalização do investimento estrangeiro.

A relevância dos TBIs é tamanha hoje em dia que muito se discute se a existência de um elevado número de tratados contendo basicamente as mesmas disposições nucleares teria alterado até mesmo as regras de direito internacional costumeiro para proteção do investimento estrangeiro, para nelas incluir os mais importantes princípios e regras contidos em tais tratados.¹⁰⁴ Por vias tortas, portanto, os países desenvolvidos teriam finalmente alcançado seu objetivo: o estabelecimento de regras de direito internacional claramente favoráveis ao investidor estrangeiro frente ao Estado receptor do capital.

Contudo, de nada bastariam regras substantivas de direito internacional em favor do investidor estrangeiro se não houvesse um procedimento que lhes permitisse dar efetividade a esses direitos. Assim, e como complemento à sua política, os países desenvolvidos defenderam a criação de uma instituição que reconhecidamente tivesse competência específica para tratar de questões envolvendo investimentos internacionais e, portanto, pudesse zelar pela interpretação e aplicação das normas oriundas de tais tratados e garantir que os países em desenvolvimento não retomassem sua antiga postura de submissão de eventuais disputas às cortes locais.

Por isso, em 1965 (ou seja, alguns anos após a assinatura do primeiro TBI entre Alemanha e Paquistão) foi criado, sob os auspícios do Banco Mundial, o Centro Internacional para Resolução de Disputas relativas a Investimentos (doravante denominado “CIRDI”),¹⁰⁵ uma organização criada por meio da “Convenção para a Resolução de Disputas relativas a

¹⁰⁴ No original: “customary international law governing the treatment of foreign investment has been reshaped to embody the principles of law found in more than two thousand concordant bilateral treaties”. Tradução livre: “o direito internacional costumeiro que regula o tratamento do investimento estrangeiro foi modificado para incorporar os princípios encontrados em mais de dois mil tratados bilaterais.” SCHWEBEL, Stephen M. *The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law. American Society of International Law Proceedings*, v. 98, p. 27, 2004. No mesmo sentido: SALACUSE, J.; SULLIVAN, N. Do BITs really work: an evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain. *Harvard Journal of International Law*, v. 46, p. 67-130, 2005; MANN, F.A. British treaties for the promotion and protection of Investment. *British Yearbook of International Law*, v. 52, p. 241, 1981. Em sentido contrário, defendendo que não é possível reconhecer-se o surgimento de uma regra de direito costumeiro em virtude da contínua objeção de grande parte dos países desenvolvidos, inclusive durante as primeiras décadas de desenvolvimento do movimento de assinatura de TBIs: SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 205.

¹⁰⁵ O CIRDI é uma organização internacional autônoma, mas possui fortes vínculos com o Banco Mundial. Os seus membros são geralmente afiliados ao Banco Mundial, mas outros Estados podem participar do Centro caso façam parte do Estatuto da Corte Internacional de Justiça e o Conselho Administrativo do CIRDI os convide a assinar a Convenção. Em outubro de 2008, 155 Estados haviam assinado a Convenção do CIADI, sendo que 143 deles depositaram seus instrumentos de ratificação.

Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados”, posteriormente conhecida como Convenção de Washington.¹⁰⁶

O objetivo precípua dessa Convenção é o de estabelecer um sistema de resolução de disputas que permita a participação de investidores e Estados soberanos em igualdade de condições. Aliás, o direito de litigar diretamente contra Estados soberanos, garantido a entes privados por essa Convenção e pelos TBIs, possivelmente não seja algo tão marcante no atual contexto do direito internacional. Na década de sessenta, conferir *standing* a entidades privadas no âmbito internacional certamente era algo revolucionário.¹⁰⁷ Assim, o CIRDI serviu como mais um elemento de desconfiguração da doutrina Calvo, pois o investidor deixou de ter a obrigação de buscar o patrocínio de sua causa junto a seu país por meio da figura da proteção diplomática; a partir de então, o Estado de origem do investidor dava uma autorização *ex ante* à arbitragem internacional investidor-Estado receptor, geralmente por meio da assinatura de um TBI.

De acordo com a Convenção, se a Corte de um Estado contratante está ciente de que um pedido que esteja sendo por ela analisado pode ser da competência do CIRDI, ela deve abster-se de analisar a questão e, ato contínuo, encaminhá-la ao Centro,¹⁰⁸ pelo que é eliminada a necessidade de esgotamento dos recursos internos administrativos ou judiciais antes que a parte faça uso do procedimento arbitral.¹⁰⁹

¹⁰⁶ INTERNATIONAL CENTER FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states*. Washington, DC: 1965. Disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>. Acesso em 8 mar. 2009.

¹⁰⁷ É o que explica o professor Elihu Lauterpach em prefácio à obra de SCHREUER, C. *The ICSID Convention: A Commentary*. London: Cambridge University Press, 2001, p. ix: “At the time the Convention was concluded, some of its most important features represented significant new developments, though in the light of subsequent advances in international law they now appear almost commonplace. For the first time a system was instituted under which non-State entities – corporations or individuals could sue States directly (...)”. Tradução livre: “No momento em que a Convenção foi finalizada algumas de suas características mais importantes representaram evoluções significativas, embora à luz de avanços subsequentes no direito internacional elas agora aparentam ser quase comuns. Foi a primeira vez em que um novo sistema criado permitia que entes não estatais, corporações ou indivíduos, pudessem processar Estados diretamente. (...)” Sobre o tema, ver, também, REED, Lucy; PAULSSON, Jan; BLACKABY, Nigel. *Guide to ICSID Arbitration*. London: Kluwer Law International, 2004, p. 3; MASIÁ, Enrique Fernández. *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2004, p. 43. Em língua pátria, VIDIGAL, Geraldo de Camargo; VIDIGAL, Geraldo Facó; VIDIGAL NETO, Geraldo de Camargo. Panorama Jurídico-econômico dos investimentos transnacionais: análise crítica. In: CASELLA, Paulo Borba. (Org.). *Direito Internacional, humanismo e globalidade*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 612.

¹⁰⁸ DELAUME, Georges R. ICSID Arbitration and the Courts. *American Journal of International Law*, v. 77, p. 784, 1983.

¹⁰⁹ NATHAN, K. V. S. *ICSID Convention – The law of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*. New York: Yonkers, 2000, p. 63.

O binômio TBI-CIRDI, portanto, representava a configuração de um sistema claramente desenhado com base na dicotomia Norte-Sul, no qual se fazia necessário balancear os interesses dos Estados e dos investidores de um modo equitativo (o que raramente é possível). Entretanto, essa aparente aceitação das regras do jogo impostas pelos países desenvolvidos aos países em desenvolvimento na realidade é, em alguma medida, uma impressão errônea, visto que todos os esforços de regulamentação multilateral do tema que foram levados adiante durante a terceira fase terminaram em fracasso. Ou seja: ao atuarem em bloco, os países em desenvolvimento ainda mantinham a percepção por eles defendida na Assembléia Geral das Nações Unidas e demonstravam ter conhecimento de que as regras estabelecidas nos TBIs lhes eram desfavoráveis como um todo, o que impedia a celebração de tratados multilaterais naqueles mesmos termos.¹¹⁰

Muito embora as fracassadas tentativas multilaterais de regulamentação da matéria sejam objeto da Seção 3, pode-se antecipar, nesse momento, que as negociações geralmente encontravam obstáculos nas diferentes visões mantidas pelos países desenvolvidos e pelos países em desenvolvimento no que tange ao nível de proteção a ser conferido ao investidor e sua propriedade.¹¹¹

Em síntese, pode-se afirmar que, ao término da década de noventa, a prática reiterada de celebração de TBIs e de adesão quase irrestrita ao CIRDI eram relevantes indícios de que a doutrina Calvo estava ultrapassada e de que a visão tradicional do direito internacional, própria dos países desenvolvidos, havia prevalecido.

2.3.4 Quarta fase da regulamentação do investimento estrangeiro (segunda metade da década de noventa aos dias atuais)

Nesta fase, alguns países em desenvolvimento passam a colocar em dúvida os efeitos positivos que a assinatura de um TBI poderia trazer ao país receptor, especialmente no que diz respeito ao suposto aumento no fluxo de capitais. Em alguns casos, esse sentimento parece

¹¹⁰ BREWER, Thomas L.; YOUNG, Stephen. *The Multilateral Investment System and Multinational Enterprises*. New York: Oxford University Press, 1998, p.149.

¹¹¹ BREWER, Thomas L.; YOUNG, Stephen. *The Multilateral Investment System and Multinational Enterprises*. New York: Oxford University Press, 1998, p.149-150.

estar vinculado ao grande volume de decisões arbitrais contrárias ao interesse do país, como parece ser o caso da Argentina, que sofreu uma série de demandas de investidores estrangeiros em virtude de sua crise econômica durante os anos de 2001 e 2002.¹¹² Outros países latino-americanos também aparentam estar insatisfeitos com o atual cenário de proteção ao investimento estrangeiro e especialmente quanto aos laudos arbitrais do CIRDI: em 2007, a Bolívia notificou o CIRDI de que desejava denunciar a Convenção de Washington e, assim, não mais se submeter à jurisdição do órgão, enquanto o Equador apresentou notificação no intuito de não submeter eventuais disputas relativas ao aproveitamento em seu território de petróleo, gás e recursos minerais à instituição.

Contudo, o movimento mais interessante desse período parece ser aquele vivido pelos países emergentes. O surgimento de um novo cenário econômico, em que esses países passam a ser importantes atores para o crescimento global, fez com que passassem a estimular suas grandes e até mesmo médias empresas a ter uma presença mais forte no exterior, especialmente em outros países em desenvolvimento. Esse movimento permitiu que o volume de investimentos diretos desses países crescesse exponencialmente nos últimos anos, tanto que o estoque de investimentos estrangeiros diretos oriundos de países em desenvolvimento representava apenas três por cento do montante de investimentos estrangeiros feitos no planeta entre 1978 e 1998;¹¹³ em 2005, contudo, esses países eram responsáveis por quase um trilhão e meio de dólares em investimentos diretos, quantia equivalente a treze por cento de todo o investimento direto existente até então.¹¹⁴

Em virtude desse cenário, os países emergentes passam a ter uma diferente perspectiva no que diz respeito ao investimento estrangeiro direto a partir desse período. Conforme já exposto, esses países tradicionalmente eram quase exclusivamente importadores de capital e, portanto, suas maiores preocupações eram derivadas da necessidade de promover o ingresso de capitais. Por isso, esses países interpretavam os TBIs apenas e tão-somente como uma ferramenta capaz de promover o ingresso de um maior fluxo de investimentos diretos em seu território, visto que seus nacionais não tinham condições de realizar investimentos e competir

¹¹² Para uma análise da crise argentina e da série de demandas arbitrais propostas por investidores estrangeiros que se sentiram lesados por medidas adotadas pelo governo daquele país, veja-se, a título exemplificativo, o seguinte artigo: GOODMAN, Charity L. Uncharted waters: financial crisis and enforcement of ICSID awards in Argentina. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, v. 28, p. 449-485, 2007.

¹¹³ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2006*. New York: United Nations Publication, 2007, p. 7.

¹¹⁴ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2006*. New York: United Nations Publication, 2007, p. 105.

com outras empresas dentro das fronteiras dos países desenvolvidos. Em síntese, o TBI era visto como uma via de mão única por esses países.

Atualmente, contudo, os países emergentes passaram a ter uma nova preocupação: a proteção de suas empresas no exterior. Assim, eles se veem em um dilema político, pois, de um lado, percebem que os TBIs realmente são importantes para garantir os interesses de seus nacionais ao investirem no exterior, especialmente em países menos desenvolvidos; de outro, a adoção de uma política liberal de assinatura desses tratados – ou seja, nos mesmos termos até então propostos pelos países desenvolvidos -, pode seguir prejudicando aqueles países em desenvolvimento que não tem condições de promover seu desenvolvimento econômico sem investimentos externos e, mais do que isso, não possuem empresas capazes de se inserir no processo de internacionalização.¹¹⁵

¹¹⁵ CONGYAN, Cai. Outward foreign direct investment protection and the effectiveness of Chinese BIT practice. *Journal of World Investment & Trade*, v. 7, n. 5, 2006, p. 634.

3 O SISTEMA TRADICIONAL DE PROTEÇÃO AO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

O objetivo desta seção é apresentar ao leitor a atual formatação do sistema de proteção ao investimento estrangeiro e demonstrar como esse sistema foi moldado com base no entendimento dos países desenvolvidos e exportadores de capital. Para tanto, serão feitas considerações a respeito (a) dos TBIs, por serem atualmente o veículo mais importante para o estabelecimento de regras nesse sentido; (b) das tentativas multilaterais de regulamentação da matéria; (c) de alguns esforços regionais, em especial no âmbito do Mercosul e do Nafta.

3.1 O regime bilateral de proteção ao investimento estrangeiro e o Centro Internacional de Resolução de Disputas Relativas a Investimentos

Apesar da enorme quantidade de TBIs atualmente vigentes, o considerável grau de uniformidade na redação das cláusulas que tratam de seus elementos nucleares, principalmente dos padrões de tratamento a serem conferidos ao investidor estrangeiro, permite que seja feita uma análise dos mais importantes princípios e regras constantes destes instrumentos. Uma das razões para os modelos de TBIs adotados pelos países desenvolvidos serem similares é o fato de terem a mesma origem, *e.g.* a minuta para uma Convenção sobre Proteção de Propriedade Estrangeira (doravante “minuta de Convenção da OCDE”), elaborada sob os auspícios da OCDE.¹¹⁶ Muito embora a minuta de Convenção da OCDE não tenha sequer obtido aprovação dentre os membros da organização,¹¹⁷ ela cumpriu um papel importante no desenvolvimento e na formulação dos TBIs que posteriormente seriam negociados por aqueles países.¹¹⁸

¹¹⁶ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*. Paris: 1962. Disponível em www.oecd.org/dataoecd/35/4/39286571.pdf. Acesso em 15 mar. 2009.

¹¹⁷ De acordo com Newcombe e Paradell, isso se deveu parcialmente à relutância de alguns países menos desenvolvidos em aceitar os termos do documento, incluindo países como Grécia, Portugal e Turquia. NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties*. London: Kluwer Law International, 2009, p. 30.

¹¹⁸ DOLZER, Rudolf; STEVENS, Margrete. *Bilateral Investment Treaties*. Amsterdam: Kluwer Academic Publishers, 1995, p. 2.

Em virtude disso, a presente seção deste trabalho, além de referir o texto de alguns TBIs para exemplificar a redação das cláusulas mais comumente encontradas, também fará menção, quando aplicável, à redação das cláusulas propostas pela minuta de Convenção da OCDE. Ainda, optou-se por mencionar os instrumentos assinados (porém não ratificados) pelo Brasil,¹¹⁹ em virtude da maior proximidade com os interesses de nosso país e, em especial, para demonstrar como esses TBIs foram assinados tendo como parâmetro o posicionamento “Norte-Sul”, o que implicava reconhecer o Brasil como um mero importador de capitais. Ademais, serão referidos também o TBI-modelo dos Estados Unidos, conforme sua versão revista em 2004,¹²⁰ e alguns TBIs firmados entre outros países, mormente para demonstrar alguma mudança recente no estilo de redação desses instrumentos.

O objetivo precípua desse tópico é apresentar ao leitor a redação das principais cláusulas contidas em um TBI.¹²¹ Nesse sentido, buscar-se-á apresentar a redação mais comumente utilizada – invariavelmente a mais protetiva ao investidor – e, quando possível, serão colacionadas algumas redações alternativas que também possam ser importantes para o entendimento das divergências existentes sobre cada tema.

Optou-se por abordar os seguintes temas tratados nos TBIs: (a) definição de investimento e da nacionalidade do investidor; (b) os principais *standards* gerais de tratamento a que se obriga o Estado ao receber o investimento; (c) critérios para desapropriação ou nacionalização do investimento estrangeiro; (d) critérios para indenização do investidor em caso de desapropriação; (e) utilização da arbitragem internacional como mecanismo de solução de controvérsias entre Estado e investidor.¹²²

Por fim, e em virtude da crescente importância do CIRDI no cenário internacional (por ser, afinal, o órgão responsável pela grande maioria dos laudos arbitrais relativos à matéria),

¹¹⁹ Todos os TBIs assinados pelo Brasil e que são referidos nesse trabalho, bem como os demais TBIs em que figuram outros países como partes contratantes, foram consultados em sua íntegra por meio de database disponível em www.unctad.org. Acesso em 5 mar. 2009. Essa seguramente é a maior compilação de TBIs disponibilizada por um órgão internacional (de acordo com informações disponíveis no sítio eletrônico, estão ali compilados mais de 1800 TBIs), e constitui-se em fonte fundamental de pesquisa para os interessados no estudo desses instrumentos.

¹²⁰ O TBI-modelo norte-americano pode ser acessado no sítio eletrônico do *Office of the United States Trade Representative*. Disponível em www.ustr.gov. Acesso em 12 mar. 2009.

¹²¹ O presente trabalho não objetiva fazer uma análise de decisões arbitrais que tenham interpretado as cláusulas contidas nos TBIs, mas sim verificar os diferentes métodos empregados pelos países na redação de cada uma das cláusulas e, em especial, o conflito existente entre eles. Entretanto, para posterior referência do leitor, são feitas menções a artigos ou livros que tratam com especificidade das principais decisões relativas ao tema que esteja sendo discutido.

¹²² Para uma análise das cláusulas mais comumente encontradas em um TBI, veja-se VANDEVELDE, Kenneth J. *The Economics of Bilateral Investment Treaties*. *Harvard International Law Journal*, v. 41, p. 469-470, 2000.

será feita uma breve abordagem dessa instituição, especialmente no que diz respeito aos requisitos que devem ser cumpridos pelas partes para que o CIRDI possa exercer sua jurisdição sobre uma disputa relativa a investimento.

3.1.1 Definição de investimento e da nacionalidade do investidor

Via de regra, os TBIs definem o termo investimento do modo mais abrangente possível, buscando dar garantias não apenas ao capital que tenha fisicamente cruzado as fronteiras de um país para outro, mas praticamente a todo e qualquer tipo de bens e ativos que uma pessoa física ou jurídica tenha investido no país receptor.¹²³ Assim, é comum que os TBIs se utilizem da expressão “qualquer tipo de ativo ou bem” (em inglês, *every kind of asset*), que “uma vez em vigor, refere-se a todo e qualquer investimento que se enquadre na definição ali prevista.”¹²⁴ Não há dúvidas, portanto, que a definição clássica de investimento dos TBIs não se limita apenas à proteção do investimento estrangeiro direto, mas também inclui o investimento de portfólio.¹²⁵

No intuito de dissipar quaisquer dúvidas que pudessem existir a respeito do tipo de ativos que são protegidos pelo TBI, os países exportadores de capital também costumam incluir uma lista não exaustiva de direitos que estão cobertos pelo tratado. Sua intenção é garantir que direitos de propriedade intelectual - patentes e *know-how*, por exemplo – do

¹²³ Esse é o entendimento da UNCTAD: “Traditionally aimed at investment protection, most BITs define ‘investment’ in a broad and openended manner, covering not only the capital that has crossed borders, but also practically all other kinds of assets of an investor in the territory of the host country.” Tradução livre: “Tradicionalmente focados na proteção ao investimento, a maior parte dos TBIs define ‘investimento’ de um modo amplo e aberto, abrangendo não apenas o capital que cruzou as fronteiras, mas praticamente todos os tipos de bens de um investidor que estejam no território do país receptor.” UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: trends in investment rulemaking*. Disponível em http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em: 5 de mar. 2009.

¹²⁴ PERRONE-MOISÉS, Claudia. *Direito ao Desenvolvimento e Investimentos Estrangeiros*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 28.

¹²⁵ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: trends in investment rulemaking*. Disponível em http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em: 5 de mar. 2009.

investidor estrangeiro, muitas vezes até mais valiosos do que os bens fisicamente por ele construídos ou adquiridos no país receptor, recebam as proteções conferidas pelo tratado.¹²⁶

Os TBIs firmados pelo Brasil durante a década de noventa são exemplos de instrumentos que continham essa definição ampla do termo investimento.¹²⁷ Nesse sentido, veja-se a redação empregada no TBI entre Brasil e Finlândia, assinado em 1995:

For the purpose of this Agreement:

- (1) *The term “Investment” means every kind of asset, established or acquired by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in accordance with the laws and regulations of the other Contracting Party, and includes particularly, though not exclusively:*
- a) movable and immovable property, including property rights, such as leases, mortgages, liens, pledges and usufructs;*
 - b) shares, stocks, debentures and other kinds of participation in companies;*
 - c) returns reinvested, claims to money, including bonds and debentures, or rights to any performance having economic value;*
 - d) intellectual and industrial property rights, such as patents, copyrights, technical processes, industrial designs, business names, know-how and goodwill;*
 - e) rights or permits, including concessions to search for, cultivate, extract or exploit natural resources.¹²⁸*

No que diz respeito à nacionalidade do investidor, é preciso distinguir os critérios aplicados para pessoas físicas e pessoas jurídicas. No que tange às pessoas físicas, a regra

¹²⁶ SACERDOTI, Giorgio. *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments. Recueil des Cours*, v. 269, p. 306, 1997.

¹²⁷ O TBI-modelo norte-americano também apresenta uma definição ampla de investimento, nela também sendo incluído o investimento de portfólio: “investment means every kind of asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk.” Tradução livre: “investimento significa todo tipo de ativo ou bem que um investidor detenha ou controle direta ou indiretamente e que tenha as características de um investimento, incluindo características como o comprometimento de capital e outros recursos, a expectativa de ganho ou lucro, ou a assunção de risco.” Disponível em www.ustr.gov. Acesso em 5 mar. 2009.

¹²⁸ Tradução livre: “Para os fins deste Tratado: (1) O termo “Investimento” significa qualquer tipo de ativo, criado ou adquirido por um investidor de uma Parte Contratante no território da outra Parte Contratante de acordo com as leis e regulamentos da outra Parte Contratante, e inclui especialmente, embora não se limite a: a) propriedade móvel e imóvel, incluindo direitos de propriedade como locações, hipotecas, penhor, caução e usufruto; b) ações, quotas, debêntures e outros tipos de participação em sociedades; c) reinvestimentos ou quaisquer direitos que tenham valor econômico; d) direitos de propriedade intelectual e industrial tais como patentes, *copyrights*, processos tecnológicos, desenho industrial, nome comercial, *know-how*; e) direitos ou permissões, incluindo concessões para pesquisas, cultivos, extrações ou explorações de recursos naturais.” BRASIL; FINLÂNDIA. *Agreement between the government of the Republic of Finland and the Government of the Federative Republic of Brazil on the promotion and the protection of investments*. Disponível em www.unctad.org. Acesso em 8 mar. 2009.

geral é de que a sua nacionalidade seja definida pelo direito interno do país onde se origina o investimento, conforme ressaltado nas notas à minuta de Convenção da OCDE.¹²⁹

O TBI assinado entre Brasil e Portugal em 1994 confirma esse cenário ao dispor que “o termo ‘investidores’ designa: as pessoas singulares que tenham a nacionalidade da Parte Contratante de onde se origina o investimento, em conformidade com a sua legislação interna”.¹³⁰ No passado, alguns TBIs exigiam que o investidor também fosse residente ou domiciliado no território do país de sua nacionalidade, mas esse requisito acabou por ser excluído dos textos dos tratados nas últimas décadas.¹³¹ Como regra geral, portanto, somente as pessoas que tenham a nacionalidade de uma das Partes Contratantes poderão invocar a proteção conferida por um TBI.

Por outro lado, a definição da nacionalidade das pessoas jurídicas é um tema um pouco mais tortuoso, sendo que a própria Corte Internacional de Justiça já teve a oportunidade de apreciá-lo no caso *Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd.* Naquela oportunidade, o governo da Bélgica ingressou com uma demanda contra a Espanha, alegando que esse último país teria desrespeitado os direitos de nacionais belgas, os quais eram acionistas de uma empresa canadense que, por sua vez, havia realizado investimentos diretos no território espanhol. Muito embora a Corte tenha reconhecido que, por analogia aos critérios aplicados às pessoas físicas, presumia-se que o direito de exercer a proteção diplomática de uma pessoa jurídica era atribuído ao Estado sob cujas leis ela foi constituída e em cujo território tem sede, ao final ela sustentou que não existia um critério absoluto para a definição da nacionalidade das pessoas jurídicas que tivesse sido aceito de um modo geral.¹³²

¹²⁹ Os comentários à referida minuta assim dispunham: “According to the rules of international law the nationality of physical persons is, in general, determined by the national law of the State concerned.” Tradução livre: “De acordo com as regras do direito internacional, a nacionalidade da pessoa física é, em geral, determinada pelo direito interno do Estado em questão.” ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*. Paris: 1962, p. 42. Disponível em www.oecd.org/dataoecd/35/4/39286571.pdf. Acesso em 15 mar. 2009.

¹³⁰ BRASIL; PORTUGAL. *Acordo para a promoção e a proteção recíproca de investimentos entre o governo da República Portuguesa e o governo da República Federativa do Brasil*. Disponível em www.unctad.org. Acesso em: 9 mar. 2009.

¹³¹ Conforme UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: trends in investment rulemaking*, p. 14. Disponível em http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em: 5 mar. 2009.

¹³² Ao final, a Corte Internacional de Justiça entendeu que a proteção diplomática em decorrência de lesões aos direitos da empresa canadense somente poderia ser exercida pelo governo deste país. Para uma interpretação da decisão da Corte Internacional de Justiça, veja-se DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 508-509.

Na prática dos TBIs, o critério do local da constituição ou da incorporação da sociedade é aquele que recebeu a maior aceitação dos países signatários. O TBI firmado entre o Brasil e a República da Coreia dá um exemplo desse tipo de definição:

Definições.

1. Para os fins do presente Acordo:

a) O termo “investidor” significa qualquer pessoa física ou jurídica que efetue um investimento no território da outra Parte Contratante;

(...)

II. o termo ‘pessoa jurídica’ significa, em relação a qualquer das Partes Contratantes, qualquer entidade incorporada ou constituída de acordo com sua legislação e reconhecida como pessoa jurídica por essa mesma Parte, tais como instituições públicas, sociedades por ações, fundações, empresas, sociedades em nome coletivo e associações, independentemente de terem ou não responsabilidade limitada ou fins lucrativos, cuja sede esteja localizada em seu território.¹³³

Mais recentemente, um considerável número de TBIs passou a exigir o cumprimento de mais de um critério por parte da pessoa jurídica para que ela possa ser enquadrada como investidora. Assim, existem tratados que exigem, por exemplo, que a pessoa jurídica (a) seja incorporada no território de uma das partes contratantes e (b) tenha sua sede no mesmo país.¹³⁴

3.1.2 Obrigações do estado receptor frente ao investimento estrangeiro: os *standards* gerais

Os TBIs contêm disposições que especificam as principais obrigações que o Estado receptor do investimento deve respeitar frente ao investidor estrangeiro, as quais são

¹³³ BRASIL; CORÉIA DO SUL. *Acordo para a promoção e a proteção recíproca de investimentos entre o governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Coreia*. Disponível em www.unctad.org. Acesso em: 11 mar. 2009.

¹³⁴ O TBI entre Uganda e França, firmado em 2002, exige a presença de ambos os requisitos: “Article 1. (...) 3. The term “company” means any legal person constituted on the territory of one Contracting Party in accordance with the legislation of that Party and having its head office on the territory of that Party, or controlled directly or indirectly by the nationals of one Contracting Party or by legal persons having their head office in the territory of one contracting Party and constituted in accordance with the legislation of that Party.” Tradução livre: “Artigo 1. (...) 3. O termo ‘companhia’ significa qualquer pessoa jurídica constituída no território de uma Parte Contratante de acordo com a legislação daquela Parte e que tenha sua sede no território daquela Parte, ou que seja direta ou indiretamente controlada pelos nacionais de uma Parte Contratante ou por pessoas jurídicas que tenham sua sede no território de uma Parte Contratante e sejam constituídas de acordo com a legislação daquela Parte.” FRANÇA; UGANDA. *Agreement between the Government of the Republic of France and the Government of the Republic of Uganda on the reciprocal promotion and protection of investments*. Disponível em www.unctad.org. Acesso em: 8 mar. 2009.

comumente denominadas de *standards* gerais. Dentre esses *standards* gerais, a doutrina diferencia os *standards* absolutos e os *standards* relativos, esses últimos assim chamados por estarem vinculados ao tratamento conferido pelo Estado receptor a investimentos feitos por investidores de outras nacionalidades.¹³⁵

Dentre os principais *standards* relativos, destacam-se as cláusulas de tratamento nacional e de nação mais favorecida; dentre os *standards* absolutos, sobressaem as disposições sobre admissão, desapropriação e os compromissos de “tratamento justo e equitativo” (da expressão inglesa *fair and equitable treatment*) e de “proteção e segurança plenas” (da expressão inglesa *full protection and security*). Estes serão os *standards* abordados neste tópico.

3.1.2.1 Os *standards* relativos: tratamento nacional e tratamento de nação mais favorecida

O *standard* de tratamento nacional é usualmente definido como a obrigação do Estado receptor do investimento de conceder aos investidores da outra Parte Contratante um tratamento não menos favorável do que aquele concedido aos seus nacionais. O principal objetivo dessa regra, portanto, seria gerar um ambiente de igualdade de oportunidades entre os investidores domésticos e estrangeiros em um determinado mercado.¹³⁶

As origens dessa regra remontam à doutrina Calvo, sendo ela tradicionalmente utilizada pelos países importadores de capital como meio de oposição à tentativa dos países desenvolvidos de estabelecer um padrão internacional mínimo de proteção. Com o avanço na redação dos TBIs, contudo, os países exportadores de capital também reconheceram a importância dessa regra, na medida em que ela impede o país receptor, caso não haja previsão expressa no tratado, de estabelecer requisitos mínimos de performance para os investidores estrangeiros (por exemplo, a exigência ao investidor para que exporte uma parcela significativa de sua produção, bem como para que adquira parte de seus insumos de produção

¹³⁵ Para uma análise mais aprofundada sobre a diferença entre os dois tipos de *standards*, ver GEIGER, Rainer. Towards a multilateral agreement on investment. *Cornell International Law Journal*, v. 31, p. 471, 1998.

¹³⁶ OCRAN, T. Modibo. Bilateral Investment Protection Treaties: A Comparative Study. *New York Law School Journal of International and Comparative Law Review*, v. 8, p. 407, 1987.

junto a produtores locais), a não ser que tais exigências também sejam feitas aos seus nacionais.¹³⁷

Muito embora a abrangência dessa regra dependa em grande parte da redação de cada TBI, existem algumas tentativas de definição dos principais elementos que a compõem. A UNCTAD, por exemplo, já se manifestou no sentido de que esse *standard* garante ao investidor estrangeiro o mesmo tratamento recebido pelos nacionais no que diz respeito às regras de propriedade e controle de empresas no país receptor, ao acesso às cortes nacionais e também a linhas de crédito, em especial àquelas disponibilizadas por agências governamentais. Veja-se:

*The basic concept of national treatment is that, in principle, foreign affiliates and domestic firms in similar situations should receive the same treatment, regarding such things as establishment, ownership and control of enterprises, full access to courts and other authorities and equal protection under law, as well as taxation, labour law, consumer protection or protection of the environment, not to mention free access to credit facilities, or even government aid to enterprises.*¹³⁸

O TBI assinado entre Brasil e Finlândia traz um exemplo de redação genérica dessa cláusula, na qual se obriga o Estado receptor a conferir ao investidor estrangeiro um tratamento idêntico ao dado a seus nacionais, não se fazendo referência a qualquer tipo de limitação ao escopo dessa obrigação:

Article 3. Treatment of Investments.

(1) Each Contracting Party shall in its territory accord to investments by investors of the other Contracting Party fair and equitable treatment which in no case shall be no less favourable than that accorded to its own

¹³⁷ É necessário ressaltar, contudo, que a imposição de requisitos de performance mínimos pode ser considerada legal. Para que isso ocorra, entretanto, faz-se necessário que esses requisitos estejam expressamente previstos no tratado, sob pena de haver violação à cláusula de tratamento nacional. Para um estudo sobre o tema do estabelecimento de requisitos de performance e também para uma análise de medidas adotadas por países como Chile, Índia e Malásia, veja-se UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Foreign direct investment and performance requirements: new evidence from selected countries*. New York: United Nations Publication, 2003, 306 p.

¹³⁸ Tradução livre: “O conceito básico do tratamento nacional é que, em princípio, afiliadas estrangeiras e companhias domésticas em situações semelhantes devem receber o mesmo tratamento no que diz respeito a questões como estabelecimento, titularidade e controle, acesso ao judiciário e proteção jurídica equânime, bem como no que diz respeito à tributação, questões trabalhistas, de proteção ao consumidor ou de proteção ao meio-ambiente, sem esquecer de acesso a linhas de crédito ou mesmo medidas de auxílio governamental a empresas.” UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Exchange of information on foreign direct investment: Report by the UNCTAD Secretariat*, p. 14. Disponível em www.unctad.org. Acesso em: 5 mar. 2009.

*investors or investors of any third State, whichever is the more favourable to the investor.*¹³⁹

Ao perceberem que uma redação ampla dessa cláusula os impediria de conferir qualquer tipo de benefício aos seus nacionais, alguns países passaram a estabelecer em seus TBIs mais recentes que o benefício do tratamento nacional somente será conferido *caso a legislação interna do país não preveja de modo diverso*.¹⁴⁰ Assim, o país receptor tem o direito de legislar em favor do investimento doméstico sem que com isso viole a cláusula de tratamento nacional.¹⁴¹ Por fim, existem até mesmo alguns TBIs nos quais sequer consta o dever de tratamento nacional, situação em que os países têm ampla liberdade para estabelecer vantagens aos seus cidadãos.¹⁴²

O *standard* do tratamento nacional, portanto, protege o investidor estrangeiro contra medidas do país receptor que visem a tão-somente lhe impor condições mais difíceis para o exercício de sua atividade em virtude de sua nacionalidade. Por ser um *standard* relativo, entretanto, ele não protege esse investidor contra medidas que sejam tomadas pelo país receptor contra *todo e qualquer tipo de investimento feito em seu território*, posto que tal

¹³⁹ Tradução livre: “Artigo 3. Tratamento dos Investimentos. (1) Cada Parte Contratante deverá garantir a investimentos feitos em seu território por investidores da outra Parte Contratante tratamento justo e equitativo, o qual não poderá, em qualquer hipótese, ser menos favorável do que aquele garantido aos seus próprios investidores ou a investidores de um terceiro Estado, aquele que for mais favorável ao investidor.” BRASIL; FINLÂNDIA. *Agreement between the government of the Republic of Finland and the Government of the Federative Republic of Brazil on the promotion and the protection of investments*. Disponível em www.unctad.org. Acesso em: 5 de mar. 2009. Não surpreende que a redação do TBI-modelo dos Estados Unidos também seja nesse sentido: “Article 3. National Treatment. 1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.” Tradução livre: “Artigo 3. Tratamento Nacional. 1. Cada Parte deverá conferir aos investidores da outra Parte tratamento não menos favorável do que ela confere a seus próprios investidores em situações semelhantes, com relação a estabelecimento, aquisição, expansão, administração, condução, operação e venda ou outro tipo de ato de disposição dos investimentos em seu território.” Disponível em www.ustr.gov. Acesso em 5 mar. 2009.

¹⁴⁰ INDONÉSIA; ÍNDIA. *Agreement between the Government of the Republic of Indonesia and the Government of the Republic of India for the promotion and protection of investments*. Disponível em www.unctad.org. Acesso em 8 mar. 2009.

¹⁴¹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: trends in investment rulemaking*, p. 34. Disponível em http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em 5 mar. 2009.

¹⁴² Entre os TBIs por nós encontrados e que não possuem cláusula de tratamento nacional estão os seguintes: (i) TBI firmado entre China e Brunei (*Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of his majesty the Sultan and Yang Di-Pertuan of Brunei Darussalam concerning the encouragement and reciprocal protection of investment*); (ii) TBI firmado entre China e Camboja (*Agreement between the government of the Kingdom of Cambodia and the Government of the People's Republic of China for the promotion and protection of investments*); TBI firmado entre China e Barein (*Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the State of Bahrain concerning the encouragement and reciprocal protection of investment*). Todos estes TBIs estão disponíveis em www.unctad.org. Acesso em 6 mar. 2009.

medida também prejudicaria os próprios nacionais e, portanto, não estaria abrangida por essa regra. É por essa razão em particular que outras garantias de proteção ao investidor são introduzidas nos TBIs – os chamados *standards* absolutos.

A regra de tratamento de nação mais favorecida¹⁴³, por sua vez, tem como seu objetivo principal fazer com que os Estados Partes de um TBI se beneficiem do tratamento mais favorável que eventualmente venha a ser conferido aos nacionais de um terceiro país ao investirem no mesmo Estado receptor.¹⁴⁴

Assim como no caso da cláusula de tratamento nacional, a redação da cláusula de tratamento de nação mais favorecida é bastante fluida em grande parte dos TBIs. O instrumento firmado entre Brasil e Holanda em 1998 traz um exemplo desse tipo de redação:

Article 3

(...)

*2. More particularly, each Contracting Party shall accord to such investments treatment which in any case shall not be less favourable than that accorded either to investments of its own investors or to investments of investors of any third State, whichever is more favourable to the investor concerned.*¹⁴⁵

A amplitude dessa definição permitiu a alguns investidores alegar que essa cláusula lhes permitiria até mesmo “importar” as regras de solução de controvérsias aplicáveis a um outro TBI assinado pelo país receptor e, assim, fazer com que um investimento que originalmente deveria ser submetido aos tribunais locais do país receptor fosse remetido a um tribunal arbitral perante o CIRDI.¹⁴⁶

¹⁴³ Para uma profunda análise da interpretação dada à cláusula de tratamento mais favorecido pelos diversos tribunais internacionais, entre eles a Corte Internacional de Justiça e vários painéis que julgaram arbitragens relativas a disputas sobre investimento, veja-se o artigo de VESEL, Scott. Clearing a path through a tangled jurisprudence: most-favored-nation clauses and dispute settlement provisions in bilateral investment treaties. *Yale Journal of International Law*, v. 32, p. 125-188, 2007.

¹⁴⁴ GUZMAN, Andrew T. Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties. *Virginia Journal of International Law*, v. 38, p. 657, 1998.

¹⁴⁵ Tradução livre: “Artigo 3. (...) 2. Mais especificamente, cada Parte Contratante deverá garantir a tais investimentos um tratamento que não poderá ser menos favorável do que aquele tratamento garantido aos investimentos de seus próprios nacionais ou aos investimentos de nacionais de qualquer Estado terceiro, o que for mais favorável ao investidor em questão.” BRASIL; HOLANDA. *Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Federative Republic of Brazil*. Disponível em www.unctad.org. Acesso em: 6 mar. 2009.

¹⁴⁶ O caso *Maffezini v. Kingdom of Spain* é tido como o primeiro caso em que esse tipo de discussão veio à tona. Emilio Maffezini, um nacional argentino que havia investido em uma empresa espanhola, e em virtude de supostos danos que teria sofrido, alegou que seus investimentos estavam protegidos pelas disposições do TBI entre Espanha e Argentina. De acordo com esse TBI, entretanto, Emilio Maffezini teria que submeter suas alegações inicialmente aos tribunais nacionais da Espanha, e somente poderia recorrer à arbitragem

Assim, como ressalta Celso Lafer, a adesão incondicional à essa regra aparentemente “só convém realmente a economias suficientemente desenvolvidas para enfrentarem e sustentarem a competição internacional”,¹⁴⁷ pois exclui a possibilidade de um país estabelecer diferentes políticas para a proteção e promoção de investimentos oriundos de nações com as quais tenha uma maior cooperação econômica. Por isso, na última década alguns TBIs passaram a excluir do âmbito de aplicação dessa regra certas matérias em que havia a intenção de beneficiar apenas um grupo específico de países, especialmente no que diz respeito a vantagens relativas a questões tributárias.¹⁴⁸

3.1.2.2 Os *standards* absolutos: tratamento justo e equitativo e proteção e segurança plenas

De presença constante nos TBIs e nas decisões de tribunais arbitrais, a interpretação da expressão “tratamento justo e equitativo” causa muitas divergências na doutrina pela falta de um conceito preciso. Historicamente, a intenção dos países desenvolvidos sempre foi a de considerar a obrigação de garantir um tratamento justo e equitativo como uma confirmação da existência de um padrão internacional mínimo de proteção. Nesse sentido, os comentários à minuta de Convenção da OCDE já faziam referência ao fato de que esse princípio era

internacional caso aqueles tribunais não dessem uma decisão definitiva sobre o mérito do caso em um período máximo de dezoito meses. Contudo, ao invés de seguir esse procedimento, Maffezini iniciou imediatamente um procedimento arbitral perante o CIRDI, alegando que a cláusula de tratamento mais favorecido constante no TBI entre Argentina e Espanha lhe permitiria fazer uso do processo de resolução de controvérsias estabelecido no TBI entre Espanha e Chile, pelo qual um investidor poderia submeter a dispute diretamente ao CIRDI, sem necessidade de prévia submissão às cortes locais. Ao final, o painel arbitral considerou que tinha jurisdição para tratar do caso justamente em virtude da cláusula de nação mais favorecida constante do TBI entre Argentina e Espanha. Para acesso ao inteiro teor da decisão, ver www.icsid.worldbank.org. Acesso em: 4 mar. 2009. Para uma análise detalhada dessa decisão e também de painéis posteriores, os quais inclusive adotaram entendimentos contrários ao exposto no caso *Maffezini v. Kingdom of Spain*, veja-se, exemplificativamente: HEYMANN, Monika C.E. International Law and the settlement of investment disputes relating to China. *Journal of International Economic Law*, v. 11, p. 519-520, 2008.

¹⁴⁷ LAFER, Celso. O GATT, a cláusula de nação mais favorecida e a América Latina. *Revista de Direito Mercantil*, n. 3, ano 10, p. 55, 1971.

¹⁴⁸ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: trends in investment rulemaking*, p. 42-43. Disponível em http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em: 5 mar. 2009.

especialmente importante em situações em que as regras do direito interno de um país não respeitassem o suposto padrão mínimo de proteção estabelecido pelo direito internacional.¹⁴⁹

Muito embora alguns estudiosos mantenham essa visão, boa parte da doutrina entende que a essa expressão deve ser dado o seu significado literal, pelo que ela perderia grande parte de sua alegada força.¹⁵⁰ A dificuldade em se buscar um significado definitivo a essa cláusula é expressada por Rudolf Dolzer, ao afirmar que seu conteúdo deve ser buscado em cada caso concreto, visto que depende, em grande medida, da intenção das partes ao firmarem o TBI.¹⁵¹

Em boa parte dos tratados, os Estados optam por utilizar um conceito aberto, deixando a interpretação quanto aos efeitos da cláusula para os árbitros em caso de eventual disputa. O TBI firmado entre Brasil e Holanda em 1998 adotava essa perspectiva:

Article 3.

*1. Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment of the investments of investors of the other Contracting Party and shall not impair, by unreasonable or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those investors.*¹⁵²

Em virtude dessa ambiguidade, ainda não existe clareza a respeito das conseqüências práticas que essa cláusula pode gerar no âmbito da arbitragem de investimentos. É certo, contudo, que o conteúdo desse princípio acabará sendo preenchido pelas próprias partes ou por um terceiro encarregado de dirimir um conflito entre elas existente com base em juízos de valor emitidos no próprio caso concreto.¹⁵³

O *standard* de “proteção e segurança plenas”, por sua vez, é interpretado pela UNCTAD como a garantia dada pelo Estado receptor do investimento de que terá todos os

¹⁴⁹ De acordo com OECD. *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*. Disponível no sítio eletrônico da OCDE: www.oecd.org/dataoecd/35/4/39286571.pdf (último acesso em 5 de Março de 2009).

¹⁵⁰ VASCIANNIE, Stephen. *The Fair and Equitable Standard in International Investment Law and Practice*. *British Yearbook of International Law*, v. 70, p. 104, 1999.

¹⁵¹ Para maiores detalhes a respeito a respeito desse tipo de cláusula, inclusive com uma longa análise de laudos arbitrais sobre o tema, ver, por todos, DOLZER, Rudolf. *Fair and equitable Treatment: a key standard in investment treaties*. *International Lawyer*, v. 39, p. 87-106, 2005.

¹⁵² Tradução livre: “Artigo 3. 1. Cada Parte Contratante deve garantir tratamento justo e equitativo aos investimentos dos investidores da outra Parte Contratante e não deve impossibilitar, por meio de medidas irrazoáveis ou discriminatórias, a operação, a manutenção, o uso, o gozo e a disposição desses investimentos.” Conforme *Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Federative Republic of Brazil*. Documento disponível no sítio eletrônico da UNCTAD: www.unctad.org (acesso em 5 de Março de 2009).

¹⁵³ Esse também é o entendimento de TEMPONE, Rubén Eduardo. *Protección de Inversiones Extranjeras*. 1ª ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003, p. 55; DOLZER, Rudolf, STEVENS, Margrete. *Bilateral Investment Treaties*. Amsterdam: Kluwer Academic Publishers, 1995, p. 58.

cuidados razoáveis para proteger o investimento contra danos que possam ser causados por entes públicos ou privados. No mesmo sentido, os comentários à minuta de Convenção da OCDE já mencionavam também que esta regra indicava a obrigação de cada Parte de ter a devida diligência no que dizia respeito às atividades de entes públicos ou privados no que pertine à propriedade do investidor.¹⁵⁴

3.1.3 Regras relativas a desapropriação ou nacionalização e ao pagamento de compensação ao investidor estrangeiro

O risco de desapropriação ou nacionalização de sua propriedade é sempre uma das questões que mais preocupa o investidor estrangeiro. Justamente por isso, a maior parte dos TBIs traz um conceito amplo do termo desapropriação, no intuito de estender tal conceito a medidas que possam ter um efeito prático equivalente ou que configurem desapropriações indiretas. Nesse sentido é a redação do TBI entre Brasil e República da Coreia:

Os investimentos de investidores de qualquer das Partes Contratantes não serão nacionalizados, desapropriados ou sujeitos a medidas cujo efeito seja equivalente à nacionalização ou desapropriação (doravante denominadas "desapropriação") no território da outra Parte Contratante, exceto por motivo de necessidade pública (...).¹⁵⁵

Os redatores dessas cláusulas procuram não conceituar os termos nacionalização e desapropriação ou definir um critério para auxiliar na identificação de quais seriam as medidas cujos efeitos seriam equivalentes à nacionalização ou à desapropriação. Essa omissão é costumeiramente utilizada para demonstrar que a intenção dos redatores do tratado é

¹⁵⁴ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*. Paris: 1962. Disponível em www.oecd.org/dataoecd/35/4/39286571.pdf. Acesso em 15 mar. 2009.

¹⁵⁵ BRASIL; CORÉIA DO SUL. *Acordo para a promoção e a proteção recíproca de investimentos entre o governo da República Federativa do Brasil e o governo da República da Coreia*. Disponível em www.unctad.org. Acesso em 5 mar. 2009.

permitir que os árbitros de uma eventual controvérsia possam dar a interpretação mais ampla possível a esses termos.¹⁵⁶

Na realidade, o maior debate outrora existente quanto ao tema da desapropriação dizia respeito às condições que devem ser cumpridas pelo país importador para que esse ato seja revestido de legalidade. Antes um assunto altamente controverso, atualmente os TBIs adotam a visão defendida pelos países desenvolvidos: para que a desapropriação seja legal, ela deve (a) ser não-discriminatória; (b) ter uma finalidade pública; (c) seguir o devido processo legal; (d) ser acompanhada da devida compensação ao investidor estrangeiro.

Muito embora os países em desenvolvimento tenham adotado uma posição contrária a esse entendimento, a grande maioria dos TBIs consagra a exigência desses quatro requisitos, demonstrando que a regra da compensação pronta, adequada e efetiva está próxima da aceitação plena pela comunidade internacional.¹⁵⁷ O TBI firmado entre Brasil e Finlândia continha cláusula exatamente nesse sentido:

Expropriation.

*1) Investments of investors of each Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to measures having a similar effect (hereinafter referred to as "expropriation") in the territory of the other Contracting Party, unless the measures are taken in the public interest on a non discriminatory basis, under due process of law and provided that provisions have been made for effective, prompt and adequate compensation.*¹⁵⁸

A própria UNCTAD já teve a oportunidade de reconhecer que atualmente existe uma convergência na redação dos TBIs no que diz respeito às quatro condições impostas à legalidade de uma desapropriação, convergência essa que, no entender do órgão, era reflexo

¹⁵⁶ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: trends in investment rulemaking*, p. 44. Disponível em http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em: 5 mar. 2009.

¹⁵⁷ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: trends in investment rulemaking*, p. 51. Disponível em http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em: 5 mar. 2009.

¹⁵⁸ “Desapropriação. 1. Os investimentos de investidores de qualquer das Partes Contratantes não serão nacionalizados, desapropriados ou sujeitos a medidas cujo efeito seja equivalente à nacionalização ou desapropriação (doravante denominadas "desapropriação") no território da outra Parte Contratante, exceto por motivo de necessidade pública, de acordo com os devidos procedimentos legais, em bases não-discriminatórias e mediante indenização efetiva, imediata e adequada.” BRASIL; FINLÂNDIA. *Agreement between the government of the Republic of Finland and the Government of the Federative Republic of Brazil on the promotion and the protection of investments*. Disponível em www.unctad.org. Acesso em: 5 mar. 2009.

justamente das reformas políticas sofridas pelos países em desenvolvimento ainda na década de noventa.¹⁵⁹

3.1.4 O compromisso de resolução de disputas por meio da arbitragem internacional

A resolução de disputas por meio da arbitragem internacional é uma das características marcantes dos TBIs, na medida em que permite que o investidor não se submeta às cortes do país receptor do investimento.¹⁶⁰

Muito embora alguns TBIs estabeleçam que as Partes Contratantes deverão instaurar um tribunal *ad hoc* para julgar eventuais controvérsias oriundas do tratado, a grande maioria das cláusulas de resolução de controvérsias constantes dos TBIs preveem que a arbitragem deverá ser realizada sob os auspícios do CIRDI. Como prova desse fato, basta referir que, no período entre 1994 e 2004, foram instauradas cento e sessenta arbitragens relativas a investimento, sendo que, desse conjunto, cento e seis foram solucionadas no âmbito do CIRDI.¹⁶¹

O texto padrão da cláusula de soluções de controvérsias que prevê a jurisdição do CIRDI para a análise de qualquer disputa relativa a investimentos é bem demonstrado pela leitura do modelo de TBI proposto pelo Reino Unido:

Each Contracting Party hereby consents to submit to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes for settlement by conciliation or arbitration under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States any legal disputes arising between that Contracting Party and a national or company

¹⁵⁹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: trends in investment rulemaking*, p. 52. Disponível em http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf. Acesso em: 5 mar. 2009.

¹⁶⁰ MAGALHÃES, José Carlos de. Solução de Controvérsias Privadas: o Papel das Cortes de Arbitragem Internacionais e dos Tribunais Nacionais. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Org.). *Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 373.

¹⁶¹ Para maiores informações a respeito da influência do CIRDI e da conseqüente concentração de casos nesse instituição, veja-se o artigo de COSTA, José Augusto Fontoura. Modelos de solução de controvérsias investidor-Estado: os mecanismos nacionais e internacionais. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (org.). *Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 337-342.

*of the other Contracting Party concerning an investment of the latter in the territory of the former.*¹⁶²

Assim, em virtude da extrema importância que o CIRDI obteve desde sua criação, e especialmente pela jurisprudência já consolidada por seus julgamentos, optou-se por apresentar ao leitor, na sequência, um breve relato dessa instituição, especialmente porque são os seus tribunais arbitrais que explicitam o conteúdo dos TBIs.

3.1.5 O Centro Internacional de Resolução de Disputas relativas a Investimentos

O CIRDI foi instituído em 14 de outubro de 1966, por meio da Convenção de Washington, faz parte do sistema de instituições criado pelo Banco Mundial¹⁶³ e é dotado de autonomia e personalidade jurídica de direito internacional. Atualmente, o CIRDI é reconhecido como uma instituição fundamental para o sistema internacional de solução de controvérsias sobre investimentos,¹⁶⁴ pois organiza grande parte das arbitragens internacionais de investimentos.

¹⁶² Tradução livre: “Cada Parte Contratante desde logo consente que submeterá ao Centro Internacional de Resolução de Disputas Relativas a Investimentos, para fins de conciliação ou arbitragem nos termos da Convenção sobre Resolução de Disputas de Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados, quaisquer disputas jurídicas que surjam entre uma Parte Contratante e um nacional ou companhia da outra Parte Contratante com relação a um investimento feito por este último no território daquela.” Para maiores informações sobre esse tipo de cláusula constante do modelo de TBI proposto pelo Reino Unido, veja-se SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 251.

¹⁶³ Para maiores informações sobre outros papéis do Banco Mundial e as atividades por ele desempenhadas, veja-se o seguinte livro: GIOVANOLI, Mario. *International Monetary Law: issues for the New Millennium*. Oxford: Oxford University Press, 2000, 538 p.

¹⁶⁴ Como destaca Thomas Wälde, é interessante notar que a arbitragem de investimentos é distinta da arbitragem comercial. Enquanto a arbitragem comercial tem por objetivo a solução, de modo neutro e eficiente, de disputas entre dois privados que participaram de uma transação comercial internacional, a arbitragem de investimentos configura-se em um direito de investidores estrangeiros à revisão de contratos assinados por governos, direito este baseado em obrigações assumidas por um governo garantindo um determinado tipo de tratamento ao investimento feito no território de seu país. Para uma interessante análise das diferenças e similitudes entre a arbitragem de investimentos e a arbitragem comercial, ver WÄLDE, Thomas W. The present state of research carried out by the English-speaking section of the Centre for Studies and Research. In: HAGUE ACADEMY OF INTERNATIONAL LAW. *New Aspects of International Investment Law*. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 144-151.

O CIRDI não é, ele próprio, um tribunal internacional permanente.¹⁶⁵ Na realidade, o Centro disponibiliza meios para conciliação e arbitragem de disputas e auxilia na condução desses procedimentos, cumprindo com uma série de tarefas administrativas.¹⁶⁶ Apesar disso, e muito embora os árbitros sejam autônomos e não estejam vinculados às decisões anteriormente proferidas por outros tribunais instituídos sob as regras da instituição, é comum a referência à expressão “arbitragens do CIRDI”, pois existe entre os árbitros uma tendência a respeitar, sempre que possível, os entendimentos defendidos em julgados proferidos no passado.

É interessante notar, ainda, que o CIRDI foi responsável pelo estabelecimento de um revolucionário sistema de solução de controvérsias entre entes de natureza jurídica distintas, pois de um lado encontra-se o Estado, pessoa jurídica de direito internacional público e, de outro, uma pessoa física ou jurídica, ambas de direito privado.¹⁶⁷ No momento de sua criação, seus defensores tinham como objetivo estabelecer um mecanismo capaz de garantir neutralidade na solução de disputas, desencorajar os conflitos entre Estados soberanos¹⁶⁸ e evitar que fosse necessário o esgotamento dos recursos internos disponíveis no sistema jurídico do país receptor.¹⁶⁹ Para atingir essa meta, a Convenção de Washington

¹⁶⁵ Ver, nesse sentido, DIAS, Bernardete de Figueiredo. Casos do Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos do Banco Mundial. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Org.). *Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 399.

¹⁶⁶ RAMINA, Larissa. Particularidades históricas da criação do Centro Internacional para a resolução de diferendos relativos a investimentos entre Estados e nacionais de outros Estados – CIRDI e a oposição dos Estados latino-americanos. In: MENEZES, Wagner (Org.). *Estudos de direito internacional: anais do Sexto Congresso Brasileiro de Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2008, v. XIII, p. 343. Para uma análise do CIRDI e de algumas de suas características básicas, veja-se REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 150-152.

¹⁶⁷ Marcelo Varella lembra que, muito embora sujeitos de direito internacional sejam apenas os Estados e as Organizações Internacionais, não se pode negar que todos aqueles que participam de alguma forma das relações jurídicas e políticas internacionais devem ser reconhecidos como atores internacionais. Esse último grupo, composto por sujeitos que podem recorrer a tribunais para o exercício de seus direitos, tem suas competências determinadas com base nos direitos concedidos anteriormente pelos próprios Estados, e não de forma indeterminada. VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3-4. Para maiores informações a respeito do tema dos sujeitos de direito internacional público, veja-se, por todos, AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Introdução ao direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 153-166.

¹⁶⁸ RAMINA, Larissa. Particularidades históricas da criação do Centro Internacional para a resolução de diferendos relativos a investimentos entre Estados e nacionais de outros Estados – CIRDI e a oposição dos Estados latino-americanos. In: MENEZES, Wagner (Org.). *Estudos de direito internacional: anais do Sexto Congresso Brasileiro de Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2008, v. XIII, p. 344.

¹⁶⁹ Para um profundo estudo a respeito do esgotamento dos recursos internos no direito internacional, veja-se, por todos, CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O esgotamento de recursos internos no direito internacional*. 2 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, 327 p.

expressamente impede o investidor de buscar proteção diplomática junto ao seu país,¹⁷⁰ exceção feita às hipóteses em que o laudo proferido por um tribunal do CIRDI não seja cumprido pelo Estado envolvido na disputa. Nesse sentido, o artigo 27 da Convenção:

Article 27.

*(1) No Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention, unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute.*¹⁷¹

Por outro lado, a criação do CIRDI também objetivava, ao menos teoricamente, promover o aumento do fluxo de investimentos para os países em desenvolvimento, tanto que o relatório com a exposição de motivos da Convenção de Washington destacava o entendimento geral de que a adesão à Convenção estimularia a transferência de capitais para o território de países com necessidade de um maior fluxo de capitais (especialmente países em desenvolvimento) e promoveria uma atmosfera de “confiança mútua” entre os investidores e esses países.¹⁷²

Entretanto, apesar da aparente neutralidade envolvendo a criação do CIRDI, a prática o consagrou como um mecanismo que majoritariamente decide disputas entre investidores de

¹⁷⁰ Há quem considere esta cláusula como uma clara tentativa dos redatores da convenção de excluir o Estado das negociações relativas ao investimento e uma reafirmação do poder do investidor frente ao aparato estatal. Nesse sentido, SHALAKANY, Amr. Arbitration and the third world: a plea for reassessing bias under the specter of neoliberalism. *Harvard International Law Journal*, v. 41, p. 419, 2000.

¹⁷¹ “Artigo 27. (1) Nenhum Estado Contratante concederá proteção diplomática, nem promoverá reclamação internacional sobre qualquer controvérsia que um de seus nacionais e outro Estado Contratante tenham consentido em submeter ou tenham se submetido à arbitragem, nos termos desta Convenção, salvo se este último Estado Contratante não haja acatado o laudo proferido nessa controvérsia ou tenha deixado de cumpri-lo.”

¹⁷² Muito embora existam doutrinadores que buscam comprovar que a participação de um país junto ao CIRDI de fato aumenta o fluxo de capitais para aquele local (muito em virtude de um suposto aumento na confiança dos investidores), também existem estudos que indicam não haver evidência empírica que comprove essa correlação. Nesse sentido, para uma análise profunda a respeito dos efeitos que tratados bilaterais de investimento podem ter na confiança dos norte-americanos ao investirem no exterior (concluindo pela inexistência de qualquer efeito positivo significativo), veja-se o excelente artigo de ROSE-ACKERMAN, Susan; TOBIN, Jennifer. Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: The Impact of Bilateral Investment Treaties. *Yale Law & Economics Research Paper*, n. 293, 2005. Disponível em <http://ssrn.com>. Acesso em: 7 mar. 2009. No mesmo sentido, afirmando que até o momento nenhum estudo da UNCTAD ou do Banco Mundial conseguiu demonstrar uma relação de causa e efeito entre o sistema internacional de proteção de investimentos e a promoção desses mesmos investimentos nos países de terceiro mundo, ALVAREZ, Jose E. The emerging foreign direct investment regime. *American Society of International Law Proceedings*, v. 99, 2005, p. 95.

países desenvolvidos e governos de países em desenvolvimento, tanto que, desde sua criação, poucos foram os casos nele iniciados contra países desenvolvidos.¹⁷³ Nesse sentido, a participação dos países em desenvolvimento como réus nas arbitragens mantidas pelo CIRDI é tão maciça que levou Thomas Wälde a afirmar que a arbitragem investidor-Estado é um “regime de terceiro mundo”.¹⁷⁴

No que pertine à jurisdição do CIRDI, a Convenção de Washington prevê que ela somente pode ser exercida se dois requisitos forem cumpridos: (a) deve existir uma disputa jurídica que tenha como origem um investimento (requisito para aferição da competência *ratione materiae*); (b) o Estado e o investidor devem consentir à submissão de sua disputa ao procedimento arbitral (competência *ratione personae*).¹⁷⁵ Assim dispõe o artigo 25 da Convenção:

*Article 25, paragraph 1: The jurisdiction of the Center shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or a constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Center by that State) and a national of another Contracting State which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Center. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.*¹⁷⁶

No que diz respeito ao requisito *ratione personae*, a regra geral, como dito, é de que as disputas submetidas ao CIRDI devem envolver um Estado-Parte da Convenção e um ente nacional de outro Estado-Parte. Entretanto, é possível que uma das partes não esteja sujeita à Convenção de Washington, mas aceite submeter-se à jurisdição de um tribunal do CIRDI naquela específica controvérsia. Caso isso ocorra, é acionado o Mecanismo Complementar do CIRDI (conhecido pela expressão em inglês *Additional Facility*), que tem como objetivo conferir ao CIRDI a faculdade de analisar certos tipos de disputas entre Estados e nacionais de

¹⁷³ Na lista de casos concluídos divulgada no site do CIRDI, há referência apenas a seis casos contra países desenvolvidos: um contra a Islândia, um contra a Nova Zelândia, um contra a Espanha e três contra os Estados Unidos.

¹⁷⁴ WÄLDE, Thomas W. Investment arbitration under the Energy Charter Treaty – from dispute settlement to treaty implementation. *Arbitration International*, v. 12, 1996, p. 446.

¹⁷⁵ Para uma análise desses requisitos, veja-se STERN, Brigitte. *O contencioso dos investimentos internacionais*. Barueri: Manole, 2003, p. 104-107. Ainda, RAND, William, HORNICK, Robert, FRIEDLAND, Paul. ICSID’s Emerging Jurisprudence: The Scope of ICSID’s jurisdiction. *New York University Journal of International Law and Politics*, v. 19, p. 33, 1986.

¹⁷⁶ No original: Artigo 25, parágrafo 1: “A jurisdição do Centro estender-se-á a qualquer disputa jurídica que tenha origem diretamente de um investimento e que ocorra entre um Estado Parte (ou uma subdivisão ou agência daquele Estado designada pelo próprio Estado ao Centro) e um nacional de outro Estado Parte, devendo as partes consentir, por escrito, em submeter a disputa ao Centro. Nenhuma das partes poderá retirar seu consentimento unilateralmente após todas elas terem afirmado seu consentimento.”

outros países que, em princípio, não estariam dentro do escopo de aplicação da Convenção de Washington. É importante destacar, contudo, que as normas estabelecidas pela Convenção de Washington não são aplicáveis às decisões exaradas com base no Mecanismo Complementar, pelo que as decisões proferidas com base nesse sistema não estão acima dos direitos nacionais, dependendo sua execução das leis do local em que a sentença tiver que ser executada.

Entre os procedimentos que podem ser submetidos ao Mecanismo Complementar do CIRDI destacam-se: (a) a conciliação ou a arbitragem para a solução de controvérsias relativas a investimentos, desde que o Estado envolvido na disputa não tenha ratificado a Convenção de Washington ou, alternativamente, o investidor em questão não seja nacional de um país que tenha ratificado a Convenção de Washington; (b) a conciliação ou a arbitragem para a solução de controvérsias que não sejam diretamente vinculadas ao tema dos investimentos, desde que a questão em discussão não seja vinculada a transações comerciais e que o Estado envolvido na disputa tenha ratificado a Convenção de Washington ou, alternativamente, o investidor em questão seja nacional de um país que tenha ratificado a Convenção de Washington.¹⁷⁷

Ademais, para que seja possível a instituição de um procedimento arbitral sob os auspícios do CIRDI, é necessário que ambas as partes tenham manifestado seu consentimento à sua jurisdição. Ou seja: não basta que o Estado de origem do investidor e o Estado receptor do investimento sejam partes da Convenção de Washington: é preciso que tanto o investidor como o Estado receptor manifestem expressamente o referido consentimento, como prevê o artigo 26 da Convenção:

Article 26 - Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A Contracting State may require the

¹⁷⁷ Assim estabelece o artigo 2 do Mecanismo Complementar do CIRDI: “Article 2 - Additional Facility. The Secretariat of the Centre is hereby authorized to administer, subject to and in accordance with these Rules, proceedings between a State (or a constituent subdivision or agency of a State) and a national of another State, falling within the following categories: (a) conciliation and arbitration proceedings for the settlement of legal disputes arising directly out of an investment which are not within the jurisdiction of the Centre because either the State party to the dispute or the State whose national is a party to the dispute is not a Contracting State; (b) conciliation and arbitration proceedings for the settlement of legal disputes which are not within the jurisdiction of the Centre because they do not arise directly out of an investment, provided that either the State party to the dispute or the State whose national is a party to the dispute is a Contracting State; and (c) fact-finding proceedings.”

*exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention.*¹⁷⁸

O consentimento do Estado pode ser conferido por uma série de instrumentos. Assim, uma arbitragem do CIRDI pode tomar forma caso alguma das seguintes situações ocorra: (a) há um contrato entre um investidor e um Estado-parte que regula um investimento específico; (b) há um tratado bilateral ou multilateral de investimento que estipula a solução de disputas entre um Estado e um investidor que seja nacional de outro Estado parte por meio do CIRDI; e (c) disposições na legislação interna do país onde ocorre o investimento estipulam o envio dos litígios entre o Estado e investidores estrangeiros para o CIRDI.

No passado, o consentimento dos Estados era usualmente conferido por meio de cláusulas específicas nos próprios contratos de investimento firmados entre o investidor e o Estado importador do capital.¹⁷⁹ Na atualidade, entretanto, na grande maioria dos casos hoje analisados pelo CIRDI os investidores se valem principalmente dos consentimentos prévios conferidos pelos Estados nos TBIs.

É importante destacar, ainda, alguns tipos de consentimento à arbitragem que são estipulados nos textos dos TBIs. A maior parte dos tratados estabelece um comprometimento incondicional dos Estados à submissão de suas futuras disputas ao CIRDI. Tais cláusulas de jurisdição equivalem a um consentimento *ex ante* à arbitragem e, portanto, o consentimento posterior do investidor, dado após o surgimento da disputa, é suficiente para conferir poderes ao painel do CIRDI para julgar a controvérsia. Como assinala a doutrina, esta é uma hipótese em que ocorre uma verdadeira assimetria, na medida em que o Estado receptor do investimento consente à jurisdição do CIRDI antes mesmo do surgimento de eventual controvérsia, não podendo ele, durante a instrução do caso, arguir irregularidades quanto ao tema da jurisdição.¹⁸⁰

Um segundo tipo de TBI, bastante raro, permite ao Estado somente conferir seu consentimento após o investidor tê-lo feito. Finalmente, alguns tratados também contêm

¹⁷⁸ Tradução livre: “Artigo 26 – O consentimento das partes à arbitragem, nos termos desta Convenção, a não ser se expressamente estipulado de outra forma, deve ser entendido como consentimento à arbitragem com a exclusão de qualquer outra forma de solução de controvérsias. Um Estado Parte poderá exigir que sejam exauridos os recursos internos administrativos e judiciais como condição para consentir com o procedimento arbitral conforme estipulado nesta Convenção.”

¹⁷⁹ WÄLDE, Thomas W. The present state of research carried out by the English-speaking section of the Centre for Studies and Research. In: HAGUE ACADEMY OF INTERNATIONAL LAW. *New Aspects of International Investment Law*. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 144-151.

¹⁸⁰ SPIERMANN, Ole. Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties. *Arbitration International*, v. 20, n. 2, p. 180, 2004.

cláusulas estipulando que eventuais disputas serão submetidas a julgamento pelo CIRDI somente se houver acordo entre as partes nesse sentido. Este último tipo de cláusula, portanto, não obriga o Estado a oferecer seu consentimento *ex ante* à jurisdição do CIRDI, mas demonstra um comprometimento em considerar um pedido de um investidor que assim desejar.¹⁸¹ É fato, entretanto, que a regra geral é de que o TBI se constitui em um consentimento *ex ante* à arbitragem.

Por outro lado, o consentimento do investidor também pode ser conferido por três diferentes formas: (a) um contrato regulando um investimento específico firmado entre o investidor e o Estado-parte; (b) um documento, como uma declaração, comunicando ao Estado receptor do investimento sua intenção de submeter uma controvérsia à arbitragem em virtude de um TBI do qual ele se beneficia; (c) o ingresso de sua demanda perante o CIRDI, no qual deverá indicar a natureza da controvérsia e a parte demandada.¹⁸²

No que tange à competência *ratione materiae*, a Convenção confere ao CIRDI jurisdição sobre qualquer “disputa jurídica” que surja de um investimento. O segundo conceito que traz conseqüências à análise da competência *ratione materiae* do CIRDI é a definição de investimento, uma vez que somente disputas relativas a investimentos podem ser submetidas ao Centro, como decorre da leitura do artigo 25 da Convenção de Washington.¹⁸³ A maior dificuldade, entretanto, decorre do fato de que os Estados-Partes à Convenção não conseguiram chegar a um consenso, no momento da elaboração de seus TBIs, para uma definição do termo investimento.¹⁸⁴ Assim, cabe aos tribunais arbitrais do CIRDI analisarem, com base em cada caso concreto, se uma situação em particular constitui ou não um investimento de acordo com o direito internacional.

Por todo o exposto, verifica-se que o regime bilateral de proteção ao investimento estrangeiro busca o estabelecimento de regras substantivas que garantam proteção ao investidor estrangeiro e que o CIRDI é a instituição responsável por dar efetividade a esse sistema bilateral.

¹⁸¹ Para maiores informações sobre os tipos de TBIs que estipulam a submissão dos Estados à arbitragem do CIRDI, veja-se HIRSCH, Moshe. *The Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes*. Amsterdam: Dordrecht, 1993, p. 54-57.

¹⁸² GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano Drummond C. As arbitragens internacionais relacionadas a investimentos: a Convenção de Washington, o ICSID e a posição do Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 7, p. 62, out.-dez. 2005.

¹⁸³ Lembre-se, entretanto, que as arbitragens mantidas sob as regras do Mecanismo Adicional do CIRDI podem tratar de temas não relacionados a investimentos.

¹⁸⁴ YALA, Farouk. The notion of “investment”. ICSID Case Law: a drifting jurisdictional requirement? Some “unconventional” thoughts on Salini, SGS and Mihaly. *Journal of International Arbitration*, v. 22, n. 2, 2005, p. 106.

3.2 O regime multilateral de proteção ao investimento estrangeiro

A crescente importância das empresas transnacionais para a economia global, bem como uma aparente aceitação dos postulados neoliberais por parte da comunidade internacional (da qual a assinatura de tantos TBIs seria um indicativo), reavivou, nas últimas décadas, o ímpeto em prol da criação de um regime multilateral para a regulamentação do investimento estrangeiro.

Apesar desse sentimento geral, a comunidade internacional não conseguiu, até o presente momento, cumprir esse objetivo. Alguns doutrinadores apontam que os principais motivos que impedem o estabelecimento de um regime multilateral podem ser classificados como divergências *políticas* quanto ao tema. Em síntese, as discussões invariavelmente retornam à questão central do balanço de poder entre os governos e o mercado e, mais especificamente, ao nível de liberdade que os governos devem conferir às empresas transnacionais. Ou ainda: como se poderia alcançar um equilíbrio entre o papel do Estado na busca de uma ordem social mais justa e a confiança que se tem no setor privado para fins de geração de riqueza e aumento da eficiência da economia?¹⁸⁵

Este tópico objetiva, por meio da análise de algumas dessas tentativas fracassadas, verificar o atual estágio das regras multilaterais de proteção ao investimento estrangeiro. Para tanto, optou-se por abordar esforços ocorridos em diferentes épocas, justamente para permitir que se verifique eventual avanço no entendimento do tema. Assim, a presente seção aborda (a) uma tentativa de regulamentação multilateral do tema dos investimentos na década de quarenta, a Carta de Havana; (b) o Projeto de Código de Conduta de Empresas Transnacionais das Nações Unidas, discutido durante as décadas de 70 e 80; (c) as Diretivas sobre o investimento estrangeiro direto do Banco Mundial; (d) o projeto de Acordo Multilateral relativo a Investimentos da OCDE e as regras da OMC relativas ao tema dos investimentos, oriundas de negociações mantidas nas últimas duas décadas.

¹⁸⁵ Para maiores informações a respeito dessa discussão, ver COHEN, Stephen D. *Multinational Corporations and Foreign Direct Investment: avoiding simplicity, embracing complexity*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 252-256.

3.2.1 A Carta de Havana

As tentativas de criação de um regime multilateral iniciaram-se com o final da Segunda Guerra Mundial e coincidiram com o momento em que as divergências de pensamento entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento passaram a ser expostas de modo mais claro nos diferentes fóruns internacionais.¹⁸⁶

Em 1943, deu-se início às conversas para criação da Organização Internacional do Comércio (conhecida pela sigla “ITO”, em referência à expressão em *International Trade Organization*). Muito embora o objetivo das negociações fosse a criação de um sistema que abordasse os temas do comércio internacional e dos investimentos conjuntamente, desde o início se percebia que as regras referentes ao tratamento do investimento estrangeiro seriam aquelas que gerariam maiores controvérsias entre os países participantes.

Um dos países mais interessados no tratamento conjunto dos dois temas, os Estados Unidos tentaram introduzir no documento os princípios que até hoje seguem sendo por ele propugnados em seus TBIs, especialmente os seguintes: (a) garantia de tratamento nacional; (b) cláusula de tratamento de nação mais favorecida; (c) garantia de compensação pronta, adequada e efetiva em caso de expropriação.¹⁸⁷

A postura contrária de alguns países da América Latina e também da Índia, entretanto, fez com que o texto final da Carta de Havana não fizesse referência explícita a tais princípios, embora reconhecesse a importância do investimento estrangeiro para a promoção do desenvolvimento econômico.¹⁸⁸ Nesse sentido, o artigo 12 da Carta de Havana - o único que tratava a respeito do tema dos investimentos -, dispunha o quanto segue:

Article 12: International Investment for Economic Development and Reconstruction
1. The Members recognize that:

¹⁸⁶ ZERBINI, Eugenia C. G. de Jesus. Regras Multilaterais sobre o Investimento Estrangeiro. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Rattón (Org.). *Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 126.

¹⁸⁷ SAUV, Pierre. Multilateral rules on investment: is forward movement possible? *Journal of International Economic Law*, v. 9, p. 325, 2006.

¹⁸⁸ Para maiores informações a respeito das negociações que precederam a elaboração da Carta de Havana, veja-se o livro de BREWER, Thomas L.; YOUNG, Stephen. *The Multilateral Investment System and Multinational Enterprises*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 66-68.

- (a) *international investment, both public and private, can be of great value in promoting economic development and reconstruction, and consequent social progress;*
- (b) *the international flow of capital will be stimulated to the extent that Members afford nationals of other countries opportunities for investment and security for existing and future investments;*
- (c) *without prejudice to existing international agreements to which Members are parties, a Member has the right:*
- (i) *to take any appropriate safeguards necessary to ensure that foreign investment is not used as a basis for interference in its internal affairs or national policies;*
- (ii) *to determine whether and, to what extent and upon what terms it will allow future foreign investment (...).*¹⁸⁹

Assim, como bem percebe Vera Thorstensen, a Carta de Havana reconhecia que as políticas nacionais de cada país deveriam ser respeitadas e não poderiam ser restringidas pela comunidade internacional. Por outro lado, contudo, ela também recomendava aos países-membros a celebração de tratados bilaterais ou multilaterais para fins de regulação específica dos temas ligados ao investimento internacional.¹⁹⁰

Em virtude da oposição do Congresso norte-americano ao conteúdo da Carta, o tratado jamais foi ratificado pelos Estados Unidos. Apesar disso, o longo período de discussões e negociações que levaram à conclusão do documento serviram para demonstrar que haveria dificuldades para o desenvolvimento de uma agenda multilateral que tratasse do tema dos investimentos nas décadas subsequentes, em virtude da forte oposição entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento no que tocava ao tema.¹⁹¹

¹⁸⁹ Tradução livre: “Artigo 12. Investimento Internacional para o Desenvolvimento Econômico e Reconstrução 1. Os Membros reconhecem que: a) o investimento internacional, tanto público como privado, pode ter grande importância na promoção do desenvolvimento econômico e na reconstrução, e no conseqüente progresso social; b) o fluxo de capitais internacionais será estimulado na medida em que os Membros garantam aos nacionais de outros países as oportunidades para a realização de investimentos e a segurança para investimentos já existentes e futuros; c) sem prejuízo dos acordos internacionais já existentes e dos quais os Membros são partes, um Membro tem o direito de: (i) adotar qualquer medida que seja necessária para garantir que o investimento estrangeiro não seja usado como fundamento para a interferência em suas questões internas ou políticas nacionais; (ii) determinar se, em que medida e em que termos garantirá acesso ao investimento estrangeiro no futuro; (...).” A Carta de Havana foi assinada por representantes de cinquenta e três países, dentre eles o Brasil, no dia 24 de Março de 1948. Disponível em: www.worldtradelaw.net/misc/havana.net. Acesso em: 28 de fevereiro de 2009.

¹⁹⁰ THORSTENSEN, Vera. *Organização Mundial do Comércio, as Regras do Comércio Internacional e a Nova Rodada de Negociações Multilaterais*. 2 ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001, p. 306-307.

¹⁹¹ BREWER, Thomas L.; YOUNG, Stephen. *The Multilateral Investment System and Multinational Enterprises*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 68.

3.2.2 A Oposição entre o Projeto de Código de Conduta de Empresas Transnacionais das Nações Unidas e as Diretivas sobre o investimento estrangeiro direto do Banco Mundial

Durante as décadas de 60 e 80, e como consequência da Declaração da Nova Ordem Econômica Internacional e das demais resoluções que sobrevieram no âmbito da Assembléia Geral das Nações Unidas, reforçaram-se as diferentes perspectivas adotadas pelos países desenvolvidos e pelos países em desenvolvimento no tema dos investimentos estrangeiros diretos. Esse conflito foi explicitado por meio de duas iniciativas tomadas no âmbito multilateral: o projeto de Código de Conduta de Empresas Transnacionais das Nações Unidas e as Diretivas sobre o investimento estrangeiro direto do Banco Mundial.

No início da década de setenta, e a pedido dos países em desenvolvimento, as Nações Unidas deram início a debates no intuito de estabelecer regras de boa conduta para as empresas transnacionais.¹⁹² Como resultado desse movimento, a Comissão de Empresas Transnacionais das Nações Unidas constituiu no final da década de setenta um grupo de trabalho com o intuito de formular um Código a respeito do tema.¹⁹³

O preâmbulo do Projeto de Código¹⁹⁴ ressaltava, logo de início, que o seu objetivo era “maximizar as contribuições das empresas transnacionais para o desenvolvimento e o crescimento econômico, e minimizar os efeitos negativos das atividades dessas

¹⁹² Em 1973, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (conhecido pela sigla ECOSOC, oriunda de *United Nations Economic and Social Council*) encarregou a um grupo de pessoas eminentes a tarefa de prestar auxílio em questões relativas ao impacto das empresas transnacionais sobre o processo de desenvolvimento dos países. Em virtude da conclusão do grupo, confirmando a crescente importância que as empresas transnacionais tinham como fonte de investimento estrangeiro direto e de transferência de tecnologia, recomendou-se a criação, pela ONU, de um Centro focado no estudo das TNCs. Assim, em 1974, as Nações Unidas criou o Centro sobre Empresas Transnacionais, o qual ficou responsável por todas as questões relativas ao tema dentro do âmbito das Nações Unidas. O projeto de Código de Conduta de Empresas Transnacionais está inserido nesse cenário, na medida em que foi resultado de um trabalho do referido Centro. Em 1994, com o encerramento do Centro, o estudo das questões relativas às empresas transnacionais e ao investimento estrangeiro direto como um todo dentro das Nações Unidas passou a ser responsabilidade da UNCTAD. Para maiores informações a respeito da história do Centro, ver o seguinte sítio eletrônico: <http://unctc.unctad.org/asp/index.aspx>. Acesso em 6 de mar. 2009.

¹⁹³ SHIHATA, Ibrahim. Promotion of Foreign Direct Investment – A General Account, with Particular Reference to the Role of the World Bank Group. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, v. 6, p. 492, 1991.

¹⁹⁴ Para maiores informações a respeito das principais questões abrangidas pelo texto do Código de Conduta de Empresas Transnacionais, ver, por todas, a obra de SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 276-288.

corporações”.¹⁹⁵ Ou seja: esse documento não tinha a intenção de estabelecer princípios e regras que regulassem o comportamento do país receptor frente ao investidor; sua meta era definir como as atividades das empresas transnacionais poderiam refletir positivamente na economia daquele país.

As idéias basilares do Código podem ser resumidas nos seguintes tópicos: (a) reconhecimento da soberania do Estado sobre todo e qualquer investimento privado feito em seu território e também sobre seus recursos naturais; (b) não-interferência, por parte das empresas transnacionais, em questões internas do país receptor; (c) necessidade de adaptação das empresas transnacionais às políticas de desenvolvimento de cada país nos quais viessem a atuar.¹⁹⁶

Como consequência desses princípios gerais, o Projeto de Código impunha uma série de outras obrigações às empresas transnacionais, dentre as quais podem ser destacadas as seguintes: respeito aos objetivos sociais e culturais dos países onde operam; promoção de exportações e respeito às restrições de remessas e repatriação estabelecidas pelo país hospedeiro em momentos de dificuldades em sua balança de pagamentos; efetivo controle sobre eventuais práticas que fomentassem atos de corrupção pela administração do Estado; necessidade de proteção ao meio-ambiente e adoção de uma política de desenvolvimento de tecnologias adequadas a esse propósito.¹⁹⁷

Apesar dos grandes esforços do secretariado das Nações Unidas no intuito de transformar tal projeto em um documento que pudesse ser aceito por todos os seus países membros, seus princípios jamais foram integralmente aceitos pelos países desenvolvidos, na medida em que eram interpretados como uma posição unilateral dos países em desenvolvimento e que desconsiderava a adoção de critérios de proteção e promoção ao investimento estrangeiro.¹⁹⁸ Assim, apesar de as negociações para a aprovação de tal projeto

¹⁹⁵ Conforme redação transcrita por SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 276-288.

¹⁹⁶ HANSEN, Peter; ARANDA, Victoria. An Emerging Framework for Transnational Corporations. *Fordham International Law Journal*, v. 14, p. 886, 1991.

¹⁹⁷ SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no direito internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 184.

¹⁹⁸ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Orgs.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 480.

terem se estendido até o ano de 1992, jamais houve uma efetiva expectativa de que isso efetivamente pudesse ocorrer.¹⁹⁹

Curiosamente, o encerramento das negociações para aprovação do Código de Conduta de Empresas Transnacionais coincidiu com a tentativa dos países desenvolvidos de modificar o fórum de discussão da matéria. Em 1992, após uma solicitação inicialmente apresentada pelo governo francês, o Banco Mundial elaborou um documento que passaria a ser conhecido como suas diretrizes para o investimento estrangeiro direto (*Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*).²⁰⁰

As diretrizes do Banco Mundial tinham um objetivo absolutamente diferente daquele que se vislumbrava para o projeto de Código de Conduta de Empresas Transnacionais. Conforme exposto no relatório que acompanhou a publicação das diretrizes, o Banco Mundial tinha como meta exclusiva a apresentação de uma sugestão de princípios gerais que deveriam ser respeitados pelo Estado receptor em seu relacionamento com investidores estrangeiros; não estava entre seus objetivos sugerir regras de boa conduta por parte dos investidores.²⁰¹

Por outro lado, o relatório também reconhecia que o texto das diretrizes não representava necessariamente uma codificação daqueles princípios que já haviam sido acordados pela comunidade internacional, mas sim refletia o estágio das regras geralmente aceitas no âmbito internacional e que tinham alguma influência na promoção do investimento estrangeiro direto.²⁰² Justamente por isso, o objetivo das diretrizes era o de recomendar

¹⁹⁹ BARRETO FILHO, Fernando Paulo de Mello. *O Tratamento Nacional de Investimentos Estrangeiros*. Brasília, DF: Instituto Rio Branco, 1999, p. 66.

²⁰⁰ Para uma análise do histórico da evolução do tema no Banco Mundial até a apresentação do texto final das Diretrizes, veja-se ZERBINI, Eugenia C. G. de Jesus. Regras Multilaterais sobre o Investimento Estrangeiro. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Org.). *Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 136.

²⁰¹ Conforme o texto original do relatório dos trabalhos do comitê responsável pela elaboração das diretrizes: “The work reflected in this report differs from the task being undertaken since 1977 by the UN Centre on Transnational Corporations in at least two respects. First, the report covers general principles suggested to guide governmental behavior toward foreign investors; it does not include rules of good conduct on the part of foreign investors.” Tradução livre: “O trabalho refletido nesse relatório difere da tarefa que está sendo realizada desde 1977 pelo Centro de estudos sobre Corporações Transnacionais das Nações Unidas em pelo menos dois aspectos. Primeiro, o relatório cobre princípios gerais sugeridos para guiar o comportamento dos governos no que diz respeito ao investimento estrangeiro; ele não trata de regras de bom comportamento de parte dos investidores estrangeiros.” WORLD BANK. Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment. *International Legal Materials*, v. 31, p. 1367, 1992.

²⁰² WORLD BANK. Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment. *International Legal Materials*, v. 31, p. 1368, 1992.

princípios que pudessem ser adotados futuramente quando da celebração de TBIs, mas não se buscava o reconhecimento de tal documento como algo vinculante.²⁰³

No que diz respeito ao âmbito das diretivas, os esclarecimentos prestados no relatório demonstram que o título dado ao documento passa uma impressão equivocada, pois o seu amplo escopo englobava a apresentação de sugestões para a proteção e promoção de investimentos diretos e também de portfólio.²⁰⁴

No que tange aos padrões de tratamento que deveriam ser conferidos ao investidor estrangeiro, as diretivas não divergiam do padrão adotado na vasta maioria dos TBIs. Assim, elas recomendavam, dentre outras medidas, o respeito ao princípio do tratamento nacional e aos *standards* de tratamento justo e equitativo e de proteção e segurança plenas.²⁰⁵ Entretanto, o próprio relatório de introdução às diretivas já ressaltava as dificuldades existentes para que se dê um conteúdo definido a esse tipo de *standard* geral.²⁰⁶

Com relação ao tema da desapropriação, as diretivas propugnavam o respeito às condições comumente impostas para a verificação da legalidade do ato e defendiam que a compensação ao investidor estrangeiro deveria ser “pronta, adequada e efetiva”.²⁰⁷ Por fim, recomendavam que os países garantissem ao investidor a possibilidade de recorrer à arbitragem por meio do CIRDI com vistas a solucionar eventuais disputas relativas a investimentos.²⁰⁸

²⁰³ WORLD BANK. Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment. *International Legal Materials*, vol. 31, p. 1369-1371, 1992.

²⁰⁴ “Indeed beyond specifying that they should be private and foreign, the guidelines contain no restrictions as to the nature of the covered investments. In this respect, the guidelines would be similar to most bilateral investment treaties and multilateral instruments which either adopt broad definitions of covered investments or do not qualify them at all.” Tradução livre: Além de especificar que eles devem ser privados e estrangeiros, as diretrizes não trazem restrições à natureza dos investimentos por ela cobertos. Nesse sentido, as diretrizes seriam similares a maior parte dos tratados bilaterais e de multilaterais de investimento que ou adotam amplas definições dos investimentos por eles cobertos ou não os qualificam de qualquer modo.” *Idem*, p. 1371. Em virtude disso, discordamos de Eugênia Zerbini quando afirma que “quanto ao campo de aplicação, é interessante notar observar que não obstante a abertura à definição de investimento internacional dada pelas Convenções de Washington de 1965 e de Seul, 20 anos depois, a introdução das diretivas esclarece que as mesas aplicam-se ao Investimento Direto Estrangeiro (IED), evitando, assim, a armadilha que o MAI cairia poucos anos depois.” Conforme ZERBINI, Eugenia C. G. de Jesus. Regras Multilaterais sobre o Investimento Estrangeiro. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Rattton (Org.). *Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 141.

²⁰⁵ WORLD BANK. Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment. *International Legal Materials*, v. 31, p. 1381, 1992.

²⁰⁶ WORLD BANK. Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment. *International Legal Materials*, v. 31, p. 1373, 1992.

²⁰⁷ WORLD BANK. Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment. *International Legal Materials*, v. 31, p. 1382, 1992.

²⁰⁸ WORLD BANK. Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment. *International Legal Materials*, v. 31, p. 1384, 1992.

Pelo exposto, apesar de as diretivas não terem força vinculante, sua importância reside na consolidação dos princípios propugnados pelos países desenvolvidos até o início da década de noventa, o que permitiu, sem dúvida, o fortalecimento da posição desses países em suas negociações posteriores.²⁰⁹

3.2.3. O projeto para um Acordo Multilateral de Investimentos no âmbito da OCDE

Conforme já ressaltado, a década de noventa marcou um período de grandes mudanças na regulamentação do investimento estrangeiro direto, especialmente em virtude de um forte movimento de assinatura de TBIs, dos quais geralmente eram partes um país desenvolvido e um país em desenvolvimento. Ao firmarem tais TBIs, os países em desenvolvimento aparentavam dar sinais de mudança em sua postura com relação ao tema, pois neles aceitavam os entendimentos outrora defendidos apenas pelos países desenvolvidos.

Em virtude desses sinais, os países integrantes da OCDE consideraram que havia chegado o momento em que a comunidade internacional estava pronta para adotar um conjunto de regras multilaterais. Em 1991, a OCDE deu início a estudos para a assinatura de um futuro tratado sobre investimentos e, após quatro anos de intensos debates dentro da própria organização, as negociações para a celebração do Acordo Multilateral sobre Investimentos (doravante referido como “MAI”, sigla da expressão em inglês *Multilateral Agreement on Investment*) tiveram início em 1995.

Como ressalta Patrick Juillard, o mandato da OCDE previa a negociação de um instrumento multilateral que estabelecesse regras que visassem à ampla proteção de investimentos e à liberalização dos fluxos de capitais.²¹⁰ Para tanto, a expectativa era de que tais regras pudessem ser facilmente definidas entre os próprios países desenvolvidos, para que então, em momento posterior, o futuro tratado pudesse ser aberto aos países em desenvolvimento para adesão.²¹¹

²⁰⁹ ZERBINI, Eugenia C. G. de. Jesus. Regras Multilaterais sobre o Investimento Estrangeiro. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Org.). *Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 138.

²¹⁰ JUILLARD, Patrick. MAI: a European view. *Cornell International Law Journal*, v. 31, 1998, p. 477.

²¹¹ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 291. Contudo, é importante ressaltar que, muito embora o acordo fosse realizado dentro dos

Com o desenrolar das negociações, entretanto, verificou-se que as expectativas geradas pelo MAI não seriam cumpridas. Após a publicação da primeira minuta para discussão, organizações não-governamentais criticaram-na severamente, pois eram contrárias à visão de desenvolvimento econômico que permeava o documento. Pesaram, também, algumas preocupações regionais, como o receio de países como França e Canadá quanto a um possível ataque às suas identidades culturais, em virtude da exigência de abertura de sua indústria cultural.²¹²

Ou seja: a interrupção das negociações do MAI, três anos após o seu início, se deu exclusivamente em virtude da falta de consenso entre os próprios países desenvolvidos quanto ao conteúdo do futuro tratado. Todavia, é possível afirmar também que os países em desenvolvimento teriam ainda maiores dificuldades para conviver com os termos do acordo conforme estava proposto quando do encerramento das negociações.²¹³

O texto do projeto do MAI²¹⁴ era baseado no modelo dos TBIs firmados durante a década de noventa e também no próprio texto do Capítulo 11 do NAFTA. Assim, os objetivos principais que eram buscados podem ser resumidos nas seguintes assertivas: (a) proteção do investimento estrangeiro; (b) liberalização dos fluxos de investimento; (c) garantia de acesso do investidor à arbitragem internacional no caso de adoção de medidas desfavoráveis ao investimento por parte do Estado receptor.

O MAI garantiria, por exemplo, a aplicação dos princípios do tratamento nacional e de nação mais favorecida, sendo que o tratamento nacional seria garantido desde a fase prévia à admissão do investimento estrangeiro, o que implicaria o fim de barreiras em determinados

limites da OCDE, foi expressamente permitida a adesão de terceiros países, justamente para que outros países pudessem acrescentar suas diferentes visões a respeito do tema. Os países que mais participaram das negociações do MAI foram Argentina, Brasil, Chile, Estônia, Hong Kong, China, Letônia, Lituânia e Eslováquia. Afirmando, entretanto, que tal participação se deu mais na condição de países observadores, não tendo participado ativamente das discussões: ZERBINI, Eugenia C. G. de Jesus. Regras Multilaterais sobre o Investimento Estrangeiro. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Rattón (Org.). *Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 129.

²¹² SACERDOTI, Giorgio. Bilateral Treaties and Multilateral Instruments. *Recueil des Cours*, v. 269, p. 294, 1997.

²¹³ PERRONE-MOISÉS, Claudia. *Direito ao Desenvolvimento e Investimentos Estrangeiros*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 43.

²¹⁴ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *The Multilateral Agreement on Investment: draft consolidated text*. Geneva, 1998. Disponível em <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>. Acesso em 12 mar. 2009.

setores eventualmente fechados a investidores estrangeiros.²¹⁵ Ademais, o MAI também consagraria a aplicação da Fórmula Hull, já que, em caso de desapropriação – ou de medidas que gerassem efeitos semelhantes à desapropriação –, o investidor teria direito ao recebimento de uma indenização pronta, adequada e efetiva.

Outro tema que certamente teria grande oposição dos países em desenvolvimento seria a definição de investimento utilizada no projeto do MAI. Até o momento da interrupção das negociações, prevalecia um entendimento extremamente abrangente, que não exigia sequer a comprovação do substrato econômico do investimento e de sua contribuição para o desenvolvimento de seu Estado receptor.

Por fim, o projeto também garantia ao investidor o acesso a tribunais arbitrais, os quais poderiam ser institucionalizados (perante o CIRDI ou a Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional) ou poderiam ser *ad hoc*, seguindo as regras da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (conhecida pela sigla em inglês *UNCITRAL*).

Com as dificuldades em se estabelecer um regime multilateral de regulamentação do investimento estrangeiro no âmbito da OCDE, buscou-se transferir as discussões sobre um eventual regime multilateral sobre investimento internacional para o âmbito da OMC. Como será visto a seguir, contudo, as negociações na OMC somente possibilitaram um consenso quanto à proibição de certas medidas sobre investimento impeditivas da livre circulação de bens.

3.2.4. As regras sobre investimentos no âmbito da Organização Mundial do Comércio

Sem dúvida, a OMC é a organização que, embora lentamente, mais conseguiu avançar no que diz respeito à regulamentação multilateral do investimento estrangeiro.²¹⁶ Desde a década de oitenta, ainda durante as reuniões preparatórias para a Rodada Uruguai, os países

²¹⁵ Ressalte-se, por oportuno, que o texto permitia aos Estados-Membros a reserva em determinados setores da atividade econômica, em especial em situações em que se vislumbrava a necessidade de manutenção de monopólios estatais ou a necessidade de outorga de concessões.

²¹⁶ Para uma análise aprofundada da OMC como estrutura institucional e mecanismo de solução de controvérsias relativas ao tema do comércio internacional, veja-se AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Introdução ao direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 367-398.

desenvolvidos buscavam incluir entre os temas a serem negociados naquela rodada a questão dos investimentos estrangeiros. Como justificativa para ampliação do escopo das rodadas anteriores – que se restringiam ao comércio de bens –, esses países sustentavam que o tema dos investimentos estrangeiros guardava estreita relação com o comércio de bens, pelo que poderia causar distorções nos fluxos comerciais. Por isso, entendiam ser necessária a proibição de certas medidas contrárias ao investimento por parte dos governos nacionais e a proteção a alguns direitos dos investidores estrangeiros.²¹⁷

Assim, e apesar dos diferentes entendimentos das demais nações, os países desenvolvidos conseguiram ao menos que fossem discutidas, durante a Rodada Uruguai, medidas sobre investimentos que tivessem reflexo direto sobre o comércio internacional de bens.²¹⁸ Com isso, uma das novidades dessa rodada foi a conclusão de um acordo sobre medidas de investimento relacionadas ao comércio, também conhecido como Acordo TRIMS (sigla para a expressão em inglês *Trade Related Investment Measures*).

Muito embora o Acordo TRIMS não apresente uma definição do que sejam medidas de investimento relacionadas ao comércio, seu texto busca impedir os chamados requisitos de desempenho, que são usualmente definidos pela doutrina como (a) a imposição de determinadas exigências aos investimentos estrangeiros realizados no país, ou (b) a vinculação da concessão de benefícios aos agentes privados interessados em investir no país à adoção de determinadas medidas.²¹⁹ O anexo ao Acordo contém uma lista exemplificativa das práticas que seriam incompatíveis com tais obrigações, pela qual se depreende que o documento busca evitar a adoção de medidas que proibam a imposição de percentuais mínimos de conteúdo local na produção (regras de conteúdo local) ou restrições às importações por meio de sua vinculação a metas de exportação.²²⁰

Assim, o Acordo TRIMS serviu como um importante instrumento para o avanço dos interesses dos países desenvolvidos, pois reflete o entendimento de que medidas relativas ao

²¹⁷ NASSER, Rabih Ali. Trims: a relação entre investimentos e comércio e o controle multilateral na OMC. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Org.). *Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 151.

²¹⁸ ZERBINI, Eugênia C. G. de Jesus. *O regime internacional dos investimentos – sistemas regional, multilateral, setorial e bilateral*. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 105. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses>. Acesso em 5 mar. 2009.

²¹⁹ NASSER, Rabih Ali. Trims: a relação entre investimentos e comércio e o controle multilateral na OMC. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Org.). *Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 162.

²²⁰ Para maiores informações a respeito do conteúdo do Acordo TRIMS e do histórico que levou a sua celebração, veja-se BARRETO FILHO, Fernando Paulo de Mello. *O Tratamento Nacional de Investimentos Estrangeiros*. Brasília, DF: Instituto Rio Branco, 1999, p. 104.

investimentos vinculadas ao comércio de bens distorcem os fluxos comerciais, pelo que devem ser reguladas restritivamente pelos governos nacionais.²²¹ Seu escopo limitado, contudo, fez com que os países desenvolvidos buscassem a partir de 1996 a aprovação, no âmbito da OMC, de um acordo geral sobre investimentos, que pudesse estabelecer regras amplas de proteção aos investidores.

Nesse sentido, em 1996 a OMC instalou um grupo de trabalho para estudar os vínculos existentes entre comércio e investimentos, no intuito de auxiliar os países membros da organização em futuras negociações para o estabelecimento de um acordo geral sobre investimentos estrangeiros diretos. Entretanto, muito embora tenham havido inúmeras tentativas no intuito de dar andamento a tais negociações, os países menos desenvolvidos sempre se mostraram receosos com a extensão das regras que poderiam ser incluídas nesse tipo de acordo,²²² especialmente no que diz respeito à inclusão de proibições quanto à participação mínima de capital nacional em determinados tipos de investimentos ou mesmo quanto a exigências governamentais relativas a transferência de tecnologia.²²³

Por todo o exposto, percebe-se que a ausência de um acordo universal sobre investimentos decorre especialmente das divergentes posições tomadas pelos países com diferentes graus de desenvolvimento, posto que os interesses de nações exportadoras de capital são opostos aos de países que necessitam importar capitais.

3.3 O regime regional de proteção ao investimento estrangeiro

Muito embora as tentativas de regulamentação multilateral do tema dos investimentos estrangeiros tenham fracassado, é interessante notar que em alguns blocos regionais foi possível atingir um consenso quanto às regras que deveriam ser aplicadas à regulação dos fluxos de capitais entre seus países integrantes. Por esse motivo, considerou-se importante

²²¹ NASSER, Rabih Ali. Trims: a relação entre investimentos e comércio e o controle multilateral na OMC. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Rattton (Org.). *Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 166.

²²² MOSOTI, Victor. The WTO agreement on trade related investment measures and the flow of foreign direct investment in Africa: meeting the development challenge. *Pace International Law Review*, v. 15, p. 193-194, 2003.

²²³ Assim, ZERBINI, Eugênia C. G. de Jesus. *O regime internacional dos investimentos – sistemas regional, multilateral, setorial e bilateral*. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 109. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses>. Acesso em 5 mar. 2009.

abordar algumas dessas tentativas de sistematização regional, até mesmo para situar o leitor a respeito dos motivos que possibilitaram o sucesso dessas experiências regionais e, especialmente, para demonstrar como essas experiências regionais serviram para solidificar regras extremamente favoráveis à proteção do investidor.

Inicialmente, optou-se por estudar os protocolos de investimentos no âmbito do Mercosul, em virtude de sua proximidade com a realidade brasileira. Apesar de não estarem em vigor, os textos dos protocolos demonstram a influência da política liberal sobre a economia da América Latina durante a década de noventa e a aceitação, pelos países do Mercosul, dos postulados apresentados pelos países desenvolvidos quanto ao tema dos investimentos estrangeiros. Na sequência, faz-se uma breve abordagem das regras do NAFTA, bloco formado por Estados Unidos, Canadá e México, tido como um dos acordos sobre investimentos mais amplos em todo o mundo.²²⁴

3.3.1 Mercosul: análise dos Protocolos de Colônia e Buenos Aires

Durante a primeira metade da década de 1990, os países do Mercosul buscaram regular os investimentos estrangeiros tanto no que dizia respeito ao fluxo de capitais entre os países integrantes do bloco, como ao movimento de investimentos provenientes de terceiros Estados.²²⁵ Já em 1992 foram iniciados estudos para tanto, por meio da criação de uma comissão técnica para a promoção e proteção de investimentos, que então elaborou as minutas do que viriam a ser o Protocolo de Colônia (cujo objeto era a regulamentação do fluxo de investimentos entre os integrantes do bloco) e o Protocolo de Buenos Aires (que buscava regular a proteção ao investimento oriundo de terceiros países).²²⁶

²²⁴ SENNES, Ricardo Ubiraci; MENDES, Ricardo Camargo. O Brasil e a experiência do NAFTA no tema de investimento. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Rattón (Org.). *Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 182.

²²⁵ Para uma análise recente das razões de ordem econômica que levam os países integrantes do Mercosul a buscar novas estratégias para a atração de investimentos estrangeiros diretos, bem como sobre qual poderia ser o papel da Europa nesse processo, veja-se CRISTINI, Marcela; AMAL, Mohamed (Org.). *Investimento direto externo no Mercosul: o papel da Europa*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer-Stiftung, 2006, 178 p.

²²⁶ ZERBINI, Eugênia C. G. de Jesus. *O regime internacional dos investimentos – sistemas regional, multilateral, setorial e bilateral*. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 152. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses>. Acesso em 5 mar. 2009.

Os Protocolos foram assinados em 1994, mas jamais entraram em vigor pela falta da necessária ratificação por parte dos quatro países signatários (Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai). Enquanto o Protocolo de Colônia foi ratificado apenas pela Argentina, ao Protocolo de Buenos Aires faltou tão-somente a ratificação brasileira.²²⁷

Apesar disso, a análise desses dois instrumentos normativos²²⁸ se afigura importante, na medida em que eles davam corpo à visão dos países integrantes do bloco no início da década de 1990, qual seja, a de que era necessário o estabelecimento de um novo marco regulatório para o aumento do fluxo de capitais para a região e que somente regras internacionais poderiam garantir um ambiente satisfatório que permitiria o atingimento desse objetivo.²²⁹

3.3.1.1. O texto dos Protocolos de Colônia e Buenos Aires

O texto do Protocolo de Colônia²³⁰ apresenta muitas similitudes com as regras mais comumente adotadas nos TBIs. Nesse sentido, os países signatários, ao qualificarem as formas de investimento cobertas pelo instrumento, valeram-se da expressão ampla “todo tipo de ativo ou bem”, assim como costumeiramente feito no âmbito dos TBIs.²³¹ O objetivo,

²²⁷ O Protocolo de Colônia foi ratificado pela Argentina por meio da Lei 24.891/95, sem que tenha havido, entretanto, o depósito do instrumento de ratificação. O Protocolo de Buenos Aires foi ratificado pela Argentina por meio da Lei 24.554/96, pelo Paraguai por meio da Lei 593/95 e pelo Uruguai por meio da Lei 17531/2003. Conforme ARGERICH, Guillermo. Protocolo de inversiones extranjeras del MERCOSUR, instrumentos útiles para el siglo XXI? In: DE KLOR, Adriana Dreyzin; ARROYO, Diego P. Fernández; PIMENTEL, Luiz Otávio. *Investimentos Estrangeiros*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 208.

²²⁸ Para uma análise mais detalhada desses dois documentos, veja-se a obra de MACHADO, Luis Fernando Corrêa da Silva. *Brasil e investimentos internacionais: os acordos sobre IED firmados pelo país*. Pelotas: Editora da UFPEL, 2005, 220 p.

²²⁹ TESHIMA, Márcia. *Investimentos no Mercosul & sua proteção*. Curitiba: Juruá Editora, 2003, p. 157; ARGERICH, Guillermo. Protocolo de inversiones extranjeras del MERCOSUR, instrumentos útiles para el siglo XXI? In: DE KLOR, Adriana Dreyzin; ARROYO, Diego P. Fernández; PIMENTEL, Luiz Otávio. *Investimentos Estrangeiros*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 208.

²³⁰ MERCADO COMUM DO SUL. *Protocolo de Colônia para promoção e proteção recíproca de investimentos no Mercosul*. Disponível em www.mercosur.int. Acesso em 10 fev. 2009.

²³¹ A redação do artigo primeiro é a seguinte: “Artigo 1. Definições. Para os fins do presente Protocolo: o termo “investimento” designa todo tipo de ativo, investido direta ou indiretamente, por investidores de uma das Partes Contratantes no território de outra Parte Contratante, em conformidade com as leis e a regulamentação dessa última. Inclui, em particular, ainda que não exclusivamente: a) a propriedade de bens móveis e imóveis, assim com os demais direitos reais, tais como hipotecas, cauções e penhoras; b) ações, quotas societárias e qualquer outro tipo de participação em sociedades; c) títulos de crédito e direitos sobre obrigações que tenham um valor econômico; os empréstimos estarão incluídos somente quando estiverem diretamente vinculados a um investimento específico; d) direitos de propriedade intelectual ou imaterial, incluindo direitos de autor e de

portanto, era ampliar o âmbito de aplicação do Protocolo também aos investimentos de portfólio.

No que diz respeito à definição do investidor pessoa física, o Protocolo de Colônia foi ainda mais abrangente do que a prática dos TBIs consagra, ao definir que é investidor “toda pessoa física que seja nacional de uma das Partes Contratantes ou resida de maneira permanente ou se domicilie em seu território, em conformidade com sua legislação”. Normalmente, os tratados reconhecem como investidor somente o nacional de uma das Partes Contratantes, não fazendo menção a residentes permanentes. Por outro lado, o documento também trazia uma importante exceção, ao estabelecer que suas disposições não eram aplicáveis àqueles nacionais de uma Parte Contratante que, no momento da realização do investimento noutro país, já residissem de forma permanente ou tivessem domicílio no território desse último.²³²

Ao estipular os critérios de definição do que seja uma pessoa jurídica investidora, o Protocolo de Colônia aplicou dois critérios simultaneamente: somente aquela pessoa jurídica constituída em conformidade com as leis de uma das Partes Contratantes e que nela mantivesse sua sede poderia ser considerada uma pessoa jurídica investidora. Além disso, o Protocolo também acrescenta que a pessoa jurídica constituída no território onde se realiza o investimento também seria considerada como investidora, desde que controlada, direta ou indiretamente, pelo estrangeiro.²³³

No que diz respeito às cláusulas de tratamento do investimento estrangeiro, o Protocolo de Colônia adota as cláusulas de praxe, como a de tratamento justo e equitativo e de proteção legal plena. Interessante notar, apenas, que as cláusulas de tratamento nacional de nação mais favorecida tiveram seu âmbito de aplicação restringido, na medida em que cada

propriedade industrial, tais como patentes, desenhos industriais, marcas, nomes comerciais, procedimentos técnicos, knowhow e fundo de comércio; e) concessões econômicas de direito público conferidas em conformidade com a lei, incluindo as concessões para a pesquisa, cultivo, extração ou exploração de recursos naturais.”

²³² Assim dispõe o Protocolo a respeito do tema: “2. O termo “investidor” designa: a) toda pessoa física que seja nacional de uma das Partes Contratantes ou resida de maneira permanente ou se domicilie em seu território, em conformidade com a sua legislação. As disposições deste Protocolo não se aplicarão aos investimentos realizados por pessoas físicas que sejam nacionais de uma das Partes Contratantes no território de outra Parte Contratante, se tais pessoas, na data do investimento, residirem de forma permanente ou se domiciliarem nessa última Parte Contratante, a menos que se prove que os recursos referentes a esses investimentos provêm do exterior”.

²³³ Assim dispõe o texto original: “2. O termo “investidor” designa: (...) b) toda pessoa jurídica constituída em conformidade com as leis e regulamentos de uma Parte Contratante e que tenha sua sede no território da referida Parte Contratante; c) as pessoas jurídicas constituídas no território onde se realiza o investimento, efetivamente controladas, direta ou indiretamente, por pessoas físicas ou jurídicas definidas em a) e b).”

país apresentou uma lista de setores de sua economia aos quais essas duas regras não seriam aplicáveis. A cláusula de nação mais favorecida ainda sofreria mais uma restrição, por não se aplicar aos casos de privilégios concedidos em acordo internacional relativo à matéria tributária.²³⁴

O tema das desapropriações também foi objeto de redação bastante semelhante à adotada nos TBIs. Para que a desapropriação fosse legal, ela deveria (a) ser não-discriminatória; (b) ter uma finalidade pública; (c) obedecer o devido processo legal; (d) ser acompanhada de compensação prévia, adequada e efetiva.²³⁵ Não houve a intenção, contudo, de equiparar uma desapropriação a eventuais atos que pudessem ser vistos como desapropriações indiretas.²³⁶

Por fim, o Protocolo de Colônia garantia ao investidor o direito de submeter eventual disputa (a) aos tribunais competentes da Parte Contratante em cujo território foi realizado o investimento, ou, alternativamente, (b) à arbitragem internacional, por meio de recurso ao CIRDI ou a um tribunal de arbitragem *ad hoc* estabelecido de acordo com as regras de arbitragem da UNCITRAL. O Protocolo, contudo, trazia um importante acréscimo: antes do recurso a qualquer das vias legais, as Partes deveriam procurar resolver a controvérsia por meio de consultas amistosas durante um período de seis meses. Somente após esse período, e permanecendo a controvérsia, o investidor poderia optar por uma das vias judiciais que lhe eram disponibilizadas.

O texto do Protocolo de Buenos Aires,²³⁷ em linhas gerais, é bastante semelhante ao do Protocolo de Colônia. Em algumas disposições, entretanto, pequenas variações na

²³⁴ ARGERICH, Guillermo. Protocolo de inversiones extranjeras del MERCOSUR, instrumentos útiles para el siglo XXI? In: DE KLOR, Adriana Dreyzin; ARROYO, Diego P. Fernández; PIMENTEL, Luiz Otávio. *Investimentos Estrangeiros*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 213.

²³⁵ É importante ressaltar, aqui, que não se desconhece os importantes entraves existentes no ordenamento jurídico brasileiro e que poderiam impedir o cumprimento, pelo Estado brasileiro, da regra de “compensação prévia, adequada e efetiva.” Muito embora esse tema seja tratado com mais vagar na Seção 4, desde logo lembra-se importante lição de José Carlos de Magalhães, que em 1998 já apontava para o fato de que o pagamento de qualquer indenização no Brasil depende da observância de regras constitucionais, nelas incluídas a observância do princípio do contraditório, a avaliação prévia do valor da propriedade desapropriada e a submissão ao regime de precatórios. MAGALHÃES, José Carlos de. Os acordos de promoção e proteção de investimentos. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José R. Franco da. (Orgs.). *O Direito Internacional no terceiro milênio – estudos em homenagem a Vicente Marrota Rangel*. São Paulo, LTr, 1998, p. 881.

²³⁶ Texto original: “Nenhuma das Partes Contratantes tomará medidas de nacionalização ou desapropriação nem qualquer outra medida que tenha o mesmo efeito, contra investimentos que se encontrem em seu território e que pertençam a investidores de outra Parte Contratante, a menos que tais medidas sejam tomadas por razões de utilidade pública, sobre uma base não discriminatória e de acordo com o devido processo legal. As medidas serão acompanhadas de disposições para o pagamento de uma compensação prévia, adequada e efetiva.”

²³⁷ MERCADO COMUM DO SUL. *Protocolo de Buenos Aires para promoção e proteção de investimentos provenientes de Estados não partes do Mercosul*. Disponível em www.mercosur.int. Acesso em 10 fev. 2009.

terminologia empregada demonstram que a intenção das Partes era a de dar ao investimento oriundo de terceiros Estados um tratamento um pouco distinto daquele conferido no âmbito do Protocolo de Colônia. Nesse sentido, ao tratar do pagamento de indenizações em caso desapropriação, o Protocolo de Buenos Aires, ao invés de se utilizar da conhecida expressão “indenização pronta, adequada e efetiva”, tão-somente menciona que a quantia a ser paga ao investidor deverá ser “justa, adequada, imediata ou oportuna”.²³⁸ Aqui, existe uma clara tentativa de evitar a utilização dos termos da Fórmula Hull, o que gera dúvidas na doutrina a respeito de como tal cláusula seria interpretada em uma hipotética disputa com base nesse Protocolo.²³⁹

Pelo exposto, o estudo dos Protocolos de Colônia e Buenos Aires demonstra que os países do Mercosul tinham, até o início da década de noventa, uma posição de meros países importadores de capital. Prova disso é que o texto desses documentos não trazia qualquer cláusula que tratasse de uma eventual cooperação econômica entre os países signatários, mas tão-somente tinha como objetivo garantir o estabelecimento de um regime jurídico que aumentasse o fluxo de investimentos para os países do bloco.

3.3.2 O NAFTA e seu Capítulo 11

Em vigor desde 1994, o NAFTA é tido como um dos primeiros acordos regionais a contar com uma sistematização clara e ampla do tema dos investimentos estrangeiros, tanto que o objetivo principal do Capítulo 11 do tratado de constituição do NAFTA é estabelecer o livre fluxo de investimentos dentre os países membros, dando-se ênfase a altos padrões de tratamento e de proteção do investimento estrangeiro. Nesse sentido, o acordo regional

²³⁸ “Assim foi redigida a cláusula: 1 - Nenhum dos Estados-Partes tomará medidas de nacionalização ou desapropriação ou qualquer outra medida de efeito semelhante contra investimentos que se encontrem em seu território e que pertençam a investidores de Terceiros Estados, a menos que tais medidas sejam tomadas por motivos de utilidade pública ou de interesse social, em bases não discriminatórias e mediante o devido processo legal. As medidas serão acompanhadas de disposições para o pagamento de uma indenização justa, adequada, imediata ou oportuna.”

²³⁹ ZERBINI, Eugênia C. G. de Jesus. *O regime internacional dos investimentos – sistemas regional, multilateral, setorial e bilateral*. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 13-48. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses>. Acesso em 5 mar. 2009.

incorporou grande parte dos princípios e regras comumente encontrados no modelo de TBI adotado pelos Estados Unidos.²⁴⁰

O texto do Capítulo 11 esclarece que o tratado é aplicável aos investimentos realizados por investidores legalmente estabelecidos em qualquer dos países membros do NAFTA, ainda que na condição de filial ou subsidiária, independentemente do país de origem. Assim, por exemplo, uma companhia mexicana detida integralmente por acionistas franceses é considerada como um investidor para fins do Capítulo 11.²⁴¹

Os *standards* gerais, tipicamente encontrados nos TBIs, também norteiam o regime aplicável aos investimentos no NAFTA: tratamento nacional, inclusive em período prévio à admissão do investimento; tratamento de nação mais favorecida; tratamento justo e equitativo; proteção e segurança completas. Ademais, o tratado também proíbe o estabelecimento de exigências de desempenho, sejam elas critérios de desempenho de exportação, limitação de importação de insumos, obrigatoriedade de aquisição local de insumos ou o dever de transferir tecnologia.²⁴²

No que diz respeito à desapropriação de bens, somente são permitidas nacionalizações que tenham por finalidade o interesse público, que não sejam discriminatórias e cuja indenização ao corresponda ao valor de mercado do investimento. Como ressalta Eugenia Zerbini, a compensação deve ser pronta, adequada e efetiva, ainda que esses requisitos não tenham sido mencionados textualmente.²⁴³

Quanto à arbitragem de eventuais disputas, o tratado prevê que o investidor poderá optar por uma arbitragem sob as regras do CIRDI ou então por um painel arbitral *ad hoc* baseado nas regras da UNCITRAL. Aqui, é interessante ressaltar que o Canadá e o México não fazem parte do CIRDI, razão pela qual foi estabelecida sua submissão às regras ao Mecanismo Complementar daquela organização. Lembre-se, todavia, que a execução das decisões proferidas pelos árbitros com base no Mecanismo Complementar do CIRDI depende

²⁴⁰ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 289.

²⁴¹ ALVAREZ, Guillermo Aguilar. The new face of investment arbitration: NAFTA Chapter 11. *Yale Journal of International Law*, v. 28, p. 372, 2003.

²⁴² Assim, ZERBINI, Eugênia C. G. de Jesus. *O regime internacional dos investimentos – sistemas regional, multilateral, setorial e bilateral*. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 65. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses>. Acesso em 5 mar. 2009.

²⁴³ ZERBINI, Eugênia C. G. de Jesus. *O regime internacional dos investimentos – sistemas regional, multilateral, setorial e bilateral*. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 67. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses>. Acesso em 5 mar. 2009.

das leis do local em que for executada, bem como permite que uma das partes requeira a revisão da decisão por tribunais estatais.

Assim, muito embora o regime regional adotado pelo NAFTA seja considerado como o maior exemplo de um modelo liberalizador dos fluxos de investimentos, é interessante notar que esse mesmo sistema ilustra bem uma situação em que um país tradicionalmente tido como exportador de capitais passa a ser demandado por investidores estrangeiros em virtude de medidas adotadas por suas autoridades governamentais. Nos últimos anos, inúmeras decisões arbitrais foram consideradas pelos Estados Unidos como uma afronta a medidas adotadas por seus poderes executivo e judiciário, o que inclusive gerou discussões no âmbito do poder legislativo daquele país quanto a eventual necessidade de revisão do tratado no intuito de garantir a soberania das leis nacionais sobre investimento realizados em seu território.²⁴⁴ Da mesma forma, os governos dos três países integrantes do NAFTA valeram-se do fato de que as decisões exaradas por tribunais do ICSID com base no Mecanismo Complementar dependem da participação dos tribunais locais para buscar a revisão dos laudos frente a suas cortes nacionais, o que é considerado por alguns doutrinadores como uma clara tentativa de desqualificar as decisões exaradas no âmbito internacional.²⁴⁵

Pelo que foi brevemente exposto, percebe-se que nem mesmo o regime regional do NAFTA, construído para espelhar os princípios mais favoráveis à liberalização dos investimentos internacionais passou ileso às tentativas de manutenção da soberania dos países sobre seus assuntos internos. Nesse sentido, destaque-se a própria postura norte-americana, país tradicionalmente favorável à proteção dos investidores e que, ao se defrontar com demandas de investidores estrangeiros em seu território, adotou postura não muito diferente daquela que os países em desenvolvimento costumam tomar quando se encontram em um litígio contra investidores norte-americanos.

²⁴⁴ ALVAREZ, Guillermo Aguilar. The new face of investment arbitration: NAFTA Chapter 11. *Yale Journal of International Law*, v. 28, p. 384-385, 2003.

²⁴⁵ Para uma análise da discussão a respeito do tema, bem como de algumas disputas em que os governos dos três países intentaram revisar os termos dos laudos arbitrais frente a suas cortes nacionais, ver os seguintes artigos: BROWER, Charles H. Investor-State disputes under NAFTA: the empire strikes back. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 40, p. 43-88, 2001; THOMAS, J. C. A reply to Professor Brower. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 40, p. 433-463, 2001.

4 OS PAÍSES EMERGENTES COMO EXPORTADORES DE CAPITAL E SUA PARTICIPAÇÃO NO SISTEMA DE PROTEÇÃO AO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

A partir do final da década de noventa, o surgimento de um novo cenário econômico fez com que alguns países em desenvolvimento passassem a ser importantes atores para o crescimento global, especialmente em virtude do estímulo à internacionalização de suas grandes e até mesmo médias empresas.²⁴⁶

Dados oficiais demonstram que o valor total de investimentos diretos feitos por empresas localizadas em países em desenvolvimento alcançou a quantia de cento e trinta e três bilhões de dólares em 2005, o que representa cerca de dezessete por cento de todos os investimentos estrangeiros diretos feitos naquele ano. No mesmo período, ainda, o estoque de investimentos diretos oriundos de países em desenvolvimento chegou a quase um trilhão e meio de dólares, quantia equivalente a treze por cento de todo o investimento direto existente no planeta até então.²⁴⁷ Ao se recordar que os investimentos estrangeiros diretos oriundos de países em desenvolvimento representavam apenas três por cento do montante global no período entre 1978 e 1998,²⁴⁸ não restam dúvidas de que essa fase traz mudanças significativas ao fluxo mundial de investimentos diretos.

Poucos são, entretanto, os países em desenvolvimento que possuem as condições de realizar investimentos diretos no exterior em larga escala. Ao final do ano de 2005, dez países - dentre os quais Brasil, China e África do Sul - eram responsáveis por oitenta e três por cento de todo o investimento direto proveniente de países em desenvolvimento.²⁴⁹ Essa internacionalização, portanto, é um fenômeno que não afetou todos os países em desenvolvimento, mas apenas um pequeno grupo deles, os chamados países emergentes.

²⁴⁶ Para uma interessante análise de casos de algumas empresas oriundas de países emergentes – dentre eles Brasil, México, China e Índia – que se tornaram líderes mundiais em suas áreas de atuação, veja-se AGTMAEL, Antoine van. *The Emerging Markets Century: how a new breed of world-class companies is overtaking the world*. New York: Free Press, 2007, 384 p.

²⁴⁷ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2006*. New York: United Nations Publication, 2007, p. 105.

²⁴⁸ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2006*. New York: United Nations Publication, 2007, p. 7.

²⁴⁹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2006*. New York: United Nations Publication, 2007, p. 113.

Ressalte-se que este novo fenômeno em que estão envolvidos os países emergentes transformou – aparentemente de modo irremediável – o relacionamento entre os países em desenvolvimento como um todo. Antes da década de noventa, esse grupo tinha uma postura *homogênea* quanto ao tema dos investimentos, visto que os países que o compunham eram pura e exclusivamente importadores de capital. Por isso, interpretavam os TBIs como ferramentas para atrair investimentos, não para proteger seus investidores; conseqüentemente, não tinham interesse em assinar esse tipo de tratado com outros países do sul, já que esses últimos não tinham capitais a exportar. Mais recentemente, contudo, o grupo dos países em desenvolvimento passou a ser *heterogêneo*, pois, enquanto os países emergentes passaram a ter grande volume de capitais no exterior e começaram a se preocupar com os interesses de seus nacionais, os demais continuam sendo, quase exclusivamente, receptores de investimentos.²⁵⁰

Some-se a isso que boa parte dos capitais oriundos de países emergentes tem como destino outros países em desenvolvimento, o que gera um fluxo de capitais no eixo “Sul-Sul” de magnitude sem precedentes. Estudos demonstram que trinta por cento do investimento direto recebido por países em desenvolvimento a partir do final da década passada têm origem na cooperação Sul-Sul,²⁵¹ e a importância do Brasil nesse processo não pode ser desconsiderada. De acordo com dados da UNCTAD, Brasil, China, Hong Kong, México e Cingapura foram responsáveis por quase metade de todos os investimentos diretos recebidos por países em desenvolvimento durante o ano de 2005.²⁵² Como seria de se esperar, essa mudança também provocou alterações no que diz respeito ao número de TBIs firmados entre países em desenvolvimento, e não chega a ser surpreendente o fato de que, ao final de 2004, aproximadamente vinte e cinco por cento dos TBIs em vigor no mundo eram do tipo “Sul-Sul”.²⁵³

Assim, o objetivo desta seção é o de trazer ao leitor algumas considerações a respeito desse novo movimento de assinatura de TBIs entre países do Sul, bem como verificar qual a

²⁵⁰ A caracterização da postura dos países em desenvolvimento inicialmente como homogênea e posteriormente como heterogênea é utilizada no artigo de CONGYAN, Cai. Change of the structure of international investment and the development countries’ BIT Practice – towards a third way of BIT Practice. *Journal of World Investment & Trade*, v. 8, n. 6, p. 832-833, 2007.

²⁵¹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *South-South Investment Flows – a potential for developing country governments to tap for supply capacity building*, 2004, p. 3. Disponível em www.g77.org. Acesso em: 5 mar. 2009.

²⁵² UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2006*. New York: United Nations Publication, 2007, p. 5.

²⁵³ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *South-South Cooperation in International Investment Arrangements*. New York: United Nations Publication, 2005, p. 6.

política que os países emergentes têm adotado para defender os interesses de seus investidores. Ao final, pretende-se apresentar um contributo para futuras reflexões sobre a postura adotada pelo Brasil para promoção e proteção dos investimentos diretos de seus nacionais no exterior.

4.1 Os tratados bilaterais de investimento “Sul-Sul” e a postura dos países emergentes

Não é de hoje que a cooperação entre os países do Sul no tema da promoção do fluxo de investimentos estrangeiros chama a atenção da comunidade internacional. Em 2005, a UNCTAD publicou um estudo exclusivamente destinado à análise desse fenômeno, dando especial ênfase aos tipos de cláusulas e garantias constantes nos TBIs “Sul-Sul”. Uma das metas desse órgão, aliás, é aumentar o nível de cooperação entre esses países, garantindo uma maior aproximação econômica e social entre eles.²⁵⁴

Em seu estudo, contudo, a UNCTAD verificou duas realidades distintas: (a) os TBIs “Sul-Sul” não se diferenciam dos tratados “Norte-Sul” em seu objetivo geral, que segue sendo a facilitação dos fluxos de investimento (ou seja, a partir do momento em que os países emergentes passaram a ocupar a posição de exportadores de capital, começaram a valorizar a importância que os TBIs têm no estabelecimento de um regime de proteção ao investidor); (b) apesar disso, nesses instrumentos existe espaço para o reconhecimento das necessidades dos países menos desenvolvidos, bem como para o estabelecimento de regras que concedam a essas nações benefícios frente ao outro Estado Contratante.²⁵⁵ Nesse sentido, o professor mexicano Ignacio Gómez-Palacio destacou, na última conferência da *International Law Association*, realizada no Rio de Janeiro em agosto de 2008, que esses novos TBIs “Sul-Sul” estabelecem uma série de regras mais restritas para a atuação do investidor, inclusive dele exigindo o cumprimento de requisitos de performance para que possa valer-se dos benefícios conferidos pelos tratados.²⁵⁶

²⁵⁴ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *South-South Cooperation in International Investment Arrangements*. New York: United Nations Publication, 2005, 93 p.

²⁵⁵ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *South-South Cooperation in International Investment Arrangements*. New York: United Nations Publication, 2005, p. 31.

²⁵⁶ GÓMEZ-PALACIO, Ignacio. *Bilateral investment treaties: recent developments*, p. 2. Documento distribuído durante a Conferência da *International Law Association* realizada no Rio de Janeiro em 18 de Agosto de 2008.

O estudo da UNCTAD, portanto, parece demonstrar que o movimento “Sul-Sul” visa garantir a proteção dos investidores estrangeiros oriundos de países emergentes, mas sem descuidar das necessidades dos países menos desenvolvidos. Ao se aprofundar a pesquisa sobre o tema, verificou-se que a discussão relativa a esses dois objetivos aparentemente conflitantes não vem sendo abordada somente pelo referido órgão, mas também pela doutrina especializada de alguns países emergentes, especialmente a China.

Por sua importância, transcreve-se aqui o entendimento de Cai Congyan, secretário-geral da Sociedade Chinesa de Direito Internacional Econômico, que explicita com muita clareza tanto a falência do modelo *conservador* de TBI (ou seja, aquele que não se preocupa com os interesses do investidor estrangeiro), quanto do modelo *liberal* (que somente impõe obrigações ao país receptor, sem responder às suas necessidades de desenvolvimento econômico):

The question, however, is what developing countries as capital importers really want to gain from South-South BIT, either in order to effectively attract investment from other developing countries, or in order to make it function to confront with liberal North-South BIT only? In the author's opinion, though the latter one should not be criticized as wholly unjustified, the former one should be firmly established as the primary foundation in South-South BIT practice. The reason is that what the private investors from developing countries are really concerned about with is the same as that of private investors from developed countries, namely, investment security and investment profit. In other words, though South-South BIT is expected to serve as a means to promote South-South cooperation, private investors from developing countries may 'vote by feet', that is, decide not to invest in other developing countries if they find the conservative South-South BIT couldn't provide their investments with effective protection.

(...)

However, the question is how developing countries as capital exporters define the role of South-South BIT in the course of South-South cooperation and the construction of NIEO? (...) Obviously, if those developing countries as capital exporters insist on concluding liberal South-South BIT, they not only directly contradict the traditional role of BIT in NIEO and current expectation of UNCTAD toward South-South BIT, but also make those developing countries as capital importers fettered by investment disputes. For those developing countries as capital exporters, the potential risks should not be ignored at all.

(...)

Therefore, BIT should not be regarded as solely an instrument of attracting or protecting foreign investment, but as a means of effective realization of national development strategy. Along this line, the traditional framework of BIT, which concentrated on investment protection and investment admission and resulted in the so-called dichotomy between conservatism and liberalization, should be reconstructed. Generally speaking, such reconstruction should be conducted from two perspectives: first, traditional

*contents, e.g. rules of investment protection, should be more flexible (but not necessarily conservative). (...) Second, new contents, e.g. rules of corporate social responsibility, which is inductive to realize national development strategy, should be addressed. On the other hand, development-oriented means that developing countries should conduct BIT practice according to specific stage of national development.*²⁵⁷

A prática de assinatura de TBIs “Sul-Sul” da China parece comprovar que o país efetivamente vem adotando uma postura de composição desses interesses aparentemente conflitantes. Outrora um país manifestamente contrário à submissão de disputas relativas a investimentos à arbitragem internacional, entre 1998 e 2007 a China assinou vinte e nove tratados conferindo seu consentimento *ex ante* à jurisdição do CIRDI. O interessante, entretanto, é que nada menos que vinte e três contrapartes nesses tratados são países em desenvolvimento, ou seja, nações que muito mais recebem investimentos diretos da China do que lhe exportam capital.²⁵⁸

²⁵⁷ Tradução livre: A questão, entretanto, é saber o que os países em desenvolvimento, como importadores de capital, realmente esperam ganhar com os BITs Sul-Sul, seja no intuito de efetivamente atrair investimentos de outros países em desenvolvimento ou de apenas fazê-los funcionar como uma ferramenta para confrontar os liberais TBIs Norte-Sul? Na opinião do autor, embora a segunda hipótese não deva ser criticada como totalmente injustificada, a primeira hipótese é que deve ser firmemente reconhecida como o fundamento primário da prática dos TBIs Sul-Sul. A razão é que aquilo com que os investidores de países em desenvolvimento realmente estão preocupados é a mesma preocupação de investidores privados de países desenvolvidos, isto é, a segurança de seus investimentos e a margem de lucratividade. Em outros palavras, embora espere-se que os TBIs Sul-Sul sirvam como meios para a promoção da cooperação Sul-Sul, investidores privados de países em desenvolvimento podem decidir não investir em outros países em desenvolvimento se eles entenderem que um TBI Sul-Sul em bases conservadoras não possa garantir aos seus investimentos a necessária proteção. (...) Entretanto, a questão é como os países em desenvolvimento que são exportadores de capital irão definir o papel dos TBIs Sul-Sul durante a cooperação Sul-Sul e a construção da Nova Ordem Econômica Internacional? (...) Obviamente, se os países em desenvolvimento exportadores de capital insistirem na conclusão de TBIs Sul-Sul liberais, eles não apenas contrariarão o papel tradicional dos BITs desempenhado na Nova Ordem Econômica Internacional e a atual expectativa da UNCTAD para os TBIs Sul-Sul, mas também farão com que os países em desenvolvimento que importam capitais sejam submetidos a inúmeras disputas relativas a investimentos. (...) (...) Portanto, um TBI não deve ser considerado somente um instrumento de atração ou promoção do investimento estrangeiro, mas como uma ferramenta para a efetiva realização da estratégia de desenvolvimento nacional. Nesse sentido, a tradicional moldura dos TBIs, que se concentrava na proteção e admissão de investimentos e resultou na chamada dicotomia entre conservadorismo e liberalização, deve ser reconstruída. Em termos gerais, essa reconstrução deve ser conduzida em duas perspectivas: a primeira, *conteúdos tradicionais*, e.g. regras de proteção de investimento, devem ser mais flexíveis (mas não necessariamente conservadoras). (...) Segundo, *novos conteúdos*, e.g. regras de responsabilidade social, que são importantes para o desenvolvimento de uma estratégia nacional de desenvolvimento, devem ser abordadas. Por outro lado, a orientação ao desenvolvimento significa que os países em desenvolvimento devem conduzir a sua prática de assinatura de BITs *de acordo com o estágio de seu desenvolvimento nacional*.” CONGYAN, Cai. Change of the structure of international investment and the development countries’ BIT Practice – towards a third way of BIT Practice. *Journal of World Investment & Trade*, v. 8, n. 6, p. 841-844, 2007.

²⁵⁸ CHEN, An. Distinguishing two types of countries and properly granting differential reciprocity treatment. *Journal of World Investment and Trade*, v. 8, n. 6, p. 782, 2007. A lista de países com os quais a China assinou

Por um lado, não há dúvidas de que essa política chinesa demonstra um temor que outrora seria tido como um sentimento típico de um país desenvolvido: o medo de submeter eventuais controvérsias às cortes do país receptor do investimento. Esse sentimento, aliás, sequer é escondido pela doutrina chinesa:

As is well known, developing countries and developed countries are the two major types of countries in the world today. It is a fact that the legal protection for foreign investment is not sufficiently sound in some developing countries due to their imperfect legal systems, lack of a high-level law-ruling and effectiveness of local remedies. Consequently, China's investments in these countries may fail to receive sufficient legal protection, which may in turn expose such investments to more or higher political risks. In the light of such specific situation, the high standards protection for FDI or China's investments should be granted to each other in the BITs concluded between China and these developing countries as described above. Such protection may include mutually extending complete consent to submit FDI or China's investments disputes within the territory each of the host state to ICSID, so as to make up for the inadequacy and deficiencies of local remedies, and to seek fair and just settlement of the disputes.²⁵⁹

Poder-se-ia alegar, portanto, que essa postura demonstra a disposição do Estado chinês de estabelecer uma distinção clara no conteúdo de seus TBIs, distinção essa que depende sensivelmente da posição ocupada pelo país em cada uma de suas relações bilaterais. Entretanto, muito embora não se tenha dúvidas de que a principal intenção chinesa ao estabelecer essa diferenciação seja a de maximizar os seus benefícios econômicos por meio da assinatura de TBIs (um interesse legítimo, diga-se desde logo), também é interessante perceber que o país parece pronto a garantir aos países menos desenvolvidos um tratamento

esse tipo de TBI é a seguinte: Barbados, Congo, Botswana, Serra Leoa, Moçambique, Quênia, Jordânia, Holanda, Burma, Chipre, Bosnia Herzegovina, Trinidad e Tobago, Costa do Marfim, Guiana, Djibouti, Alemanha, Letônia, Uganda, Tunísia, Finlândia, Benin, Coréia do Norte, Espanha, República Checa, Portugal, Vanuatu, Rússia, Índia e Ilhas Seychelles.

²⁵⁹ Tradução livre: “Como se sabe, países em desenvolvimento e países desenvolvidos são os dois principais tipos de países no mundo hoje. Devido à imperfeição de seus sistemas jurídicos e à falta de efetividade das ferramentas jurídicas locais, a proteção jurídica ao investimento estrangeiro não é suficiente em alguns países em desenvolvimento. Consequentemente, os investimentos da China nesses países podem não receber uma proteção jurídica suficiente, o que pode expor tais investimentos a maiores riscos políticos. Nessa situação específica, os altos padrões de proteção ao investimento estrangeiro devem ser conferidas a cada um dos países em desenvolvimento que assinar um TBI com a China. Tal proteção pode incluir o consentimento mútuo ao CIRDI de disputas relativas a investimentos, para que se superem as deficiências das ferramentas jurídicas locais e para que se alcance uma resolução justa das disputas.” CHEN, An. Distinguishing two types of countries and properly granting differential reciprocity treatment. *Journal of World Investment and Trade*, v. 8, n. 6, p. 781, 2007.

preferencial e especial no relacionamento com a China. Essa postura é assim descrita pela doutrina chinesa:

One of the typical means of developed countries is to adhere to the absolute and non-differential 'equal treatment' by applying unified standards with developing countries bearing great economic disparities and wide gaps comparing with them. (...) This actually covers the inequality in nature with the equality in form. Therefore, to overcome the shortcoming of modern BITs which are seemingly equal and mutual beneficial but essentially unfair, China should distinguish two types of countries, reset the standards of differential reciprocity and grant properly differential treatment in future BIT negotiations or revisions. This approach means China need to clearly restrict and exclude the wide application scope of MFN treatment, and properly and respectively consider the concrete conditions of its BIT counterparts including their different economic development levels, economic strength, the ratio between their investment in China and Chinese investment vice versa, the difference of political risks and legal protection systems for/to FDI within their territories, the different capability of handling litigation and international arbitration, and the different needs to safeguard essential national security.²⁶⁰

Por outro lado, os autores chineses também apontam um outro importante motivo para a China firmar TBIs que estejam de acordo com as necessidades das nações menos desenvolvidas: a manutenção do papel do país como um dos líderes do processo de cooperação Sul-Sul – posição esta que, nos parece, interessa a todos os países emergentes, inclusive ao Brasil. Veja-se:

(...) from the perspective of capital exporters in other developing countries, since substantial Chinese outward investment is conducted in African and Latin American areas where Chinese investors are exposed to potential great political risks (...) China should persuade these countries to realize

²⁶⁰ Tradução livre: “Uma das típicas ferramentas aplicadas por países desenvolvidos é a utilização do princípio absoluto de ‘tratamento equânime’ e da aplicação de padrões unificados em suas relações com países em desenvolvimento que apresentam grandes disparidades econômicas quando comparados aos países desenvolvidos. Isso, na verdade, encoberta a iniquidade existente entre esses países por meio de uma igualdade formal. Portanto, para superar as falhas dos TBIs modernos, que são mutualmente benéficos mas essencialmente injustos, a China deve *distinguir dois tipos de países, reestabelecer o tratamento de reciprocidade diferenciada e conferir tratamento diferenciado* em futuras negociações ou revisões de TBIs. Essa postura implica que a China deve claramente restringir e excluir o amplo escopo de aplicação da cláusula de tratamento de nação mais favorecida e considerar as condições concretas das contrapartes em seus TBIs, incluindo seus diferentes níveis de desenvolvimento econômico, a relação entre o volume de seus investimentos na China e de investimentos chineses em seu território, os diferentes riscos políticos e sistemas jurídicos de proteção para o investimento estrangeiro direto em seus territórios, as diferentes possibilidades de lidar com a arbitragem internacional, e as diferentes necessidades de garantir a segurança nacional.” CHEN, An. Distinguishing two types of countries and properly granting differential reciprocity treatment. *Journal of World Investment and Trade*, v. 8, n. 6, p. 787, 2007.

*that both liberal and conservative South-South BIT are not in their national interest; on the other hand, China itself should be aware that both liberal and conservative South-South BIT probably damaged her own national interest: as to the former, China's leading role in South-South cooperation may be questioned; as to the latter, Chinese outward investment couldn't be afforded with effective protection. The sensible choice is that the framework and specific rules of BIT should be designed along the line of Development-Oriented and beyond the dichotomy of conservativeness and liberalization.*²⁶¹

Essa postura da China e de outros países não passou despercebida nos estudos da UNCTAD, a qual afirma que o reconhecimento dos diferentes estágios de desenvolvimento econômico entre as partes signatárias de um tratado e a necessidade de facilitar uma integração econômica mais efetiva dos países menos desenvolvidos é um objetivo comum e recorrente dos TBIs firmados no âmbito da cooperação Sul-Sul.²⁶²

Em 2002, por exemplo, a China e a Associação de Nações do Sudeste Asiático (doravante denominada ASEAN, sigla para *Association of Southeast Asian Nations*)²⁶³ assinaram um *Framework Agreement* no intuito de estabelecer as bases para uma maior cooperação econômica entre tais países. Um dos objetivos expressos no documento é o de promover o aumento de fluxo de capitais entre esses países por meio do estabelecimento de um regime de investimento aberto e competitivo.²⁶⁴ A simples leitura desse dispositivo,

²⁶¹ Tradução livre: “na perspectiva de exportadores de capital para outros países em desenvolvimento, e considerando que considerável parte do investimento exportado pela China tem como destino áreas da África e da América Latina onde os investidores chineses estão expostos a grandes riscos políticos em potencial, (...) a China deve persuadir esses países a entender que tanto os modelos de TBI conservador e liberal não atendem seus maiores interesses; por outro lado, a própria China deve se conscientizar que tanto os modelos liberal como conservador de TBI provavelmente trariam danos aos seus próprios interesses nacionais: o primeiro poderia trazer questionamentos ao papel de liderança da China no cenário de cooperação Sul-Sul; o segundo não garantiria efetiva proteção ao investimento chinês. A escolha correta é o estabelecimento de regras específicas nos TBIs que estejam de acordo com a política orientada ao desenvolvimento e, portanto, que superem a dicotomia entre conservadorismo e liberalismo.” CONGYAN, Cai. Change of the structure of international investment and the development countries' BIT Practice – towards a third way of BIT Practice. *Journal of World Investment & Trade*, v. 8, n. 6, p. 841-846, 2007.

²⁶² UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *South-South Cooperation in International Investment Arrangements*. New York: United Nations Publication, 2005, p. 36.

²⁶³ A ASEAN foi estabelecida em 1967, tendo como seus fundadores cinco países: Indonésia, Malásia, Filipinas, Cingapura e Tailândia. Posteriormente, ingressaram na associação os seguintes países: Brunei, Camboja, Laos, Myanmar, Vietnam. Para maiores informações a respeito da história da ASEAN e de seus recentes esforços para o estabelecimento de maiores vínculos de cooperação econômica, veja-se o seu sítio eletrônico: www.aseansec.org. Acesso em 18 fev. 2009.

²⁶⁴ Assim dispõe o acordo: “Article 2. Measures for Comprehensive Economic Co-operation. The Parties agree to negotiate expeditiously in order to establish an ASEAN-China FTA within 10 years, and to strengthen and enhance economic co-operation through the following: (...) c) establishment of an open and competitive investment regime that facilitates and promotes investment within the ASEAN-China FTA.” Tradução livre:

portanto, poderia levar ao entendimento de que as partes estão de acordo com a liberalização de seus regimes, visto que a meta é estabelecer um modelo que permita o maior fluxo de capitais possível de um território para outro.

Entretanto, as partes se comprometem no mesmo documento a levar em consideração os diferentes graus de desenvolvimento de cada nação, bem como a necessidade de flexibilização das regras com base na situação específica de cada um dos países envolvidos.²⁶⁵ Essa redação levou a UNCTAD a considerar este tratado como um dos exemplos de efetiva integração dos países menos desenvolvidos com base em uma perspectiva “Sul-Sul”.²⁶⁶

O estabelecimento de regras de tratamento especial e diferenciado para alguns parceiros também está presente em alguns tratados.²⁶⁷ Nesse diapasão, a UNCTAD dá como exemplo desse tipo de esforço o tratado que instituiu a Comunidade Caribenha de Nações (CARICOM), cujo texto ressalta a importância de se aumentar o fluxo de capitais aos países menos desenvolvidos do bloco:

Article 59. Financial assistance from more developed countries.

1. With a view to promoting the flow of investment capital to the Less Developed Countries, the More Developed Countries agree to cooperate in:

*(a) facilitating, whether by means of private investment capital or otherwise, joint ventures in those States (...).*²⁶⁸

Por outro lado, os estudos da UNCTAD também demonstram que determinadas regras substantivas tradicionalmente encontradas em TBIs e outros tratados que regulam o tema dos investimentos foram alteradas ou suprimidas dos textos de alguns dos instrumentos

“Artigo 2. Medidas para Cooperação Econômica. As Partes acordam em negociar de modo expedito no intuito de criar uma zona de livre comércio entre China e ASEAN dentro de dez anos, e em fortalecer e aumentar a cooperação econômica por meio das seguintes medidas: (...) c) estabelecimento de um regime de investimento aberto e competitivo que facilite e promova investimentos dentro da zona de livre comércio entre China e ASEAN.” Conforme *Framework Agreement on Comprehensive Economic Co-Operation between ASEAN and the People’s Republic of China*. Disponível em www.aseansec.org. Acesso em: 5 mar. 2009.

²⁶⁵ Conforme *Framework Agreement on Comprehensive Economic Co-Operation between ASEAN and the People’s Republic of China*. Disponível em www.aseansec.org. Acesso em: 5 mar. 2009.

²⁶⁶ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *South-South Cooperation in International Investment Arrangements*. New York: United Nations Publication, 2005, p. 36.

²⁶⁷ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *South-South Cooperation in International Investment Arrangements*. Nova Iorque: United Nations Publication, 2005, p. 37.

²⁶⁸ Tradução livre: “Artigo 59. Assistência financeira dos países mais desenvolvidos. 1. Com vistas a promover o fluxo de investimentos para os Países Menos Desenvolvidos, os Países Mais Desenvolvidos concordam em cooperar: (a) facilitando, seja por meio de investimento privado ou de outra forma, o estabelecimento de *joint ventures* naqueles países; (...)”. Conforme *Treaty Establishing the Caribbean Community*. Disponível em www.caricom.org. Acesso em 5 mar. 2009.

elaborados no âmbito “Sul-Sul”. Uma das alterações mais interessantes encontradas pela UNCTAD foi a tentativa de redução do âmbito de aplicação dos tratados, excluindo-se as matérias relativas a investimento de portfólio e outros fluxos de capital que não tenham a intenção de permanência duradoura no país receptor do investimento. Nesse sentido, a título exemplificativo, veja-se o *Framework Agreement* que visa a uma maior uniformização das políticas relativas ao investimento estrangeiro por parte dos países da ASEAN, e expressamente dispõe que tais políticas não são destinadas ao tratamento do investimento de portfólio.²⁶⁹

Assim, por todo o exposto, é possível afirmar que o aumento exponencial no número de assinaturas de TBIs entre países do Sul decorre, por certo, da maior necessidade de proteção que os países emergentes sentiram depois que seus investidores iniciaram um processo de internacionalização mais maduro. Como prova desse cenário, veja-se o número de TBI firmados pelos principais países emergentes com outros países menos desenvolvidos já no final de 2004: China, Coreia do Sul e Malásia tinham assinado mais de quarenta tratados; Chile, Indonésia e Turquia, mais de vinte e seis tratados; Índia, Filipinas, Cingapura e África do Sul, mais de onze tratados.²⁷⁰ O Brasil, por sua vez, segue sem assinar qualquer tipo de TBI, seja com países em desenvolvimento, seja com países desenvolvidos.

Por outro lado, não se pode negar que, muito embora não exista ainda um padrão definido de quais são os principais objetivos desses tratados, bem como do âmbito de sua aplicação, é possível verificar que a cooperação Sul-Sul trouxe mudanças significativas aos termos dos TBIs outrora firmados quase que exclusivamente com base no paradigma “Norte-Sul”.²⁷¹ Os países emergentes, portanto, aparentemente se preocupam mais com a sorte de suas contrapartes menos desenvolvidas do que os países desenvolvidos costumavam (e ainda costumam) fazê-lo.

Assim, passa-se agora à análise da postura brasileira frente à regulamentação internacional do investimento estrangeiro direto e, posteriormente, à apresentação de algumas reflexões sobre como o posicionamento mais recente dos países emergentes pode servir de

²⁶⁹ “Article 2. Coverage. This agreement shall cover all direct investments other than: (a) portfolio investments; (...)” Tradução livre: Artigo 2. Cobertura. Este acordo cobrirá todos os investimentos diretos que não sejam: (a) investimentos de portfólio (...). ASSOCIATION OF SOUTH-EAST ASIAN NATIONS. *Framework agreement on the ASEAN investment area*. Disponível em www.aseansec.org. Acesso em: 5 mar. 2009.

²⁷⁰ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *South-South Cooperation in International Investment Arrangements*. New York: United Nations Publication, 2005, p. 11.

²⁷¹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *South-South Cooperation in International Investment Arrangements*. Nova Iorque: United Nations Publication, 2005, p. 47.

auxílio para o estabelecimento de uma nova política em nosso país no que diz respeito a esse tema.

4.2. O Brasil e sua postura frente ao investimento estrangeiro direto: um contributo para futuras reflexões

A posição brasileira no que diz respeito à regulamentação do investimento estrangeiro é reconhecidamente conservadora. A doutrina nacional costuma enfatizar a resistência do país em abrir mão de sua soberania no que diz respeito a compromissos com investidores estrangeiros e em reconhecer a arbitragem como forma de solução de disputas oriundas de compromissos com esses mesmos investidores.²⁷²

Nas manifestações das autoridades governamentais, esse posicionamento é justificado pela confiança que os investidores estrangeiros teriam nas leis e no poder judiciário brasileiros,²⁷³ o que seria comprovado pelo longo período de liderança brasileira na captação de investimentos diretos dentre os países da América Latina, juntamente com o México.²⁷⁴ De fato, os dados de órgãos oficiais demonstram a privilegiada posição ocupada pelo Brasil como pólo de atração de fluxos de investimentos diretos: enquanto o país recebeu 18,8 bilhões de dólares em investimentos diretos em 2006,²⁷⁵ esse valor chegou a 34,5 bilhões de dólares no ano seguinte.²⁷⁶

Por outro lado, há um fenômeno recente que, muito embora já tenha chamado a atenção de parte da doutrina pátria, ainda não foi objeto de estudo das autoridades brasileiras, ao menos no que diz respeito a uma eventual reavaliação da relevância do direito internacional dos investimentos para o país. Nos últimos anos, poucos países do mundo passaram por um movimento tão forte de internacionalização de suas empresas como o Brasil.

²⁷² GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano Drummond C. As arbitragens internacionais relacionadas a investimentos: a Convenção de Washington, o ICSID e a posição do Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 7, p. 50, out.-dez. 2005.

²⁷³ ZERBINI, Eugênia. O Brasil à distância do direito internacional dos investimentos. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 35, p. 13, jan.-mar. 2007.

²⁷⁴ KALICKI, Jean, MEDEIROS, Suzana. Investment arbitration in Brazil: revisiting Brazil's traditional reluctance towards ICSID, BITs, and investor-state arbitration. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 14, p. 78, jul.-set. 2007.

²⁷⁵ UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION ON LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN. *Foreign Investment in Latin America and the Caribbean, 2006*. Santiago: United Nations Publication, 2007, p. 56.

²⁷⁶ UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION ON LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN. *Foreign Investment in Latin America and the Caribbean, 2007*. Santiago: United Nations Publication, 2008, p. 23.

No ano de 2007, as empresas brasileiras fizeram investimentos diretos de aproximadamente 11,6 milhões de dólares,²⁷⁷ enquanto o estoque desse tipo de investimento chegou a noventa e sete bilhões de dólares.²⁷⁸ Esses números levaram o Brasil à décima segunda colocação na lista dos maiores países investidores do mundo, superando nações como Austrália, China, Rússia e Suécia.²⁷⁹

Por tudo isso, parece-nos fundamental estudar se esse novo cenário econômico não deveria trazer algumas mudanças na perspectiva brasileira para a regulamentação do investimento estrangeiro direto. Para tanto, será feito um breve histórico da tradicional postura brasileira quanto ao tema para, posteriormente, apresentar algumas sucintas considerações sobre possíveis passos que as autoridades nacionais poderiam considerar no futuro próximo, levando especialmente em consideração as recentes medidas adotadas por outros países emergentes.

4.2.1 A conservadora postura brasileira

Até a década de noventa, o Brasil sempre adotou uma postura contrária à assinatura de TBIs e também sua eventual submissão ao CIRDI. Apesar de o país ter participado, em 1964, das negociações que conduziram à elaboração do texto final da Convenção de Washington, o delegado brasileiro, Francisco da Cunha Ribeiro, deixou expressa a oposição brasileira ao documento, inclusive assinalando as incompatibilidades de seu texto com diversas disposições do texto constitucional então vigente:

Mr. Ribeiro (Brazil) considered that the proposed Centre possessed certain characteristics that set it apart from the principles that had traditionally inspired international arbitration, a legal institution designed for the peaceful solution of disputes between nations. Moreover, the draft Convention raised constitutional problems, since it implied a certain curtailment of the scope of national legal processes. Brazilian constitutional law guaranteed the judicial power a monopoly of the

²⁷⁷ UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION ON LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN. *Foreign Investment in Latin America and the Caribbean, 2007*. Santiago: United Nations Publication, 2008, p. 70.

²⁷⁸ BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Capitais brasileiros no exterior (CBE). Data-base: 2007*. Disponível em <http://www4.bcb.gov.br/rex/CBE/Port/ResultadoCBE2007.pdf>. Acesso em: 8 de mar. 2009.

²⁷⁹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2007*. New York: United Nations Publication, 2008, p. 20.

*administration of justice (see Art. 141, paragraph 4, of the Brazilian Constitution) and therefore it would be inadmissible to create within the territory of the nation a body entrusted with decisions in the field of law. Were such activities to be delegated to an international organization, the violation of this constitutional precept would be even more flagrant.*²⁸⁰

Foi somente no início da década de noventa que o Brasil, por meio da assinatura de quatorze TBIs, deu seus primeiros passos no intuito de estabelecer regras de direito internacional relativas ao investimento estrangeiro.²⁸¹ Esses tratados foram elaborados com base em uma perspectiva de promoção do aumento do fluxo do investimento estrangeiro ao país e, por isso, seguiram o modelo dos tratados firmados com base no paradigma “Norte-Sul”. Além de conterem uma definição extremamente ampla do conceito de investimento (incluindo no seu âmbito de aplicação os investimentos de portfólio), esses TBIs traziam em seu texto as obrigações de tratamento nacional, tratamento de nação mais favorecida, tratamento justo e equitativo e de pagamento imediato de indenização em caso de desapropriação.²⁸²

Apesar da intenção do Poder Executivo, jamais houve uma efetiva sinalização de que esses TBIs seriam internalizados no ordenamento jurídico pátrio. Ciente desse fato após alguns anos de negociações, o próprio Poder Executivo enviou à Câmara dos Deputados, em 2002, mensagens solicitando a retirada dos TBIs da pauta daquela Casa. As mensagens, de autoria do então Ministro de Estado das Relações Exteriores, Celso Lafer, bem explicavam o entendimento do governo brasileiro a respeito do assunto:

3. A finalidade do Acordo com a Alemanha, assim como dos demais instrumentos sobre investimentos, de conteúdo semelhante, firmados

²⁸⁰ “Tradução livre: Sr. Ribeiro (Brasil) considera que o Centro como proposto possui certas características que o deixam distante dos princípios que tradicionalmente inspiraram a arbitragem internacional, um instituto construído para a solução pacífica de disputas entre nações. Ademais, a minuta de Convenção traz problemas constitucionais, pois implica uma certa restrição do escopo dos procedimentos jurídicos internos. O direito constitucional brasileiro garante ao poder judiciário o monopólio da administração da justiça (artigo 141, parágrafo 4, da Constituição Brasileira) e portanto seria inadmissível criar dentro do território da nação um conjunto de outras decisões no âmbito do Direito. Se essas atividades fossem delegadas para uma organização internacional, a violação desse preceito constitucional seria ainda mais flagrante.” KALICKI, Jean; MEDEIROS, Suzana. Investment arbitration in Brazil: revisiting Brazil’s traditional reluctance towards ICSID, BITS, and investor-state arbitration. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 14, p. 68, jul.-set. 2007.

²⁸¹ O Brasil assinou quatorze tratados bilaterais de investimento durante a década de 1990 (com Alemanha, Bélgica, Chile, Coréia do Sul, Cuba, Dinamarca, Finlândia, França, Holanda, Inglaterra, Itália, Portugal, Suíça e Venezuela).

²⁸² Para uma análise detalhada do conteúdo dos TBIs firmados pelo Brasil, veja-se, por exemplo: SCANDIUCCI FILHO, José Gilberto. O Brasil e os acordos bilaterais de investimentos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Org.). *Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 271-301.

naquele período, era contribuir para a moldura jurídica de proteção de investimentos estrangeiros e, portanto, reforçar o potencial do País para captar significativos aportes de recursos externos, sobretudo de pequenos e médios investidores. Além disso, procurava o Brasil acompanhar o movimento internacional que, à época, caminhava naquela direção. Foi decisiva, naquele momento, a avaliação de que, ao celebrarem acordos de promoção e proteção de investimentos, outros países mostrar-se-iam mais atraentes e seguros que o Brasil aos olhos do investidor estrangeiro.

(...)

A inexistência de acordos do gênero não tem afetado a posição do Brasil como importante receptor de investimentos internacionais, sobretudo de investimentos diretos, cujos fluxos de entrada encontram-se entre os mais altos no grupo dos países em desenvolvimento. Explicam esse notável desempenho a estabilidade das regras jurídicas no âmbito doméstico e a força intrínseca que a economia brasileira passou a demonstrar a partir de 1994.²⁸³ (grifos nossos).

O texto das mensagens, portanto, demonstra que o Brasil ainda mantinha a postura de um país meramente importador de capitais no início da década de noventa, tanto que o motivo que o levou a assinar tais TBIs foi, nas palavras de Celso Lafer, “reforçar o potencial do País para captar significativos aportes de recursos.”

Por outro lado, as mensagens também deixavam transparecer outro entendimento do governo brasileiro e que, em alguma medida, ainda se mantém aplicável: a ausência de TBIs não trazia malefícios ao desenvolvimento da economia nacional, na medida em que os investidores estrangeiros sentiam-se seguros para investir no Brasil mesmo sem a existência de um TBI.

As principais críticas que o governo brasileiro enfrentou perante o Congresso Nacional durante os anos em que buscou a ratificação dos TBIs (bem como dos Protocolos de Colônia e Buenos Aires, que, como visto, partiam das mesmas premissas) podem ser resumidas da seguinte forma: (a) os TBIs violavam a soberania do Estado Brasileiro, visto que o investidor não precisaria se submeter às cortes nacionais; (b) os TBIs permitiam que entes de direito privado litigassem em igualdade de condições com o Estado Brasileiro perante um tribunal

²⁸³ As mensagens enviadas à Câmara dos Deputados foram publicadas no *Diário da Câmara dos Deputados* de 13 de dezembro de 2002, p. 54409 e seguintes, sendo que o referido diário pode ser acessado no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados. Disponível em www.camara.gov.br. Acesso em 5 mar. 2009.

internacional; (c) os TBIs estabeleceriam privilégios aos investidores estrangeiros frente aos investidores nacionais.²⁸⁴

Por outro lado, muito se discutia também a respeito da possibilidade de se submeter entes públicos e governamentais à arbitragem no Brasil. Muito embora o instituto da arbitragem tenha avançado notavelmente no país desde o advento da Lei de Arbitragem (Lei 9.307, de 23.09.1996), a lei faculta a solução de controvérsias pela via arbitral somente para questões envolvendo direitos patrimoniais disponíveis.²⁸⁵

Por isso, ainda perduram, até hoje, dúvidas sobre a possibilidade de se submeter o Estado Brasileiro à arbitragem, pois “caso fosse admitida a participação de entes públicos e governamentais em procedimentos arbitrais, estar-se-ia, via de regra, instituindo arbitragem envolvendo direitos indisponíveis. Nesse particular, como os entes públicos e governamentais representam interesses públicos, atinentes à própria idéia de Estado e portanto indisponíveis, a via arbitral estaria vedada.”²⁸⁶

Com base nesse resumo da postura brasileira frente aos investimentos estrangeiros, passa-se agora a algumas considerações que podem ser oportunas para um país que, nos últimos anos, assumiu uma condição de exportador de capitais.

²⁸⁴ KALICKI, Jean; MEDEIROS, Suzana. Investment arbitration in Brazil: revisiting Brazil's traditional reluctance towards ICSID, BITs, and investor-state arbitration. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 14, p. 72, jul.-set. 2007.

²⁸⁵ Assim dispõe o artigo 1º da Lei 9.307: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 5 mar. 2009.

²⁸⁶ GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano Drummond C. As arbitragens internacionais relacionadas a investimentos: a Convenção de Washington, o ICSID e a posição do Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 7, p. 73, out.-dez. 2005. Muito embora o objetivo deste trabalho não seja avaliar as disposições da Constituição Federal e da legislação ordinária que eventualmente necessitem ser modificadas para que o Brasil possa assinar TBIs ou mesmo aceder à Convenção de Washington, é interessante ressaltar, por oportuno, que o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de considerar válida uma cláusula compromissória inserida em um contrato firmado por uma sociedade de economia mista, ou seja, uma pessoa jurídica de direito privado. Atualmente, entretanto, não é possível afirmar, com base nessa decisão, que o Poder Judiciário Brasileiro permitiria a submissão do Estado Brasileiro à arbitragem internacional por meio da assinatura de um TBI. O referido acórdão foi assim ementado: “Processo civil. Juízo arbitral. Cláusula compromissória. Extinção do processo. Art. 267, VII, do CPC. Sociedade de economia mista. Direitos disponíveis. Extinção da ação cautelar preparatória por inobservância do prazo legal para a proposição da ação principal. 1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência. 2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil. 3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste. 4. Recurso especial parcialmente provido.” SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 612.439-RS (2003/0212460-3), Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 25 de outubro de 2005.

4.2.2. O Brasil como exportador de capitais: algumas considerações

Não é de hoje que o processo de internacionalização das empresas brasileiras reflete no volume de capitais exportados pelo país.²⁸⁷ Em 2006, as empresas nacionais exportaram 28,2 bilhões de dólares a título de investimento estrangeiro direto,²⁸⁸ em 2007, esse tipo de investimento resultou na remessa de 11,6 bilhões de dólares ao exterior.²⁸⁹ Esse processo não passa despercebido pela doutrina especializada. Nesse sentido, Karl Sauvart, antigo diretor da UNCTAD, já escrevia em 2005 que o Brasil era à época a quinta nação que mais exportava capitais dentre os países emergentes.²⁹⁰

Apesar desse cenário, até o momento não se percebe uma mudança de posicionamento do governo brasileiro no que pertine à necessidade de ratificação dos TBIs já firmados ou, alternativamente, de assinatura de novos instrumentos com alguns parceiros estratégicos.

Recentemente, contudo, problemas que empresas brasileiras enfrentaram em países como Equador e Bolívia geraram alguma discussão dentre os juristas pátrios a respeito do tema, especialmente em virtude da possível nacionalização dos setores de petróleo e gás nesse último país.²⁹¹ Após terem sido tornadas públicas essas ameaças do governo boliviano, veio à tona uma medida adotada pelos advogados da Petrobrás – que investia na Bolívia - e que, sem dúvida, merece elogios pela criatividade e senso de oportunidade: ao invés de investir naquele país por meio de sua matriz brasileira, a Petrobrás utilizou-se de empresas subsidiárias com sede na Holanda para fazer tais investimentos diretos.²⁹²

A razão para essa escolha é lógica e bastante simples. No momento da realização do investimento no território boliviano, a Holanda já havia firmado um TBI com a Bolívia, pelo qual uma empresa constituída sob as leis holandesas seria considerada “investidora” para os fins do tratado e, portanto, teria direito a submeter eventual disputa à arbitragem do CIRDI em

²⁸⁷ Para uma análise do comportamento do investimento brasileiro direto no exterior nos últimos anos, veja-se o artigo de CORRÊA, Daniela, LIMA, Gilberto Tadeu. O comportamento recente do investimento brasileiro no exterior em perspectiva. *Revista de Economia Política*, v. 28, n. 2, p. 249-268, abr-jul. 2008.

²⁸⁸ UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION ON LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN. *Foreign Investment in Latin America and the Caribbean, 2006*. Santiago: United Nations Publication, 2007, p. 56.

²⁸⁹ UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION ON LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN. *Foreign Investment in Latin America and the Caribbean, 2007*. Santiago: United Nations Publication, 2008, p. 70.

²⁹⁰ SAUVANT, Karl P. New Sources of FDI: The BRICs Outward FDI from Brazil, Russia, India and China. *Journal of World Investment & Trade*, vol. 6, n.5, 2005, p. 653.

²⁹¹ Exemplificativamente, veja-se ESCOBAR, Alejandro; VERONA, Pablo. Investimentos brasileiros e acordos bilaterais. *Valor Econômico*, São Paulo, edição de 10.07.2008, 2008.

²⁹² Holanda garante arbitragem à Petrobrás. O Estado de São Paulo, São Paulo, edição de 09.05.2007, 2007.

caso de violação do TBI por parte da Bolívia.²⁹³ Ou seja: ao invés de se submeterem ao Poder Judiciário boliviano ou apelar para a proteção diplomática do governo brasileiro, essas empresas poderiam, com base exclusivamente em seu juízo de conveniência, se valer da arbitragem internacional para obter a devida compensação pelas medidas expropriatórias tomadas pelo governo boliviano.

Verifica-se, portanto, que as empresas brasileiras já percebem que estão desamparadas no que respeita à sua proteção no exterior. A postura do governo brasileiro não se coaduna mais com o atual modelo de internacionalização de nossas empresas, que precisam ter à sua disposição mecanismos que não lhes deixem desamparadas em situações de conflito com Estados soberanos.

É possível que a resistência brasileira à assinatura de TBIs ainda esteja baseada nos termos dos tratados assinados durante a década de noventa, claramente preocupados apenas com o bem estar dos investidores estrangeiros. Entretanto, o novo modelo de TBIs baseados na cooperação Sul-Sul pode trazer importantes vantagens ao governo brasileiro, na medida em que (a) aumentaria a proteção às empresas brasileiras que investem no exterior; (b) permitiria que o Brasil firmasse tratados também preocupados com o desenvolvimento de seus parceiros; (c) serviria como um elemento de manutenção da liderança brasileira entre os países do Sul.

Essa nova geração de TBIs já não é mais desconhecida pela doutrina pátria, como demonstram Gilberto Giusti e Adriano Trindade:

Por outro lado, já há notícia de uma nova geração de tratados internacionais de investimentos que buscam atingir um equilíbrio entre uma definição compreensiva, mas não demasiadamente ampla de investimento, e temas que não devem ser abarcados por essa mesma definição de investimento. Essa nova onda de tratados aponta que efeitos econômicos adversos incidentes sobre um determinado investimento, por si só, não induzem a ocorrência de desapropriação indireta. (...) Em suma, a tônica é a de que a proteção a investimentos estrangeiros não pode ser almejada em detrimento de políticas públicas legítimas.²⁹⁴

²⁹³ Nesse sentido, ver o artigo primeiro do seguinte tratado: HOLANDA; BOLÍVIA. *Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Bolivia*. Disponível em www.unctad.org. Acesso em 5 mar. 2009.

²⁹⁴ GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano Drummond C. As arbitragens internacionais relacionadas a investimentos: a Convenção de Washington, o ICSID e a posição do Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 7, p. 70, out.-dez. 2005.

Por tudo isso, entende-se que o Brasil deveria acompanhar de perto a atual política de assinatura de TBIs dos demais países em desenvolvimento, especialmente no que diz respeito à concessão de tratamento diferenciado para alguns países que sejam menos desenvolvidos. Agindo dessa forma, o país poderia atender dois interesses fundamentais: garantir que os investimentos diretos brasileiros sejam devidamente protegidos no exterior; e desenvolver uma política de inclusão econômica dos países menos desenvolvidos - que são importantes destinos para o capital brasileiro – que possa garantir uma posição de liderança do Brasil no modelo de cooperação Sul-Sul.

5 CONCLUSÕES

Não há dúvidas de que o movimento de internacionalização das empresas oriundas de países emergentes trouxe consideráveis modificações ao sistema de proteção ao investimento estrangeiro a partir do final da década de noventa.

Outrora países majoritariamente importadores de capital, os países emergentes e os demais países em desenvolvimento acostumaram-se a interpretar os TBIs apenas como uma ferramenta para a proteção dos investidores estrangeiros que desejavam investir em seus territórios, pois raras eram as suas empresas que se aventuravam a investir no exterior. Por isso, esses países buscavam restringir ao máximo as garantias conferidas aos investidores nesses instrumentos, já que tais garantias, via de regra, seriam utilizadas tão-somente pelos investidores oriundos do outro país signatário do TBI – a nação desenvolvida.

A necessidade de capitais estrangeiros, especialmente a partir da década de oitenta, fez com que os países em desenvolvimento acabassem por aceitar o modelo de TBI proposto pelos países desenvolvidos, o qual era focado na proteção do investidor. A assinatura desenfreada de TBIs por parte dos países em desenvolvimento parecia indicar que algumas das regras historicamente defendidas pelas nações mais ricas estavam finalmente sendo incorporadas ao direito internacional: a definição ampla de investimento estrangeiro, com a inclusão do capital de portfólio dentre aqueles tipos de investimento que mereciam as garantias conferidas pelo tratado; o estabelecimento de obrigações amplas ao Estado receptor do investimento, como os compromissos de garantir tratamento de nação mais favorecida e de tratamento idêntico ao ofertado aos seus nacionais, dentre outros; o reconhecimento da Fórmula Hull, com a consagração da regra da compensação “pronta, adequada e efetiva”; o compromisso de resolução de disputas por meio da arbitragem internacional, especialmente por meio do CIRDI.

Entretanto, verificou-se que essa suposta aceitação do modelo imposto pelos países desenvolvidos devia-se em grande medida à dependência dos países em desenvolvimento por fluxos de capitais externos que pudessem promover o avanço de suas economias, e não a uma efetiva mudança de posicionamento quanto aos conceitos propugnados por aqueles países. As fracassadas negociações para o estabelecimento de um regime multilateral de proteção e promoção do investimento estrangeiro parecem comprovar tal assertiva, pois os países em

desenvolvimento, ao negociarem em bloco, mantinham sua visão de que as condições impostas nos TBIs pelos países desenvolvidos não lhes eram favoráveis. Aliás, as negociações multilaterais também demonstraram que não existia consenso sequer entre os países desenvolvidos a respeito do tema, como prova o fracasso das negociações para a criação do MAI.

Por outro lado, a internacionalização de um grande número de empresas dos países emergentes a partir da década de noventa fez com que esses países passassem a interpretar com outros olhos as características e peculiaridades do sistema de proteção ao investimento estrangeiro. Isso porque, ao mesmo tempo em que essas nações continuam a receber enormes fluxos de investimento estrangeiro direto, também passaram a deter grandes estoques de investimento direto no exterior, inclusive em países em desenvolvimento.

É certo que esse fenômeno econômico gerou importantes consequências jurídicas para os países emergentes. Historicamente contrários à assinatura de TBIs que garantissem um elevado nível de proteção ao investidor estrangeiro, atualmente os países emergentes enfrentam um dilema complexo: a necessária compatibilização entre a defesa dos interesses de seus nacionais no exterior e a garantia do exercício de sua soberania sobre seus assuntos internos, nomeadamente a atuação de empresas estrangeiras em seu território.

No decorrer da presente pesquisa, verificou-se que a maior parte dos países emergentes não se furtou de assinar TBIs capazes de garantir a proteção de seus investidores no exterior. Nesse sentido, estudos da UNCTAD demonstram um crescente aumento no número de TBIs firmados entre dois países em desenvolvimento, sendo que o objetivo básico desses tratados não parece ser diferente daquele comumente encontrado nos chamados TBIs “Norte-Sul”: a proteção e a facilitação dos fluxos de investimento.

A China, por exemplo, alterou significativamente seu posicionamento quanto à assinatura de TBIs; antes contrária a esse movimento, o país atualmente adota uma postura agressiva de assinatura de TBIs com outros países em desenvolvimento. Os doutrinadores chineses não escondem que um dos motivos para a mudança de postura de seu país é justamente o receio de que investidores chineses tenham prejuízos com seus investimentos realizados no exterior, especialmente em países com um baixo nível de desenvolvimento. Ainda, o fato de a grande maioria dos TBIs assinados pela China contarem com um país em desenvolvimento como contraparte demonstra que o governo daquele país está muito mais

preocupado em utilizar os TBIs como uma ferramenta de proteção aos seus investidores no exterior do que propriamente em aumentar os fluxos de investimentos para o seu território.

Apesar dessas importantes constatações, verificou-se também que os TBIs firmados entre países em desenvolvimento não possuem a estrutura tradicionalmente imposta pelos países desenvolvidos aos países em desenvolvimento. Há nesses tratados um elemento novo, qual seja, uma maior preocupação com as necessidades dos países menos desenvolvidos. Como ressalta a própria UNCTAD, os países emergentes tendem a reconhecer em seus TBIs as dificuldades econômicas enfrentadas por seus parceiros menos desenvolvidos, bem como a estipular regras que tragam benefícios a essas nações em suas relações bilaterais.

Por tudo isso, percebe-se que, além de buscar a necessária proteção aos investimentos de seus nacionais, os países emergentes parecem preocupados em estabelecer uma política de cooperação entre os países do Sul, buscando um salutar equilíbrio entre os interesses dos investidores e as necessidades do país receptor do investimento. Por meio dessa política, os países emergentes conseguiriam desenvolver um processo de cooperação com os países menos desenvolvidos e, além disso, dar ênfase ao seu papel de líderes desse processo.

Apesar desse movimento dos principais países emergentes, o Brasil segue alheio ao tema da regulamentação internacional do investimento estrangeiro direto e, conseqüentemente, ao estabelecimento de regras internacionais que protejam seus investidores no exterior. Nem mesmo o fato de algumas empresas brasileiras terem enfrentado sérios problemas com seus investimentos diretos nos últimos anos, especialmente em países da América Latina, parece alterar a postura do governo brasileiro no que diz respeito à assinatura de TBIs.

A resistência das autoridades brasileiras à assinatura desse tipo de instrumento ainda parece fundamentar-se na antiga dificuldade de aceitar os termos dos TBIs propostos pelos países desenvolvidos aos países em desenvolvimento. Ou seja: a maior preocupação brasileira ainda parece ser a manutenção da soberania nacional sobre as atividades das empresas estrangeiras que aqui investem.

Por tudo quanto exposto nesse trabalho, entende-se que o Brasil deveria acompanhar de perto a atual política de regulamentação do investimento estrangeiro direto dos demais países emergentes, especialmente no que diz respeito à assinatura de TBIs com outros países em desenvolvimento. Existem evidências concretas de que os TBIs firmados pelos países emergentes são diferentes daqueles antigamente propostos pelos países mais ricos,

especialmente no que diz respeito à concessão de tratamento diferenciado e mais benéfico para países que sejam menos desenvolvidos.

Agindo dessa forma, o país poderia atender dois interesses fundamentais: garantir que os investimentos diretos brasileiros sejam devidamente protegidos no exterior e desenvolver uma política de inclusão econômica dos países menos desenvolvidos - que são importantes destinos para o capital brasileiro – que possa garantir uma posição de liderança do Brasil no modelo de cooperação Sul-Sul.

REFERÊNCIAS

AGTMAEL, Antoine van. *The emerging markets century: how a new breed of world-class companies is overtaking the world*. New York: Free Press, 2007, 384 p.

ALVAREZ, Guillermo Aguilar. The new face of investment arbitration: NAFTA Chapter 11. *Yale Journal of International Law*, v. 28, p. 365-401, 2003.

ALVAREZ, Jose E. The emerging foreign direct investment regime. *American Society of International Law Proceedings*, v. 99, p. 94-97, 2005.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Org.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004, 395 p.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Introdução ao direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2008, 540 p.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Org.). *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, 586 p.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Capitais brasileiros no exterior (CBE). Data-base: 2007*. Disponível em <http://www4.bcb.gov.br/rex/CBE/Port/ResultadoCBE2007.pdf>. Acesso em: 8 de mar. 2009.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Os investimentos internacionais no Direito Comparado e Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, 102 p.

BAPTISTA, Luiz Olavo. A Nova Ordem Econômica Internacional: uma reflexão sobre suas origens e reflexos na ordem jurídica. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 55, p. 91-103, 1984.

BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José R. Franco da. (Org.). *O Direito Internacional no terceiro milênio – estudos em homenagem a Vicente Marrota Rangel*. São Paulo: LTr, 1998, 925 p.

BARRAL, Welber (Org.). *Direito e Desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005, 359 p.

BARRETO FILHO, Fernando Paulo de Mello. *O tratamento nacional de investimentos estrangeiros*. Brasília, DF: Instituto Rio Branco, 1999, 163 p.

BERGMAN, M. Bilateral investment treaties: an examination of the evolution and significance of the US prototype treaty. *NYU Journal of International Law and Politics*, v. 16, p. 1-43, 1983.

BLACKABY, Nigel. América Latina y el arbitraje: se malinterpretó a Carlos Calvo? *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 4, p. 111-119, jan.-mar. 2005.

BLOMSTRÖM, Magnus; GRAHAM, Edward; MORAN, Theodore H. *Does foreign direct investment promote development?* Washington, DC: Institute for International Economics, 2005, 411 p.

BRASIL; CORÉIA DO SUL. *Acordo para a promoção e a proteção recíproca de investimentos entre o governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Coréia*. Disponível em www.unctad.org. Acesso em: 11 mar. 2009.

BRASIL; FINLÂNDIA. *Agreement between the government of the Republic of Finland and the Government of the Federative Republic of Brazil on the promotion and the protection of investments*. Disponível em www.unctad.org. Acesso em 8 mar. 2009.

BRASIL; HOLANDA. *Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Federative Republic of Brazil*. Disponível em www.unctad.org. Acesso em: 6 mar. 2009.

BRASIL; PORTUGAL. *Acordo para a promoção e a proteção recíproca de investimentos entre o governo da República Portuguesa e o governo da República Federativa do Brasil*. Disponível em www.unctad.org. Acesso em: 9 mar. 2009.

BREWER, Thomas L.; YOUNG, Stephen. *The multilateral investment system and multinational enterprises*. New York: Oxford University Press, 1998, 313 p.

BROWER, Charles H. Investor-State disputes under NAFTA: the empire strikes back. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 40, p. 43-88, 2001.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 5 ed. London: Oxford University Press, 1998, 743 p.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O esgotamento de recursos internos no direito internacional*. 2 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, 327 p.

CASELLA, Paulo Borba. (Org.). *Direito Internacional, humanismo e globalidade*. São Paulo: Atlas, 2008, 618 p.

CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo. *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?* São Paulo: LTR, 1998, 854 p.

CHAZOURNES, Laurence Boisson de; SANDS, Philippe (Org.). *International Law, the International Court of Justice and nuclear weapons*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, 592 p.

CHEN, An. Distinguishing two types of countries and properly granting differential reciprocity treatment. *Journal of World Investment and Trade*, v. 8, n. 6, p. 771-795, 2007.

COHEN, Stephen D. *Multinational corporations and foreign direct investment: avoiding simplicity, embracing complexity*. New York: Oxford University Press, 2007, 371 p.

CONGYAN, Cai. Change of the structure of international investment and the development countries' BIT Practice – towards a third way of BIT Practice. *Journal of World Investment & Trade*, v. 8, n. 6, p. 829-847, 2007.

CORRÊA, Daniela; LIMA, Gilberto Tadeu. O comportamento recente do investimento brasileiro no exterior em perspectiva. *Revista de Economia Política*, v. 28, n. 2, p. 249-268, abr-jul. 2008.

COSTA, Larissa. *Arbitragem internacional e investimentos estrangeiros*. São Paulo: Lawbook, 2007, 277 p.

CREMADES, Bernardo M. Disputes arising out of foreign direct investment in Latin America: a new look at the Calvo Doctrine and other jurisdictional issues. *JUL-Dispute Resolution Journal*, v. 59, p. 78-84, 2004.

CREMADES, Bernardo M. Latin American courts and international arbitration. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 3, p. 20-46, set.-dez. 2004.

CRISTINI, Marcela; AMAL, Mohamed (Org.). *Investimento direto externo no Mercosul: o papel da Europa*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, 180 p.

DE KLOR, Adriana Dreyzin, ARROYO, Diego P. Fernández, PIMENTEL, Luiz Otávio. *Investimentos estrangeiros*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, 783 p.

DELAUME, Georges R. ICSID arbitration and the courts. *American Journal of International Law*, v. 77, p. 784-803, 1983.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, 1517 p.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Orgs.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 480.

DOLZER, Rudolf. Fair and equitable treatment: a key standard in investment treaties. *International Lawyer*, v. 39, p. 87-106, 2005.

DOLZER, Rudolf. New foundations of the law of expropriation of alien property. *American Journal of International Law*, v. 75, p. 553-589, 1981.

DOLZER, Rudolf, STEVENS, Margrete. *Bilateral Investment Treaties*. Amsterdam: Kluwer Academic Publishers, 1995, 352 p.

FRANÇA; UGANDA. *Agreement between the Government of the Republic of France and the Government of the Republic of Uganda on the reciprocal promotion and protection of investments*. Disponível em www.unctad.org. Acesso em: 8 mar. 2009.

GEIGER, Rainer. Towards a multilateral agreement on investment. *Cornell International Law Journal*, vol. 31, p. 467-475, 1998.

GIOVANOLI, Mario. *International Monetary Law: issues for the new Millennium*. Oxford: Oxford University Press, 2000, 538 p.

GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano Drummond C. As arbitragens internacionais relacionadas a investimentos: a Convenção de Washington, o ICSID e a posição do Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 7, p. 49-78, out.-dez. 2005.

GOODMAN, Charity L. Uncharted waters: financial crisis and enforcement of ICSID awards in Argentina. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, v. 28, p. 449-485, 2007.

GUDGEON, K. Scott. United States Bilateral Investment Treaties: comments on their origin, purposes, and general treatment standards. *International Tax and Business Lawyer*, v. 4, p. 105-135, 1986.

GUZMAN, Andrew T. Why LDCs sign treaties that hurt them: explaining the popularity of bilateral investment treaties. *Virginia Journal of International Law*, v. 38, p. 639-688, 1998.

HACKWORTH, Green H. *Digest of International Law*. Washington, DC: Government Printing Office, 1942. - v. 3.

HAGUE ACADEMY OF INTERNATIONAL LAW. *New Aspects of International Investment Law*. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, 176 p.

HANSEN, Peter; ARANDA, Victoria. An Emerging Framework for Transnational Corporations. *Fordham International Law Journal*, vol. 14, 1991, p. 881-891.

HIGGINS, Rosalyn. *Problems & Process: International Law and how we use it*. Londres: Oxford University Press, 2003, 274 p.

HIRSCH, Moshe. *The Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes*. Amsterdam: Dordrecht, 1993, 280 p.

HOLANDA; BOLÍVIA. *Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Bolivia*. Disponível em www.unctad.org. Acesso em: 5 mar. 2009.

INDONÉSIA; ÍNDIA. *Agreement between the Government of the Republic of Indonesia and the Government of the Republic of India for the promotion and protection of investments*. Disponível em www.unctad.org. Acesso em 8 mar. 2009.

INTERNATIONAL CENTER FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states*. Washington, DC: 1965. Disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>. Acesso em 8 mar. 2009.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Balance of Payments Manual*. 5 ed. Washington, DC. Disponível em <http://www.imf.org/external/pubs/ft/bopman/bopman.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2009.

JIMÉNEZ DE ARÉCHEGA, Eduardo. *La protección del inversor en el Derecho Internacional. Temas de Derecho Internacional: homenaje a Frida M. Pfirter de Armas Barea*. Buenos Aires: La Fundación, 1989.

JUILLARD, Patrick. MAI: a European view. *Cornell International Law Journal*, v. 31, p. 477-484, 1998.

KALICKI, Jean; MEDEIROS, Suzana. Investment arbitration in Brazil: revisiting Brazil's traditional reluctance towards ICSID, BITs, and investor-state arbitration. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 14, p. 57-86, jul.-set. 2007.

LACERDA, Antônio Corrêa de. *Globalização e investimento estrangeiro no Brasil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, 140 p.

LAFER, Celso. O GATT, a cláusula de nação mais favorecida e a América Latina. *Revista de Direito Mercantil*, n. 3, ano 10, p. 41-56, 1971.

LAUTERPACHT, Elihu. International Law and private foreign investment. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 4, p. 259-276, 1997.

MACHADO, Luis Fernando Corrêa da Silva. *Brasil e investimentos internacionais: os acordos sobre IED firmados pelo país*. Pelotas: Editora da UFPEL, 2005, 220 p.

MANN, F.A. British treaties for the promotion and protection of Investment. *British Yearbook of International Law*, v. 52, p. 241-249, 1981.

MASIÁ, Enrique Fernández. *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2004, 365 p.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 12 ed., 2000, 672 p. - v. 1.

MENEZES, Wagner (Org.). *Estudos de direito internacional: anais do Sexto Congresso Brasileiro de Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2008, 494 p. - v. XIII.

MERCADO COMUM DO SUL. *Protocolo de Colônia para promoção e proteção recíproca de investimentos no Mercosul*. Disponível em www.mercosur.int. Acesso em 10 fev. 2009.

MERCADO COMUM DO SUL. *Protocolo de Buenos Aires para promoção e proteção de investimentos provenientes de Estados não partes do Mercosul*. Disponível em www.mercosur.int. Acesso em 10 fev. 2009.

MORAN, Theodore H. *Foreign direct investment and development: the new policy agenda for developing countries and economies in transition*. Washington, DC: Institute for International Economics, 1998, 191 p.

MORAN, Theodore H. *Harnessing foreign direct investment for development: policies for developed and developing countries*. Baltimore: Brookings Institution Press, 2006, 173 p.

MORAN, Theodore H. *Beyond sweatshops: foreign direct investment and globalization in developing countries*. Washington, DC: Brookings Institution Press, 2002, 196 p.

MOSOTI, Victor. The WTO agreement on trade related investment measures and the flow of foreign direct investment in Africa: meeting the development challenge. *Pace International Law Review*, v. 15, p. 181-201, 2003.

NATHAN, K. V. S. *ICSID Convention: The law of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*. New York: Yonkers, 2000, 225 p.

NEUHAUS, Marco. *The impact of FDI on economic growth: an analysis for the transition countries of Central and Eastern Europe*. Heidelberg: Physica-Verlag, 2006, 185 p.

NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties*. London: Kluwer Law International, 2009, 644 p.

OCRAN, T. Modibo. Bilateral Investment Protection Treaties: A Comparative Study. *New York Law School Journal of International and Comparative Law Review*, v. 8, p. 401-429, 1987.

ODUMOSU, Ibrónke T. The antinomies of the (continued) relevance of ICSID to the third world. *San Diego International Law Journal*, v. 8, p. 345–385, 2007.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*. Paris: 1962. Disponível em www.oecd.org/dataoecd/35/4/39286571.pdf. Acesso em: 15 mar. 2009.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *The Multilateral Agreement on Investment: draft consolidated text*. Geneva, 1998. Disponível em <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>. Acesso em 12 mar. 2009.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*. 3 ed. Disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/10/16/2090148.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2009.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Foreign Direct Investment for Development: Maximizing Benefits and Minimizing Costs*. Disponível em www.oecd.org. Acesso em: 5 mar. 2009.

PERRONE-MOISÉS, Claudia. *Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, 130 p.

PILCH, Gennady (Org.). The development and expansion of bilateral investment treaties. *American Society of International Law Proceedings*, v. 96, p. 532–557, 1992.

RAND, William; HORNICK, Robert; FRIEDLAND, Paul. ICSID's emerging jurisprudence: the scope of ICSID's jurisdiction. *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 19, p. 33-61, 1986.

REED, Lucy; PAULSSON, Jan; BLACKABY, Nigel. *Guide to ICSID Arbitration*. London: Kluwer Law International, 2004, 240 p.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, 403 p.

ROSE-ACKERMAN, Susan; TOBIN, Jennifer. Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: The Impact of Bilateral Investment Treaties. *Yale Law & Economics Research Paper*, n. 293, 2005. Disponível em <http://ssrn.com>. Acesso em mar. 2009.

ROOT, Elihu. The basis of protection to citizen's residing abroad. *American Journal of International Law*, v. 4, p. 518-519, 1910.

SACERDOTI, Giorgio. Bilateral Treaties and Multilateral Instruments. *Recueil des Cours*, v. 269, p. 251-460, 1997.

SALACUSE, J.; SULLIVAN, N. Do BITs really work: an evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain. *Harvard Journal of International Law*, p. 67-130, 2005.

SAUV, Pierre. Multilateral rules on investment: is forward movement possible? *Journal of International Economic Law*, v. 9, p. 325-355, 2006.

SAUVANT, Karl P. New Sources of FDI: The BRICs Outward FDI from Brazil, Russia, India and China. *Journal of World Investment & Trade*, v. 6, n. 5, p. 639-709, 2005.

SCHACHTER, Oscar. Compensation for expropriation. *American Journal of International Law*, v. 78, p. 121-130, 1984.

SCHREUER, C. *The ICSID Convention: A Commentary*. London: Cambridge University Press, 2001, 1514 p.

SCHWEBEL, Stephen. The influence of bilateral investment treaties on customary international law. *American Society of International Law Proceedings*, v. 98, p. 27-30, 2004.

SHALAKANY, Amr. Arbitration and the third world: a plea for reassessing bias under the specter of neoliberalism. *Harvard International Law Journal*, v. 41, p. 419-468, 2000.

SHIHATA, Ibrahim. Promotion of Foreign Direct Investment - A General Account, with Particular Reference to the Role of the World Bank Group. *ICSID Review*, vol. 6, 1991.

SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no direito internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, 280 p.

SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, 525 p.

SPIERMANN, Ole. Individual rights, state interests and the power to waive ICSID Jurisdiction under bilateral investment treaties. *Arbitration International*, v. 20, n. 2, p. 179-212, 2004.

STERN, Brigitte. *O contencioso dos investimentos internacionais*. Barueri: Manole, 2003, 142 p.

TEMPONE, Rubén Eduardo. *Protección de Inversiones Extranjeras*. 1 ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003, 225 p.

TESHIMA, Márcia. *Investimentos no Mercosul & sua proteção*. Curitiba: Juruá, 2003, 200 p.

THOMAS, J. C. A reply to Professor Brower. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 40, p. 433-463, 2001.

THORSTENSEN, Vera. *Organização Mundial do Comércio, as Regras do Comércio Internacional e a Nova Rodada de Negociações Multilaterais*. 2 ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001, 520 p.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Bilateral investment treaties: 1959-1999*. Disponível em www.unctad.org. Acesso em mar. 2009.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Bilateral investment treaties quintupled during the 1990s*. Disponível em www.unctad.org. Acesso em mar. 2009.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Exchange of information on foreign direct investment: Report by the UNCTAD Secretariat*. Disponível em www.unctad.org. Acesso em: 5 mar. 2009.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Foreign direct investment and performance requirements: new evidence from selected countries*. New York: United Nations Publication, 2003, 306 p.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *International Investment Rulemaking: Note by the UNCTAD Secretariat*. Geneva, 2007, 16 p. Disponível em http://www.unctad.ch/en/docs/c2em21d2_en.pdf. Acesso em 5 mar. 2009.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *South-South Cooperation in International Investment Arrangements*. New York: United Nations Publication, 2005, 96 p.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2002*. New York: United Nations Publication, 350 p.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2004*. New York: United Nations Publication, 2005, 436 p.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2005*. New York: United Nations Publication, 2006, 332 p.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2006*. New York: United Nations Publication, 2007, 340 p.

UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION FOR LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN. *Foreign Investment in Latin America and the Caribbean, 2005*. Santiago: United Nations Publication, 2006, 165 p.

UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION FOR LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN. *Foreign Investment in Latin America and the Caribbean, 2006*. Santiago: United Nations Publication, 2007, 195 p.

UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION FOR LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN. *Foreign Investment in Latin America and the Caribbean, 2007*. Santiago: United Nations Publication, 2008, 273 p.

VAN HARTEN, Gus. *Investment treaty arbitration and public law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, 214 p.

VANDEVELDE, Kenneth J. The economics of bilateral investment treaties. *Harvard International Law Journal*, v. 41, p. 469-520, 2000.

VANDEVELDE, Kenneth J. The bilateral investment treaty program of the United States. *Cornell International Law Journal*, v. 21, p. 201-276, 1988.

VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2009, 478 p.

VASCIANNIE, Stephen. The Fair and Equitable Standard in International Investment Law and Practice. *British Yearbook of International Law*, v. 70, p. 99-119, 1999.

VESEL, Scott. Clearing a path through a tangled jurisprudence: most-favored-nation clauses and dispute settlement provisions in bilateral investment treaties. *Yale Journal of International Law*, v. 32, p. 125-188, 2007.

VIDELA, Esteban M. Ymaz. *Protección de Inversiones Extranjeras: tratados bilaterales – sus efectos en las contrataciones administrativas*. Buenos Aires: La Ley, 1999, 90 p.

VIEIRA, José Luiz Conrado. *As bases conceituais da integração econômica e do investimento internacional no Mercosul: fundamentos para uma revisão*. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses>. Acesso em mar. 2009.

VON MEHREN, George; SALOMON, Claudia; PAROUTSAS, Aspasia. Navigating through Investor-State Arbitrations: An Overview of Bilateral Investment Treaty Claims. *APR Dispute Resolution Journal*, vol. 59, p. 69-76, 2004.

WÄLDE, Thomas W. Investment arbitration under the Energy Charter Treaty – from dispute settlement to treaty implementation. *Arbitration International*, v. 12, p. 429-448, 1996.

WEINTRAUB, Russell J. *International Litigation and Arbitration*. Durham: Carolina Academic Press, 2003, 631 p.

WILLIAMSON, John; KUCZYNSKI, Pedro Pablo. *Depois do Consenso de Washington*. São Paulo: Saraiva, 2003, 306 p.

WORLD BANK. Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment. *International Legal Materials*, v. 31, p. 1363-1384, 1992.

YACKEE, Jason Webb. Do we really need BITs? Toward a return to contract in international investment law. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, v. 3, p. 121-146, 2008.

YALA, Farouk. The notion of “investment”. ICSID Case Law: a drifting jurisdictional requirement? Some “unconventional” thoughts on Salini, SGS and Mihaly. *Journal of International Arbitration*, v. 22, n. 2, p. 105-126, 2005.

ZERBINI, Eugênia C. G. de Jesus. *O regime internacional dos investimentos – sistemas regional, multilateral, setorial e bilateral*. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses>. Acesso em mar. 2009.

ZERBINI, Eugênia C. G. de Jesus. O Brasil à distância do direito internacional dos investimentos. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 35, p. 11-18, jan.-mar. 2007.